

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**M. Saavedra López**, La legitimidad judicial. **J. A. Gimbernat**, El debate político de los derechos humanos. **P. Andrés Ibáñez**, La resistible tentación de la disciplina. **R. Saez Valcárcel**, Barajas: el forastero ante el 'sheriff'. **J. Fernández Entralgo**, Corbatas de seda arrugables. **L. Roig Bustos**, Por un Fiscal de designación parlamentaria. **J. Rentero Jover**, El despido como panacea. **R. Manzana Laguarda**, Tribunal Constitucional y normativa autoritaria. **J. De Lucas**, ¿Qué derechos para los extranjeros? **J. Igartua Salaverria**, La "libre valoración" de las pruebas. **J. Peces Morate**, Las normas y la jurisdicción (III). **R. Sarazá Jimena**, El pagaré en blanco. **M. R. Ferrarese**, Magistratura e ilegalidad en Italia. **J. L. Soberanes Fernández**, La administración de justicia en México. **J. C. Nicod**, El Ministerio Fiscal en Francia.

**En este número:** Andrés Ibáñez, Perfecto, *magistrado* (Madrid)  
De Lucas, Javier, *catedrático* de Filosofía del derecho (Valencia).  
Fernández Entralgo, Jesús, *magistrado* (Madrid).  
Ferrarese, Maria Rosaria, *catedrática* de Sociología del derecho (Trento, Italia).  
Gimbernat, José Antonio, *filósofo*, Presidente de la APDHE (Madrid).  
Igartua Salaverria, Juan, *catedrático* de Filosofía del derecho (San Sebastián).  
Manzana Laguarda, Rafael, *magistrado* (Valencia).  
Nicod, Jean Claude, *fiscal*, (Pau, Francia).  
Peces Morate, Jesús, *magistrado del Tribunal Supremo* (Madrid).  
Rentero Jover, Jesús, *magistrado* (Valencia).  
Roig Bustos, Ladislao, *fiscal* (Palma de Mallorca).  
Saavedra López, Modesto, *catedrático* de Filosofía del derecho (Granada).  
Saez Valcárcel, Ramón, *magistrado* (Madrid).  
Sarazá Jimena, Rafael, *magistrado* (Sevilla).  
Soberanes Fernández, José Luis, *director* Instituto Investigaciones Jurídicas, UNAM (México).

**Jueces para la Democracia. Información y Debate**  
publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

*Redacción:* Perfecto ANDRES IBÁÑEZ (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

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b> .....	3
— <i>La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley</i> , Modesto Saavedra López.	
— <i>El actual debate político acerca de los derechos humanos</i> , José Antonio Gimbernat.	
— <i>La resistible tentación de la disciplina</i> , Perfecto Andrés Ibáñez.	
— <i>Barajas: el forastero ante el 'sheriff'</i> , Ramón Saez Valcárcel.	
— <i>Corbatas de seda arrugables</i> , Jesús Fernández Entralgo.	
— <i>Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria</i> , Ladislao Roig Bustos.	
— <i>Creación de empleo: el despido como panacea</i> , Jesús Rentero Jover.	
— <i>El Tribunal Constitucional y la pervivencia de la normativa del Estado autoritario</i> , Rafael Manzana Laguarda.	
<b>Estudios</b> .....	35
— <i>Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?</i> , Javier De Lucas.	
— <i>Una interpretación funcional de la «libre valoración» de las pruebas penales</i> , Juan Igartua Salaverria.	
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b> .....	53
— <i>Las normas y la jurisdicción (III)</i> , Jesús Peces Morate.	
— <i>El pagaré en blanco: la historia interminable</i> , Rafael Sarazá Jimena.	
<b>Internacional</b> .....	69
— <i>Magistratura e ilegalidad difusa en Italia</i> , Maria Rosaria Ferrarese.	
— <i>Algunos problemas de la administración de justicia en México</i> , José Luis Soberanes Fernández.	
— <i>El ministerio fiscal en Francia</i> , Jean Claude Nicod.	
<b>Apuntes</b> .....	89
— <i>Leerlo para creerlo.</i>	
— <i>El Fiscal General del Estado se lanza al agua sin saber si está llena la piscina.</i>	
— <i>Legislación excepcional: Einstein tuvo la culpa.</i>	
— <i>¡A por ella!</i>	
— <i>¡Menos mal!</i>	
— <i>El hurto no tiene quien lo escriba.</i>	

# 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"*



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

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

# DEBATE

## La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley

Modesto SAAVEDRA LOPEZ

### 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCION

En el modelo constitucional del Estado de derecho, según el diseño que el liberalismo hizo de él en los siglos XVIII y XIX, el principio del *imperio de la ley* contiene todo lo que se debe exigir para un ejercicio legítimo de la jurisdicción. El imperio de la ley resume todas las propuestas que la burguesía ilustrada opone al absolutismo del antiguo régimen, y entre ellas, las que son esenciales para una función jurisdiccional irreprochable. La separación entre el derecho y la moral, la reducción del derecho a la ley y la consideración de ésta como expresión de la soberanía popular, la división de poderes, la sumisión exclusiva de los jueces a la ley, las garantías procesales, etc., todo esto puede ser deducido de dicho principio o encontrar en él su fundamento.

En el imperio de la ley, la legitimidad judicial es una legitimidad instrumental. Los jueces carecen de autonomía para crear el derecho. No pueden «inventar» las normas de justicia que consideren más adecuadas para resolver los asuntos que les son sometidos a juicio. Ni siquiera pueden aplicarles aquellos principios jurídicos que podría suponerse que tienen un valor absoluto. La jurisdicción, que en sentido general y de acuerdo con su etimología equivale a la potestad de decir o pronunciar el derecho válido para una situación concreta de la vida, significa en el Estado de derecho «pronunciar las palabras de la ley», en virtud de la identificación entre el derecho y la ley que surge a raíz del proyecto jurídico constitucional de los liberales. Por eso, todas las reglas de organización y de funcionamiento de la jurisdicción están pensadas para contribuir a una *aplicación objetiva y cierta de la ley*, es decir, para asegurar la imparcialidad y neutralidad del juez, para privarle de todo margen de discrecionalidad, y para evitar las influencias políticas e impedir los abusos de poder en el ejercicio de su función. Incluso la concepción predominante de la ciencia y del método ju-

rídico están influidos por dicho principio. Es así cómo surgen o se justifican la unidad y exclusividad de la jurisdicción, la independencia e inamovilidad de los jueces, la contradictoriedad y publicidad del proceso, la dogmática jurídica y los criterios de interpretación del derecho, etc.<sup>1</sup>

Como se sabe, el imperio de la ley surge históricamente por oposición al *imperio del monarca*. Los liberales aspiran a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, convencidos de que este tipo de gobierno aventaja al del antiguo régimen en aspectos esenciales. Efectivamente, en primer lugar, la ley señala a cada uno de una manera objetiva su ámbito de actuación, sus posibilidades y sus límites en la relación con los demás, garantizando una mediación estable y previsible entre los distintos individuos y entre los individuos y la sociedad. De esa manera, la ley define espacios de libertad y permite compaginar la seguridad con la justicia, convirtiéndose en agente del progreso y de la felicidad. En segundo lugar, la ley es un límite infranqueable para el ejercicio del poder. La actuación de éste no podrá ser discrecional sino dentro de los márgenes permitidos por la ley. No hay autoridad por encima de ella. La ley es, finalmente, condición y reflejo de la soberanía popular. Es el instrumento más idóneo para garantizar los derechos y libertades individuales, sobre cuya base la voz del pueblo podrá pasar a convertirse en la voz inapelable de la divinidad. Esos derechos y libertades, definidos legalmente, serán los únicos límites de las leyes, puesto que son las condiciones «trascendentales» de una legislación racional.

Pero además de oponerse al imperio del monarca, el imperio de la ley se va a enfrentar en el ejercicio de la jurisdicción, por así decirlo, al *imperio de la justicia*. Es decir, la ley entendida como expresión de una voluntad racional va a hacer que resulte superflua como fuente judicial del derecho la idea de una justicia objetiva. La conexión inicial entre la ley y los derechos y libertades fundamentales, es decir, entre la ley y el derecho natural, se irá difuminando

<sup>1</sup> Me he referido ya a esto en «Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad», en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n.º 1, 1988, págs. 39 y ss. L. Ferrajoli ha expuesto magistralmente esta solidaridad entre legalidad y legiti-

dad de la jurisdicción, especialmente relevante en el campo del derecho penal, en *Diritto e ragione Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 1989.

progresivamente, conforme avanzan los procesos de constitucionalización y codificación que consagran el dominio político de la burguesía liberal. Al hilo de estos procesos florece en el continente europeo el positivismo jurídico, el cual defenderá la tesis de que la ley contiene todos los criterios de decisión que se precisan para resolver legítimamente los conflictos jurídicos. Los jueces no necesitarán recurrir a ninguna norma o principio jurídico que no haya sido «puesto» por el legislador. Tendencialmente el orden jurídico posee la capacidad de autointegración, por lo que los jueces podrán estar sometidos exclusivamente a la ley. La administración de justicia es, en el nuevo régimen, administración de justicia legal. En el campo del derecho penal la exclusión de criterios extralegales de enjuiciamiento será mucho más estricta, prohibiéndose la penalización de aquellos actos que no sean cubiertos expresamente por una norma creada al efecto.

Es cierto que en la práctica jurisdiccional del siglo XIX no desaparece por completo la jurisdicción de equidad, e incluso en algunos códigos se permite, en caso de silencio de la ley, el recurso a los principios del derecho natural<sup>2</sup>. Pero esto es sólo una muestra del origen iusnaturalista de las codificaciones, que con el positivismo después imperante quedará como algo residual, sin que afecte sustancialmente al entendimiento legalista del derecho y a la consiguiente neutralidad política e ideológica de la función jurisdiccional.

Finalmente, el imperio de la ley se opone también al *imperio de la sociedad*, es decir, a la existencia de una jurisdicción administrada directamente por la sociedad, sin la mediación realizada por la ley. Es cierto también que los liberales declaran que la justicia emana del pueblo. Pero con ello lo que pretenden es arrebatarle al monarca la potestad jurisdiccional, y esa declaración es perfectamente congruente con el dogma de la sumisión de los jueces a la ley, una vez que ésta es entendida como expresión de la soberanía popular. La ley es también una garantía de protección contra el poder procedente de la mayoría, y aunque los jueces hayan de ser elegidos por el pueblo, como propugnaba Montesquieu, sus decisiones habrán de basarse en las normas establecidas con carácter general por el legislador. Ni una supuesta voluntad popular, ni la opinión pública, ni ninguna otra instancia representativa de las ideas jurídicas o ético-jurídicas socialmente dominantes pueden suministrar al juez los criterios de su decisión. A esto no se opone la consideración de la costumbre como fuente subsidiaria del derecho, que, como la ley, es una norma general cuya existencia es estable y objetivamente constatable.

Así pues, la función jurisdiccional se considera legítima en tanto en cuanto se realiza bajo unas condiciones que contribuyen todas ellas a una aplicación objetiva de la ley, de unas condiciones que garantizan que todo el proceso de búsqueda de una

solución para el conflicto entre los distintos intereses en pugna, se desarrolle con la imparcialidad requerida para que la decisión pueda ser aceptada por los contendientes, y también con la precaución necesaria para que no sean violados en la búsqueda de la verdad del caso otros derechos e intereses legalmente protegidos.

## 2. LA INCIDENCIA EN LA PRACTICA JURISDICCIONAL DE OTROS PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD OPUESTOS A LA LEY

El conocido fenómeno de la crisis de la ley producida con la evolución histórica del Estado liberal ha hecho que también entre en crisis el imperio de la ley, al menos en la versión estricta que de él dio el positivismo jurídico. Esta crisis de la ley y, junto con ella, la igualmente bien documentada crisis de la ciencia y del método jurídico, han hecho aparecer insuficiente el modelo de legitimidad instrumental de la jurisdicción, que se ve actualmente conmovido por la pujanza de los principios de legitimidad opuestos: no el del imperio del monarca, evidentemente, pero sí el del imperio de la justicia y el del imperio de la sociedad.

El imperio de la justicia exige compaginar la ley con los principios y valores jurídicos fundamentales, con los ideales de justicia a los que debe responder toda práctica jurídica, para que el juez oriente su inevitable y ahora ya generalmente reconocido protagonismo jurisdiccional de acuerdo con ellos. Exige abandonar, no las leyes, sino el legalismo, que es una práctica jurídica basada en un concepto demasiado estrecho de la ley. Exige, en fin, leer el ordenamiento jurídico de acuerdo con la mejor versión que pueda darse de él<sup>3</sup>.

En los países que poseen una constitución escrita, cuya fuerza vinculante alcanza a los tribunales de justicia, las normas constitucionales proveen al juez de los criterios necesarios para una aplicación justa de las leyes. Si se entiende la ley en este su pleno sentido, impregnada de ética, política e historia, entonces queda revitalizado el imperio de la ley, sin las reticencias que podría suscitar en una mentalidad jurídica ortodoxa el recurso a pautas de decisión no positivadas. Los jueces seguirán siendo agentes de la legalidad, y las condiciones de legitimidad de su actuación serían las mismas que en el diseño liberal del Estado de derecho al que hemos hecho referencia. La legitimidad de la jurisdicción sigue vinculada a la existencia de un sistema de controles organizativos, procesales y epistemológicos. La tarea de los jueces se resolvería en una lectura de la ley en clave constitucional. Puesto que el orden jurídico, en el Estado de derecho, incluye todo un sistema de garantías para el individuo, los jueces se erigen de esa manera en un instrumento capital para su defensa y realización. El legalismo queda superado y convertido en garantismo<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del código civil austraco de 1911, cuyo artículo 7 remite al juez, en caso de insuficiencia de la interpretación y de la analogía, a los «natürlichen Rechtsgrundsätze», o principios del derecho natural.

<sup>3</sup> Así es cómo R. Dworkin, por ejemplo, entiende la interpreta-

ción del derecho. Véase especialmente su *Law's Empire*, Cambridge, Harvard U. P., 1986. También *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984 (versión original. Londres 1977).

<sup>4</sup> Así, L. Ferrajoli: *Op. cit.* También, del mismo autor, «El de-

# Las ideas redondas más útiles para su despacho

Oferta  
Gratis el lector óptico Pioneer "Multiflector"



## Toda la Legislación y la Jurisprudencia, en texto íntegro

### Legislación

**TEXTO COMPLETO DE LEGISLACION E INDICES DE LEGISLACION**

**¿Qué puede consultar?**

- 1 Todas las disposiciones en texto completo desde 1978 hasta la actualidad
- 2 Todos los resúmenes de disposiciones, de forma referencial desde 1929, con referencia al Repertorio Cronológico de Legislación, al B.O.E. y al Nuevo Diccionario de Legislación y su Apéndice. Un total de más de 136.000 documentos sobre Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, Reales Decretos, Decretos Reglamentos, Ordenes Ministeriales, etc...

**¿Cómo?**

Mediante fechas, rangos de disposiciones, órganos emisores, voces o palabras descriptoras etc.

**Importantes novedades introducidas:**

- Incorporación de vigencias en cada disposición.
- Referencia a las sentencias dictadas en aplicación de las normas.

### Jurisprudencia

**TEXTO COMPLETO DE JURISPRUDENCIA E INDICES DE JURISPRUDENCIA**

**¿Cuál es su contenido?**

Todas las SENTENCIAS Y AUTOS, dictadas por el Tribunal Supremo  
Todas las RESOLUCIONES de la Dirección General de los Registros y del Notariado.  
Todas las SENTENCIAS dictadas por la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, resolviendo recursos de casación en materia Foral.

**¿Cómo consultar?**

De forma fácil a través de fechas, jurisdicción, índice legal, ponentes y un exhaustivo thesaurus que comprende todas las cuestiones principales con descriptores asociados, que irán indicando cómo acotar en las consultas.

*La versión actual recoge desde 1987. En próximas versiones y con carácter gratuito recibirá en TEXTO COMPLETO hasta 1979.*

Además el lector óptico Pioneer "Multiflector" GRATIS

**Oferta:**

Al suscribirse a B.D.A. Legislación y B.D.A. Jurisprudencia recibirá GRATUITAMENTE el lector PIONEER, modelo DRM-600-A, con capacidad para 6 discos. Asimismo se lo instalaremos sin coste alguno para Ud.

Ref JD BDAs Solicito sin compromiso más información  
**BONO RESPUESTA**

Sr. ....  
Profesión ..... Especialidad .....

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

**ARANZADI**  
EDITORIAL

Carretero de Aoiz, Km 3,5 Elcano (Navarra)  
Tfnos: (948) 33 18 11 - 33 02 26 Fax: (948) 330919

Sin embargo, al haber desaparecido la ideología de la certeza asociada al positivismo jurídico, se manifiesta más que nunca la necesidad de objetivar la toma de decisiones. La revitalización del imperio de la ley no exime al juez de decidir. Este podrá encontrar en el orden jurídico, ampliado constitucionalmente, las pautas de decisión que necesita para resolver los problemas de interpretación y aplicación de las leyes, sin que sea preciso para ello acudir a un ámbito externo de moralidad o de consenso social. Pero, en última instancia, es su conciencia la que decide. Así pues, la inserción del principio de justicia en el imperio de la ley obliga a plantearse la pregunta por los criterios de racionalización de las decisiones judiciales. ¿Son estas decisiones irracionales, como pensaba Kelsen, o son controlables intersubjetivamente, y por tanto, asumibles o criticables por los demás? ¿Son, en definitiva, racionalizables?

El imperio de la sociedad, a su vez, exige que la proclamación de que la justicia emana del pueblo no se quede reducida a una declaración formal cuya verificación se produce sólo indirectamente a través de la procedencia popular de las leyes. Exige que la libertad de enjuiciamiento de los jueces quede constreñida de alguna forma por vínculos sociales. Exige, en definitiva, que la independencia judicial no se traduzca en el privilegio de unos profesionales alejados de la sociedad, que es la única depositaria de la soberanía, o irresponsables ante ella. ¿Cómo hacer compatible el cumplimiento de estas exigencias con la fidelidad de los jueces a la ley, que a pesar de todo sigue siendo un principio irrenunciable del Estado de derecho? ¿Y cómo es posible compaginar este tipo de exigencias con las pretensiones que los principios de justicia proyectan sobre el ejercicio de la jurisdicción? Me referiré en primer lugar al problema de la racionalización de las decisiones judiciales.

### 3. LA RACIONALIDAD DE LA JURISDICCION

El problema de la racionalización de las decisiones normativas es uno de los objetos de discusión más importantes en la filosofía moral actual. La teoría de la argumentación jurídica trata de extender esta discusión al campo de la aplicación judicial del derecho. La idea principal es la de que podrían calificarse como racionales aquellas decisiones judiciales que fuesen el resultado de determinadas estrategias argumentativas, que se estima portadoras de racionalidad. Así, continuando el programa de la tónica jurídica de Viehweg y de la nueva retórica de Perelman, de los años sesenta y setenta, diversos autores como N. MacCormick, R. Alexy, A. Aarnio y

otros han intentado hacer un análisis de la argumentación jurídica racional, de sus posibilidades y de sus límites.

Siguiendo el tratamiento que estos autores han dado al tema, podemos decir que una argumentación jurídica es racional si reúne determinadas características, algunas de las cuales son lógicas y otras pueden ser denominadas «dialógicas».

Las *características lógicas*, tal como las interpreta MacCormick<sup>6</sup>, consisten en la *deducibilidad* del argumento a partir de premisas jurídicas válidas; en su *universabilidad*, si es que esas premisas no están claramente formuladas en la ley (lo cual ocurre en los llamados casos difíciles), es decir, que el argumento concuerde con alguna regla que cubra no sólo el caso particular, sino todos los casos similares posibles; en su *consistencia*, es decir, su no contradictoriedad con respecto a aquellas premisas; y en su *coherencia*, es decir, la posibilidad que tiene el argumento de ser subsumido en uno de los principios generales del sistema. Aunque MacCormick no se detiene en más consideraciones lógicas, podemos decir que todas las reglas de inferencia válidas tienen cabida aquí.

Ahora bien, la consistencia y la coherencia del argumento dependen de la existencia de unas normas previas cuya formulación puede ser ambigua o de unos principios que pueden ser contradictorios. Por eso lo que decide sobre la racionalidad del argumento, en último término, según el mismo MacCormick, es la consistencia que posee dicho argumento en relación con el mundo tal como es proyectado por aquel que sostiene el argumento. Si las consecuencias del argumento contradicen la imagen del mundo del que argumenta, entonces su argumentación es irracional. MacCormick llama a este requisito *aceptabilidad* de las consecuencias normativas<sup>6</sup>.

Sin necesidad de más consideraciones, esto muestra ya que la racionalidad de la argumentación es en cierta medida subjetiva. En otros términos, muestra que la razón práctica tiene unos límites. Es cierto que la razón juega un papel en los asuntos prácticos, pero también lo es que hay desacuerdos prácticos que no pueden ser dirimidos racionalmente. Puede haber argumentos igualmente racionales que sean divergentes en sus consecuencias normativas. Sin darle completamente la razón a Hume, MacCormick admite que la afectividad, tanto como la racionalidad, está implicada en nuestra adhesión a determinados principios en vez de a otros<sup>7</sup>.

A las *características dialógicas* se ha referido especialmente Alexy en su teoría de la argumentación jurídica<sup>8</sup>. Este autor, basándose fundamentalmente en la pragmática universal de Habermas, enuncia una serie de reglas que tendría que seguir la argu-

recho como sistema de garantías», en *Jueces para la Democracia*, n.º 16-17, 2-3/1992, págs. 61 y ss.

<sup>5</sup> Véase su *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978. MacCormick no pretende en ningún momento abordar la realización de un tratado sobre lógica jurídica, pero el análisis que hace del razonamiento jurídico racional pone de relieve precisamente este tipo de características. Sobre MacCormick y, en general, otras teorías de la argumentación jurídica, véase M. Atienza: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, págs. 100 y ss.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, págs. 5 y ss., y 265 y ss.

<sup>8</sup> Véase, sobre todo, su *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (versión original: Frankfurt, 1978) Además, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. Garzón Valdés (comp.): *Derecho y filosofía*, Barcelona, Ed. Alla, 1985, págs. 43 y ss.; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, n.º 5, 1988, págs. 139 y ss.

mentación jurídica para que su resultado, la decisión judicial, pudiera ser calificado como racional. Según él, no basta el cumplimiento de las reglas lógicas de inferencia. El discurso jurídico no sustituye al discurso práctico o moral de tipo general, sino que depende de él y necesita ser completado por él.

La racionalidad de la argumentación jurídica depende, por tanto, de las posibilidades de racionalización de los enunciados morales. De acuerdo con el paradigma de racionalidad que sigue Alexy, no hay otra forma de racionalizarlos sino mediante la aportación de buenas razones, es decir, de razones que puedan convencer a un auditorio universal (Perelman), o que puedan ser aceptadas por todos en una situación ideal de diálogo (Apel, Habermas). Tal situación está caracterizada por la posibilidad de problematizar cualquier acuerdo o convención, la libertad y la igualdad de los participantes, la ausencia de coacciones, etc. Se supone que en una situación así se impondrían las mejores razones, y el acuerdo al que se llegaría sería la expresión del interés general. Es una teoría procedimental de la razón práctica la que constituye para Alexy el fundamento de la racionalidad jurídica.

Cualquiera puede entender que no hay una situación ideal de diálogo a no ser en la imaginación filosófica. Es una situación «contrafáctica». Ahora bien, si es cierto que tales condiciones no son algo real, también es cierto que no son algo absurdo. Al contrario, tienen sentido: su sentido es el de orientar la práctica de la argumentación y medir con respecto a ellas los procesos de argumentación real para ver hasta qué punto son racionales o racionalizables. Una argumentación es racional si cumple los requisitos procedentes de esa situación ideal de diálogo.

Entre las reglas que Alexy formula como «reflujo de las exigencias derivadas del proceso de racionalización de los enunciados prácticos pueden mencionarse las siguientes: «Cualquiera que pueda hablar puede tomar parte en el discurso», «cualquiera puede problematizar cualquier aserción, introducir cualquier aserción en el discurso, y expresar sus opiniones, deseos y necesidades», «no se puede impedir a cualquier hablante ejercer esos derechos mediante coacción existente dentro o fuera del discurso», «las consecuencias de una norma para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo deben poder ser aceptadas por todos», «la interpretación de las necesidades como aceptables de manera general debe poder resistir la comprobación en una génesis crítica», etc.<sup>9</sup>

Se comprende que estas reglas difíciles pueden ser cumplidas en contextos reales de argumentación. Sin embargo, junto con las reglas lógicas de consistencia e inferencia, indican el sentido de la crítica expresada en una argumentación jurídica racional. Cuando alguien ejerce la crítica de una aserción, o de un argumento, debe dirigirse a todos y estar abierto a las razones de todos, y debe igualmen-

te examinar las consecuencias y las causas de las normas y de las decisiones. Este «debe» no es simplemente un debe moral, sino un debe lógico, que aclara el sentido de toda crítica que merezca el calificativo de racional.

Uno puede concluir, sin embargo, que la crítica siempre quedará adherida, en último término, a un juicio personal acerca del cumplimiento hipotético de los requisitos de racionalidad. Dado que la situación ideal de diálogo es contrafáctica y no se da en la realidad, uno tendrá que preguntarse: ¿sería aceptable por todo el mundo tal argumento en un contexto ideal de argumentación? Y tendrá que ser uno mismo el que conteste esa pregunta. La respuesta dependerá de las propias convicciones.

Aarnio, por su parte, no acepta el criterio de la situación ideal de discusión, ni el de audiencia universal, como punto de referencia para la racionalidad de la argumentación<sup>10</sup>. Es parte de una posición de relativismo axiológico y se adhiere a las tesis de Wittgenstein acerca de la infranqueabilidad racional de las formas de vida. Según él, todo enunciado valorativo está conectado con una forma de vida. Los enunciados valorativos pueden ser racionalizados argumentativamente, pero hasta un cierto punto: hasta el punto en que los que argumentan participan de la misma forma de vida. La forma de vida es, en última instancia, acción. No es asunto de elección racional, sino que crea la base de la elección racional. El paso de una forma de vida a otra no es asunto de argumentación racional, sino de persuasión.

Por ello Aarnio liga el criterio de la racionalidad de una propuesta normativa (evidentemente también en su caso cuando es necesario traspasar el marco del derecho válido y de la dogmática jurídica) al de su aceptabilidad por parte de un auditorio no universal, sino particular, pero no concreto y empíricamente identificable, sino ideal. El «auditorio particular ideal»<sup>11</sup> sería el conjunto de individuos que están en una situación cultural y socialmente determinada, es decir, que están ligados a una determinada forma de vida, pero que aceptan y siguen las reglas de la argumentación racional. Dentro de este grupo sí podría lograrse un consenso racional.

De ahí deriva Aarnio el siguiente principio regulativo: «La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente»<sup>12</sup>. Es decir, debe conectar con el sistema de valores de la mayoría que razona racionalmente, o lo que es lo mismo, con el auditorio particular ideal que es mayoritariamente en esa comunidad. Esta exigencia bastaría para satisfacer «nuestros más estrictos requerimientos con respecto al razonamiento jurídico más adecuado en la sociedad democrática moderna»<sup>13</sup>.

Sin embargo, y con independencia de cómo puede ser delimitada e identificada esa forma de vida,

<sup>9</sup> *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., págs. 184 y ss.

<sup>10</sup> Véase, especialmente, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (versión original: Dordrecht, 1987). También «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regu-

lativo del razonamiento jurídico», en *Doxa*, n.º 8, 1990, págs. 23 y ss.

<sup>11</sup> *Lo racional como razonable*, cit., pág. 284.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 286.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pág. 287.

también aquí la aceptabilidad de las razones y, por tanto la racionalidad de la argumentación, depende de un juicio hipotético y subjetivo acerca de su idoneidad para superar los controles procedentes de esas *condiciones ideales* de argumentación. Por eso, la conclusión que se puede extraer de todas estas contribuciones procedentes de la teoría de la argumentación en la actualidad es un cierto relativismo. Argumentos contradictorios pueden valer igualmente como racionales. Nada podrá sustituir, al final, la conciencia del que examina la justificación de un argumento, de una decisión o de una norma. Es decir, en el proceso de argumentación que conduce a la decisión judicial, nada podrá sustituir la conciencia individual del juez, que es el llamado a decidir la controversia jurídica.

Con todo, esta conciencia individual del juez tiene un importante criterio de orientación que puede ser deducido de las teorías de la argumentación racional. Dichas teorías proporcionan una clave para discernir la racionalidad de determinados argumentos. Efectivamente, serían racionales no sólo aquellos argumentos que pudiesen ser aceptados por todos, sino también, y especialmente, aquellos tendentes a favorecer el procedimiento de argumentación. Lo que equivale a decir: tendentes a favorecer la democracia como procedimiento. No la opción de la mayoría, que en esto no consiste la democracia, sino las condiciones (de todo tipo: económicas, culturales, políticas, procesales) que hacen posible un intercambio equitativo de razones y argumentos. Y serían racionales por ser las condiciones de posibilidad de una argumentación racional. Las características dialógicas conducen, por tanto, a la potenciación de los argumentos democratizadores, y, en ese sentido, de los derechos y garantías individuales contenidos en el ordenamiento jurídico.

¿Qué consecuencias tiene esto para la legitimidad de la función judicial? En primer lugar, proporciona una línea de argumentación para el discurso jurídico y para el razonamiento judicial. En este sentido, las teorías de la argumentación racional conducen forzosamente a una crítica del derecho, orientada sobre todo a la denuncia de aquellas disposiciones jurídicas que impiden u obstaculizan la autonomía individual, que es sobre todo autonomía para participar racionalmente en cualquier proceso de toma de decisiones. Esta crítica del derecho, basada en los derechos fundamentales, es interna al orden jurídico, y por tanto asumible por los jueces y tribunales<sup>14</sup>; y es racional por el sentido de los derechos fundamentales en los que se basa: efectivamente, éstos pueden ser entendidos como presupuestos o condiciones de posibilidad del procedimiento de obtención de consenso y de manifestación del disenso, antes que como resultado del consenso mismo.

En segundo lugar, proporciona una nueva fundamentación de las condiciones políticas y procesales

que configuran el marco en el que tiene lugar la función jurisdiccional, confirmándolas y reinterpretándolas como condiciones argumentativas que posibilitan u obstaculizan el uso e intercambio de razones jurídicas. La división de poderes, la independencia e inamovilidad judicial, la publicidad y contradictoriedad del proceso, la igualdad de las partes, la motivación de las resoluciones judiciales, la crítica de las sentencias por la opinión pública, etc., tienen este sentido. No son ya las condiciones de objetividad y certeza de la aplicación judicial de las leyes, sino los controles de racionalidad de la función jurisdiccional. Lejos de agotarse en la aplicación objetiva y cierta de las leyes, la jurisdicción realiza una labor de integración de las leyes, con los ideales de justicia, de donde éstos obtienen siempre su significado sustancial y a la que deben estar constantemente referidos. Para ser legítima, esa labor de integración ha de realizarse bajo condiciones procedimentales, el mismo tipo de condiciones bajo las que es posible predicar en el Estado de derecho la legitimidad de la ley misma, una vez desaparecida la creencia en valores absolutos<sup>15</sup>.

#### 4. VINCULOS SOCIALES E INDEPENDENCIA JUDICIAL

De esta manera es cómo puede resolverse la pugna del imperio de la justicia por arrebatarse al imperio de la ley el poder de legitimación de las decisiones judiciales. La legitimidad de la jurisdicción viene dada por los presupuestos de justificación racional de la obtención judicial del derecho.

Pero también el imperio de la sociedad, hemos dicho antes, compete por desplazar al imperio de la ley como paradigma de la legitimidad judicial. Si la aplicación objetiva del significado de la ley, si los jueces tienen un poder autónomo de decisión, si el imperio de la justicia es incierto y depende de las convicciones de los jueces, ¿no habrían de reforzarse los vínculos sociales de la función jurisdiccional? De varias formas puede ejercer la sociedad una influencia sobre las decisiones judiciales. Por un lado, los vínculos sociales a los que alude la pregunta pueden ser simplemente epistemológicos, y obligarían a los jueces a tener en cuenta las opiniones dominantes en la fundamentación argumentativa de sus decisiones. Como acabamos de ver, en su esfuerzo por encontrar la solución justa de la controversia jurídica, el juez debe buscar la aceptabilidad de su decisión por parte de los que participan en el proceso de argumentación jurídica. Debe orientarse por un posible consenso en torno a las razones de enjuiciamiento. Este consenso no es, o no es solamente, el de los que participan directamente en el proceso judicial, sino el de todos los que pueden participar teóricamente en el proceso de argumentación jurídica,

<sup>14</sup> De la necesidad de una crítica del derecho basada en los derechos fundamentales, y realizada por jueces y tribunales, habla también L. Ferrajoli en las obras anteriores citadas. Véase *Diritto e ragione*, cit., págs. 892 y ss., 912 y ss.; «El derecho como sistema de garantías», cit., págs. 67 y ss.

<sup>15</sup> Véase J. Habermas: «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Doxa*, n.º 5, 1988, págs. 21 y ss. También *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.

sea todo el mundo, o sean todos los que viven una misma forma de vida.

Así pues, la aceptabilidad de la decisión por parte de la sociedad es lo que guía al juez en su búsqueda del derecho. Pero, si bien el juez tiene este criterio de orientación, también es cierto que no posee ninguna receta para aplicarlo, ni ninguna clave que le asegure de haber encontrado su objetivo. La aceptabilidad de la decisión judicial no se puede medir a base de encuestas. No es una simple cuestión de hecho. Una estadística tampoco puede sustituir la decisión del juez, que en el Estado de derecho tiene la potestad de juzgar con independencia y «sometido únicamente a la ley». El juez no es el representante de la mayoría de la sociedad, ligado por un mandato imperativo que le obligaría a adoptar los puntos de vista más extendidos o de alguna forma socialmente aceptados. La sociedad ha conferido al juez la función de aplicar la ley, y en ocasiones la fidelidad a la ley puede exigirle defender frente a las mayorías los intereses legítimos del individuo o de las minorías, adoptando puntos de vista que, si en un momento dado no son ampliamente compartidos, se hacen merecedores del reconocimiento social por sus valores democráticos. Los vínculos sociales de carácter epistemológico no pueden ser, por tanto, sino aquel tipo de argumentos que, como hemos visto antes, tienden a reforzar la democracia como procedimiento de adopción de decisiones. Converge, en este sentido, el imperio de la justicia con el imperio de la sociedad, dando lugar al imperio de la democracia como fundamento de legitimidad de la jurisdicción.

Pero los vínculos sociales de la función jurisdiccional pueden ser de otro carácter que simplemente epistemológico. También pueden ser institucionales,

y deben serlo dado el dominio que el juez ejerce sobre el proceso de argumentación. Puesto que éste acaba con una decisión que el juez toma en conciencia, la sociedad no puede dejar de exigir una estructura judicial que acerque la persona que decide a la amplitud de las necesidades e intereses sociales. El control social ha de hacerse efectivo más allá de la ampliación del ámbito argumentativo sobre las razones del juicio. El que decide no puede ser alguien ajeno a los intereses en juego, cuya imparcialidad se convierta en incompreensión, y cuya sensibilidad no se vea motivada por las necesidades de la sociedad que le ha conferido la misión de administrar la justicia. Por eso, para un planteamiento exhaustivo de la legitimidad judicial no basta la reivindicación de las garantías procesales de la argumentación. Es vital la presencia de la sociedad misma en la institución encargada de tomar las decisiones.

De este modo es cómo encuentran justificación las pretensiones de democratización de la institución judicial. Por ejemplo, la pretensión de que se introduzcan en el proceso judicial agentes sensibles a las convicciones y expectativas sociales (el problema del jurado tiene su inserción aquí, evidentemente); que se abra la carrera judicial a miembros procedentes de otros ámbitos ajenos a la profesión; que la sociedad elija a sus jueces, al menos en algunos casos; que la estructura del poder judicial sea políticamente representativa, etc. Es cierto que una proximidad excesiva a la sociedad y a la política puede poner en peligro la independencia judicial. Pero no debe olvidarse que todas esas medidas tienden a asegurar que la racionalidad de las resoluciones judiciales se vea enriquecida por la aportación de argumentos procedentes de un espacio social más amplio que el de la burocracia profesional de los tradicionales jueces de carrera.

# El actual debate político acerca de los derechos humanos

José Antonio GIMBERNAT

## LA CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS

Del 14 al 25 de junio último en el Centro Internacional de Austria en Viena, tuvo lugar la Conferencia mundial de Derechos Humanos.

Contiguamente en el espacio y simultáneamente en el tiempo, se desarrollaba el Foro de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG). Más de 2.000 representantes de 1.500 organizaciones ponían en común su experiencia diaria en la defensa de los derechos humanos. Muchas de ellas eran testimonio de lo peligroso que en muchas partes del mundo resulta hoy actuar como valedor de estos derechos. Pero esto mismo les hacía aparecer como los auténticos expertos en derechos humanos.

En la Conferencia de los Estados se concatenaban los discursos oficiales, casi siempre expuestos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los ciento ochenta y cuatro Estados representados. En ellos se ensalzaba retóricamente la excelencia de los derechos humanos y se vituperaba la perversión de quienes los conculcan. Se escenificaba así un inigualable ejercicio de cinismo diplomático, pues en esa Asamblea se encontraban todos los Estados responsables o conniventes con las grandes violaciones de los derechos humanos en nuestro mundo. La mayoría de ellos ni siquiera aspira a garantizar formas democráticas en sus versiones más epidérmicas. Como en las novelas de Agatha Christie allí se encontraban los culpables, pero su desenmascaramiento era el enigma sin resolver. Ningún atisbo de autocrítica en las interminables intervenciones diplomáticas. Con el fin de evitarla y de asegurarse de que sería así, la Conferencia se había blindado con una condición previa: no mencionar ninguna responsabilidad de ninguno de los Estados participantes.

Por el contrario, previamente al inicio de la Conferencia, durante dos días, los representantes de las ONGs elaboraron en ese Foro un documento de análisis y programa. Este tenía como objetivo presentar la posición de estas organizaciones en lo referente al diagnóstico actual de la situación de los derechos humanos en el mundo, a la vez que daba cauce a la audacia de denunciar en detalle sus violaciones, y proponía fortalecer los mecanismos existentes, junto con la creación de otros nuevos, para la prevención de sus violaciones; útiles también para controlar su cumplimiento.

El objetivo de la Conferencia de los Estados era la redacción de un documento declarativo de las exigencias que hoy se considera que son consecuencia de la afirmación universal de los derechos humanos.

Desde una óptica realista no se podía esperar de la Conferencia mucho más que un buen documento que reafirmara las Declaraciones y Convenios internacionales de derechos humanos. La doctrina de estos es suficientemente amplia, sólida y profunda como para concluir que lo crucial es que se lleven a la práctica, y con este fin mejorar en lo posible los instrumentos internacionales de control. A la vez, en la intención de sus impulsores, la Conferencia debía servir para afrontar con su toma de posición y sus propuestas las cuestiones nuevas o agravadas que exigen una mayor responsabilidad internacional. Estos puntos negros, que fueron temáticamente abordados son: el auge del racismo; la discriminación de las minorías, con especial énfasis en las poblaciones indígenas; la situación de los trabajadores inmigrantes; las desigualdades y discriminación que padecen las mujeres en razón de su sexo, junto con las violaciones de sus derechos, que sufren precisamente por su condicionante biológico; la puesta en primer plano de los derechos de los niños, un grupo de extraordinaria vulnerabilidad, y de los discapacitados; a la vez, se subrayaron de nuevo los daños de una lacra permanente de la humanidad: la tortura y las desapariciones.

## LOS DERECHOS HUMANOS COMO UNICO LENGUAJE DE PRETENSION UNIVERSAL

En las reuniones regionales preparatorias se percibieron agudamente las distintas perspectivas e intereses en las diversas interpretaciones y acentos en los derechos humanos. Ello es así por el papel de primer plano que juegan hoy en el mundo las referencias a los derechos humanos. Tras la quiebra y debilidad de las ideologías con pretensión de universalidad, el único lenguaje universal que perdura con la pretensión de ser significativo para todos es el de los derechos humanos. Y, por ello, aun los Estados que en la práctica los desprecian y conculcan no se atreven a enfrentarse intelectualmente a sus formulaciones y declaraciones, por todos reconocidas internacionalmente.

Aun cuando toda declaración de este tipo tiene un fuerte componente retórico, sin embargo, en este terreno, las palabras tienen un gran impacto en los pueblos y en la opinión pública de todos los países. En el presente, los derechos humanos —como ocurrió hace poco en la Conferencia del Medio Ambiente en Río de Janeiro— se han convertido en un espacio de confrontación entre el Norte y el Sur. Así, los enfoques difieren, y delatan las quiebras más profundas de la humanidad contemporánea. En esa polarización geográfica y en la discusión sobre las

distintas exigencias de los derechos humanos se percibe el desplazamiento en nuestro mundo de lo que antes era la confrontación Este-Oeste. A ello habría que añadir las dificultades inherentes a la redacción de un documento en un foro en el que necesariamente tiene que ser consensuado y refrendado por los Estados violadores de estos derechos. Desde las reuniones preparatorias los temas más conflictivos fueron las afirmaciones de que los derechos humanos son universales e indivisibles, la primacía del derecho al desarrollo, y la relación entre desarrollo, democracia y derechos humanos.

## **CARACTER UNIVERSAL E INDIVISIBLE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Los países democráticos desarrollados insisten en que los derechos humanos son universales. Esto es, los mismos derechos tienen que verse garantizados en todas las condiciones sociales, culturales, religiosas, políticas y económicas; y a ello añaden que, además, son indivisibles. Lo que implica que tanto los derechos políticos y civiles como los económicos, sociales y culturales configuran una totalidad que hay que hacer efectiva en toda su amplitud. Consecuentemente no es legítimo primar, obligados por las circunstancias, una parte de estos derechos, relegando o conculcando otras exigencias. Esta era la doctrina de los Estados occidentales, lógicamente asumida por todos los valedores de los derechos humanos. Pero la posición de estos Estados no deja de estar afectada por graves contradicciones. En su práctica política no predomina como guía conductora la indivisibilidad de los derechos civiles y sociales, sino el relieve interesado que las doctrinas liberales hacen de algunos de los derechos civiles. Con frecuencia de aquellos de carácter más formal. En la Conferencia de Viena por el contrario, se pudo constatar reiteradamente la razón de quienes destacan que la gran violación de los derechos humanos en este final de siglo es la pobreza. Directa o indirectamente su extensión anula las urgentes expectativas de grandes sectores de la humanidad de que se hagan realidad para ellos los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo cumplimiento es constante y pomposamente reclamado. Son objeto primordial de declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos. Todos —sobre todo los países ricos— son corresponsables de esta terrible agresión a la dignidad humana. El mantenimiento de un orden económico internacional basado en la desigualdad y en los intereses de los países más poderosos es responsable de las terribles cifras del hambre, la precaria alimentación, las deficiencias higiénicas y sanitarias, el desempleo que afecta a gran parte de la humanidad. El documento salido del Foro de las ONGs era consciente de la inconsecuencia de afirmar la indivisibilidad y satisfacerse con la apariencia de democracia en los países no desarrollados, pretendiendo así aseverar falsamente la vigencia en ellos de los derechos humanos. Por eso el lema de aquel Foro reivindicaba con todas sus consecuencias la afirmación de la indivisibilidad y universalidad de los derechos civiles y los sociales: «Todos los derechos humanos para todos». Incluía

como punto fuerte el derecho al desarrollo y denunciaba las políticas de ajuste estructural impuestas a los países no desarrollados. Estas han llevado al empobrecimiento de sectores cada vez más amplios de la sociedad, que como consecuencia han visto vulnerados sus derechos económicos y sociales. Consecuentemente se denuncia la incompatibilidad de los programas emprendidos por los organismos financieros internacionales con las disposiciones de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. En esta dirección, solicita que desaparezcan las normas de voto ponderado en el seno de dichos organismos y de paso —en favor de una mayor democratización de las instituciones de Naciones Unidas— se reclama la desaparición del privilegio del veto en el Consejo de Seguridad. Se estima que todo ello debe llevar a las Naciones Unidas «al examen y la redifinición de la función de sus organismos financieros internacionales en beneficio del desarrollo, la democracia y los derechos humanos».

Hay que llegar «al reconocimiento de que el empobrecimiento de grandes sectores de la población es una violación manifiesta de los derechos humanos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— en su totalidad». Consecuentemente se condena «el monopolio de los procesos de adopción de decisiones en las relaciones económicas internacionales». La eliminación de los mecanismos de la deuda externa, la reducción drástica de los gastos militares y la cooperación económica son otras consecuencias exigibles desde esta perspectiva de los derechos humanos.

Las ONGs se mostraron en contra de condicionar la ayuda económica a un nivel satisfactoria de cumplimiento de los derechos humanos. Su experiencia señala que ello conlleva una doble represión sobre las poblaciones: la de sus dictadores y la de los efectos en sus economías particulares de las sanciones comerciales.

## **LA INJERENCIA HUMANITARIA**

En este marco —la discusión acerca del carácter universal e indivisible de los derechos humanos— se introducía la polémica sobre la nueva doctrina del derecho a la injerencia en los asuntos de otros Estados en razón de la violación de los derechos humanos. La responsabilidad común, aceptada por todos los Estados, de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, implica un cierto grado de injerencia. Pero —pienso que con razón— los países no desarrollados se oponen a esta doctrina por temor a que se convierta en un pretexto de comportamientos neocoloniales.

De hecho, algunos defensores de este tipo de injerencias —parece que al amparo de los derechos humanos— tratan de renovar una nueva teoría de la guerra justa que justifique represalias militares. Además esta injerencia parece, hasta ahora, unidireccional: una intervención de los países occidentales en las cuestiones de otros Estados, legitimados por esta noble causa. Pero no parece que esa injerencia se entienda de forma reversible. Para poner un ejemplo: la posible injerencia de países no de-

sarrollados en la política exterior de EE.UU. por sus invasiones y muertes en Panamá y Granada, o el cerco militar hace algunos años a Nicaragua. O el derecho a entrometerse por la profusa aplicación de la pena de muerte en ese Estado, sobre todo a la gente de color, o por la discriminación racial que sufren importantes sectores de la población negra.

Personalmente estoy a favor de un derecho de injerencia —que no tenga nunca carácter militar— a causa de las violaciones de los derechos humanos. Este debería ser substraído a un órgano tan politizado como es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Por el contrario, la injerencia tendría que ser llevada a cabo por instituciones democráticamente legitimadas, que tuvieran garantizadas su independencia, la subordinación de todos los Estados, y su carácter permanente. Tribunales *ad hoc* como los que se han propuesto para los acontecimientos en la antigua Yugoslavia adolecen de demasiadas deficiencias para poder ser considerados como justos. De dos de estas instituciones se trató en la Conferencia de Viena: la creación de un Alto Comisionado para los derechos humanos y la constitución de un Tribunal Penal Internacional. La primera figura quedó recomendada en ambas Asambleas. Si se le dota de los medios adecuados —a cargo de personalidades de prestigio bien reconocido— esta institución puede favorecer un dinamismo muy positivo para la prevención de las violaciones de los derechos humanos, al igual que para su vigilancia, propagación y fortalecimiento.

Mucho más endeble ha sido la recomendación de instituir un Tribunal Penal Internacional. La redacción de los códigos que debería aplicar y los convenios y pactos internacionales requeribles para aceptar su jurisdicción, implican un largo y complicado camino, que, sin embargo, es deseable que se recorra.

Un fortalecimiento en el reconocimiento incondicionado por los Estados del Tribunal Internacional de la Haya sería también una operación efectiva para desarrollar lo que puede entenderse como injerencia legítima.

## EL DERECHO AL DESARROLLO

La estrategia en el campo de los derechos humanos de los países no desarrollados era la de destacar la importancia primordial de reconocer el dere-

cho al desarrollo. Y esto con tal fuerza que se considerasen todos los demás derechos de los ciudadanos de esos pueblos subordinados a este objetivo principal. Subordinación que fácilmente puede convertirse en salvoconducto para conculcarlos. En las reuniones regionales preparatorias a la Conferencia un importante frente de países en desarrollo había levantado esta bandera, que oponían a la pretensión de los países occidentales de subrayar el carácter universal e indivisible de todos los derechos de la persona, proclamados hoy por la comunidad internacional. Aquel frente estaba liderado por China, a la cabeza de un contingente importante de países asiáticos, y apoyado por algunos países latinoamericanos. Al abrigo de esto, algún Estado en donde domina el integrismo islámico trataba de aprovechar estas divergencias con el fin de hacer primar sus normas y costumbres por encima de las exigencias de los derechos humanos en favor de sus ciudadanos.

La confrontación polémica entre las dos perspectivas contrapuestas sobre la interpretación actual de los derechos humanos, en algún momento, parecía que iba a hacer fracasar la Conferencia en su propósito de redactar una Declaración común. Al final, aun cuando con un inevitable nivel de abstracción en muchos pasajes por la necesidad de compromiso, se logró que la Conferencia afirmara positivamente y en concordancia todos los extremos del debate: universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, derecho al desarrollo, y relación necesaria entre democracia, derechos humanos y desarrollo. Las ONGs pertenecientes a las naciones que se oponían a la perspectiva occidental, aun sustentando y resaltando la importancia de reconocer el desarrollo como un derecho sustancial, disientan como víctimas de sus gobiernos, que pretendían soslayar los imperativos de los derechos civiles.

Podemos concluir que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos llevó a buen término un documento final aceptable aunque abstracto, impulsó mecanismos de protección de los derechos humanos, solicitó la verificación de los pactos existentes y la mayor operatividad de las instituciones disponibles en favor de los derechos y la dignidad de todos los ciudadanos de este mundo. Pero sobre todo la Conferencia se mostró como el contrapunto de una espléndida asamblea de ONGs, que son la mejor esperanza para los activistas de los derechos humanos, alerta e insobornables en casi todos los Estados.

## La resistible tentación de la disciplina

Perfecto ANDRES IBÁÑEZ

Nada hay seguramente más paradójico en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, texto animado por la presencia ostensible de una *mens legislatoris* más bien vindicativo-disciplinaria, que las frustrantes vicisitudes producidas en torno al tratamiento y la ulterior aplicación de sus previsiones en materia de disciplina.

Paradójico, porque al legislador socialista le cupo hacer, e hizo, lo que quiso; y gozó del privilegio histórico de poder confiar la gestión de su obra a un órgano, el Consejo General del Poder Judicial, cortado a su entera imagen y semejanza. Al punto de que difícilmente, en este país, un partido —salvo en situaciones de «partido único», de las que ¡Dios nos libre!— podrá ya, en el ejercicio normal del sufragio, volver a ejercer un tan alto concentrado de poder y con tan intensa proyección simultánea en todas las instancias, incluida la esfera de gobierno de la judicial.

Sin embargo, parece que el asunto, en lo que se refiere a esta última, no dió el resultado apetecido, por lo menos en tema de régimen disciplinario.

Así, puede recordarse, sin gran esfuerzo de memoria, alguna tediosa comparecencia del (anterior) Presidente del Consejo General del Poder Judicial en las Cortes, presidida por la obsesión monotemática del grupo mayoritario por la disciplina, entendida en un cierto sentido. Y más en concreto —parecerá anécdota, pero no lo es— por la incapacidad de esta función y de su correspondiente órgano para «meter en cintura» a un juez radiofónico, al parecer bastante molesto por sus opiniones.

De como esa preocupación tomó cuerpo, pueden dar cuenta las reiteradas lamentaciones de caracterizados exponentes del Consejo por las limitadas posibilidades del texto legal en este punto. Y también algunos esfuerzos de imaginación interpretativa para colmar supuestas insuficiencias, como el que dió a luz a la infausta categoría del «abandono activo», en un desafortunado supuesto, que gracias a la mediación garantista del Tribunal Supremo no lo fue tanto.

Más tarde, y esto muy recientemente, la mayoría gobernante, a través de portavoces del más alto nivel, cierto que con escaso rigor técnico y menor sensibilidad jurídica, ha dado muestras de no verse libre de la ya casi vieja *pesadilla*. En algún caso sugiriendo que el judicial podría ser un poder «incontrolado», demandando para él *control del bueno*. En otro, que la presunción de inocencia pudiera haber dejado de existir y parece que habría que restablecerla del mismo modo. (Desde luego que la presunción de inocencia *no existe* para muchos, aunque no sea éste el caso de algunos imputados excelentes; pero no por falta de *disciplina*).

Pues bien, no cuesta ningún trabajo aceptar que la Ley Orgánica del Poder Judicial haga agua también en este punto. A pesar de que aquí pudo representar algún avance sobre la regulación anterior, al ser respetuosa con el contenido de las resoluciones judiciales y al proyectar, al menos tendencialmente, su incidencia en el área de lo profesional estricto. Si bien dejó pasar la oportunidad de dar un tratamiento unitario y armónico a la materia, al dejar dentro de las leyes de enjuiciamiento con su régimen tanto impropio, la parte sustancial de la misma.

En cualquier caso, y muy lamentablemente, no se ha publicado —como sería de desear o incluso exigible— la jurisprudencia disciplinaria producida en estos años. Y, lo que es peor, no se sabe de la existencia de algún buen *trabajo de campo*, de alguna consistente reflexión teórica sobre la experiencia concreta de los casi dos lustros de aplicación de la LOPJ, que es lo que permitiría pasar con seriedad de la lamentación inespecífica y superficial al cuestionamiento fundado del modelo en vigor.

Experiencia, la de estos dos lustros, sin duda frustrante: porque, a veces, se echa de menos un ejercicio incisivo de la acción disciplinaria frente a clamorosos incumplimientos; y, también, porque no pueden dejar de recordarse usos inaceptables y quizá instrumentales de la misma.

Así resulta que en un contexto trenzado con tales mimbres y sobrevolado a baja altura por un malestar transnacional, que ha puesto en carne viva la sensibilidad de amplios sectores de la clase política europea frente a la jurisdicción (por razones que sí hacen al caso, pero en las que, por puro obvias, no vale la pena entrar); en ese contexto, digo, en ese preocupante contexto de indigencia teórica y de tensión política, se perfila una inquietante apresurada reforma del régimen disciplinario judicial.

El texto difundido es un borrador, lo que significa que, en la mejor de las hipótesis, podría ser retirado; y, en cualquier caso, modificado. Pero, de todas formas, cuenta con suficiente aptitud para suscitar intranquilidad; porque, cuando el ministerio de Justicia pone, negro sobre blanco, lo que ha podido leerse estos días, está expresando, sin duda una posición reflexivamente adoptada.

Lo primero que cabe destacar es que el borrador opta francamente por el mantenimiento de la *doble vía* en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Es decir: la administrativa o gubernativa y la, supuestamente, *jurisdiccional*. Y, al hacerlo así, busca apoyo en la sentencia 110/90 del Tribunal Constitucional, que declaró la compatibilidad de las previsiones de los arts. 414 y siguientes de la LOPJ con los arts. 447 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 258 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No se trata ahora de entrar en un análisis pormenorizado de esa sentencia, en la que seguramente el alto tribunal hizo, como tantas veces se hace, «de la necesidad virtud», pasando quizá por alto que el art. 414 de la LOPJ, ley posterior, no prevé para los jueces otra posibilidad de exacción de responsabilidad disciplinaria que la de los casos que la misma contempla.

Se trata, en cambio, de preguntarse si acaso no sería hora de abandonar el viejo paradigma napoleónico, expresado en la *grande loi* de 1810, que, como se recordará, respondía al propósito de organizar la magistratura en «una serie d'échelons... quelque peu analogues à ceux que l'on rencontre dans l'armée». Y se trata también de pensar si puede servir de fundamento a una opción de tanta trascendencia la motivación de una sentencia como la que se cita, ceñida estrictamente a los límites del supuesto concreto por obra y gracia de la imprevisión legislativa. Es decir, a tratar de salvar una situación.

Y, en efecto, hay que calificar la opción de trascendente, porque siendo relevante en el terreno específicamente sancionador, lo es, sobre todo, en un sentido aún más amplio, puesto que incide directamente en la propia naturaleza de la función de juzgar.

La mal llamada disciplina *jurisdiccional* tiene la reusable virtud de convertir la jerarquía de instancias —que el principio de sumisión del juez «unicamente al imperio de la ley» (art. 117 de la Constitución) demanda sea sólo *procesal*— en *cadena de mando*. Establece de manera implícita, en paralelo al orden de órganos de «gobierno interno de los tribunales y juzgados» que prevé el título III del libro II de la LOPJ, otro por el que cada juez o tribunal se convierte, en alguna medida y a algunos efectos, en atípico *superior administrativo* de aquéllos cuyas sentencias puede revisar en vía de recurso.

El sistema introduce, además, o puede introducir, graves distorsiones en el desarrollo del enjuiciamiento, pues si éste ve ampliado su objeto hasta comprender no sólo el juicio que debe revisarse, sino también las eventuales responsabilidades del autor del mismo, no cabe duda que acabará por teñir, contaminar, de indeseables implicaciones personales un modo de relación que debe tender intensamente a la objetividad.

Podría, tal vez, tacharse de desproporcionada la anterior apreciación, habida cuenta de la escasísima incidencia que ha demostrado tener esa clase de respuesta represiva. Pero es precisamente aquí donde radica otra de las graves deficiencias del sistema, que es su grave inoperancia. Sencillamente: en general, no funciona, por el rechazo que en los titulares de esa anómala función produce un sistema de disciplina *more castrense* (las correcciones se impondrán «de plano») y, de este modo, su eficacia se limita a la aplicación de la ley en algún supuesto aislado. Aplicación que termina por ser aleatoria, es decir arbitraria.

Así las cosas, la ya apuntada obsesión por la disciplina, se traduce en un sintomático desinterés objetivo por los incumplimientos relacionados con los específicos deberes funcionales, es decir jurisdiccionales, que seguramente no preocupan, o preocupan menos, en los medios políticos porque, al fin, inci-

den prioritariamente sobre sectores sociales nada o poco representados en ellos. Y, por contra, revela también un interés desorbitado por el aspecto gubernativo de lo sancionador, en el que, como es bien notorio, prevalece la dimensión de control ideológico o político.

Y aquí es, una vez abandonada la otra perspectiva y, de este modo, la posibilidad de dar un definitivo y armónico tratamiento unitario al régimen disciplinario judicial en el marco único de la LOPJ, donde se sitúa el texto que se comenta.

Dice la exposición de motivos que con la nueva redacción «se refuerza la seguridad jurídica procurando la mayor concreción posible en la descripción de las conductas sancionables». Pero, sin duda, debe de referirse a otro texto, pues lo primero que salta a la vista en el borrador es su riqueza en expresiones de contenido incierto, a la que se suma, como se verá, la recuperación del más viejo y lamentable recurso paleo-disciplinario.

Vale la pena hacer un breve recorrido por algunos preceptos.

El art. 417,1 considera falta grave: «las críticas, fuera del ámbito de lo estrictamente privado, a los principios constitucionales propios del Estado de derecho y las actuaciones tendentes a vulnerar los derechos y libertades fundamentales.»

Es decir, se introduce la censura sobre la opinión manifestada parece que, incluso, *en privado*, puesto que se distingue una privacidad amplia de otra «estricta», que es la única que podría quedar a salvo de la indagación disciplinaria. Y se penalizan «las críticas», es decir *todas las críticas* y de «los principios constitucionales propios del Estado de derecho», o sea, de *todos* los consagrados constitucionalmente. Por ejemplo, cabe temer que dentro del ámbito de las conductas sancionables entraría el cuestionamiento, desde posiciones neoliberales, de alguno de aquellos «*principios* rectores de la política social y económica» consagrados en el capítulo tercero del título primero de la Constitución, que hacen formalmente del Estado español un Estado «social», además de democrático de derecho. O «la crítica», desde posiciones neautoritarias del concepto de «flagrancia» contenido en el art. 18,2 de la Constitución. Bien es cierto, que se trata de una clase de puntos de vista que yo no defiendo, pero no veo por qué no habrían de tener vía libre en la opinión, incluso judicial.

Podría invocarse en apoyo del precepto comentado la necesidad indudable de que los jueces ajusten exquisitamente los *actos de su oficio* al dictado constitucional. Pero es dudoso que ello exija —y que ese dictado permita— la criminalización de la manifestación del pensamiento. Por no hablar del grado de eficacia que cabe presumir de técnicas inculadoras como la que aquí se pondría en juego, suficientemente analizadas en sus efectos desastrosos por la tratadística de los delitos de opinión.

Siempre cabría objetar que hay *críticas* y *críticas*. Pero, por una parte, el borrador no distingue; y, en la práctica, sería —como los jueces saben muy bien— harto difícil distinguir sin entrar controles cualitativos del lenguaje que, si algo garantizan, es un alto coeficiente de inseguridad jurídica.

Si del análisis textual se desciende al de la reali-

dad empírica, no tendría que haber mucha dificultad en reconocer que la crítica, que antes se decía desestabilizadora, de los principios que se trataría de proteger —con medio tan rudimentario como inadecuado— no parece ser un deporte de especial arraigo en los medios judiciales.

Por otro lado, de existir, como seguramente existen entre los jueces, algunas actitudes personales como las que podrían dar lugar a las críticas que tanto temor suscitan, parece mucho más productivamente democrático propiciar su exposición al debate público.

Y, en cualquier caso, la eventualidad de la discrepancia o el error, incluso grueso, en la materia, por sensible que ésta sea, y lo es, forma parte de la fisiología del sistema bien entendida: ¡con decir que éste admite como posibilidad, y metaboliza sin problema, los actos inconstitucionales del mismísimo legislativo cuando se dan!

El artículo que se comenta no se detiene en «la crítica» sino que, como «recreándose en la suerte» incorpora al tipo —lo de tipo es un decir— «las actuaciones tendentes a vulnerar»...

Cabe pensar en supuestos, dándose determinadas condiciones, en que una acción judicial llegue de hecho a vulnerar —dolosa o culposamente— derechos fundamentales. Cabe también que, existiendo el propósito, la acción tienda material y reflexivamente a esa finalidad, pero no pase del intento, en mayor o menor grado de desarrollo. Pero estos casos no parecen ser materia disciplinable, ni los contemplado por la disposición que se trata de examinar; y tampoco están ayunos de tratamiento en el derecho vigente.

Entonces, ¿en qué podría consistir aquella hipotética «tendencia» latente y residual; es decir —y según la Academia— la *propensión* o *inclinación* «a vulnerar derechos y libertades fundamentales», generadora a lo sumo de un impreciso riesgo lejano y abstracto y, desde luego, no punible? Creo que no resulta aventurado hablar aquí de un uso puramente simbólico de lo disciplinario, de una especie de exorcismo hecho en el aire, vacío de contenido por falta de referente empírico.

La previsión del art. 417,2, al sancionar como falta muy grave «la pertenencia a partidos políticos o sindicatos, la actividad militante o el desempeño de empleos a su servicio», opera con indiscutible apoyo constitucional. Pero, si ya se dudó ampliamente en su día sobre la pertinencia del art. 127 de la Constitución; más aún cabría hacerlo ahora del sentido de la incriminación.

En todo caso, y de *mantenerse el tipo*, sería deseable cuidar la fórmula, pues no puede olvidarse que en la actualidad hay puestos, como parte de las vocalías del Consejo General, los del Tribunal de Cuentas y otros, que se cubren, o pueden cubrirse, con jueces, por la mediación de los partidos políticos, y en función del dato de la proximidad ideológica. Lo que, en ocasiones, se extiende a formas legítimas de colaboración intelectual o cultural —tal vez *militante* en sentido amplio— que podrían resultar comprendidas en una lectura elástica del precepto del mismo género de la que a veces se ha hecho, incluso en la experiencia reciente, de otros ya vigentes de carácter disciplinario.

Los artículos 417,3, 418,5 y 419,2 dan un paso que ya había dado el propio Consejo General del Poder Judicial en algún caso: amplían el radio de acción de la disciplina hasta el interior de las resoluciones judiciales.

Cierto, se dirá, que sólo en aquellos casos en que la conductas contempladas, aún siendo parte en sentido formal de las resoluciones judiciales «no guardan relación con la decisión que éstas incorporan o resulta manifiestamente desproporcionadas». Y para dar *consistencia* al *argumento* se le acompañará de la invocación de dos o tres casos lamentables, acontecidos en Lérida, Pamplona y Alcalá de Henares... Se argüirá también sobre la necesidad de distinguir entre el uso y el abuso, lo que es y no es en verdad jurisdicción, y a propósito de la necesidad de control y represión de acciones intolerables.

Y es verdad que hay supuestos odiosos y abusos. Aunque no lo es, como parece sugerirse, que estos sujan por sorpresa como los hongos en otoño. Por el contrario, es muy probable que casos como los evocados pudieran/debieran haber tenido un tratamiento *preventivo*: en uno de ellos, se me ocurre, mediante el uso cuidadoso de las posibilidades de objetivación de cualidades y aptitudes que ofrece un sistema de selección, como el de los turnos de juristas, que no se limita a la memorización de temas; en algún otro, a través de un previo ejercicio más cuidadoso de los recursos de la inspección y disciplinarios ya existentes...

Con todo, también cabe que la profilaxis no hubiera dado resultado y que ¡zás! la machada de Lérida, la salida de pata de banco de Pamplona, o la astracanada de Alcalá de Henares, subculturales, intolerables, ofensivas y depresivas para la los derechos de personas concretas y la sensibilidad de los españoles, se hubieran producido —como de hecho se produjeron— en todo caso.

Pues bien, ni puede decirse que los perjudicados carecieran de medios *jurídico-jurisdiccionales* para hacer frente a sus respectivas situaciones (desde el recurso a los tipos de vejación injusta o de injurias, hasta la demanda civil de protección del honor...). Ni siquiera que los autores de esas, como los de otras igualmente torpes resoluciones, hubieran salido ilesos de la aventura, después de convertirse, con justicia, en el *pim-pam-pum* de todos los medios de comunicación del país.

Por último, aunque éste no sea argumento esgrimible frente a los damnificados del supuesto concreto, si es un dato de obligada consideración para el legislador y el pre-legislador: la incidencia estadística de esa clase de sucesos es escasísimamente significativa.

Tales son las razones por las que nunca debiera quebrarse una línea correctísimamente dibujada por quien como Sandro Pertini era bien poco sospechoso de veleidades corporativistas, en una intervención como Presidente del Consejo Superior de la Magistratura italiano, al decir que: «Debe mantenerse firme el principio general de la no fiscalización, en sede disciplinaria, de los actos a través de los que se ejercita la función jurisdiccional».

Huelga decir que en este punto, y entre juristas, no sirven consideraciones como las que parecen nutrir el *espíritu* del precepto a examen. Del mismo

modo que en el delito de violación, en lo estrictamente jurisdiccional, la *penetración* por la inquisición disciplinaria tampoco admite grados. Porque ¿qué guarda y qué no guarda relación con la decisión; y qué será lo proporcionado, frente a lo manifiestamente desproporcionado, cuando se trate de resoluciones complejas, en cuestiones *calientes* de relevancia política o político-cultural?

(Y, por favor, ruego que se me ahorre padecimiento intelectual, evitando *argumentar* aquí a base de lo fácil de la *disección en affaires* como el de Alcalá de Henares).

Puede que los autores del borrador no lo quieran, pero lo que objetivamente se propiciaría en este caso es el control político-ideológico de las resoluciones judiciales. Además, tratándose del Consejo General del Poder Judicial, por un órgano que, a juicio del Tribunal Constitucional (sentencia 108/1986), no parece estar —en contra de lo que según la alta instancia sería deseable— lo bastante a cubierto de la influencia de «la lógica del Estado de partidos», tan perniciosa para la jurisdicción. Y teniendo en cuenta que esto está dicho mirando al modelo de formación del órgano, es decir, sin atender a las peculiaridades de su plasmación práctica.

No seré yo el que niegue que en las resoluciones judiciales, pueden darse, se dan y se darán excesos. Pero volvemos a lo mismo: la independencia judicial tiene sus exigencias y también, indudablemente, sus costes. Estos son mínimos, si se piensa en lo que esa garantía estructural está llamada a asegurar en la dinámica del Estado de derecho. Y, además, y como se ha dicho, existen recursos sobrados, en el respeto de aquel principio fundamental, para salir al paso de eventuales abusos, con garantías para todos los valores en juego.

En el art. 417,13 se contemplan, entre las faltas graves, «las actuaciones o comportamientos de trascendencia pública capaz (*sic*) de comprometer la dignidad de la función judicial o la credibilidad en la independencia del juez o magistrado en un asunto de su competencia».

Se trata de un precepto con antecedentes. Con viejos —y, diría, que casi *penales*— antecedentes en la crónica negra de la independencia judicial.

El más significativo de todos lo constituye el art. 49 de la ya citada ley napoleónica: «Los presidentes de las cortes imperiales y de los tribunales de primera instancia advertirán de oficio, o a instancia del ministerio público, a cualquier juez que *comprometa la dignidad de su carácter*.» Tuvo también una versión italiana, en el art. 213 del ordenamiento judicial de 1865 («el juez que... comprometa de cualquier modo su *dignidad* o la *consideración* del orden al que pertenece...); y, después, en la ley Orlando, de 1908 («el magistrado debe «tener, en el oficio o fuera de él, una conducta tal que no le haga desmerecer la confianza y consideración de que ha de gozar y no comprometa el *prestigio del orden judicial*»). Y encontró también eco en la española ley orgánica de 1870 («Los jueces y magistrados serán corregidos disciplinariamente: 5. Cuando por la irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público, *comprometieren el decoro de su ministerio*»). El juego de este

precepto se vería potenciado en 1952, mediante la ampliación de la previsión sancionadora a los que «realizaren actos incompatibles con los deberes que impone la profesión judicial»).

En todos los casos, y no obstante los (relativamente) diversos términos de que se hace uso, cabe observar el mismo propósito: conseguir el cierre del sistema, mediante una regla flexible integrada por inequívocos conceptos válvula, de manera que nada escape al control pandisciplinario.

Es cierto que, mientras en los preceptos históricos se contemplan las conductas *indignas*, *descon sideradas* o *viciosas* en sentido genérico, ahora parece que para que las mismas fueran disciplinariamente significativas tendrían que proyectarse sobre un asunto concreto. Pero no cabe engañarse, siempre se trataría de comportamientos en sí mismos ajenos a la función, no susceptibles de resultar sancionados como infracciones de un preciso deber, y que lo serían aleatoriamente en virtud de una decisión de atribución de relevancia, puramente discrecional y de oportunidad.

Por esa vía, el órgano sancionador pasaría a convertirse en verdadero *tribunal de honor* del caso singular. Pues tribunales de honor son, al fin y al cabo, los «organismos de distintos cuerpos, que juzgan a individuos de su propio seno para discernir y declarar en conciencia las sanciones adecuadas a una conducta indigna y deshonorosa» (Ortiz Arce y Menéndez Pidal).

También por esa vía, se recupera cierta concepción hipóstatica del orden, cuerpo o función judicial, entendido como sujeto colectivo, dotado de propia sustancia ética, que puede interponerse, al gusto, «como un diafragma entre juez y ley» (Senese).

Y en el orden de las *recuperaciones*, ¿cómo pasar por alto la figura de la *avocación* —ya sólo rastreable en los libros de historia de las instituciones judiciales preliberales— y cuya implantación se prevé en el art. 421,3? En este caso se acude a un expediente bien caro al proceso penal del antiguo régimen, expresión del principio de justicia retenida en el monarca, que aquí serviría, al *Consejo-rey* para alterar a *voluntad* el régimen de competencias e instancias en la actividad administrativa disciplinaria. Porque no otra cosa significa en la práctica subordinar el uso de ese instrumento a consideraciones como «la especial trascendencia o las implicaciones...»

El art. 416.3 contiene una significativa ampliación de los plazos de prescripción, que en el caso de las faltas muy graves puede llegar a seis años. No discutiré la conveniencia de reformar la LOPJ en este punto. Pero si la aplicación eficaz de la disciplina demanda un tratamiento en el plano temporal que haga objetivamente posible su exacción en la práctica; nunca justificaría ir hasta el extremo de favorecer la pereza en la respuesta o un uso táctico de la amenaza de la sanción, que podría ser mantenida a discreción en estado de latencia mientras fuera conveniente. Por otro lado, ¿se imagina el lector una «crítica» o una de esas actuaciones que «comprometen la dignidad de la función», reprimida al cabo de cinco años?

No se agotan en las consideraciones precedentes

todas las perplejidades que puede suscitar el tratamiento de la disciplina contenido en el borrador objeto de este comentario de urgencia, que se ha circunscrito deliberadamente a las de mayor relevancia negativa para el principio de independencia.

Con todo, hay una cosa cierta, la materia reclama una nueva regulación, integradora y omnicomprensiva, respetuosa con los principios y eficaz en la sanción de las conductas lesivas para los mismos e infractoras de deberes profesionales inexcusables.

Pero no es ese el resultado a que llevaría el texto contemplado; y cabe dudar incluso de que pueda latir en él un propósito de ese carácter.

A la vista del texto, y a juzgar por el contexto político en que se produce, más bien podría decirse que, de nuevo, el espíritu de la *expedición de castigo* vuelve a latir en un proyecto legal destinado a los jueces.

Un espíritu que se hizo patente en una expresiva declaración ministerial de hace casi diez años. Se dijo entonces (en esto la cita no es literal): el gobierno ha hecho (todo) lo que había que hacer. «Ahora (esto si lo es), sólo es cuestión de inspección y disciplina».

Ni entonces ni ahora las cosas eran/son así de simples. Desde luego, si es verdad que hay una cuestión de disciplina pendiente, porque esa es una de las vertientes del ordenamiento judicial que no funciona; y que, además, no siempre que lo hace lo hace adecuadamente.

Pero en la justicia hay muchos, muchísimos, más asuntos que penden. Y, lo que es peor, también unas cuantas reformas recientes por reformar.

La falta de respuesta disciplinaria que cabe observar en ciertos supuestos, tiene que ver con más cosas que la ampliación de la discrecionalidad sancionadora. Claro que esto, sólo si es realmente garantizar la independencia y la eficacia de la función, y no, más bien, el control político lo que se busca.

Una experiencia secular ha demostrado *ad abundantia* que la formulación teórica de algunos principios ahora constitucionales, entre ellos la independencia judicial, ha tenido sus mejores momentos en las situaciones de oposición; para experimentar significativos repliegues en los textos legales ordinarios, incluso cuando una y otros se debían a los mismos autores, pero, claro, sucesivamente colocados por la historia en posiciones distintas.

De ahí podría seguirse una regla de oro en materia de garantías: *legislar cuando se está en el poder como se querría que otros lo hicieran para uno cuando se es oposición*. Claro que, en situaciones como ésta, si el poder hace lo que hace, como para confiar en la oposición...

Aún así, y por si sirviera de algo, bueno es concluir con Giuliani y Picardi: «La experiencia actual confirma que la responsabilidad del juez —aislada de los demás problemas— corre el riesgo de ser instrumentalizada y que los valores garantistas, ligados a la tutela del ciudadano, acaban por ser marginados en la estrategia de una lucha entre poderes.»

# NO HAY DERECHO.

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

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

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

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

Solicita información a la

**Asociación Pro Derechos Humanos de España**

José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.

## Barajas: el forastero ante el 'sheriff'

Ramón SAEZ VALCARCEL

La maquinaria legal que nuestros sistemas han puesto en marcha para responder a la amenaza de invasión de inmigrantes pobres, ha posibilitado la construcción de espacios marginales donde las libertades no existen y las policías gozan de poderes exorbitantes, espacios habitables solamente por los parias del tercer mundo. Su expresión más dramática es nuestra frontera sur: el estrecho de Gibraltar se ha convertido en un cementerio marino para los norteafricanos que huyen del hambre y la miseria. Y que seguirán huyendo una y otra vez, ellos o sus hermanos, por mucho que tratemos de impedirselo, como explicaba la película «Las cartas de Alou», porque en sus lugares de origen el futuro no existe y el día a día se hace inaguantable.

El puesto fronterizo del aeropuerto Madrid-Barajas es un modelo para comprender el tratamiento que la Europa de las libertades dispensa a ciertos extraños, latinoamericanos, norteafricanos, gentes *de color*. De espaldas al paradigma constitucional (los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, artículo 13.1 CE) en aquel lugar se ha levantado un lacrarante monumento a la injusticia y al desprecio por los valores de la convivencia y de la libertad.

La policía aplica allí, con autoridad y sin control, la facultad de negar la entrada de los extranjeros. El problema no es menor. En el año 1992 cinco mil seiscientos treinta y nueve personas fueron rechazadas en aquella frontera. A todos se les aplicó el mismo régimen. Una vez que se produce la negativa policial el viajero es trasladado a una sala de tránsito donde se le aísla a la espera de ser embarcado hacia su país de origen.

El Defensor del Pueblo en su informe correspondiente a 1992 advertía a la Administración que se había comprobado «que las personas afectadas permanecían en estas dependencias por períodos prolongados (más de una semana), sin poder salir de dicha sala ni tener acceso a su equipaje y custodiadas por vigilantes jurados». Un Juez de Instrucción visitó aquellas dependencias el 20 de septiembre pasado. Hacia constar en un «acta de inspección» que los ciudadanos afectados por la prohibición de entrada eran reclusos en una sala grande (el informe del Defensor habla de 700 metros cuadrados) de las que se utilizan para la recogida de equipajes, amueblada con los medios habituales: una cinta transportadora de bultos y las sillas fijas colocadas en fila. Ese paisaje se había transformado con otros elementos, incorporados para modificar el destino de la habitación: dar cobijo a los viajeros con mala suerte. Había dos cuartos de baño, con ducha incluida, dos piezas limitadas por mamparas que ha-

cían las veces de dormitorio con diez camas cada una y un comedor. Además, máquinas de refresco, de tabaco, de café y un teléfono público.

Un vigilante jurado aseguraba que los afectados por la medida policial no abandonaban la sala hasta el momento en que fuese trasladados al avión de regreso a sus países. Aquel acta de inspección anotaba que los ocho adultos que allí se encontraban (junto a ellos estaban dos niñas de ocho y once años), cinco latinoamericanos y tres portugueses, ignoraban el por qué de la prohibición de entrada, no habían sido informados de sus derechos, ni de su situación legal, tampoco se les había entregado copia de la decisión policial, ni se les había dicho cuándo dejarían España.

El informe del Defensor del Pueblo cita el caso de una ciudadana nicaragüense que —según sus manifestaciones— había estado siete días durmiendo en una silla del aeropuerto, sin facilidades para hacer al menos una llamada telefónica, que fue «obligada a desnudarse para proceder a un cacheo sin que se le especificase el motivo ni las circunstancias de por qué se llevaba a efecto el mismo». También, reseñaba la presencia de dos ecuatorianos, que llevaban una semana allí reclusos, incomunicados e ignorantes del fin de la espera.

El Juez de Instrucción notaba la existencia de un asistente social encargado de comunicar al extranjero con el mundo exterior (legaciones diplomáticas, intérpretes) y de proveerle de moneda, medicinas y otros artículos.

Esa cruda realidad queda oculta a la opinión pública, se produce casi clandestinamente, fuera de los mecanismos habituales que en un Estado de derecho sirven para controlar la actuación gubernativa y para garantizar las libertades y los derechos fundamentales. Es por ello que no encontramos referencia a esa situación en la literatura jurisprudencial ni tampoco los autores y tratadistas que han trabajado en este campo se han ocupado de la retención de los extranjeros.

### UNA NORMATIVA A LA MEDIDA

La libertad de entrada en nuestro país (reconocida en el artículo 19 CE) está regulada respecto a los extranjeros en la Ley Orgánica 7/1985, el Real Decreto 1119/86 que aprobó el reglamento de ejecución de la ley y la Orden del Ministro del Interior de 22 de febrero de 1989, sobre medios económicos que deberán acreditar quienes pretendan traspasar nuestras fronteras.

Los requisitos son: a) la posesión de la documentación necesaria (pasaporte o documento de identi-

dad y, en su caso, visado y certificados médicos); b) recursos económicos suficientes (entre ellos, billete de salida nominativo y cerrado, cinco mil pesetas por día y persona, con un mínimo de 50.000 ptas.); c) no estar afectado por una prohibición de entrada y, d) acceso por un puesto fronterizo.

El artículo 11 de la ley de extranjería dice que los servicios policiales «podrán rechazar a quien no reúna esos requisitos». Esa es la pieza maestra del sistema y la fuente de este conflicto. El tiempo del verbo sugiere que estamos ante una facultad de la policía, desnaturalizando desde el principio el pretendido derecho de los extranjeros —sometido a esas exigencias— de entrar en nuestro país. En ningún otro precepto se prevé la fórmula de ejecución de esa decisión administrativa.

Así empieza el paraíso de la arbitrariedad. El Defensor del Pueblo ha denunciado en su último informe que «gran parte de las actuaciones y decisiones de rechazo se toman sobre la base de la presunción de que determinados ciudadanos procedentes de países de bajo nivel de rentas vienen a nuestro país con el único objetivo de buscar trabajo, sin que los funcionarios intervinientes den crédito a las manifestaciones de estas personas sobre la razón de su viaje, que en ocasiones se corresponde solamente con motivos puramente turísticos, familiares o de visita a amigos y sin intención de permanecer ilegalmente en el país».

La mayoría de las personas que acceden a la frontera cumplen aquellos requisitos legales. Muchos son rechazados bajo la mera sospecha policial, sospecha que se alimenta de la apariencia externa del pasajero, su nacionalidad, su raza, la falta de un viaje programado o de reserva de hotel. Criterios todos ellos fabricados por una práctica policial que no se ve confrontada a ningún control de calidad, legalidad o pertinencia.

Esa ausencia de control ha inducido una despreocupación del aparato policial en la comprobación de los datos manifestados por los extranjeros. Desentendimiento que es producto directo de la ausencia de mecanismos de control y de responsabilidad. «La experiencia de años anteriores y el presente —leemos el informe del Defensor— pone de manifiesto que incidentes de rechazo en frontera se han producido con personas que realmente venían de turismo o con un fin concreto y temporal perfectamente comprobable. Para ello bastaba comprobar afirmaciones y alegaciones hechas por los interesados en la misma frontera, conectar con los parientes o personas que avalaban las verdaderas intenciones de estos turistas y comprobar hasta qué punto es cierto. En algunos casos simplemente se trataba de entrar en contacto con los consulados correspondientes. En no pocos casos no se ha hecho y, basados en una posición o en unas apariencias externas, se ha aislado a la persona en la zona internacional, se ha dificultado que tome contacto con parientes o amigos, e incluso en alguna ocasión se ha dificultado el contacto con un abogado».

¡Valiente espectáculo! La desidia de los agentes del sistema como respuesta a las tímidas demandas de los forasteros del Sur, ciudadanos también ellos, bien que de segunda o tercera fila. Desidia que se

convierte en el mejor protocolo para la aplicación rigurosa de la «legislación vigente». Lo dice el cantautor: la Madre Patria, menudo cuento ché.

## LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES DE TUTELA

La realidad, tozuda, algunas veces traspasa las paredes de la dependencia fronteriza y se cuelga de las ventanas de las instituciones encargadas de la tutela de las libertades. El tratamiento que esas instancias han dado al problema, con la excepción del Defensor del Pueblo, ha sido elaborado en clave de conservación del sistema.

En la circunstancia que viven los extranjeros resulta imposible acudir a la vía jurisdiccional ordinaria (orden contencioso-administrativo) por la situación de aislamiento, la falta de notificación de la decisión gubernativa, la imposibilidad de contactar con abogados y, sobre todo, el tiempo, el tiempo que en la frontera juega en contra de la eficacia de los derechos.

La única alternativa posible es la de recurrir al procedimiento de *habeas corpus*, como mecanismo de provocar el conocimiento judicial. El derecho regulado en la LO 6/1984 representa un instrumento de garantía jurídica de la libertad personal o física, frente a las detenciones ilegales, que debe desencadenar la entrega al Juez de la persona detenida. El sustrato de hecho que habilita la actuación de ese proceso de amparo es la existencia de una limitación de la libertad. Por lo tanto, el problema a dilucidar es si el extranjero rechazado en la frontera se ve privado de libertad.

Según las estadísticas policiales en el año 1992 se plantearon ocho (sólo ocho) demandas de *habeas corpus* en Madrid. En un colectivo de casi seis mil personas, el dato es esclarecedor del margen de maniobra de los funcionarios y autoridades gubernativas. Tres resoluciones judiciales (su sede de conocimiento es el Juzgado de Guardia) estimaron las pretensiones de los extranjeros y cinco las rechazaron. Hasta agosto de 1993 se dedujeron treinta y dos demandas de amparo de la libertad y sólo tres fueron estimadas.

Las decisiones judiciales favorables a los extranjeros partían de la constatación de que los demandantes se encontraban privados de libertad. Además, cumplían los requisitos que la norma pide para la entrada en territorio nacional. Después de examinar, en unos casos, la legislación sectorial llegaban a la conclusión de que la Administración no estaba autorizada para privar de libertad a un viajero extranjero rechazado en la frontera. «Ante ese vacío legal, en un Estado de derecho, debe prevalecer la libertad valor superior del ordenamiento jurídico, frente a una potestad administrativa que carece de cobertura legal», auto de 20 de marzo de 1993, del Juzgado de Instrucción 38.

En otros casos el Juez de guardia consideraba que la detención «es una situación fáctica consistente en que la persona se vea impedida y obstaculizada para autodeterminar por obra de su voluntad una conducta lícita» lo que le obligaba, según su razonamiento, a conocer si era lícita o no la entrada

pretendida (ver auto de 2 de julio de 1993, Juzgado de Instrucción n.º 17).

Cuando los Jueces de Guardia no atendieron la demanda de amparo —generalmente no la admitieron a trámite— alegaron, cuando no usaron como es común una *resolución* impresa de las que impiden la individualización del conflicto, que el extranjero no estaba detenido o que *carecían de jurisdicción porque los actores se encontraban fuera de España*.

El criterio de la Fiscalía de Madrid se expone en su memoria de 1992. Bajo el epígrafe «extranjeros retenidos» se dice que la respuesta de los fiscales ha sido «uniforme» y que se ha informado negativamente a la petición de incoación del proceso. «Se ha pretendido —dice la memoria en referencia a las peticiones de HC— equiparar la condición de retenido por denegación de entrada con la de personas ilegalmente detenidas». De esa manera, sin albergar duda alguna, ha venido la Fiscalía a contribuir a nuestra cultura jurídica elaborando una nueva modalidad de retención, institución ya normalizada entre nosotros por la ley Corcuera. Donde la ley de extranjería dice la policía podrá rechazar debe leerse —según la propuesta— podrá retener (artículo 11.3 LO 6/1984).

El Defensor del Pueblo «advertía e insistía» que ese aislamiento forzoso consecutivo a la inadmisión del extranjero «puede llegar a constituir una forma de privación de libertad que debe estar sujeta a las garantías de protección previstas constitucionalmente para el derecho a la libertad».

## DETENIDOS/RETENIDOS: LAS GARANTIAS

No puede negarse que los viajeros que son rechazados en la frontera del aeropuerto se ven privados de libertad durante cierto tiempo. Para compartir esa premisa ha de tenerse en cuenta:

1. que se les reduce a un lugar de espera de pequeñas dimensiones, del que no pueden salir. Lugar o dependencia que se encuentra en la zona de tránsito internacional del aeropuerto;
2. están sometidos a un control permanente por un vigilante armado;
3. están impedidos de tener relaciones sociales, excepto con personas que hayan seguido su misma suerte;
4. el tiempo de privación de libertad es variable: entre unas horas y varias semanas. Son los mismos criterios que manejó la Comisión de Derechos Humanos al decidir elevar al Tribunal con sede en Estrasburgo el caso Guzzar-

di (ver sentencia 6 de noviembre de 1980).

Hay que convenir un concepto de detención que garantice el derecho a la libertad y defina sus límites: a partir del momento en que el ciudadano no pueda elegir su situación en el espacio físico a causa de una actuación policial se habrá producido una injerencia en su libertad (tal y como propone el profesor Portilla Contreras, en la obra colectiva *Seguridad Ciudadana*). En su apoyo la STC 98/1986, de 10 de julio —tan citada y olvidada— consideraba como detención cualquier situación en la que la persona se viese impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención sería una pura situación fáctica, en la que no podrían hallarse zonas intermedias entre libertad y detención. Y ello en el horizonte proclamado en la misma decisión del Tribunal de que no «es tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución». Este es el caso.

El viajero se encuentra en una situación especial y distinta de los pasajeros en tránsito: sencillamente no puede moverse por a su capricho por esa zona.

Toda privación de libertad debe estar prevista en la ley (que debe ser orgánica por imperativo del artículo 81.1 CE) y ejecutarse en sus propios términos. Pues bien, sin necesidad de valorar la constitucionalidad de una norma que previera la detención de extranjeros en la frontera (lo que contempla el artículo 5.1 f del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos: «detención preventiva de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio») lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento precepto alguno que habilite a la autoridad a detener o retener —la retención es una trampa para desposeer de garantías a la libertad frente a la actuación de los agentes del sistema— a ciudadanos extranjeros en la frontera. Podrá no admitirlos en el país, lo que afectará a su libertad de entrada, pero no limitarles su libertad física.

Porque sabemos que las libertades sin un sistema de garantías no valen nada (Dran) es necesario reaccionar frente a la realidad que aquí se ha descrito. Y preparar respuestas coherentes a algunas cuestiones: ¿se puede detener a los niños extranjeros, sin atención a ningún límite de edad? ¿puede legítimamente concebirse un espacio policial de limitación de derechos al margen de la jurisdicción? ¿acaso, no se produce así una quiebra sustancial del Estado de derecho? ¿resultan aplicables en la frontera las normas del procedimiento administrativo? ... Para negar que aquellos forasteros sufren una detención podría recurrirse a la parábola del ángel exterminador que relató en imágenes Luis Buñuel.

**JUSTICIA/CONFLICTO**

Perfecto Andrés Ibáñez

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

Clara I. Asúa González

**EL DELITO FISCAL**

Antonio Aparicio Pérez

**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

**INDEMNIZACIONES A ESPAÑOLES  
PRIVADOS DE SUS BIENES  
EN EL EXTRANJERO**

Carlos Díaz Barrado y Carlos  
R. Fernández Liesa

**SEGURO DE CAUCION. ¿GARANTIA  
PERSONAL O MODALIDAD  
ASEGURADORA?**

María Pilar Barrés Benlloch

**LA INTERRUPCION DE LA  
PRESCRIPCION TRIBUTARIA**

Ana María Juan Lozano

**EXENCIONES Y NO SUJECION  
AL NUEVO IMPUESTO MUNICIPAL  
DE PLUSVALIAS**

Germán Orón Moratal

**LA PROPINA Y SU REGIMEN  
JURIDICO**

(Hostelería y Juegos de Azar)  
J. Jesús de Val Arnal

**PROTECCION DEL FIADOR  
EN VIA DE REGRESO**

Beatriz Alonso Sánchez

**LA INDEMNIZACION EN LA  
EXPROPIACION FORZOSA DE  
LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS**

Carlos González Alvarez

**SOCIEDAD DE GANANCIALES  
Y PARTICIPACIONES SOCIALES**

Juan Cadarso Palau

**LA ACCION NEGATORIA**

Luis Martín-Ballestero Hernández

**PROMISCUIDAD SEXUAL Y  
DETERMINACION JURIDICA  
DE LA PATERNIDAD**

Corona Quesada González

**LA PUBLICACION DE LA LEY**

Paloma Biglino Campos

**EL CULTIVADOR PERSONAL  
EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS  
RUSTICOS**

José María Caballero Lozano

**ADMINISTRAR Y JUZGAR: DOS  
FUNCIONES CONSTITUCIONALES  
DISTINTAS Y COMPLEMENTARIAS**

Luciano Parejo Alfonso

**HACIA LA JUSTICIA**

Luis García San Miguel

**LA MOTIVACION DEL ACTO  
ADMINISTRATIVO**

Marcos M. Fernando Pablo

**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

## Corbatas de seda arrugables

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

«No pienso volver a la escuela; pero no descarto que algún día pueda dar con mis huesos en la cárcel». Aquel político avisado y pícaro justificaba así haber incrementado el presupuesto correspondiente a establecimientos penitenciarios, con mengua de la partida destinada a la enseñanza.

Los más inflamados cruzados de la Ley y el orden (*su Ley, su orden*) lloraron, temblaron y se encrespaban ante los cadáveres de sus dos mártires más recientes: Gabriele Cagliari, antiguo presidente del ENI, y Raúl Gardini, que lo había sido del grupo Ferruzzi. La probabilidad del entredicho de una acusación penal y el efecto destructor de la prisión provisional minaron el ánimo de uno y de otro, empujándolos al trágico final.

Los fieros, soberbios, duros capitanes de empresa mantienen su arrogancia mientras están en condiciones de usar y abusar de su poder. Despojados de su «irresistible prepotencia» —son palabras recientes de un lúcido comentarista de las tormentas italianas— se desfondan. Algunas corbatas de seda se arrugan fácilmente.

Merecen, sin duda, la piedad que los poderosos nunca han tenido con los delincuentes de cada día; con los seres anónimos, carnaza de cárcel. Tal vez ahora sus sobrevivientes no repitan la macabra, demagógica especie —propalada ampliamente por los círculos conservadores— que aseguraba que las prisiones son hoteles de lujo. Tom Wolfe estaba en lo cierto. Por lo visto, «un conservador es una persona que aún no ha sido detenida».

Puede que, al fin, reflexionen sobre el grado de perversidad de un sistema represivo (penal, procesal) que puede llegar a «... aniquilar y destruir a la gente, y no hacer justicia...», como denunció, en sus papeles póstumos, el infortunado Cagliari.

Nunca pudieron sospechar que leyes pensadas como de puro ornato, de mera satisfacción simbólica del común de unas gentes resignadas a la injusticia («... La ley se hace para todos/ más sólo al pobre le rige./ La ley es tela de araña,/ en mi ignorancia lo explico;/ no la tema el hombre rico,/ nunca la tema el que mande,/ pues la rompe el bicho grande/ y sólo enrieda a los chicos...», se lee en el «Martín Fierro»), podrían ser puestas en acción por jueces literalmente extravagantes, en la medida en que no aceptaban caminar teniendo a la corrupción más obscena como compañera de viaje.

La reacción no se hizo esperar. La Magistratura está siendo acusada de utilizar —¡ahora, sólo ahora!— métodos inquisitoriales; de hacer de la prisión provisional un mecanismo de presión de voluntades, y no como medida cautelar dirigida a impedir la hui-

da de los acusados, o la destrucción o manipulación de las pruebas de cargo. El Fiscal General del Estado español hizo recientemente una acusación parecida. Una mínima cortesía institucional (un mal momento lo tenemos todos) unida al respeto que merecen tantos y tantos excelentes profesionales de la Fiscalía (y a la conciencia de que nuestro propio techo es de cristal) invita a no remover la memoria de un pasado no tan lejano de oposiciones sistemáticas, formularias y no fundamentadas, por razones de más que dudosa oportunidad políticocriminal, a peticiones de una libertad provisional que, en principio, y atendida la pena predecible, correspondería imponer.

Ya se habla, en Italia, de modificar el régimen de la prisión provisional. Sería espléndido que, al final, se lograra —¡para todos!— una racionalización y humanización de la medida, de suerte que no funcionase más como pena anticipada, como sedicente medida de seguridad, como mecanismo autónomo de sedación de la alarma social.

Pero tal vez todo se limite a conceder un trato de favor a los delitos de los poderosos, presentados como deslices de personas fundamentalmente honestas («los ladrones somos gente honrada»: ¡qué hallazgo de título en la patria de Monipodio!); inevitables en la jungla de la lucha política, de la supervivencia en el mundo hostil de la gran economía. Los políticos y los empresarios corruptos no pueden ir a la cárcel como cualquier ladronzuelo. No están acostumbrados. No es su ambiente, pobrecillos. Por eso, cuando es irremediable, se procura que pasen el mayor tiempo posible en la enfermería. ¡Son tan delicados...!

Acaso se aproveche, también, para tomar medidas de embridamiento de una Magistratura discol, resistente a desempeñar el papel de dócil instrumento reproductor del sistema, como han querido —negándolo con aspavientos (sólo algún cínico, como Thiers, tuvo coraje para admitirlo)— todas las clases dominantes que se han sucedido en la Historia.

En fin, se procede rápidamente a una operación de lavado de imagen de las clases política y empresarial. Tal vez corruptos, se repite, pero capaces de un rasgo final de dignidad.

Urge reivindicar que la dignidad está en manos de quienes trabajan —si pueden— todos los días con puntualidad y eficacia; de quienes cumplen con exactitud sus deberes fiscales; de quienes respetan anónimamente las leyes y de quienes las hacen cumplir, aunque, por ello, tengan que enfrentarse a los poderosos y sufrir sus represalias.

Para que un puñado de vivos no siga prosperando a costa de la piedad que merecen los muertos.

## Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria

Ladislao ROIG BUSTOS

Nadie puede poner en duda que la Constitución de 1978 supuso un notable avance en la configuración, naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal español; la concepción de esta institución como apéndice del Gobierno era algo notorio en su propio funcionamiento y en las actividades que le eran encomendadas. De nada servía encubrir esta realidad con la definición que del Ministerio Fiscal se daba, pues considerarle como «órgano de comunicación entre el Gobierno y el Poder Judicial» no suponía sino, sencillamente, considerarle como «órgano a través del cual el Gobierno comunicaba sus intenciones y deseos a la Administración de Justicia». Ni el Poder Judicial era realmente un «Poder» ni el Fiscal, excepciones personales aparte, tenía capacidad suficiente para oponerse a las pretensiones del Ejecutivo en materia judicial.

En 1978 los constituyentes confeccionaron posiblemente el mejor diseño que del Ministerio Fiscal se podía hacer en aquellas fechas. Desgajar absolutamente al Fiscal del Ejecutivo, pese a intentos en este sentido de tan notables socialistas como Gregorio Peces-Barba, suponía una ruptura probablemente exagerada para aquel momento histórico de nuestro país. Pero, igualmente, el nuevo Estado que los españoles nos dábamos a través de la Constitución no podía seguir configurando un Ministerio Fiscal apéndice del Gobierno so pena de incurrir apriorísticamente en una grave limitación de los imprescindibles controles propios del sistema democrático pues, en definitiva, la dependencia del Fiscal del Ejecutivo conlleva consigo la neutralización de ese instrumento de control básico en que necesariamente debe convertirse la figura del Ministerio Fiscal.

Ante tal contradicción, Fiscal dependiente-Fiscal independiente, los constituyentes optaron por seguir la filosofía en la que en definitiva se fraguó felizmente toda nuestra Constitución: el consenso y el equilibrio entre Poderes. El Fiscal quedaba integrado en el Poder Judicial y sometido por la propia Constitución a los principios de legalidad e imparcialidad, naturaleza, pues, judicializada de la institución con obligatoriedad de actuación objetiva, pero sin desgajar definitivamente del Gobierno al establecer un sistema de nombramiento directo por el Ejecutivo del Fiscal general, sólo matizado por una audiencia preceptiva y no vinculante del Consejo General del Poder Judicial, lo que unido a la entronización constitucional de los principios de unidad y dependencia jerárquica, aseguraba una incidencia no por mediada menos importante del Poder Ejecutivo en la actuación del Ministerio Fiscal.

Quedaba así constituida una figura híbrida que no es Poder Judicial; no hay facultades jurisdiccionales en sus funciones, pero que queda integrada en di-

cho Poder; una figura que no es Poder Ejecutivo ni puede depender de él, pero a cuyo frente, y con poderes decisorios sobre la actuación de todo el Cuerpo, el Gobierno coloca a una persona que, necesariamente, es plenamente afín a su ideología y a sus planteamientos de política judicial. Una institución, pues, en equilibrio entre dos de los Poderes del Estado y sólo ajena, curiosamente absolutamente ajena, al primer Poder, el Legislativo.

La Constitución había dado, pues, el marco en el que a partir de entonces se iba a desarrollar el Ministerio Fiscal; pero ese marco, ambiguo e híbrido como hemos visto, tendría que ocuparse no sólo con el Estatuto del Ministerio Fiscal sino con el conjunto de Leyes con las que el nuevo Estado paulatinamente iría regulando la convivencia ciudadana. Del cómo fuesen estas leyes y de las funciones que de ellas derivarían para el Ministerio Fiscal dependería en buena medida la determinación efectiva de qué es el Ministerio Fiscal y cuáles son sus funciones.

No tardó mucho en ser aprobado el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; y en el mismo, aprobado unánimemente en el Parlamento, se opta por profundizar en la necesaria autonomía del Ministerio Fiscal, en una apuesta indudable por configurar a esta institución como órgano de control y, por consiguiente, lejos de la idea de convertir al Fiscal en una especie de «brazo jurídico» gubernamental. Los controles que se establecen para los nombramientos de la cúpula de la Carrera Fiscal, la creación por primera vez en nuestra historia de un órgano como el Consejo Fiscal o la regulación de las discrepancias con los superiores jerárquicos no son sino tres muestras, entre otras muchas, de que el legislador decidió profundizar en esa reforma del Ministerio Fiscal que la Constitución ya estableció, inclinándose decididamente por una autonomía tan imprescindible como necesaria en esta nueva configuración de la naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal. No cabía que pudiera ser de otra forma, pues difícilmente se puede cumplir el mandato constitucional de la imparcialidad si se depende, al menos en determinados temas, de una de las partes en conflicto, lo que obligaría al Ministerio Fiscal, precisamente por su dependencia, al tener que adoptar de forma apriorística e inevitable la defensa de los intereses de una de las partes, intereses absolutamente lícitos y legítimos pero no por ello menos parciales. Como difícilmente se puede velar por la independencia de los Tribunales si se está en una postura de dependencia, pues no acaba de entenderse cómo el apéndice de un Poder puede controlar la globalidad y la esencia de otro Poder.

Pero posiblemente fueron las Leyes con las que el Estado Democrático paulatinamente fue desarro-

llando la Constitución las que acabaron de configurar la dimensión del Ministerio Fiscal como órgano de control y, con ello, profundizando en su necesario distanciamiento de la Administración y del Gobierno. Así, a título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, reseñemos alguna de las funciones que la nueva legislación encomienda al Ministerio Fiscal:

En el ámbito penitenciario (L.O. 1/79), emisión de dictámenes sobre las mismas materias sobre las que ejerce sus funciones el Juez de Vigilancia.

En el ámbito civil, intervención en la protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad o propia imagen; parte necesaria en los procedimientos sobre incapacidad; control de los internamientos no voluntarios.

En el ámbito contencioso, parte necesaria en los procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (L. 62/78); ejercicio de los mecanismos de control otorgados por el Real Decreto-Ley 20/77, sobre normas electorales, por la Ley 54/78, de Partidos Políticos, y por la L.O. 7/85 de Extranjería.

En el ámbito laboral, es parte necesaria en las demandas derivadas de supuestas vulneraciones a los derechos que conllevan las libertades sindicales o en las impugnaciones a los Convenios Colectivos basadas en supuestas ilegalidades o en graves perjuicios a terceros.

En el ámbito de menores, es órgano de control de las tutelas asumidas por la Administración en materia de protección y se asume la investigación en materia de reforma.

Añadamos, se insiste que sin ánimo exhaustivo, cómo la Ley de Seguridad Ciudadana (L.O. 1/92) encomienda al Fiscal el control de las actuaciones policiales tanto en sus diligencias de identificación y registro superficial de personas y vehículos (art. 19.2) como en las diligencias de identificación personal (art. 20).

Ya no es el Fiscal una institución centrada de manera casi exclusiva en el ámbito de la jurisdicción penal ni un órgano dedicado al ejercicio de la acción penal mediante la formulación del escrito de acusación. Ni son tan sólo argumentos de pura teoría constitucional los que basan la teoría de un Fiscal desgajado del Ejecutivo. Estamos ante una institución a la que la Constitución encomienda la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley y a la que ésta, las Leyes, llenan de contenido efectivo. Y con ello se evidencia de forma notoria la necesaria independencia que el Ministerio Fiscal debe poseer respecto de la Administración entendida ésta en sentido genérico; si se debe controlar la situación de los presos, de los menores, de los internados psiquiátricos, de los extranjeros supuestamente ilegales pendientes de expulsión, etc., todos ellos bajo la custodia, cualquiera que sea la forma en que se interprete esta custodia, de la Administración, ¿se puede depender de quien se debe controlar? De forma mucho más global, ¿se pueden cumplir las misiones que las leyes antes citadas encomiendan al Ministerio Fiscal desde una posición de dependencia gubernamental? La respuesta no puede ser más que una rotunda negativa.

Esta es, en gruesos trazos, la actual situación funcional del Ministerio Fiscal. Pero si a la vista de ella

parece notorio su encuadre desgajado del Ejecutivo, es lo cierto que, sobre todo en los últimos tiempos, ese equilibrio en el que constitucionalmente se halla el Ministerio Fiscal ha empezado a tambalearse. Y si diversas son las causas por las que el desequilibrio se produce, distintas son las respuestas que para la recuperación de su posición pueden darse.

Lo cierto es que desde la aprobación de la Constitución han transcurrido quince años y que nuestro país y nuestra sociedad han sufrido diversos cambios de toda naturaleza. Y el primero de ellos, sin duda alguna, es que en 1993 las dudas que en 1978 había sobre la viabilidad del sistema democrático han sido felizmente superadas y nadie piensa ya hoy en una posible involución golpista. Como el llamado consenso, aquel que permitió la estabilidad y el avance de nuestra democracia, ha pasado a convertirse en un recuerdo histórico. La democracia parlamentaria se ha asentado en nuestro país y, con ello, se incorporan a nuestra vida habitual los inevitables roces ideológicos, los conflictos entre Poderes, las desconfianzas mutuas propias de un país vivo; una sociedad sin conflictos es una sociedad falsa o, lo que es peor, una sociedad muerta.

Porque, en este sentido, el dicho de que la Democracia es un sistema basado en las mutuas desconfianzas es un aserto absolutamente verdadero. En un sistema de libertades, las decisiones, individuales e institucionales, se deben aportar con una total libertad con el único respeto y sumisión a la Ley; pero en un sistema simplemente civilizado, todos, personas y órganos cualesquiera que sean su clase, deben ser responsables de sus decisiones libremente tomadas sin que quepan áreas de impunidad ni justificaciones como las razones de estado o la inevitabilidad de cloacas. La profundización del sistema democrático lleva, pues, a las inevitables colisiones ideológicas e institucionales (ya no hay miedo a un enemigo común del sistema, llámese terrorismo o fascismo, dos caras de una misma moneda), a la profundización en libertad de la formación de voluntad de la persona y de las Instituciones, pero también en lógico corolario al reforzamiento de los sistemas de control de quienes ostentan el Poder (con mayúscula) y los poderes (con minúscula) porque sólo así se evita convertir el sistema en una delegación del Poder a través de un voto para seguir con la esencia de la participación ciudadana en el ejercicio y la gestión de la «res pública».

Ha cambiado, pues, la sociedad en la que desarrolla su trabajo el Ministerio Fiscal y han cambiado las funciones de ese Ministerio Fiscal; a éste se le atribuyen, como hemos visto, mayores funciones de control y de representación; aquella, la sociedad, en cuanto libre y democrática, tiene y exige a la vez más responsabilidad. Si el Fiscal se implica más en el entramado social, la sociedad a su vez necesita de un mayor control sobre el ejercicio de sus funciones y si el Fiscal ejerce una mayor representatividad, lógico es que, a cambio, sus funciones sólo puedan tener sentido en cuanto que su actuación la haga en consonancia con ese sentir social; en cuanto, en definitiva, ese interés social que la Ley le ordena defender coincida con el interés social que la sociedad quiere que sea defendido.

Pero hay algo más para el buen ejercicio funcional del Fiscal; porque no basta tan sólo con esa coincidencia de creencias, sino que tan obligado como ello es que el Ministerio Fiscal tenga una credibilidad social. De nada sirve ser imparcial si la gente, en general, no cree en la objetividad de la actuación del Fiscal, porque a nadie se representa de forma adecuada si el representado no cree en su representante, de la misma forma que a nadie se defiende acertadamente si el defendido no cree en su defensor. El Ministerio Fiscal puede hoy tener poder, un cierto poder, para colaborar en la resolución de conflictos sociales cualesquiera que sea su naturaleza, pero poco o muy poco habrá conseguido si, además, su actuación no tiene credibilidad social.

Ha cambiado, pues, la sociedad y han cambiado las funciones del Ministerio Fiscal. Pero su naturaleza híbrida, su posición institucional, su colocación «a caballo» entre Poderes de los que a veces depende, en los que a veces se integra y a los que a veces controla, no ha cambiado. Sigue siendo una institución en equilibrio y, como la propia naturaleza enseña, todo aquello que está en permanente equilibrio antes o después lo pierde. No cabe hablar de estabilidad en quien permanece en equilibrio. Y si ello es así, la consecuencia necesaria que de ello deriva es que el Ministerio Fiscal se mantiene, ya desde hace años, en una permanente situación de inestabilidad absolutamente incompatible con la misión constitucional que le ha sido asignada y con la representatividad que la misma conlleva.

Esta situación de inestabilidad y esta falta de credibilidad social del Ministerio Fiscal no variará mientras el actual sistema de designación del Fiscal general del Estado se mantenga. Y no se trata ni de promesas electoralistas sobre la nueva persona que en su caso ostente el cargo ni de actuaciones o manifestaciones que no por más o menos graves dejan de ser coyunturales. Porque no se habla aquí ni de honestidades personales, ni de buenas intenciones, ni de mayores o menores aciertos en las personas elegidas o en las actividades por ellos realizadas. El tema tiene un mucho mayor calado.

Y es que, en efecto, en una Carrera dominada por el principio de dependencia jerárquica en la que el Fiscal general del Estado puede ordenar expresamente una determinada actuación a cualquier fiscal en cualquier actividad, que esa capacidad de ordenar dependa de una persona libre y específicamente nombrada por el Gobierno necesariamente llevará ya aparejada consigo y para siempre la sombra de la sospecha. Porque, no lo olvidemos, el Ejecutivo tiene una absoluta libertad a la hora de nombrar a la persona que ha de representar a la Fiscalía General del Estado, al tener dicho nombramiento tan sólo dos requisitos como son la previa audiencia del Consejo General del Poder Judicial, trámite formal en cuanto que el dictamen de tal Organismo no es vinculante, y que el elegido lo sea entre juristas con más de quince años de ejercicio efectivo en tal profesión.

Es en este punto donde, a nuestro entender, reside una de las principales causas de la actual pérdida de la credibilidad social del Ministerio Fiscal. Porque un Fiscal nombrado por el Ejecutivo en la forma tan libérrima como hemos visto, normalmente

actuará en conformidad con las ideas gubernamentales y ello no porque reciba instrucciones o consignas sobre cómo debe actuar sino sencillamente porque tiene la misma ideología, la misma visión, el mismo pensamiento político y jurídico que el Gobierno que, precisamente por eso, lo nombró. ¿A alguien se le ocurre pensar en un Fiscal general que de forma continuada ejerciese su actividad manteniendo criterios netamente opuestos a los gubernamentales?

Y, en todo caso, cada vez que el Ejecutivo tenga un especial interés en un determinado asunto en el que el Fiscal deba intervenir, ¿existe algún modo de evitar la sospecha sobre la actuación del Fiscal? Porque el Gobierno tiene intereses especiales en múltiples asuntos en los que interviene el Ministerio Fiscal y esos intereses son absolutamente legítimos al proceder de la legitimidad derivada de las urnas. No hablamos aquí de nombrosos asuntos penales, en los que también puede tener legítimo interés, sino de materias ya vistas como la penitenciaria, la de extranjería, los recursos electorales, por poner tan sólo tres ejemplos genéricos, en los que el Gobierno tiene un notorio interés en que los conflictos planteados en esos campos sean resueltos en un determinado sentido. Cada vez que el Fiscal general, ese libremente nombrado por el Gobierno, actúe u ordene directrices al resto de los fiscales sobre la forma de actuación en estas materias de interés gubernamental evitar la sospecha ciudadana es inventar la cuadratura del círculo. Aun con toda la honestidad del mundo, con toda la sabiduría jurídica, con toda la buena fe, si el Gobierno tiene interés y el Fiscal general es hombre de confianza del Gobierno, la sospecha nunca podrá desaparecer.

No estamos por tanto ante un problema de legalidad, que no se discute, ni tan siquiera ante un problema de legitimidad. Estamos ante un problema de hecho que genera unas dosis de desconfianza imposible de solventar con el actual sistema de designación gubernamental y que conlleva otra imposibilidad: la del correcto ejercicio en las funciones del Ministerio Fiscal.

Cierto que hay quienes abogan no por la modificación del sistema de nombramiento, sino por la plena integración del Fiscal en el Poder Ejecutivo. Incluso algún que otro Ministro, incluido el de Justicia, parece ya darlo por hecho cuando realiza reiteradas manifestaciones públicas de que «se han dado instrucciones al Ministerio Fiscal para que...», olvidando o, lo que es peor, marginando sin olvidar las expresas formas de relacionarse que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece entre el Ejecutivo y el Fiscal general del Estado. Y es curioso que uno de los argumentos más esgrimidos para esa dependencia orgánica y funcional sea la de que al Gobierno le corresponde la dirección de la política criminal por facultad expresamente atribuida por la Constitución. Cuando quince años después de la plena instauración en nuestro país de un sistema democrático sigue sin entrar en vigor un Código Penal, cuando en los diez últimos años hemos cambiado hasta tres veces de procedimiento penal y todavía al día de hoy es claro que los actuales no perdurarán, cuando la policía judicial sigue siendo una entelequia y cuando el Jurado más que entelequia

es una utopía al parecer irrealizable, decir que el Ministerio Fiscal debe depender del Ejecutivo porque a él le corresponde dirigir la política criminal es, cuando menos, un acto de cinismo ejemplar.

Es claro que el Fiscal de hoy no puede tener dependencia gubernamental porque no se puede actuar imparcialmente si se depende de una de las partes interesadas en el proceso. O se cambian las actuales funciones del Ministerio Fiscal o se acepta la imposibilidad de la dependencia gubernamental.

Pero si ello es así, la tesis corporativa y opuesta que aboga por un Fiscal independiente, absolutamente independiente, es igualmente rechazable de plano. No cabe hablar de una especie de «Poder Fiscal» porque ello sería, además de volver a matar a Montesquieu (aunque en sentido contrario a como algunos han querido), convertir el Estado en un reino de taifas donde todos tuvieran Poder; ¿por qué no hablar entonces de Poder Universitario, Poder Médico, Poder Sindical o Poder Militar? No puede el Ministerio Fiscal convertirse en un islote aislado sin dependencia alguna de uno de los tres Poderes que configuran un Estado, salvo que queramos cambiar el modelo de Estado en la forma antedicha. Porque si negativo para el Ministerio Fiscal y para la sociedad es la dependencia del Poder Ejecutivo, mucho más negativo sería la independencia absoluta de quienes, por muy altas funciones que ejerzamos, tenemos una legitimidad basada en el aprobado de unas oposiciones ganadas en buena medida gracias a nuestra inmejorable memoria. El corporativismo llevado a tales extremos es, sencillamente, inaceptable.

Es curioso, ya lo dijimos al principio, cómo el Ministerio Fiscal, integrado en el Poder Judicial y con su máximo superior jerárquico nombrado libremente por el Poder Ejecutivo, queda tan al margen del Poder Legislativo. En el Estatuto del Ministerio Fiscal apenas aparecen relaciones entre el Fiscal y el Parlamento (elevación de una copia de la memoria anual, comparecencias ante el órgano legislativo, más «cortesías» que significativas, y prácticamente nada más) con un absoluto olvido y desconexión con los Parlamentos Autonómicos. Y, sin embargo, es ahí donde debería radicar la legitimidad en la actuación del Ministerio Fiscal y, con ello, su dependencia.

Porque, grosso modo, si el Fiscal defiende la legalidad, el Parlamento es quien crea la legalidad. Porque si el Fiscal defiende el interés social, el de la sociedad, el Parlamento es el órgano representativo de la sociedad. Porque si el Fiscal debe ser responsable ante «todos», ese «todos» se unifica en el Parlamento. Porque si el Fiscal es del Estado, el Parlamento es la institución más simbólica del Estado. Porque, en definitiva, si la Justicia emana del Pueblo y el Fiscal es parte integrante fundamental de la Justicia, es de los representantes del Pueblo de donde debe proceder su legitimidad y es ante los representantes del Pueblo donde debe dar cuenta de su actuación y son ellos quienes pueden exigirle su responsabilidad.

No estamos ante una entelequia o una pura teorización doctrinal hipotética. Si determinadas instituciones de control como, a título de ejemplo, el Defensor del Pueblo, con funciones no ejecutivas, o el Consejo de RTVE, son órganos de designación parlamentaria, ¿tan descabellado es pensar que quien sí tiene funciones ejecutivas de control con incidencia directísima en el ámbito de los derechos fundamentales del ciudadano, es decir, el Fiscal general

del Estado, sea también nombrado por mayoría parlamentaria? Un Fiscal general del Estado nombrado por el Parlamento con una mayoría cualificada, como la de los 3/5, y responsabilizado de su actuación ante tal Institución sería un fiscal con la fuerza democrática suficiente como para estar al socaire, por lo menos mucho más al socaire que el del actual modelo, de los vaivenes políticos y las luchas ideológicas de los unos y los otros. Y, por supuesto, el control que de su actuación se hiciera, con ese quórum específico señalado, tendría una mayor carga específica y, con ello, mucha más virtualidad.

Somos conscientes de las limitaciones constitucionales que el Fiscal Parlamentario lleva consigo. Pero apostar por el Fiscal de designación y responsabilidad parlamentaria no supone, por supuesto, la exigencia de una inmediata reforma constitucional en tal sentido. Pero lo que sí supone es apostar de forma inequívoca por un determinado modelo de Ministerio Fiscal, el mismo que la extinta «Justicia Democrática» proponía cuando por los años setenta y siete se fraguaba la Constitución y con el que comulgaban, ya lo dijimos antes, destacados líderes socialistas. Y esa apuesta lleva aparejada la exigencia ineludible a los Poderes Públicos, cualquiera que sea el partido o ideología política que los encarne, del respeto absoluto a la filosofía que conlleva tal modelo. Y esa exigencia se hace todavía más inevitable y apremiante cuando hemos visto, en la reciente campaña electoral y por más de una formación política, promesas de cambio en el Estatuto del Ministerio Fiscal «para adecuarlo a la realidad social» unidas a declaraciones que suponen un desconocimiento absoluto de las funciones y naturaleza del Fiscal, con olvido absoluto de su esencial sujeción al principio de imparcialidad.

Si queremos seguir ejerciendo con una mínima eficacia las funciones de control que el propio legislador nos ha encomendado y si necesitamos contar para ello, como requisito absolutamente imprescindible, con una mínima credibilidad social, con una mínima confianza del ciudadano en la Institución del Ministerio Fiscal, no es posible ni seguir manteniendo la actual naturaleza híbrida del Fiscal ni caben otras reformas sobre sus funciones, organización y naturaleza que no estén directamente imbuidas de esa pretensión final de designación y responsabilidades parlamentarias. Sólo así debates pendientes como si corresponde o no al Fiscal hacerse cargo de la instrucción o la introducción en nuestras leyes del principio de oportunidad reglada o la propia reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal pueden tener sentido; como sólo así pueden tener sentido las funciones que ejerce hoy en día el fiscal, el fiscal español (no el polaco o el americano, con legislaciones y sociedades que en nada se asemejan a las nuestras).

Por todo ello desde aquí se propone que la UPF asuma en su ideario el modelo del Fiscal Parlamentario, de un fiscal general del Estado nombrado con *quórum* mayoritario específico por el Parlamento Nacional. Y que si esa es una meta a medio o largo plazo, la filosofía en la que se asienta sea, desde ya, una exigencia irrenunciable de la que no pueda separarse ninguna reforma que de la organización de la Carrera Fiscal o de las funciones que no son encomendadas trate de realizarse. Porque, en definitiva, sólo con esa filosofía como base el Ministerio Fiscal de nuestro país podrá ejercer eficazmente sus funciones sociales.

## Creación de empleo: el despido como panacea

Jesús RENTERO JOVER

Parece ser —o al menos así lo indican— que tanto interlocutores sociales como la Administración están de acuerdo en la necesidad de una política económica creadora de empleo, y en su consecuencia, en la necesidad de las reformas legales que sean necesarias para conseguir dicho objetivo, que se incluye así dentro de los objetivos básicos del pretendido pacto social del que, al parecer, se espera solución buena parte de los males de nuestra economía. Dentro de esta perspectiva, los empresarios y sus voceros informales machacan continuamente a la opinión pública con una idea constante: sólo será posible crear empleo si se consigue el despido libre, o, cuando menos, su abaratamiento.

Dejando al margen lo que, inicialmente, ya tiene por sí de paradójico que, para crear empleo, lo que haya que facilitar sea precisamente su destrucción, no conviene olvidar que, con la legislación vigente en la actualidad, las posibilidades extintivas de la relación laboral son ya muy numerosas; así, cabe destacar, de entre las ajustadas a derecho —las «salvajes» por lo tanto, al margen, pese a ser bastante frecuentes—, la siguientes:

- a) Posibilidad disciplinaria (conforme al artículo 54, en relación con el 49.11, del Estatuto de los Trabajadores), cuando el trabajador incurra en alguna de las causas listadas de incumplimiento contractual, y ello con la gravedad suficiente, siempre que eso sea acreditado por el empresario, lo que no es empresa imposible, por contra de lo que opinan algunos, si en realidad es cierto el incumplimiento, y que conduce a que no deba abonarse indemnización alguna. Incluso si el empresario no acredita el incumplimiento achacado, por no ser cierto o por no poderlo probar —salvo que el despido sea declarado nulo—, podrá deshacerse del trabajador mediante la conocida indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de antigüedad en la empresa.
- b) Como consecuencia de crisis económica, innovación tecnológica o concurrencia de circunstancia de fuerza mayor (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, desarrollado por el Real Decreto de 14-4-80, y que se entiende conforme con la Directiva Comunitaria 75/129, de 17-2-75), en cuyos tres supuestos, lo único necesario en realidad es acreditar la certeza de la circunstancia alegada, pues conforme a una relativa presunción de funcionamiento normal, si bien es cierta la necesidad de autorización administrativa para estos despidos colectivos, se concede sin problemas cuando se acredita, con los medios do-

documentales idóneos, la circunstancia alegada. En esos supuestos, la indemnización a abonar es la equivalente a sólo veinte días de salario por año de antigüedad, siendo también de destacar que en los supuestos de fuerza mayor, puede la Administración exonerar o reducir las indemnizaciones, y además, si la empresa es de menos de 25 trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará directamente, a su cargo, el 40 por 100 de la indemnización legal (artículo 33.8 ET).

A los tres supuestos anteriores, cabe añadir las posibilidades de reestructuración sectorial o empresarial, derivadas de planes de reconversión, que por desgracia, han sido tan frecuentes en determinadas épocas, y que facilitan más las posibilidades de extinción de la relación laboral que la reocupación.

- c) El llamado «despido objetivo» (artículos 52 y 53 ET), derivado o de la necesidad de amortizar un solo puesto de trabajo en empresas de plantilla inferior a 50 trabajadores, o por ineptitud sobrevenida del trabajador, o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas introducidas por la empresa, o por cierto nivel de absentismo, aunque éste esté justificado, y que sólo necesita, junto al cumplimiento de determinadas formalidades no muy rigurosas, poner a disposición del obrero despedido una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de antigüedad.
- d) Por la concurrencia de determinadas circunstancias físicas o jurídicas del empresario, como son, aparte del fallecimiento, la invalidez o jubilación —si no existe continuidad de la actividad empresarial— o la extinción, conforme a parámetros legales, de la personalidad jurídica patronal, esta última posibilidad necesitada del preceptivo expediente administrativo donde se acredite la circunstancia (y con obligación de abono de la misma indemnización de veinte días/año), y las primeras, de su mera constatación, con una indemnización del equivalente a una mensualidad del salario, conforme a la reforma del artículo 49.7 ET —introducida por Ley de 28-12-92, que acogió así un consolidado criterio jurisprudencial—. Tema aún no resuelto —pero que sólo comporta el cumplimiento de meras formalidades—, el de si es de aplicación a estos supuestos —de muerte, jubilación o invalidez— la citada Directiva Comunitaria 75/129, cuando la extinción tenga carácter colectivo.

A las anteriores posibilidades extintivas —a las

que sumar las derivadas de la no superación del período de prueba, a las obvias del mutuo acuerdo, de jubilación, fallecimiento o invalidez del obrero, o el llamado despido indirecto, mediante el que se incita a que el trabajador abandone la empresa, con o sin indemnización—, cabe añadir aún las diversas modalidades de contratación temporal —cuya adecuación a legalidad y exigencia de cumplimiento de formalidades viene siendo últimamente flexibilizada de modo casi constante por el Tribunal Supremo, consecuencia quizás de una cierta «interiorización judicial de la crisis», como en los casos de los contratos en prácticas (Sentencia de 15-9-92, entre otras) o de fomento del empleo (Sentencia de 21-12-92)—, que son más numerosas de lo que cabría entender conforme a la opinión de las asociaciones patronales, y convenientemente adecuadas a las diversas necesidades reales de temporalidad productiva; así, es de interés recordar la existencia del contrato de trabajo en prácticas, y el encaminado a la formación (Real Decreto 1.992, de 31-10-84), el contrato de trabajo a tiempo parcial, y el de relevo (Real Decreto 1.991, de 31-10-84), el contrato temporal para obra o servicio determinados, el eventual por circunstancias de la producción —encaminado a cubrir exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos—, el contrato de interinidad, o el por lanzamiento de nueva actividad —que cubre tanto el nuevo establecimiento patronal, como la ampliación de actividad o la apertura de un nuevo centro—, regulados por el Real Decreto 2.104, de 21-11-84, y la contratación para el fomento del empleo (regulado en el Real Decreto 1.989, de 17-10-84), sin olvidarnos de las posibilidades que ofrece la vinculación como fijo de carácter discontinuo (también regulado en el Real Decreto 2.104 de 21-11-84 citado), contratos que, si es cierta la causa alegada, permiten su extinción por la mera llegada del término pactado o del máximo legal, en general, de tres años, salvo la prórroga a cuatro incluida por el Real Decreto-Ley de 26-2-93, de Medidas Urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo.

Lo que pasa en la práctica es que las escasas formalidades de tales contratos temporales, ni tan siquiera se suelen cumplir, por dejadez patronal, o por falta del adecuado asesoramiento, lo que conduce a que, a veces, el término del contrato —o de la cadena de contratos—, si el trabajador reclama, se pueda declarar judicialmente el contrato —o los contratos— como suscrito en fraude de ley, y por aplicación tanto del artículo 6.4 del Código Civil, como del artículo 15 —apartados 1 y 7— del Estatuto de los Trabajadores, vinculación laboral indefinida, no obstante lo cual, no se suele calificar la extinción patronal como despido nulo, sino improcedente (aunque sea cuestión discutible y vidriosa), y por lo tanto, extinguido a través de indemnización (la indicada de cuarenta y cinco días/año de antigüedad). Quizás aquí lo necesario sería la existencia de un verdadero asociacionismo pequeño empresarial que, entre otras cosas, proporcionará la necesaria información y posibilitará el adecuado cumplimiento de los trámites administrativos y formales, pues evidentemente, no es el mismo el nivel que a estos efec-

tos puede tener una pequeña o mediana empresa que la gran patronal predominante en la CEOE. Parece así que puede tener sentido una cierta mirada a la antigua división de las empresas en función del número de trabajadores, con consecuencias distintas para los incumplimientos laborales, más gravosas para las medianas y grandes que para las pequeñas.

Hecho el somero repaso anterior, quizás cabría cuestionarse si es en realidad el despido la mejor medicina socio-laboral para la creación de empleo —unido, cómo no, a la otra pata, la congelación salarial—, pues la suficiente posibilidad extintiva existente no parece haber resuelto el problema del aumento de la contratación, o si, en realidad, existe ya la suficiente flexibilidad legal del mercado de trabajo, y las rigideces vienen de otra parte, como del excesivo interés bancario, de la especulación, financiera e inmobiliaria, o de los numerosos impuestos —directos, y no nos olvidemos, indirectos—, a veces excesivamente onerosos, o de la alta penalización del retraso en los pagos a la Administración, y en el secular retraso de ésta en, por su parte, cumplir sus contratos, o de la falta de incentivos adecuados al incremento de la productividad obrera y el avance tecnológico, y si precisamente lo negativo es la desincentivación de la estabilidad en el empleo que la cada vez más extendida contratación temporal implica, pues difícil es que un trabajador se vincule a las vicisitudes productivas, si su contratación pende de un hilo, muchas veces cortado de modo caprichoso o arbitrario. Como parece difícil que aumente el consumo, y en su consecuencia, la producción, y por ende, la nueva contratación, si bajan o se congelan los salarios de los potenciales consumidores.

Y todo lo indicado, sin olvidar que la contratación temporal dificulta —si no impide— el ejercicio real de los derechos colectivos, constitucionalmente reconocidos, encaminados a reequilibrar la desigualdad entre las partes del contrato, y sin que por otra parte, existan especiales responsabilidades para el empresario incumplidor, en relación con lo que no sería quizás una medida descabellada, la de establecer un estatuto empresarial, que haga inviable que cualquier persona pueda dedicarse, tras haber hundido diversas empresas, estafado a usuarios y a la Administración, a la creación de nuevas sociedades, acogidas al sutil velo de la distinta personalidad jurídica, que le permitan continuar con la actividad empresarial, obtener nuevas subvenciones, y reiniciar el ciclo, sin crear en realidad empleo efectivo, y mucho menos, riqueza consumible, y además, en cuanto empleen trabajo clandestino, hagan competencia difícil de soportar por la empresa cumplidora de sus obligaciones.

A lo anterior, el añadido que no se debe olvidar de que el máximo pacto social, la Constitución, claramente habla tanto del carácter «social» de nuestra convivencia (artículo 1.º, 1), como de la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan la efectiva libertad e igualdad del individuo (art. 9.2), para lo que no parece que el despido libre sea el mejor camino, sino que quizás, por el contrario, lo sea el incentivo a la contratación

indefinida, como en este aspecto ha intentado la Ley de 30-7-92, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, subvencionando la conversión en indefinidos de ciertos contratos temporales, o la contratación indefinida de ciertos grupos de trabajadores de mayor dificultad de acceso al empleo (jóvenes, mujeres, mayores de cierta edad, o personas con cargas familiares), o las medidas del Gobierno Vasco tendentes a facilitar la in-

tegración sociolaboral de los parados de larga duración...

En otro caso, difícil será llegar a un pacto entre los interlocutores sociales, en el que se deba partir de que los sindicatos acepten la congelación salarial y más facilidades para el despido, a cambio de aún no se sabe qué pócima mágica creadora de empleo.

 **COLEX Constitución y Leyes**  
Rafael Calvo, 42 - 28010 Madrid - Tels. 319 67 54 - 319 65 06 - Fax 319 43 97

■ **CODIGO PENAL**

SEPTIMA EDICION 1993

**Puesta al día legalmente.  
Comentarios y Amplia jurisprudencia**

**Fco. Javier Gómez de Liaño Botella**  
Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

**A. González-Cuellar García**  
Pon. titular de Derecho Penal de la UAM. Fiscal ex adonte

**José Moyna Ménguez**  
Magistrado del Tribunal Supremo

**Rogelio Gómez Guillamón - J. Cesáreo Ortiz Urculo  
E. Torres-Dulce Lifante**  
Fiscales

**660 pags. 3.800 ptas.**

■ **LA LEY DEL SOLAR COMUN**

**DERECHO MEDIOAMBIENTAL**

La obra es un valioso estudio de toda la problemática medioambiental. Se analiza la incidencia de la Religión en esta materia, el tratamiento constitucional del Medio Ambiente, su relación con el Derecho Comunitario así como la Acción Popular.

**Silverio Nieto Núñez**  
Doctor en Derecho. Magistrado del T.S.J. de Madrid

**312 pags. 3.550 ptas.**

■ **COMENTARIOS A LA LEY  
DEL I.R.P.F. Y REGLAMENTO  
DEL IMPUESTO**

La obra analiza, precepto por precepto, la vigente Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, glosando al hilo de esta sistemática el Reglamento que la desarrolla. Los comentaristas, Catedráticos y otros profesores universitarios, algunos de ellos con amplia experiencia como asesores fiscales, realizan un examen riguroso y claro de la normativa, poniendo de relieve los aspectos prácticos más relevantes para el contribuyente. El volumen se completa con diversas disposiciones reglamentarias, un amplio elenco bibliográfico y un detallado índice analítico.

**Director: Fernando Vicente-Arche Domingo**  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
de la Universidad Complutense de Madrid

**974 pags. 7.500 ptas.**

■ **CONSTITUCION ESPAÑOLA**

SEGUNDA EDICION 1993

Con la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución.

**José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez**  
Magistrado Sala II del T.S.

**Juan José González Rivas  
Joaquín Huelin y Martínez de Velasco**

**José Luis Gil Ibáñez**  
Magistrados especialistas de lo Contencioso-Administrativo

**804 pags. 5.800 ptas.**

■ **LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y LOS  
CAMBIOS LEGISLATIVOS**

Aunque no exenta de pretensiones teóricas, la obra incorpora una dimensión fundamentalmente práctica en tanto en cuanto despliega el análisis y contraste de casi dos centenares de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que —en ausencia de una norma transitoria expresa y codificada— han decidido las múltiples cuestiones surgidas del tránsito de la legislación vieja a la de sustitución. Con todo, una consideración especial se dedica al examen de las soluciones consagradas por la Ley 18/1990 de 17 de diciembre y a su aplicación por el mismo Centro directivo.

**Jacinto Gil Rodríguez**  
Catedrático de Derecho Civil

**160 pags. 1.950 ptas.**

■ **LA LEY COMUN DE PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO**

La obra realiza un análisis de la Ley 340/92 (LRI-PAC) partiendo del distinto alcance de los títulos competenciales puestos en juego por el Estado al dictar tal norma. Por ello se insiste en la identificación de las normas que contienen procedimiento común, que hacen imposibles otras Leyes de Procedimiento autonómicas (de ahí la referencia del título a la Ley común de Procedimiento) respecto de las normas que contienen Bases del Régimen Jurídico que permiten desarrollo legislativo. Finalmente, se examinan los principios de las nuevas normas de procedimiento, con especial tratamiento de los principios de transparencia, equidad y personalidad.

**Marcos M. Fernando Pablo**  
Profesor titular Universidad de Salamanca

**192 pags. 1.875 ptas.**

# El Tribunal Constitucional y la pervivencia de la normativa del Estado autoritario

Rafael MANZANA LAGUARDA

El TC en su función de «legislador negativo», lleva a cabo un vaciado del ordenamiento jurídico, mediante la eliminación de aquellas normas que no son susceptibles de adecuación constitucional. Tal actividad comporta también, obviamente, un juicio de valor —jurídico que no político— acerca de cuáles deben ser las normas que, aun procedentes del anterior régimen preconstitucional, son susceptibles, sin embargo, de seguir rigiendo en un Estado de Derecho, por no ser contrarias a los principios y preceptos constitucionales.

Debo insistir en que dicha labor de contraste entre las normas cuya subsistencia ofrece dudas y la Constitución, al venir residenciada en un órgano jurisdiccional, debe venir presidida exclusivamente por parámetros jurídicos y no por criterios de oportunidad. Y resalto este aspecto, por cuanto, hallándonos inmersos ya desde hace casi quince años en un régimen jurídico presidido por la Constitución de 1978, no obstante, se han invocado por el TC, principios de unidad y de seguridad del ordenamiento jurídico, para justificar el mantenimiento temporal de la vigencia de normas preconstitucionales, de más que dudosa asunción constitucional. No puede negarse que con ello se ha garantizado la estabilidad institucional, y se ha evitado un súbito vaciamiento de amplios sectores del ordenamiento normativo, cuyas disposiciones hubieran quedado automáticamente sin efecto en virtud de la Disposición derogatoria de la Constitución, al tiempo que se ha ido posibilitando al legislador la progresiva sustitución de los preceptos obsoletos por otros ya adecuados formal y materialmente a las exigencias constitucionales.

Ahora bien, si dicha medida de prudencia jurisdiccional, pudo justificarse en los primeros momentos de reinstauración del régimen constitucional, y como un medio para asegurar la implantación no traumática del mismo y su progresiva consolidación, entiendo que carece de sentido que, cuando van a cumplirse 15 años desde la vigencia del texto constitucional, la inercia jurisprudencial mantenga vigentes tales planteamientos, que han sido asimismo asumidos con automatismo —como no podía ser de otra forma, según prescribe el artículo 40 L.O. 2/79 del Tribunal Constitucional— por el Tribunal Supremo, llevando así a resultados de difícil justificación desde la perspectiva de las funciones que incumben al máximo intérprete de la Constitución.

Valga de ejemplo la postura que se mantuvo —como consecuencia del nuevo diseño de reparto competencial (artículos 148 y 149 CE) que conllevó el Estado de las autonomías— en orden a la fijación

de cuál fuera la normativa básica, competencia exclusiva estatal. Partiendo de la definición de las bases como aquellos aspectos centrales o nucleares del régimen jurídico de una determinada institución (TC. S. 76/86), el TC desde su S. 31/81, de 28/junio, ha sostenido de forma continuada (v. gr: Ss. 1/82, de 28/enero, 32/83; de 28/abril; 48 y 49/88, de 23/marzo), que el concepto de norma básica es material y no formal, pudiendo el Estado, en aras del principio de alcanzar una ordenación común, introducirla tanto en normas con rango de ley como reglamentarias. Con tal posición se salvaguardaron los preceptos infralegales que regían amplios sectores sociales, económicos, profesionales, etc., cuya regulación básica incumbía al Estado, al atribuir a tales normas de carácter reglamentario la condición de básicas, dada la concepción «material» de las Bases.

No obstante, en una fase posterior, el TC ha venido iniciando un giro copernicano en tal posicionamiento, y ha comenzado a apuntar la necesidad de que las normas básicas vengan contenidas no sólo en norma de rango legal, sino en norma que expresamente mencione su condición de básicas, al objeto de clarificar el complejo diseño de distribución competencial entre Estado y CC.AA. que contiene la Constitución en su Título VIII.

Y así, a partir de su Sentencia 69/88, de 19/abril, el TC va a sostener la progresiva implantación de un concepto formal de las bases, sin abandonar su concepción material, al afirmar que «... procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la norma básica venga incluida en la Ley votada en Cortes, que designe expresamente su carácter de básica, o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad»; no obstante, y paliando los eventuales efectos distorsionadores del anunciado cambio de criterio, ha afirmado igualmente el mentado Tribunal que, aun en el caso de que competa en determinada materia la legislación al Estado y a la Comunidad Autónoma su ejecución, subsiste la potestad reglamentaria del primero (TC. S. 104/88, de 8/junio), al objeto de imponer ulteriores obligaciones y prescripciones sobre la ejecución.

Análoga situación —si bien no se ha producido el necesario giro— se produce en relación con la actuación sancionadora de la Administración. Aun cuando en la Constitución existen referencias directas a la potestad sancionadora atribuida a la Administración (artículos 25.1 y 3, 45.3, etc.), de tal modo que ésta aparece constitucionalmente legitimada para ejercer tal facultad, no obstante, su ejercicio ha venido, igualmente por imperativo constitucional, re-

vestido de una serie de garantías, y particularmente por lo que aquí nos interesa, dicha potestad encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución el límite derivado del principio de legalidad, que exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan...» (S.T. Const. núm. 18, de 8/junio/81). Así, el artículo 25 Const. obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes. No es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones, ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes, por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal.

No obstante, en el campo administrativo no sólo es factible la colaboración reglamentaria en materia sancionadora, siempre que en la Ley de cobertura queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (tipos y sanciones) (S. núm. 3, 21/enero/88), con el único límite que veda una remisión al Reglamento que «haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada» (S. 24/julio/84). Sino que asimismo, con relación a la exigencia de habilitación legal previa en el ámbito sancionador administrativo, en el ámbito administrativo, y con relación a las sanciones tipificadas en preceptos preconstitucionales, se ha entendido que no cabe exigir la reserva de ley «... de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución» (Ss. 15/81, de 7/mayo, 11/81, de 8/abril, 42/87, de 7/abril, 3/88, de 21/enero y 101/88, de 8/junio). Ahora bien, todas las cláusulas genéricas de remisión en blanco al Ejecutivo, dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución para regular la materia sancionadora, quedan sin efecto desde la vigencia de aquélla, al ser incompatibles con el principio de legalidad, produciéndose la «caducidad por derogación» (T. Const. S. 42/87, de 7/abril). Esta exigencia de reserva de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho antes de que la Constitución fuera promulgada (T. Const. S. 15/81, de 7 de mayo). Si tales normas no violan materialmente la Constitución, sólo por la infracción del rango formal no son por sí inconstitucionales.

En definitiva, no sólo conservan, en principio, su vigencia y validez las normas que la Administración del anterior régimen político dictó en materia sancionadora, por cuanto al ser preconstitucionales, no les era exigible el respeto al principio de reserva de ley, por lo que dichos preceptos podrán ser utilizados por la Administración Pública del Estado democrático para sancionar, sino que, del mismo modo, la Administración podrá dictar normas infralegales, de carácter sancionador, pese a estar vigente la Constitución, aun cuando ninguna Ley formal le haya habilitado expresamente para ello, siempre que tales normas sean mera reproducción de otras anteriores a la Constitución, es decir, siempre que las facultades que se autootorga con tales normas, las hubie-

ra ya adquirido en el periodo preconstitucional.

Así, y si ya existía una *lectura ambivalente* de numerosos preceptos constitucionales (v. gr. elección de miembros del CGPJ, configuración del Estado autonómico, alcance de la intervención planificadora estatal en la economía de mercado, etc.), fruto de la mecánica pactista que precedió su elaboración y que derivó en una deliberada ambigüedad en la regulación de determinadas materias, hay que constatar, con sorpresa, la existencia asimismo, de una «*lectura transitoria*» de determinados de sus preceptos, de tal manera que su definitiva aplicación queda diferida por el TC, en función de criterios de «oportunidad jurídica» —léase principio de estabilidad y de continuidad normativa—, hasta una fase ulterior, cuya concreción sólo incumbe al propio TC, y que, en el ínterin, posibilita amplios y cómodos márgenes de maniobra a la Administración Pública.

Ello ha permitido, por poner un ejemplo puntual, que el Tribunal Supremo, al enjuiciar la adecuación constitucional de la potestad sancionadora de la Administración en materia de juego, contenida en el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas (RD 2816/82, de 27/agosto), haya hecho uso de tal doctrina, y consecuentemente haya buscado un precepto preconstitucional en el que se contuvieran análogas facultades a las que el Reglamento postconstitucional atribuye a la Administración, para concluir así salvando la vigencia de este último; y en tal búsqueda se ha remontado nada menos que al Reglamento de Espectáculos de 3/mayo/1935, afirmando, en la Sentencia de 10/julio/1991 de su Sala de Revisión (Ponente, Sr. Martín Martín), y en contra de lo que se dijo por la Sala especial del artículo 61 LOPJ, de 18/diciembre/90, que «el Reglamento propiamente es una normativa actualizada de las disposiciones dispersas anteriores (Reglamento de 3 de mayo de 1935 y 23 de noviembre de 1977, etc.), adaptado a la normativa posterior (Ley de Orden Público, artículo 2.c.i, y artículo 260 de la Ley de Régimen Local de 1955, como se resalta en la Memoria y Exposición». Consecuentemente, la norma dictada en 1982 no innova nada respecto de la de 1935, limitándose a ofrecer un cuadro más completo de sanciones, técnicamente mejorado y actualizado «... pero *sin alterar las líneas básicas del sistema* embrionariamente contenido en el Reglamento de 1935».

En definitiva, el efecto que produce la subsistencia de tales planteamientos, es que quince años después de la promulgación del texto constitucional, la Administración puede, mediante decretos o normas de inferior jerarquía —en resumen, sin sujeción a reserva legal alguna, y consiguiendo control parlamentario— reproducir normas de igual rango infralegal, anteriores a la Constitución, y promulgadas, por tanto, en un régimen político, cuyos principios inspiradores no sólo eran diferentes, sino en muchas ocasiones diametral y beligerantemente opuestos a los garantizados por el texto constitucional.

Entiendo que es precisamente esa reproducción íntegra de principios y sistemas preconstitucionales —que legitima la actividad sancionadora autónoma de la Administración, según este planteamiento jurisprudencial—, la que debiera servir de sustento ar-

# NOVEDADES

**ALIANZA**  
EDITORIAL

Nueva Dirección:  
Juan Ignacio Luca de Tena, 15  
28027 Madrid  
Tel. 741 66 00  
Fax. 741 43 43

## FILOSOFÍA

ESPERANZA GUIJÁN  
**Ética sin religión**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

KARL JASPERS  
**Cifras de la trascendencia**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

## CIENCIA

STEPHEN HAWKING Y ROGER PENROSE  
**Cuestiones cuánticas  
y cosmológicas**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

## ARTE

JUAN ANTONIO RAMÍREZ  
**La arquitectura en el cine**  
Hollywood, la Edad de Oro  
ALIANZA FORMA

ANTONIO BONET CORREA  
**Figuras, modelos e imágenes en  
los tratadistas españoles**  
ALIANZA FORMA

EDGAR WIND  
**La elocuencia de los símbolos**  
ALIANZA FORMA

ROBERT ROSENBLUM  
**La pintura moderna y la  
tradición del Romanticismo  
nórdico**  
ALIANZA FORMA

## CLÁSICOS

PLINIO EL VIEJO  
**Lapidario**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

## ECONOMÍA

PABLO GUTIERREZ JUNQUERA  
**El crecimiento de los servicios**  
Causas, repercusiones y políticas  
ALIANZA ECONOMÍA

## PSICOLOGÍA

ALBERTO ROSA Y ESPERANZA OCHAITA  
(COMPILACION)  
**Psicología de la ceguera**  
ALIANZA PSICOLOGÍA

IRENAUS EIBL-EIBESI (ED.)  
**Biología del comportamiento  
humano**  
Manual de etología humana  
ALIANZA PSICOLOGÍA

## GASTRONOMÍA Y NUTRICIÓN

IGNACIO DE LA MOTA  
**La nueva cocina canaria**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

JUAN PEDRO YEGROS  
**La cocina familiar**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

## LITERATURA

VIRGINIA WOOLF  
**Al faro**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

MARCO DENEVI  
**Rosaura a las diez**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

## HISTORIA

ROGER CHARTIER  
**Libros, lecturas y lectores en  
la Edad Moderna**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

MIGUEL ARTOLA (DIRECCIÓN)  
**Enciclopedia de Historia  
de España**  
VI. Cronología. Mapas. Estadísticas  
ALIANZA DICCIONARIOS

MIGUEL ARTOLA (DIRECCIÓN)  
**Enciclopedia de Historia  
de España**  
VII. Fuentes. Índice  
ALIANZA DICCIONARIOS

Comercializa  
Grupo Distribuidor Editorial  
Tel. 361 08 09

ÚLTIMO  
VOLUMEN

gumental, precisamente para la conclusión contraria. Es insólito afirmar a estas alturas que la actividad sancionadora de la Administración democrática se legitima, en tanto en cuanto reproduzca los principios y sistema del anterior régimen obsoleto.

Por ello, es esperanzador —si es que ello constituye un anuncio implícito o entre líneas de un inmediato cambio de rumbo—, que el TC en su Sentencia núm. 177/92, de 2/noviembre, tras reiterar nuevamente que la recurrente «.. está haciendo...», añade en su último FJ «in fine», lo siguiente: *«en cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tienen como importante límite la imposibilidad de que con posterioridad a la Constitu-*

*ción, se actualicen dichas normas por la misma vía reglamentaria, puesto que ello no respetaría el sistema de producción de normas jurídicas impuesto ahora por la Constitución».*

Quizás, cuando ya han sido promulgadas la práctica totalidad de las Leyes Orgánicas previstas en el texto constitucional en desarrollo de sus preceptos, haya que estimar definitivamente concluido el «período constituyente» y haya que entender llegado el momento de dar por finalizada esa «lectura transitoria» de la Constitución, avalada por el propio TC, y postular, en consecuencia, que despliegue su plena eficacia la Disposición Derogatoria de la misma y comience sin reservas su andadura el período constitucional.

# ESTUDIOS

## Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?

Javier DE LUCAS

Que los derechos fundamentales, tal y como vienen reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, carecen de la nota de universalidad, aunque no siempre constituye una afirmación incontrovertida<sup>1</sup> parece algo difícil de negar. En efecto, todos los Derechos internos comienzan por una distinción, una contraposición entre dos categorías de derechos, funcional a la distinción entre hombre y ciudadano, los derechos humanos, los derechos del hombre, que son derechos universales en el marco del sistema jurídico del que se habla: «derechos que la Constitución confiere no sólo a los ciudadanos, sino a todos los hombres a los que es aplicable dicho sistema», y junto a ellos los derechos fundamentales no universales, en el sentido de que se reservan sólo al que reúne la condición de ciudadanía<sup>2</sup>. Precisamente porque la positivación de los derechos no puede separarse de la noción de soberanía estatal, resulta necesario distinguir entre derechos propios de los ciudadanos del Estado y los que se reconocen a quienes no tienen esa condición. Por todo ello, discutir el alcance y los términos de las razones de la «exclusión» en los derechos fundamentales, tal y como apunta Walzer<sup>3</sup>, pudiera parecer estéril, cuando resulta evidente que esa exclusión es una exigencia conceptual de la propia noción de «derechos del ciudadano». En todo caso, las razones de la exclusión dejan de ser tan claras cuando nos referimos no ya al problema que plantean aquellos que no intervinieron en el consenso constitucio-

nal —o lo rechazaron—, sino sobre todo a quienes están a su vez excluidos del consenso porque no son ciudadanos cuando, sin embargo, deben aceptar las reglas del juego en su dimensión más onerosa: ¿por qué han de asumir las cargas sin los derechos?

Con todo, eso no impide una apreciación cada vez más aceptada: de acuerdo con Marshall, habría que reconocer no sólo que el estatuto de ciudadano tiende a extender progresivamente la esfera de derechos que lo constituye, sino también y sobre todo que, si no han variado los requisitos del concepto mismo de ciudadanía, al menos son objeto de una crítica profunda que exige su revisión. En efecto, como ya se ha reseñado anteriormente recogiendo la interpretación de Habermas, cada vez parece menos sostenible la definición de ciudadanía vinculada a factores de tipo étnico, o etno-cultural si se prefiere, por dos tipos de razones: en primer lugar, porque la diferente atribución de derechos que lleva aneja la ciudadanía resulta difícil de justificar razonablemente desde esos presupuestos. Además, porque en un mundo interdependiente, caracterizado por la movilidad demográfica, y que camina hacia organizaciones jurídico-políticas de orden supranacional el modelo clásico —nacional— de ciudadanía no se sostiene. Claro está que no cabe descartar, como veremos, que la consecuencia de esos argumentos fuera más bien el reconocimiento de la caducidad de esa categoría, pues la remodelación a la

<sup>1</sup> Cfr. E. Fernández (1989), Peces-Barba (1991), Pérez Luño (1984), Prieto Sanchis (1990). En todo caso, me parece acertada la crítica de Prieto Sanchis acerca de la abstracción que subyace a la tesis liberal de la universalidad de los derechos, y cómo la universalidad, por el contrario, podría mentenerse si se entiende «que un derecho es universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país» (1990, págs. 80 ss.). Si por universalidad entendemos una característica predicable sólo de «derechos que contemplan bienes jurídicos que en abstracto interesen por igual a todas las personas», con independencia de su específica situación o posición social, resulta muy difícil mantener que los derechos fundamentales sean universales, como es también imposible sostenerlo si nos preguntamos, por ejemplo, por la universalidad del sujeto obligado. Sobre las críticas a la noción de universalidad, incluso en la versión «débil» de Casese, que sostiene la universalidad en el sentido de tendencia a la homogeneidad en el ámbito internacional

(lo que es criticado entre otros por Peces-Barba, al distinguir la universalidad del proceso de internacionalización) puede verse el excelente trabajo de B. Martínez de Vallejo en Ballesteros (1992), págs. 47 y ss.

<sup>2</sup> En realidad, como se ha señalado frecuentemente, ni siquiera sería válida la traducción de la dicotomía en los términos señalados (derechos del hombre = comunes al extranjero y al ciudadano, frente a los derechos del ciudadano = reservados a éste), puesto que el extranjero aparece las más de las veces como *tertium genus*, como «cicatriz» entre el hombre y el ciudadano, tal y como escribe F. J. Martínez (1992): como ha escrito Borrajo Iñiesta (Borrajo Iñiesta, 1991, pág. 698), el estudio de la condición de extranjería ofrece «una de las fisuras de ampliación más interesantes de los derechos constitucionales contemporáneos, que de su condición originaria de derechos cívicos se transforman en derechos humanos».

<sup>3</sup> Cfr. Walzer (1992).

que tendría que hacer frente la vacía de contenido. Precisamente por ello, en lo que sigue trataré de apuntar cómo hoy la necesidad de revisar la definición del estatuto de ciudadanía y el hecho de que nos acerquemos a un contexto, si no de globalización, sí —como se ha repetido hasta la saciedad— de multiculturalidad, como consecuencia, entre otras razones, de lo que Mill ha denominado la conversión de la inmigración en un carácter estructural<sup>4</sup>, no puede dejar de tener incidencia respecto al enfoque tradicional desde el que se justifica la exclusión del extranjero respecto a determinados derechos, la justificación de las fronteras «en» —más que «de»— los derechos fundamentales. Las tesis que sostendré conectan en buena medida con lo apuntado por el prof. Häberle acerca de las etapas del proceso de realización del Estado constitucional entendido como tipo ideal en relación con la universalización de los derechos y singularmente, respecto a la equiparación de los extranjeros en los derechos fundamentales<sup>5</sup>. Así, trataré de ejemplificar cómo en la Constitución española de 1978, el juego de la cláusula de equiparación restringida junto a la cláusula de interpretación de los conflictos de derechos con arreglo a los instrumentos jurídicos internacionales como los artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de 1950 (que concretan los derechos humanos «universales» y afianzan la protección de los derechos como tarea prioritaria y condición mínima de legitimidad del Estado y de la Comunidad internacional organizada), apuntan hacia la equiparación. A esos efectos, señalaré primero algunos argumentos acerca de la (in)justificación de la exclusión, para añadir a continuación algunas observaciones sobre la opción de nuestro propio ordenamiento.

## I. LAS RAZONES DE LAS FRONTERAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Que la condición de ciudadano, o, mejor, la distinción entre ciudadano y extranjero es una de las dicotomías básicas —si no la fundamental— en el pensamiento y aun en el orden jurídico-político que heredamos del 89, es un lugar común. Por eso la ciudadanía ha podido ser mostrada, y así lo señalan, por ejemplo, Leca o Balbo<sup>6</sup>, como un concepto de clausura o cierre social: el universo social, jurídico y político queda perfectamente escindido en dos categorías, según aparezca o no la condición de ciudadanía. Baste recordar que las definiciones de ex-

tranjero son básicamente negativas: quien no es ciudadano, quien no es miembro de la comunidad nacional (o supranacional, como sucede en el artículo 1 del Convenio de Schengen: el extranjero es el no comunitario). Una de las competencias básicas de la soberanía estatal consiste en definir la condición del acceso a la ciudadanía, a su estatuto jurídico<sup>7</sup>. Y la primera y fundamental consecuencia de esa condición, esto es, el contenido básico del estatuto jurídico de ciudadanía, es la garantía de la igualdad en los derechos (y en los deberes) para todos los ciudadanos, pero sólo para ellos, al menos como igualdad ante la ley<sup>8</sup>, junto a la eliminación de la sujeción discrecional a los poderes públicos: ambos elementos configuran la posición jurídica de los ciudadanos en términos de la mayor certeza o seguridad jurídica, entendiendo ésta en el sentido complejo (no como la mera quietud del orden), tal y como recuerdan Peces-Barba y Pérez Luño<sup>9</sup>. En efecto, la nota común de ciudadanía es lo que justifica la igualdad de trato formal como equiparación entre todos los que son reconocidos como iguales de ese modo (reconocidos como iguales por el Estado, cuya condición de miembros proporciona esa identidad), es decir, quienes reúnen esa característica. Al mismo tiempo, da pie a considerar suficientemente relevante la diferencia entre los así definidos como ciudadanos y los que no lo son y, de tal forma, instaurar la igualdad de trato formal como diferenciación respecto a derechos fundamentales que dependen del vínculo con una comunidad concreta<sup>10</sup>. La pregunta obvia es ¿qué tipo de diferenciación en los derechos fundamentales resulta justificable desde la contraposición entre ciudadanos y extranjeros?

El primer problema es si hoy podemos mantener esa justificación de la relevancia de la condición de ciudadano<sup>11</sup> y, por tanto, de la discriminación, cuando no de la exclusión del extranjero, que se vería privado del reconocimiento como auténtico sujeto de derecho, reservado en exclusiva a la ciudadanía. Las razones para la duda estriban, en primer lugar, en la dificultad de mantener el canon de ciudadanía<sup>12</sup>, tal y como lo encontramos definido en la tradición que arranca de la Revolución Francesa: veremos que en la actualidad se apunta a la existencia de categorías intermedias de ciudadanía. En segundo término, está en cuestión la propia atribución exclusiva como consecuencia fundamental del estatuto de ciudadanía, del reconocimiento de determinados derechos fundamentales, en la medida en que, como hemos apuntado anteriormente se discute la visión clásica de la ciudadanía como concepto político.

<sup>4</sup> D. M. Mill (1991).

<sup>5</sup> Cfr., por ejemplo, Häberle (1993).

<sup>6</sup> Cfr. Leca (1990), págs. 201 ss.; Balbo (1990), págs. 23 ss.

<sup>7</sup> Como se recordará, así queda establecido en el orden internacional a partir del caso *Nottebohm* y del Convenio de La Haya de 1930.

<sup>8</sup> Así lo señala la STC de 23-XI-84, que afirma que «sólo los españoles son iguales ante la ley».

<sup>9</sup> Cfr. Peces-Barba (1991) y Pérez Luño (1992).

<sup>10</sup> Como resultará evidente, utilizo esas dos manifestaciones del principio formal de igualdad, siguiendo la formulación empleada por Peces-Barba (1992).

<sup>11</sup> Me parece necesario señalar que advertir las insuficiencias que subyacen al pretendido carácter básico de esa condición no

supone identificarla como horca caudina: una especie de velo que permite el ejercicio —espúreo— de la dominación, que constituiría la cara de Jano sobre la que insiste en mi opinión demasiado unilateralmente el discurso que pretende despertarnos del sueño —la pesadilla, en rigor— en el que nos habría hecho caer la ilusión burguesa: «los ciudadanos son libremente siervos» (Capella 1992, págs. 147 ss.).

<sup>12</sup> Esas dificultades derivan, además de las razones que examinamos a continuación, de ambigüedades del propio concepto: piénsese en la distinción entre ciudadano y nacional [aunque hoy, en Derecho comparado, como recuerda Fernández Rozas (1987), se admite la equivalencia: la noción de ciudadanía concierne a la dimensión de derecho público del status de nacional], ambigüedad a la que no es ajeno el propio texto constitucional

Por lo que se refiere a la fragmentación de la categoría de ciudadanía, habría que recordar, como lo hacen Hammar o Bauböck<sup>13</sup>, que los supuestos sobre los que se asienta la dicotomía son el Estado nacional y la homogeneidad social derivada de una composición de la población en la que la presencia del extranjero es coyuntural (esporádica y aun limitada en el tiempo), y que uno y otro son hoy difícilmente sostenibles o, por lo menos, entran en contradicción con la idea democrática del gobierno representativo que se basa en elecciones por sufragio universal: a medida que aumenta el flujo de la inmigración, y que se refuerza el intercambio y la movilidad al menos dentro de la Comunidad Europea, se incrementa también la población extranjera que trabaja de forma estable en terceros Estados y se producen varias consecuencias importantes: la primera es la aparición de un abanico de categorías intermedias entre los dos extremos del ciudadano pleno y el extranjero absoluto que contraponen, por así decirlo, la ciudadanía «formal-externa» y las ciudadanías «informales-internas»: en particular, aumenta el porcentaje de personas que, viviendo y trabajando establemente en un Estado, quedan excluidos de derechos políticos y sufren restricciones en la extensión y certeza de otros derechos fundamentales: esos extranjeros son, como los definen Hammar, Costa-Lascoux o Witol de Wenden, ciudadanos *denizens*<sup>14</sup>. Eso comporta necesariamente, en segundo lugar, un déficit de legitimidad, que se concentra en los inmigrados trabajadores asalariados: ¿por qué quienes contribuyen igual con su trabajo al sostenimiento y a la riqueza comunes y están sujetos a las leyes, si cabe en condiciones de mayor transparencia, no han de recibir los mismos derechos?<sup>15</sup>. Las respuestas ofrecidas hasta este momento<sup>16</sup> pasan por una de estas dos vías: 1) la extensión de la ciudadanía mediante una apertura de la naturalización a través de la flexibilización de estatutos como el de doble nacionalidad, o la automatización derivada del *ius soli*, o bien 2) la equiparación entre ciudadanos y *denizens*, a cambio de un bloqueo de las naturalizaciones y de una política de cierre de fronteras o de cupos rígidos. Los cierto es que, como advierte el propio Hammar, en uno y otro caso, chocamos con la desvirtuación del principio de ciudadanía. En el primero, porque al primar la naturalización, se olvida la paradoja que, como he sostenido recientemente frente a Losano y Garzón, a propósito del debate sobre la sociedad multicultural, subya-

ce al principio de la homogeneidad social como requisito de la ciudadanía democrática: en otras palabras, aunque pueda parecer paradójico, la ciudadanía política identificada demasiado unilateralmente sólo con la universalidad de los derechos del hombre, tiene como base todavía la ciudadanía nacional, la pertenencia a una comunidad con una historia, una identidad etno/cultural. Por otra parte, si se opta por la equiparación en los derechos de ciudadanos y los *denizens*, parece infravalorarse el significado constitucional de la ciudadanía: ¿si los derechos fundamentales son idénticos, ¿para qué seguir hablando de ciudadanía? Además, en ese caso, ¿no se ponen en riesgo la protección de la seguridad y la defensa del Estado? Quizá el problema es que nos encontramos todavía (y por no poco tiempo) en un momento de inflexión de la capacidad emancipadora de la noción de ciudadanía: si en su origen, 1) la ciudadanía como pertenencia al burgo, jugó como factor de liberación frente al estatuto de sujeción feudal (y por eso el aire de la ciudad hace libres), 2) con la Revolución del 89, la condición de *citoyen*, la ciudadanía como pertenencia a la noción soberana, iguala y emancipa frente al soberano absoluto, hoy 3) la ciudadanía se enfrenta a un doble reto: de un lado, como advierten Marshall o Dahrendorf<sup>17</sup>, en cuanto ciudadanía no sólo política sino social, ya no se refiere sólo a los derechos fundamentales como *entitlements*, sino también a las *provisions*, a los bienes y servicios producidos: en ese caso, es un test para la igualdad real y supone, en mi opinión, la limitación de lo que se presentan como exigencias «naturales» del mercado. Ahora bien, esa ciudadanía social afecta al principio de autonomía del sistema capitalista de mercado, y por tanto sus exigencias, paradójicamente, no pueden alcanzarse más que en el marco de una superación del Estado nacional. De ahí que tengamos que hablar, aunque sea como idea regulativa (o sencillamente, como utopía), de la dimensión cosmopolita de la ciudadanía social.

En definitiva, a la hora de vincular ciudadanía y derechos fundamentales, habría que matizar de modo adecuado. Es cierto que, como advierte Kelsen<sup>18</sup>, la razón por la que la ciudadanía es normalmente la condición de los derechos políticos es que éstos «son de la mayor importancia para la formación del ordenamiento jurídico», en cuanto «posibilidad de participar en la creación o ejecución de normas jurídicas», pero admite que esos derechos no tienen por qué estar reservados sólo a los ciudadanos, por-

<sup>13</sup> Cfr. Hammar (1990); Bauböck (1991).

<sup>14</sup> Cfr. Hammar (1990); Costa Lascoux (1989); Witol de Wenden (1988), que señalan al menos tres polos: extranjeros, semi-ciudadanos (*denizens*) y ciudadanos. En realidad, por lo que se refiere a los Estados miembros de la Comunidad Europea, la escala iría desde los ciudadanos comunitarios con ciudadanía supranacional —europea— (hoy todavía inmigrantes comunitarios que son *denizens* privilegiados), los inmigrantes no comunitarios legales que tienen un cierto reconocimiento de ciudadanía asimismo *denized*, los clandestinos y los extranjeros.

<sup>15</sup> A lo que habría que añadir, como han subrayado Balibar y Wallerstein, o también Sami-Naïr, Barcelona o Sousa, que la crisis económica, unida a la del Estado asistencial, provocan que derechos fundamentales (trabajo, asistencia sanitaria, seguridad social, vivienda, escolaridad) empiecen a ser advertidos como privilegios y no como tales derechos por parte de la clase trabaja-

dora autóctona —ciudadana— de forma que su extensión a los extranjeros es percibida como razón necesaria de su puesta en peligro.

<sup>16</sup> Obviamente, las respuestas que tratan de acoger las razones expuestas. En sentido contrario, una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno francés de Balladur: me refiero a la ley que ha modificado el Código de Nacionalidad, en el sentido de limitar el acceso a la ciudadanía francesa para los hijos de inmigrantes, desvirtuando el principio en que se inspiraba el derecho francés: el *ius soli*, considerado hasta hoy «el modelo francés».

<sup>17</sup> Cfr. Marshall (1988); Dahrendorf (1989 y 1993).

<sup>18</sup> Cfr. el epígrafe G del número 26 del cap. V de su Teoría del Estado, así como el epígrafe d del apartado C del Cap. II (IIª parte) de su Teoría General del Derecho y del Estado, en particular el n.º 10: «¿Es un instituto necesario la ciudadanía?»

que como tal, la ciudadanía no es una institución necesaria para la existencia del Estado: el argumento es que hay Estados en los que no existe tal condición (los no democráticos: en ellos hay súbditos, no ciudadanos) porque lo que es consustancial a la existencia del Estado es la de súbditos, no la de ciudadanos *strictu sensu*, y, de otro lado, en las democracias radicales, los derechos políticos se reconocen también a los extranjeros<sup>19</sup>, y esto es objeto de elogio por parte de Kelsen. Sin embargo, la tesis de Kelsen no comporta necesariamente la absoluta identidad de derechos entre ciudadanos y extranjeros, y esta es precisamente la cuestión: creo que no es difícil advertir la existencia de un acuerdo en punto a la equiparación (tal y como parece apuntarse en los principios de Derecho internacional y en particular el de estándar mínimo, que, tal y como sostiene unánimemente la doctrina, supone un principio de equiparación entre nacional y extranjero. En cierto modo, ese principio básico está incorporado por cuanto la interpretación desde el Derecho Internacional es, como reconoce un voto particular de la propia sentencia 115/87, del texto de los artículos 13.1 y 10.2 de la Constitución nacen los límites del legislador en la regulación de los derechos y libertades públicas de los extranjeros. Pero las dificultades subsisten en torno al establecimiento de los límites de la misma: ¿hasta dónde llega el principio de equiparación?

Es aquí cuando debemos acudir al segundo argumento, la tesis de quienes, frente a la postura que sostiene la exclusividad en los denominados derechos políticos, pero también las restricciones respecto a otros derechos, aducen la exigencia de argumentar convincentemente lo que parece una exclusión difícilmente compatible con el grado de generalización e internacionalización de los derechos, o, por decirlo más simplemente, con lo que algunos consideran vestigios de una perspectiva nacionalista: esa delimitación de los derechos en términos de privación para el extranjero aparecería lisa y llanamente como inmoral. Es la crítica de quienes contrapondrían, frente a toda restricción de derechos fundamentales (como propia de la razón política, de la razón de Estado —de la razón del Estado nacional—), la universalidad de los mismos como postulado de la razón moral<sup>20</sup>, pues la condición personal del individuo (así, su nacionalidad) no parecería argumento para justificar la discriminación en derechos fundamentales.

Probablemente, entre quienes someten a crítica la

dicotomía derechos humanos/derechos fundamentales a partir de la categoría de ciudadanía, pocos como L. Ferrajoli<sup>21</sup> han argumentado con mayor claridad sobre lo que éste considera «la mayor antinomia que aflige la historia de los derechos fundamentales», la contraposición entre derechos del hombre y del ciudadano. Su propuesta es tan sencilla como radical: si queremos tomar en serio los derechos, debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía, una categoría a superar<sup>22</sup>. Desde una perspectiva que trata de mostrar la coimplicación entre ciencia del Derecho y política legislativa, muy en la tradición de Ihering —«la lucha por el Derecho»—, Ferrajoli señala cómo sólo desde una profundización en la democracia sustancial y en lo que considera constitucionalismo mundial, esto es, desde la superación de los confines estatales de la democracia, será viable la recuperación de la universalidad de los derechos. Porque lo fundamental es, en su opinión, el reconocimiento del carácter supraestatal de los derechos, que exige una Constitución mundial, pareja a una organización política mundial. Advierte en ese sentido que el Derecho internacional parece ir apuntando a la dirección correcta en la medida en que sitúa cada vez más claramente los derechos humanos y las normas que los reconocen y garantizan como la auténtica norma básica y así, cada vez parece más clara la necesidad de la intervención internacional *beyond the borders* en defensa de los derechos (especialmente en esas cuatro quintas partes del mundo en que se violan constantemente), que concreta, como lo hace un sector de la doctrina iusinternacionalista, en la existencia de mecanismos institucionales que supongan «garantías idóneas para tutelarlos y satisfacerlos contra o sin sus Estados: un código penal internacional contra los crímenes contra la humanidad, una reforma de la actual jurisdicción internacional que someta a todos los Estados al respecto de los derechos fundamentales respecto a sus ciudadanos, un sistema de obligaciones internacionales para la tutela de los derechos sociales también en los países más pobres, un desarme progresivo de los Estados miembros de Naciones Unidas junto a la instauración del monopolio de la fuerza legal por organismos internacionales y democráticos representativos».

En la misma línea, aunque desde una argumentación que insiste más en las consideraciones de orden moral que en la perspectiva filosófico-política del constitucionalismo y de la profundización en la democracia adoptada por Ferrajoli, Atienza<sup>23</sup>, en un re-

<sup>19</sup> El único obstáculo teórico, en opinión de Kelsen, surge del ámbito del Derecho internacional, que parece exigir el estatus de ciudadanía por dos razones: de una parte, las exigencias de fidelidad al Estado que impone el deber de defensa (a través del servicio militar); de otro, la necesidad de protección diplomática del ciudadano frente a terceros Estados. Aunque la primera puede desaparecer (la obligación de fidelidad que sería su fundamento es ideológico-política, sin significado jurídico en tanto no existan deberes jurídicos concretos y, por otra parte, es perfectamente concebible el Estado sin servicio militar obligatorio), la segunda es más difícil de garantizar sin la ciudadanía.

<sup>20</sup> En ese sentido, podría recordarse la vieja objeción que señala cómo tal contradicción —la retórica de los derechos universales del hombre/la garantía jurídica de los derechos de los ciudadanos nacionales— está en el corazón mismo de la construcción ilustrada: al mismo tiempo que se enuncian unos valores uni-

versales, se pierde de vista que tienen un origen histórico determinado.

<sup>21</sup> Ferrajoli (1990), págs. 950 ss., también Ferrajoli (1992), pág. 11 ss.

<sup>22</sup> En ese sentido, escribe: «hay que reconocer que la ciudadanía de nuestros países nicos representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, y no —como fue en el origen de los Estados modernos— de inclusión y equiparación, el último vestigio premóderno de las diferencias personales, la última contradicción aún no resuelta con la afirmación de la universalidad de los derechos» (Ferrajoli, 1992, pág. 11).

<sup>23</sup> Atienza (1993), págs. 236 ss. Atienza se apoya también, como veremos, en los conocidos argumentos de Kelsen sobre la falta de coextensividad entre la distinción ciudadano/extranjero y la noción de Estado.

ciente trabajo en el que resume las críticas dirigidas a los dos principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto al estatuto jurídico del extranjero en nuestro país, asegura que «se atenta contra la dignidad humana desde el momento en que el criterio para distribuir los bienes básicos en una sociedad —la atribución de derechos fundamentales— se hace depender de circunstancias como... su nacionalidad. Y no parece tampoco que pueda ponerse en duda que esos bienes básicos alcanzan también a cosas como las libertades políticas o el derecho al trabajo... la Constitución fija como criterio que debe inspirar a la legislación un criterio que carece de justificación moral... el principio de que se puede discriminar a las personas en lo concerniente al goce y disfrute de los bienes básicos por razón de su nacionalidad... es pura y simplemente inmoral». En mi opinión, como trataré de razonar, esa tesis —enunciada sin más matices— (además de arrancar de una visión parcial de los argumentos de Kelsen que expresamente invoca), confunde las exigencias del principio de equiparación al afirmar que sólo pueden traducirse en una absoluta universalidad, y parece asentarse en un desconocimiento de lo que desde Bobbio conocemos como proceso de especificación de los derechos, que no carece de justificación. Creo que el problema de alegatos de este tipo, es que sólo tienen sentido si lo que se pretende es la reivindicación de lo que en Derecho internacional se denomina «estándar mínimo» respecto al estatuto de extranjería, esto es, si su objetivo es reclamar para el extranjero la universalidad e igualdad de trato predicable de los derechos humanos, no de todos los derechos fundamentales, y para ese viaje no hace falta desplegar una crítica que apunta a objetivos suficientemente alcanzados (sin perjuicio, obviamente, de los problemas de aplicación). Se trata de llegar más allá, como parece desprenderse de la crítica formulada al texto constitucional, en ese caso veo más problemas, salvo que asistamos al consabido —aunque siempre necesario— alegato por la utopía: la del Estado mundial, la Constitución mundial, etc.

En otras palabras: a la hora de establecer los principios incompatibles con las exigencias de dignidad, es preciso distinguir. Una cosa es la denuncia del condicionamiento al principio de reciprocidad del reconocimiento de derechos como el sufragio activo en elecciones municipales, pero sobre todo, del derecho a la educación, del derecho a la libertad de enseñanza y del derecho a la creación y dirección de centros docentes (crítica formulada por buena parte de la doctrina que se ha ocupado de los problemas de extranjería por cuanto desde el Derecho internacional resulta difícilmente defendible esta limitación<sup>24</sup>), lo que entiendo efectivamente como difícilmente compatible con los principios de estándar mí-

<sup>24</sup> Cfr. por ejemplo, Niboyet (1953); Lagarde (1977); Rigaux (1985)

<sup>25</sup> Y me refiero aquí a la distinción fundamental que existe entre negar un derecho, esto es, excluir de su titularidad, por definición, a una clase o categoría de individuos y someterlo a limitaciones o restringirlo: bien en lo que se refiere a su contenido, bien a su ejercicio, por ejemplo, otorgando a determinado grupo (en este caso, los ciudadanos) una prioridad o jerarquía en las

nimo y de equiparación (con el fundamento del mismo), sobre todo por cuanto el principio de reciprocidad, en la práctica, se traduce en una concesión de amplio margen de discrecionalidad a la Administración. Otra cosa distinta es afirmar que toda discriminación entre nacionales y extranjeros en punto a derechos fundamentales es inmoral, por carente de justificación racional (práctica), sobre todo cuando, en lugar de *exclusiones*, hablamos de *limitaciones* o *restricciones*<sup>25</sup>. Me parece más conveniente intentar el examen de la justificación de las delimitaciones concretas en la atribución de derechos fundamentales o en el contenido de esos derechos, lo que debe hacerse, en mi opinión, analizando los derechos uno a uno, en lugar de identificar los derechos fundamentales como categoría única (los bienes básicos, constituida por todos los derechos fundamentales) de la que todas las personas serían titulares.

En efecto, admitido el principio básico de equiparación (esto es, igualdad de trato como equiparación) entre nacionales y extranjeros, lo que hay que examinar es si la circunstancia de nacionalidad o extranjería es suficientemente relevante para justificar (y en qué casos y de qué modo) la igualdad de trato como diferenciación respecto a algunos derechos fundamentales. Esto puede llevarse a cabo por vía de la equiparación restringida, pero no, en mi opinión, por vía de reciprocidad. En suma, no pienso que, en línea de principio, sea irrazonable e inmoral limitar el ejercicio de derechos entendiendo, como advierte, por ejemplo, Prieto Sanchis<sup>26</sup> a situaciones específicas en las que se hallan los hipotéticos titulares, y de modo particular, por ejemplo, a la relación de los individuos en el Estado, como es el caso de la situación de extranjería, de donde un régimen de «equiparación restringida» como el que parece presidir el estatuto jurídico del extranjero en nuestro ordenamiento no repugna a las exigencias de la dignidad, y, por tanto, no es por principio, inmoral. Esto es, no me parece irrazonable ni inmoral por definición que la configuración legal de determinados derechos pueda suponer restricciones de su contenido en razón de la condición de nacional y lo que procede es examinar los derechos en concreto, como ya señalaré<sup>27</sup>. Precisamente las dos clases de derechos respecto a los cuales puede parecer justificable la discriminación de los extranjeros coinciden en el carácter decisivo de la relación entre individuo y Estado: no se pueden concebir fuera del Estado. Eso es evidente en el caso de derechos políticos pero también, como vemos, en la segunda categoría de derechos que se relacionan con exigencias del despliegue del Estado social y por ello tienen detrás normas secundarias, normas de organización. El problema es que la justificación de tales limitaciones debe presentarse como tal: excepcional, es decir, perfectamente delimitada, y esto no es, antes al

prestaciones o garantías que son su contraprestación por parte de los poderes públicos.

<sup>26</sup> Cfr. Prieto Sanchis (1990), págs. 124 ss

<sup>27</sup> Además, cabe recordar la necesidad de respetar una jerarquización en los derechos, que se basa en la distinción entre los que realmente son bienes básicos —esto es, los imprescindibles a la dignidad de la persona— y los demás, distinción que se traduce en lo que se ha llamado el «grado de resistencia».

contrario, lo que suele suceder en los ordenamientos internos, pues incluso los que admiten el principio, acuden a conceptos indeterminados —orden público, seguridad, etc.— que permiten trasladar las decisiones restrictivas al ámbito ejecutivo (administración, cuando no pura y simplemente la policía) y con el límite del contenido esencial del derecho. Así lo ha señalado una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>28</sup> y del Tribunal Constitucional: los límites necesitan una motivación y requieren que su aplicación sea restrictiva, por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales<sup>29</sup>.

## II. SOBRE EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En lo que refiere al estatuto de derechos fundamentales de los extranjeros en nuestro país, la discusión, como es bien conocido, se centra en primer lugar en la interpretación del artículo 13 de la Constitución del 78, y, además, en las críticas provocadas por la legislación de desarrollo, en particular, la Ley Orgánica 7/1985 conocida como Ley de Extranjería. Habría que añadir desde luego el papel desempeñado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y muy en particular las STC 107/84 de 23 de noviembre, 108/1984 de 26 de diciembre, 90/1985 de 30 de septiembre, y 115/87 de 7 de julio, aunque resulta posible hacerse eco de alguna más reciente que en cierto modo contradice o al menos matiza las anteriores. Aquí no puedo pretender un examen pormenorizado de todo ello: me limitaré a algunas reflexiones acerca de la justificación en la discriminación —en la diferente atribución— de derechos fundamentales por lo que se refiere a los extranjeros. A esos efectos, la clave es, sin duda, la interpretación del artículo 13.

La polémica, como se recordará, se centró en la cláusula del artículo 13 que reconoce a los extranjeros la equiparación (con la única salvedad expresa del derecho de participación política del artículo 23) en el goce de «las libertades públicas que garantiza el presente título... en los términos que establezcan los tratados y la ley». Aquí había dos cuestiones: de un lado, si la literalidad de la expresión «libertades públicas» suponía una delimitación precisa del ámbito de equiparación, lo que parece haberse resuelto por el propio legislador (a tenor del artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985 y por el TC (Sentencia de 23 de noviembre de 1984) en el sentido de interpretar ampliamente tal fórmula: los derechos y libertades del Título I. Además, si la alusión a los tratados y la ley debía entenderse en un sentido fuerte, lo que en opinión de no pocos<sup>30</sup>, supondría la desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, o de otra forma, tal y como resolvió

el TC, que, en la primera de las sentencias mencionadas, la interpretó en el sentido de que esos derechos reconocidos a los extranjeros, aunque derechos constitucionales, son todos ellos, en cuanto a su contenido, «derechos de configuración legal», lo que reenviaría a la mencionada Ley Orgánica 7/85. En cualquier caso, como ha señalado entre otros Miguel Calatayud<sup>31</sup>, esta precisión de suyo ya es importante, pues significa que la configuración legal no puede tener por objeto el número de derechos, sino la determinación legal de su contenido específico y ello siempre que no afecte a su contenido esencial. Precisamente por esa razón, el Tribunal, siguiendo la técnica empleada por la Corte de Estrasburgo<sup>32</sup>, que distingue entre derechos «absolutos», «condicionales» y «mínimos», diferencia entre tres categorías de derechos fundamentales, aunque afirma que «todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal»:

1. «Que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos»: derechos compartidos por nacionales y extranjeros, en cuanto propios de la dignidad de la persona.
2. «Que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros», esto es, privativos de los españoles en cuanto inherentes a la ciudadanía —entre los que señalan los derechos políticos de sufragio activo y pasivo y el desempeño de funciones y cargos públicos que impliquen ejercicio de autoridad, a los que cabe añadir el derecho-deber de defensa, el derecho de petición.
3. «Derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes siendo entonces admisible una diferencia de trato en cuanto a su contenido», es decir, cuyo contenido puede ser restringido por lo que se refiere a los extranjeros, según lo que dispongan los tratados y las leyes: así, de acuerdo con el principio de reciprocidad, aparecen condicionadamente reconocidos derechos como el de sufragio activo en elecciones municipales o el de creación y dirección de centros docentes y se limita la equiparación respecto a los derechos de reunión y manifestación y asociación (aunque el TC limitó la restricción al considerar inconstitucional las restricciones a este último y una parte del inciso del artículo 7 en el que se regulaban los otros dos), a las actividades docentes e investigación científica, a la sindicación [aunque el artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica 11/1985 de libertad sindical, elimina la restricción para fundar sindicatos] así como al derecho de circulación y residencia.

Como ha apuntado Flores<sup>33</sup>, en realidad esa clasificación se puede reconducir a otra más simple:

<sup>28</sup> Entre otras muchas (STS de 3 de julio de 1980, de 17 de octubre de 1983, de 26 de noviembre de 1984, de 14 de junio de 1984) destacaré ahora la STS de 22 de mayo de 1980, en la que se indica que «los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos imponen en la legítima acotación de su ejercicio y en su limitación o privación unos criterios interpretativos restrictivos, una generosa y decidida valoración de las conductas que pudieran justificar esas excepcionales medidas».

<sup>29</sup> Cfr. por ej., STC 62/82 de 15 de octubre o STC 159/86 de 12 de diciembre.

<sup>30</sup> Peces-Barba (1981), pág. 41

<sup>31</sup> Miguel Calatayud (1987), pág. 22.

<sup>32</sup> Cfr. Drzemczeswski (1985).

<sup>33</sup> Cfr. Flores (1993).

- a) Derechos compartidos, en los que hay que incluir tanto los que Cruz Villalón define como «comunes»<sup>34</sup>, que pertenecen a la persona en cuanto tal, «no como ciudadano» (los recogidos antes en 1) como, además, los de configuración legal, cuya matización-restricción es posible, pero no de forma ilimitadamente amplia y, sobre todo, puede variar (recogidos en 3). No veo inconveniente en la existencia de estos últimos, es decir, en el principio de equiparación restringida, siempre que se den las condiciones antes enunciadas.
- b) Derechos exclusivos de los ciudadanos españoles, que, conforme advierte Borrajo<sup>35</sup>, pueden subdividirse en estos dos: los relacionados con la participación política, la función pública y la defensa, y los que derivan de los beneficios, del Estado asistencial y en particular el derecho al trabajo. Como ya señalé, creo que es posible justificar razonablemente este régimen jurídico. En efecto, por lo que se refiere a los derechos políticos, el fundamento de la restricción es, evidentemente, la relación de soberanía, pero no menos evidente es que éste ha quedado matizado por la admisión de un principio de reciprocidad en el sufragio activo, aunque restringido de momento al orden municipal (artículo 5.2 de la ley). Me parece claro que la limitación de los derechos de participación política reconocidos en la Constitución y en la Ley Orgánica sólo a los españoles no ha sufrido una alteración conceptual importante como puede parecer a raíz de la primera reforma constitucional (la del artículo 13.2 que admite que los extranjeros —se trata de los ciudadanos comunitarios por exigencia del artículo 8 B.1 del Tratado de Maastricht— puedan ejercer sufragio activo y pasivo en elecciones municipales): no hay alteración porque no varía la exclusión conceptual: el extranjero. Lo que ha cambiado es la delimitación de la extranjería relevante a los efectos del ejercicio de esos derechos: los extranjeros comunitarios han dejado de serlo, pero se mantiene respecto a todos los demás, los no comunitarios. En cuanto a la función públi-

ca, la exclusión de los extranjeros (y aquí habría que repetir lo anterior respecto a los comunitarios) no es exclusión de las actividades, sino, como señala Pérez-Vera, del título con que se ejercen: esto es, lo que constituye la razón de la discriminación es que se veda a los extranjeros su integración como funcionarios en el Estado. La misma razón está tras el derecho-deber de defensa, aunque en este caso, en mi opinión, desaparecería el argumento en cuanto se excluyera el sistema de conscripción. Respecto al segundo grupo, parece evidente que tratándose de derechos sociales que, aunque no son sustancialmente distintos de las libertades tradicionales, requieren —como ha puesto de relieve Prieto Sanchis<sup>36</sup> al explicar su relativa especificidad— un determinado soporte económico y exigencias organizativas por parte del Estado, sus ciudadanos están en situación prioritaria a la hora de establecer una jerarquía para la satisfacción de esas prestaciones: por lo que se refiere concretamente al derecho al trabajo, de acuerdo con el artículo 35 de la Constitución, se trata de un derecho atribuido sólo a los españoles, lo que es confirmado en la STC 107/84 de 23 de noviembre que (tras declarar en su fundamento de derecho 2.º que sólo los españoles son iguales ante la ley), afirma que «la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles», entendido éste, claro está, como acceso al puesto de trabajo, pues, como es sabido, por lo que se refiere a los derechos en el ámbito del empleo, la Ley 943/86 establece la total equiparación y la Ley 108/90 protege contra la discriminación en el despido por esa razón. Creo que en este punto las críticas recogidas anteriormente a la no inclusión de este derecho van más allá de lo razonable, salvo que se sitúen en el plano de la utopía<sup>37</sup>.

En resumen, como ha señalado buena parte de los que se han ocupado del tema, desde González Campos a Cardona Torres o Sagarra Trías<sup>38</sup>, el régimen jurídico reconocido a los extranjeros en la Constitución puede ser calificado como de «equipa-

<sup>34</sup> Cruz Villalón (1992), pág. 67.

<sup>35</sup> Borrajo Iniesta (1991).

<sup>36</sup> Quien, en mi opinión, ha subrayado con toda claridad que la particularidad de los derechos sociales no reside «en que se desenvuelvan o desplieguen en el ámbito de la economía, la cultura o las relaciones laborales», ni en que dejen de afectar a la esfera vital a la que se refieren las libertades tradicionales, sino en la presencia de algunos rasgos como el que su satisfacción requiere una organización de servicios que sólo puede ofrecer el Estado contemporáneo, en su carácter prestacional, y por esas dos razones requieren además de deberes jurídicos normas de organización, en que solo afectan a quienes se encuentran en determinada situación social, en su vinculación con la igualdad, en el hecho de que prime la dimensión objetiva (cfr. Prieto Sanchis, 1990, págs. 193 ss.)

<sup>37</sup> No cabe desconocer, en todo caso, la polémica en torno al reconocimiento del derecho al trabajo como derecho fundamental. Una muestra relevante son las posiciones sostenidas por Bobbio (Bobbio, 1991, págs. 115-122) que reconoce explícitamente el derecho al trabajo como uno de los tres derechos fundamentales básicos entre los derechos sociales y Peces-Barba (Peces-

Barba 1991 y 1993), quien, por su parte, relativiza el carácter fundamental de ese derecho: en sociedades como las actuales, en las que el paro es una condición estructural, el trabajo sería un bien escaso, un derecho de imposible contenido igualitario, y, por consiguiente, por razones de eficacia (e incluso de validez), no se puede reconocer el derecho al trabajo como derecho fundamental. Creo que la discusión depende en gran medida de dos presupuestos: de un lado, del reconocimiento o no del trabajo como necesidad básica (en cuanto condición de dignidad y auto-desarrollo) y, de otro, del grado de aceptación de las leyes de la economía de mercado, esto es, de su caracterización como hipótesis de partida o como postulado irrenunciable, o, si se prefiere, del alcance que confiramos al Estado social y a su función promocional. En ese sentido me parecen ciertas las observaciones formuladas por Ansuategui (Ansuategui, 1993) en relación con la distinción entre función promocional y correlatividad derecho/deber respecto a la asunción por los poderes públicos de las exigencias relativas al derecho al trabajo, así como su distinción de dos nociones de escasez.

<sup>38</sup> En particular los dos últimos: Cfr. Cardona Torres (1985) y Sagarra Trías (1991).

ración restringida» (aunque admitía en casos concretos el principio de reciprocidad: así, el sufragio activo en elecciones municipales), con el límite estándar mínimo y del contenido esencial. El primer problema es que la ley orgánica ha hecho otra restricción, al limitar el pleno ejercicio de los derechos y libertades a los extranjeros residentes<sup>39</sup>.

En todo caso, en nuestra opinión, todavía cabe una interpretación del artículo 13, en términos de principio general de favor libertatis, que reforzaría el enfoque ofrecido respecto el problema. Así lo muestra la reciente STC de 22-III-93, que constituye un ejemplo relevante de una interpretación doctrinal más acorde con lo que impondrían los artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de 1950: el primero, como recuerda Prieto Sanchis<sup>40</sup>, ofrece fundamento suficiente para obviar la distinción respecto al reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros, al extender la protección de los derechos en él reconocidos a «toda persona que se halle bajo la jurisdicción del Estado». Además, el artículo 14 establece que el goce de los derechos y libertades objeto del Convenio se asegura «sin distinción alguna, especialmente por razones de origen nacional...», sin que ello sea obstáculo para reconocer como lo hace el propio Convenio, la posibilidad de establecer diferencias en ciertos derechos para los ciudadanos y los extranjeros, tal y como lo hace el artículo 16 en relación con la actividad política, el artículo 5.1.f. respecto a la libertad personal y los artículos 1, 2 y 4 de los Protocolos adicionales al Convenio.

Pues bien, la Sentencia mencionada reconoce el derecho fundamental de los extranjeros de elegir residencia y desplazarse libremente por territorio español, frente a la tesis que limita ese derecho a los ciudadanos de nuestro país, alegando la literalidad del artículo 19 CE: «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Lo interesante es que, precisamente a esos efectos, el Tribunal —continuando, por otra parte una línea jurisprudencial del T. Supremo, acorde con la protección que recibe ese derecho en los instrumentos internacionales— estima que debe arrancarse del artículo 13 de la Constitución y por tanto, reconocer a los extranjeros las mismas libertades públicas que garantiza el título I, «en los términos que establezcan los tratados y la ley». La consecuencia es que los extranjeros gozan de ese derecho, que sólo puede ser limitado por ley: «las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una ley y aplicarse de forma razonada<sup>41</sup>». En otras palabras: las limitaciones son la excepción, que debe interpretarse por tanto restrictivamente, y así se llega a la conclusión

de que no hay obstáculos para la equiparación como criterio de principio, que corresponde además con la opción constitucional, más abierta en el caso español que otros sistemas alternativos<sup>42</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- Ansuetegui (1993): «Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos». *Derechos y Libertades*, 1993/2.
- Añón, M. J. (1992): «Fundamentación de derechos humanos y necesidades básicas», en Ballesteros (eds.) (1992). *Los derechos humanos*. Madrid, Tecnos.
- Atienza (1993): *Tras la justicia*. Barcelona, Ariel.
- Balbo, L. (1990): «Cittadini, cittadini-dimezzati, non-cittadini». *Inchiesta*, XX, 90.
- Ballibar-Wallerstein: *Race, Nation, Classe. Les identités ambiguës*. La Découverte, París.
- Bauböck, R. (1991): «Migration and Citizenship». *New Community*, 18-1.
- Bobbio (1991): *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema.
- Capella (1993): *Ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta.
- Castles, S. (1987): «The guest-worker in Western Europe: an Obituary». *International Migration Review*, XX-4.
- Costa-Lascous, J. (1989): *De l'inmigré au citoyen*, París, La Documentation Française.
- Cruz Villalón (1992): «Dos cuestiones de titularidad de los derechos: los extranjeros, las personas jurídicas», *R.E.D.C.*, n.º 35.
- De Lucas/Añón (1990): «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7.
- De Lucas (1992): *Europa: ¿Convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos.
- De Lucas (1993): *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara.
- Denninger (1987):
- Díaz, E. (1987): *De la Maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate.
- Drzemczeswski (1985): *La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des droits de l'homme*, C. d'Europe, Strasbourg.
- Fernández García (1992): «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», *Sistema*/106.
- Fernández García (1989): *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate.
- Fernández Rozas (1987):
- Ferrajoli (1989): *Diritto e Ragione (Teoria Generale del garantismo penale)*, Bari, Laterza.
- Ferrajoli (1992): «El derecho como sistema de garantías», *Jueces para la democracia*.

<sup>39</sup> Como se recordará, la exclusividad se relacionaría con la situación específica del sujeto y, en ese sentido, su existencia no es incompatible con la universalidad de derechos atribuida a todos los hombres (o, como han señalado Peces-Barba y Prieto Sanchis, al *homo iuridicus*, al hombre abstracto).

<sup>40</sup> Prieto Sanchis (1990), pág. 108, n.º 26.

<sup>41</sup> Se trata de un caso que muestra las dificultades —la facilidad para medidas restrictivas de derechos— a las que lleva la aplicación de la Ley de extranjería, se decreta la expulsión alegando la caducidad de los permisos de residencia y trabajo sin tener en cuenta que se halla pendiente la solicitud de renovación,

prescindiendo absolutamente de la cuestión previa: si se tiene o no derecho a obtener el permiso de residencia.

<sup>42</sup> Así lo prueba también el hecho de que la inicial restricción en el ejercicio del recurso de amparo (que el artículo 53.2 de la Constitución atribuye sólo a los ciudadanos) es corregida por la doctrina y por la jurisprudencia a partir del derecho de tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 a todas las personas y avalado por el artículo 162.1.b de la Constitución y ampliado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 46.1: «la persona directamente afectada; artículos 42 y 45: «quien haya sido parte en el proceso judicial correspondiente»).

- Ferrari (1993): «Europa ante los derechos del hombre», *Derechos y Libertades*, 1.
- Flores (1993): *Los derechos fundamentales de los extranjeros no comunitarios en España*, (pro manuscrito), Valencia, Facultad de Derecho.
- Garzón Valdés (1992): «Problemas éticos del tratamiento jurídico político de las minorías étnicas en la democracia representativa» (Ponencia en el Seminario «Derechos de las minorías», Valencia, abril de 1992), ahora «El problema ético de las minorías étnicas», en VV.AA. (Olive, I. eds.) (1992), *Ética y diversidad cultural*, FCE/UNAM, México.
- Glazer, N (1978): «Individual Rights against Group Rights», en VV.AA. (Kamenka, ed.), *Human Rights*, London, Arnold.
- Häberle (1993): «El concepto de derechos fundamentales» (pro manuscrito), Univ. Carlos III, Madrid.
- Habermas, J. (1991a): «Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa».
- Habermas, J. (1991b): *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid, Taurus.
- Habermas, J. (1991c): «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo».
- Hammar, T. (1992): *Democracy and the nation state: Aliens, denizens and citizens in a world of international migration*, Aldershot, Avesbury.
- Hammar, T. (ed) (1985): *European Immigration Policy: A comparative Study*, Cambridge, C.U.P.
- Hardin, R. (1989): «Discriminating Altruism», *Zygon*, vol. 17.
- Laporta, F. (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4.
- Leca, J. (1990): «Nazionalità e cittadinanza nell'Europa delle inmigraciones», en VV.AA., *Italia, Europa e nuove inmigraciones*, Torino, Ed. Fondaz. Agnelli.
- Losano, M. (1991): «Contro la società multietnica», *Micromega*, 5.
- Martínez de Vallejo (1992): «Los derechos humanos como derechos fundamentales», en VV.AA. (Ballesteros, ed.), 1992.
- Martínez, F. J. (1993): «El extranjero como cicatriz entre el hombre y el ciudadano», *Sistema*, 113.
- Miquel Calatayud (1987): *Estudios sobre extranjería*, Barcelona, Bosch.
- Monzón (1992): «Diálogo intercultural y derechos humanos», en Ballesteros (1992): *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos.
- Muguerza (1989): «La alternativa del disenso», en VV.AA. (Peces-Barba, ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate.
- Pastore, F. (1992): «Inmigración e pluralismo normativo. Le famiglie straniere di fronte al diritto francese», VV.AA., *Contributi in tema di pluralismo giuridico* (Papers presentati al Seminario sul pluralismo giuridico. Università di Torino, 30-X-91), *Materiali di discussione e di Ricerca*, Q.3.
- Pastore, M. (1992): «I Cittadini» immigrati: differenze di Status e incertezza dei diritti», VV.AA., *Contributi in tema di pluralismo giuridico* (Papers presentati al Seminario sul pluralismo giuridico. Università di Torino, 30-X-91), *Materiali di discussione e di Ricerca*, Q.3.
- Peces-Barba (1982): *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita.
- Peces-Barba, G. (1991): *Curso de Derechos Fundamentales*, (I) Madrid, Eudema.
- Pellicani, L. (1989): «El individualismo metodológico en sociología: una crítica», *Sistema* 91.
- Pérez Luño (1987): «Concepto y concepción de los derechos humanos», *Doxa*, 4.
- Pérez Luño (1987): *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos 2.ª.
- Pérez Luño, A-E. (1989): «Le generazioni di diritti Umani», *Nomos*, 3.
- Prieto (1990): *Ensayos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.
- Prieto de Pedro, J (1993): *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, CEC-Congreso de los Diputados.
- Quermonne, J-L. (1961): «Le problème de la cohabitation dans les sociétés multi-communitaires», *R.F.S.P.*, XI.
- Riotta, G. (1991): «Assalto alla cultura occidentale», *Micromega*, 4.
- Rusconi, G. E. (1991): «Identità nazionale e solidarismo», *Il Mulino*, 1.
- Schlesinger (1991): *The disuniting America: Reflections on a Multicultural Society*, N. York, Whittle Books.
- Sebreli (1992): *El asedio a la Modernidad. Crítica del relativismo cultural*, Barcelona, Ariel.
- Segarra Trías (1991): *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch.
- Simmel (1977): *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización*, vol. I. cap. 2, Madrid, Rev. Occidente.
- Thiebaut (1993): *Los límites de la comunidad*, Madrid, CEC.
- VV.AA. (Olive, L. ed.) (1992): *Ética y diversidad cultural*, FCE/UNAM, México.
- VV.AA. (1988): «Ethics beyond the Borders», *Ethics*, vol. 98.
- VV.AA. (Donzelot, ed.) (1991): *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Esprit.
- VV.AA. (Atfield & Collins eds.) (1992): *International Justice and the third World*, N. York, Routledge.
- VV.AA. (Cottino, A., ed.) (1991): «Contributi in tema del pluralismo giuridico», *Materiali di discussione e Ricerca/Univ. di Torino*, n.º 3.
- VV.AA. (Esman ed.) (1977): *Ethnic Conflict in the Western World*, Ithaca, Cornell University.
- VV.AA. (Pasniderman) (1991): «The New Racisme», *American Journal of Political Science*, 35, 2.
- VV.AA. (Rasmussen, D. ed.) (1990): *Universalism vs. Communitarism. Contemporary debates in Ethics*, Cambridge (Mass.) M.I.T. Press.
- VV.AA. (1993): «Denominación de origen: extranjero», *Archipiélago*, n.º 12.
- Walzer (1983): *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, N. York, Basic Books.
- Walzer (1993): «L'Esclusione, L'Ingiustizia e lo Stato Democratito», *Micromega*, 1.
- Wilpert, C. (1991): «Migration and ethnicity in a non-immigration country: Foreigners in a united Germany», *New Community*, 18-1.
- Withol de Wenden, C. (1988): *Les immigrés et la politique*, Paris, Fond. Nat. des Sciences Politiques.
- Withol de Wenden, C. (1990): «The absense of rights: the Position of ilegal Immigrants», en Layton-Henry, Z. (eds.), *The political rights of immigrant workers*, London, Sage.

# Una interpretación funcional de la «libre valoración» de las pruebas penales\*

Juan IGARTUA SALAVERRIA

## INTRODUCCION

Tratándose de uno de los rudimentos de la cultura procesal, presumo que todo el mundo está al corriente del doble sistema de valoración de las pruebas que nos son más cercanos: el *legal* y el *libre* (este último llamado también de la «íntima convicción», «apreciación en conciencia» o con otros apelativos de pelaje similar)<sup>1</sup>. Por eso, para ahorrarme el bochorno que supondría darles vueltas a unos cuantos lugares comunes, no sucumbiré a la tentación de demorarme en los archisabido.

Igualmente está de sobra insistir en que el sistema de la libre valoración ostenta una posición prevalente en el derecho procesal contemporáneo, si bien adquiere alguna modulación diferente según se incardine en el proceso penal o en el civil. En efecto, no es infrecuente —al menos en otros pagos— conceder que en la valoración de las pruebas penales se requiere que la acusación demuestre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, en tanto que la suficiencia de las pruebas para ganar un pleito civil es con frecuencia relativa al grado de evidencia aportado por la parte perdedora<sup>2</sup>. Esto es lo que hace a la dimensión *cognoscitiva* de las pruebas. A ello habría que sumar otras especificidades del proceso penal, tanto de índole *institucional* (jurados) como *ideológicos* (garantismo).

Así pues, *ad cautelam*, es decir, para preservar una mínima pulcritud en la exposición, me parece prudente contemplar el principio de la «libre valoración» desde la exclusiva claraboya del proceso penal.

Para averiguar, en lo que respecta al proceso penal español, qué principio de valoración de las pruebas —el «legal» o el «libre»— ha preferido la legislación, no hay otro remedio que remitirse al artículo 741 de la LECr. cuyo párrafo primero dice literalmente así: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los propios procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley».

Y los renglones iniciales del artículo 973 de la citada Ley vienen a reiterar lo mismo: «El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible, dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando según conciencia las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados...»

Que yo sepa andie discute que semejantes preceptos son la versión —*more hispánico*— de la teoría genéricamente denominada de la «libre valoración».

Pero, ¿qué significa exactamente la expresión «apreciando según conciencia»? Al respecto, no estará de más evocar que las normas jurídicas están encuadradas en un contexto triple: *lingüístico, sistémico y funcional*<sup>3</sup>. A ver:

- ¿Quién negará que la norma sea una entidad *lingüística*? Más. Una mirada atenta revela que el lenguaje legislativo es una subclase del lenguaje ordinario; respecto de éste carece de peculiaridades sintácticas, si bien ostenta algunos caracteres semánticos diferenciales y otros de orden pragmático. Pero, en razón de lo que ambos lenguajes (el del legislador y el cotidiano) tienen en común, la prosa legislativa es pasible al menos de las mismas indeterminaciones que padece el lenguaje de la calle.
- Las normas, además, suelen encuadrarse en conjuntos más amplios. El conjunto al que pertenece una norma jurídica es, en última instancia, el mismísimo *sistema* jurídico. De ahí se sigue que a una norma jurídica no ha de atribuírsele un significado que la haga contradictoria o incoherente con otra u otras normas del sistema, sino, justo al contrario, debe dotársele de un sentido que sea consistente y coherente con el de otra u otras normas.
- La pertinencia del contexto *funcional* viene de las relaciones de interdependencia que el sistema jurídico mantiene con la sociedad. El derecho se crea, se aplica y funciona en un entramado de hechos socio-psíquicos, de relaciones sociales, de condicionamientos econó-

\* Fragmento de una Ayuda a la Investigación financiada por la Universidad del País Vasco.

<sup>1</sup> No se me escapa que, en puridad, la equiparación terminológica entre «libre valoración de la prueba» y «libre convencimiento del juez» no es correcta. La «valoración» indicaría una *actividad*, un modo de proceder, que precede a la formación del «convencimiento», entendido éste como *resultado* de aquélla (Cfr. Patti, S., «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Rivista*

*di diritto processuale*, 1985, 3; págs. 485-486). Pero a los efectos presentes podemos pasar por alto esta diferencia.

<sup>2</sup> Cfr. Cohen, L. J.: «El concepto de probabilidad en pruebas judiciales», *Teorema*, 1977, vol. VII/3-4; pág. 278 y bibliografía citada.

<sup>3</sup> Cfr. Wroblewski, J.: «An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation», en J. Igartua (coord.), *La interpretación de la Constitución*, Bilbao, 1985; págs. 49-58.

micos, políticos, culturales, etc. Por ello, cuando se interpreta una norma sí tiene relevancia preguntar quién emanó la norma, cuándo, dónde, cómo, para qué, etc., y cuáles son las circunstancias socio-históricas —el *hic et nunc*— en las que adviene su aplicación.

## 1. EL SENTIDO LINGÜÍSTICO Y SU RELEVO POR LA INTERPRETACION SISTEMICA

Durante un tiempo considerable el TS canonizó una lectura *literal* del artículo 741 de la LECr. que magnificaba la libertad incontrolada del juez hasta extremos inauditos. Baste la rápida ilustración de una muestra jurisprudencial y no precisamente de los tiempos de maricastaña sino del comienzo de los ochenta. Hela aquí: «... el artículo 741 LECr. le atribuye (al Tribunal) una omnímoda y soberana facultad valorativa de las pruebas practicadas, en las que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante la cual, el dicho Tribunal puede formar libremente su convicción respecto a los problemas fácticos que defiera el proceso de que se trate, *sin superditarla a criterio racional de sana crítica, lógico, o a cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia*, único freno o cortapisa que a esa soberana potestad apreciativa de la prueba establece el legislador en el sistema acusatorio que preside la fase plenaria del proceso penal español» (STS de 22 de diciembre de 1980; cursiva mía).

Pero esta «exasperante formulación jurisprudencial del principio de convicción en conciencia»<sup>4</sup> no podía menos que alentar algún movimiento de resistencia.

*Et faute de mieux*, se postuló una comprensión distinta del dichoso 741 mediante su interpretación *sistémica*, es decir, merced a su vecindad —topográfica y temática— con el artículo 717 de la misma Ley; o también por la incidencia de la Constitución —ex artículo 24.2— sobre la normativa preconstitucional vigente.

De esto segundo (de la *vis interpretativa* del 24.2 CE) nada diré, por un par de razones. Primera, y accidental, porque las argumentaciones que la jurisprudencia ha desplegado en esa onda son la mar de borrosas<sup>5</sup>. Segunda, e importante, porque a lo peor con ello se sufraga la errónea impresión de que sólo gracias a la Constitución cabe poner coto al desmadre estimativo del juez. Y no.

Por tanto, a fin de que las cosas queden puestas en su punto, aquí no habrá alusión —ni sustancial ni incidental— a nada que traspase las fronteras del 717, que dice: «Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de la Policía judicial tendrán valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional».

Pues bien, ante la propuesta de matrimoniar los

artículos 741 y 717 respectivamente, no hace falta cerebro muy activo para vislumbrar tres hipótesis posibles:

- b) el 717 debe leerse a la luz del 741;
- b) al revés, la significación del 741 debe acomodarse a lo que establece el 717;
- c) ni una cosa ni la otra, porque los dos artículos poseen sentido independiente en tanto que versan sobre materias ajenas entre sí.

Algo diré de cada una de estas tres respuestas.

- a) La primera cuenta con el aval de alguna jurisprudencia del Supremo. Así, en la STS de 26 de mayo de 1983 se lee: «... en lo que respecta al tema de la valoración de la prueba en el proceso penal, los artículos 717, 741 y 973 de la LECr., se refieren a una apreciación de la misma, "en conciencia" —artículos 741 y 973— o "con criterio racional", artículo 717 *infririéndose de su texto que, los Tribunales de lo criminal, pueden valorar la prueba practicada sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase...*» (cursiva mía).

Obsérvese aquí que la voracidad de la valoración «en conciencia» —de la que habla el 741— engulle al «criterio racional» —aludido en el 717— como si éste viniera simplemente a corroborar lo estipulado por aquél.

Esto no se tiene en pie, porque siendo la razón una facultad común e interpersonal a los humanos, resulta contradictorio asimilar las reglas del «criterio racional» a una actividad valorativa —en palabras del Supremo— «sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase» y fundada en la personalísima rectitud de intención y en una supuesta y particular ausencia de prejuicios. En síntesis: las reglas del «criterio racional» son reglas del raciocinio, las cuales no se aplican en pura «conciencia»; antes bien debe ésta formarse racionalmente<sup>6</sup>.

- b) Por tanto, si relación hay entre los artículos precitados —717 y 741— debería invertirse la dirección de la misma, de modo que el «criterio racional» sirva para combatir el «concepto subjetivo del principio de la libre apreciación y una total irreversibilidad del Tribunal a quo respecto de los hechos probados» que defendía el TS<sup>7</sup>. O sea, si se quiere conectar ambos artículos, el vector parte del 717.

Pero, ¿son de verdad dos artículos que se refieren prácticamente a lo mismo o bien disciplinan actividades netamente distintas? Al respecto, las opiniones no coinciden. Se reconoce pacíficamente, eso sí, que el artículo 717 apunta expresamente a la valoración de las pruebas testificales, pero se discute si cabe una aplicación extensiva de lo que allí se dice a las demás operaciones probatorias. En suma —como se ha escrito cargando un poco las tintas<sup>8</sup>— queda por saber si la LECr., que remite al «criterio racional» para valorar las declaraciones de los funcionarios, acepta en cambio una

<sup>4</sup> Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, pág. 444.

<sup>5</sup> Remito al lector anticipadamente a un trabajo mío («Desventuras de la íntima convicción») cuyos datos de publicación desconozco ahora mismo.

<sup>6</sup> Fairen Guillén, V.: «Reglas de la sana crítica y casación», *Revista de Derecho Procesal*, 1991, 1, pág. 14.

<sup>7</sup> Jaén Vallejo, M.: «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1989, 1, pág. 69.

<sup>8</sup> Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, págs. 483-484.

«valoración irracional» en el resto de la actividad probatoria.

c) Naturalmente, nadie reivindica a cara descubierta la «valoración irracional», pero eso no obsta a que cierto sector doctrinal estime pertinente independizar los dos artículos ya que apuntan a objetivos distintos. Veamos. Creer que Sempronio dice la verdad cuando afirma que vio a Ticio salir de casa de Cayo con la ropa ensangrentada es una cosa; inferir de ese testimonio que Ticio mató a Cayo, es otra distinta. Para valorar la veracidad del testimonio de Sempronio, el juez debería valerse del artículo 717. Para atribuir o no a Ticio la autoría de la muerte de Cayo, el juez debería guiarse por el artículo 741. ¿Por qué? Porque la primera operación —se dice— consiste en *percepciones* mientras que la segunda requiere *deducciones*<sup>9</sup>.

Indicaré, sólo en *marge et en marche*, que apreciar como verdadera la declaración de Sempronio no es un asunto de percepción sino que, parejamente a lo que atañe a la autoría del homicidio, también implica inferencias (p. ej., se infiere que Sempronio dice la verdad porque ni le va ni le viene nada en el juicio, porque goza de una excelente reputación, porque no se ha puesto colorado y no ha titubeado en el interrogatorio, etc.)<sup>10</sup>.

Pero dejemos en suspenso la cuestión de si efectivamente ambas operaciones comprometen procesos cognoscitivos diferentes o no. Ahora sólo interesa dejar constancia de una postura en orden a negar la recíproca permeabilidad de los artículos 717 y 741 respectivamente y la consiguiente existencia —en opinión muy autorizada<sup>11</sup>— de *dos sistemas de apreciación de la prueba* dentro de la LECr., a saber: el de la apreciación «según conciencia» (artículo 741) y el del «criterio racional» (artículo 717) limitado a la prueba testifical.

Concluye aquí esta breve revista a las tres maneras de concebir el hipotético parentesco entre ambas disposiciones (717 y 741). ¿Por cuál de ellas inclinarnos?

Sólo diré que la última parece contar con una baza suplementaria. En efecto, entre los mentores de la tercera solución se subraya que ésta cuenta con el refrendo de la jurisprudencia más reciente del TS, el cual habría admitido este doble sistema de apreciación de la prueba en sentencias de 19 y 21 de enero de 1988<sup>12</sup>. ¿Es eso exactamente así? Comprobémoslo.

En la sentencia de 19 de enero se narra que un testigo reconoció en Audiencia a dos procesados como los sujetos que cierto día lanzaron maletas por encima de una tapia. A este respecto, el TS dice (subrayo yo): «En consecuencia se debe tener por acreditada la existencia de actividad probatoria... pues el Tribunal contó con *prueba testifical que pudo apreciar en conciencia*. /.../... se debe verificar por la

Sala, si de esta prueba “se puede deducir la culpabilidad” de los procesados. En el caso concreto de la prueba de testigos *esta deducción* se debe tener por acreditada cuando el Tribunal de instancia haya apreciado las declaraciones de aquéllos según lo establecido en el artículo 717 de la LECr., es decir “según las reglas del criterio racional”. La Ley hace referencia mediante estas expresiones a las reglas de la lógica, y dentro de ellas, especialmente al principio de no contradicción, así como a los principios generales de la experiencia. La observancia de las reglas de la lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical que es... sólo posible al Tribunal de instancia en virtud de la inmediatez y la oralidad.»

En la sentencia de 21 de enero, al examinar una decisión condenatoria contra un sujeto como autor de un delito de robo, el Supremo discute la *deducción* (sic) que efectuó la Audiencia correspondiente *a partir de la prueba practicada*. Estos son los términos textuales (cursiva mía): «Dicha prueba, de naturaleza testifical, permite afirmar que Carlos C. B. tuvo en su poder los objetos provenientes de la sustracción de que fue víctima Miguel Angel C. Pero, *no permite deducir en la forma exigida por el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, es decir, según criterio racional, *que el recurrente haya llegado a apoderarse de las cosas ejerciendo fuerza en las cosas*. Como ya se ha sostenido en otras sentencias, en la apreciación de la veracidad de los testigos el Tribunal de instancia sólo está vinculado a su propia convicción en los términos del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

Bien. Obsérvese que las dos sentencias invocadas no nos conducen a la conclusión que se nos había prometido sino a otra sorpresiva y bien distinta. Porque, aunque se siga manejando un doble sistema de valoración, el TS, mediante una desconcertante pirueta, ha invertido la ubicación y la materia del mismo.

Más explícitamente. Antes —al examinar la postura c)— habíamos quedado en que el *artículo 717* se refiere a las *pruebas testificales* cuya valoración ha de ajustarse a las *reglas del criterio racional* y por consiguiente —añado ahora<sup>13</sup>— tal valoración es susceptible de *control*. Por contra, las *deducciones* entrarían en el ámbito del *artículo 741*, su apreciación se efectuaría *en conciencia* y, por ello, parece que estaría *libre de control*.

El Supremo, en cambio, trastoca la materia de los dos artículos y atribuye a la *prueba testifical* la disciplina que se reservaba para las *deducciones* y a éstas las de aquélla. Con ello, tenemos que la *prueba testifical* es objeto de apreciación *en conciencia* y no está sometida a *control*, mientras que las *de-*

<sup>9</sup> Onecha Santamaría, C.: «Los medios de prueba y la convicción judicial», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980, 1; pág. 264.

<sup>10</sup> Cfr. con más detalle Sanguinelli, L. (jr.). *La valutazione della prova penale*, Milán, 1979; págs. 3-16.

<sup>11</sup> Fairén Guillén, V.: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, 1990; pág. 67.

<sup>12</sup> Jaén Vallejo, J.: «El criterio racional.», págs. 72-79; Fairén Guillén, V.: *El razonamiento*, pág. 67.

<sup>13</sup> En este mismo sentido, Fairén Guillén, V.: «Reglas de la sana crítica...», pág. 30.

ducciones deben efectuarse conforme a un criterio racional y por ello son controlables.

En lugar de aclarar algo, el Supremo ha contribuido a multiplicar el embrollo. Y al día de hoy, la situación no tiene trazas de haber cambiado<sup>14</sup>.

## 2. APOSTANDO POR UNA INTERPRETACION FUNCIONAL

Si el artículo 717 de la LECr. parecía al principio prenda de promesa para contener los excesos derivantes de una presuntamente obligada comprensión *pedem literae* de la «valoración en conciencia», al final —lo hemos visto— sólo ha servido para alumbrar soluciones dispares y no compartidas.

Creo que se ha braceado mucho para sostener malamente a flote algo que puede conseguirse más cómoda y convincentemente por otros medios. Es decir, conviene enfatizar la valencia del contexto funcional en la interpretación de las normas que regulan las pruebas penales ya que, sobre este particular circula la idea de que el universo de las pruebas judiciales está rodeado de una atmósfera imperturbable y ajeno al mundanal ruido de los valores y de las concepciones políticas sobre la sociedad y el proceso.

Lo cual sufre un rotundo desmentido nada más observar que la concepción y la regulación del papel del juez y de los otros protagonistas del proceso en orden a la verificación de los hechos, pueden cambiar de punta a cabo según sean las visiones generales de la sociedad recónditas tras todo problema procesal y tras cualquier solución *técnico-jurídica* para resolverlo<sup>15</sup>.

Por ello, voy a situar la comprensión de la «libre valoración» en esta panorámica funcional.

Claro que no es momento de excederse —aun a fuer de interesante— en una especie de genealogía y arqueología —*made in Foucault*<sup>16</sup>— sobre las diferentes formas que ha adoptado la *veridiction* en las distintas estructuras judiciales que jalonan la historia cultural de Occidente y, menos, en lo que respecta a los regímenes de elucidación de la verdad que han instituido prácticas tan diversas como el examen de conciencia entre los estoicos, la penitencia en el cristianismo primitivo, la confesión sacramental establecida por el concilio de Letrán, el peritaje psiquiátrico, el psicoanálisis, etc.<sup>17</sup>.

Afrontaré un cometido más modesto, efectuando alguna referencia tangencial al sistema de la *prueba legal* (que antecede al del *libre convencimiento*) para, de entrada, subrayar su característica *racional* (peculiar si se quiere, pero racional) y, luego, des-

granar la relación de algunos factores que propiciaron la sustitución de la *prueba legal* por el principio de la *íntima convicción*.

El sistema de la *prueba legal* —antecesor del de la *libre valoración*— ha sido vilipendiado en base, sobre todo, a sus degeneraciones más evidentes<sup>18</sup>, aunque, simétricamente, los abusos perpetrados bajo el auspicio del *libre convencimiento* dan pie a la nostalgia por el sistema de la *prueba legal*<sup>19</sup>.

Digase lo que se diga de este último, en cualquier caso me parece abusivo afirmar que «el sistema de la prueba legal, no sólo no evitaba el arbitrio judicial, sino que lo estimulaba»<sup>20</sup>. Justo al contrario, este sistema ha merecido epítetos laudatorios porque se trataba de un método para racionalizar la valoración de la prueba al reducir —tendencialmente a cero— el peligro ínsito en el arbitrio subjetivo del juez y, además, al eliminar las pruebas irracionales como las del «juicio de Dios»<sup>21</sup>.

La *prueba legal* no era de por sí irracional. Desde un *punto de vista jurídico*, era, en primer lugar, la consecuencia lógica de un sistema procesal en el que el juez no tomaba contacto inmediato con las pruebas, y, en segundo lugar, se convertía en un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra la arbitrariedad del juez, lo cual se hacía necesario en situaciones —como aquellas— en las que la organización judicial era caótica y el juez carecía a menudo de cultura adecuada y de formación técnico-jurídica. Y, desde un *punto de vista gnoseológico*, el sistema de la prueba legal expresaba una metodología del conocimiento fundada en los apriorismos y abstracciones formales típicos del pensamiento tardoescolástico y aristotélico-tomista<sup>22</sup>.

Así pues, los principios fundamentales que rigen el proceso no son abstracciones definibles dentro de un cuadro de categorías absolutas, sino realidades cuyo verdadero perfil se ve a la luz del contexto político-social en que encuentran acomodo. Por eso, las reglas de la *prueba legal* —aun cuando más tarde y en otro ambiente sean desechadas porque mortifican la racionalidad del juicio— asumían de hecho una función enteramente positiva, ya que servían al imputado de baluarte garantista contra la prepotencia del juez<sup>23</sup>.

Tanta insistencia sobre la conquista de *racionalidad* que supuso el sistema de la valoración «legal» de la prueba viene a cuento —como mostraré después— para desacreditar interpretaciones irracionales del «libre convencimiento» que —como se sabe— desbanca al sistema de la «prueba legal» en nombre —entre otras cosas— de una racionalidad más moderna y cumplida.

<sup>14</sup> Creo que hay una confirmación en el pulcro estudio de Bagicalupo, E.: «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal», *Estudios Jurisprudenciales*, 1992, 1; págs. 52-53.

<sup>15</sup> Nobili, M.: «La teoria delle prove penali e il principio della difesa sociale», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1974, 2; págs. 419-420.

<sup>16</sup> Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas* (trad. cast.), México, 1984; págs. 13-33.

<sup>17</sup> Foucault, M.: *La verdad...*, págs. 37-140; Francois, J.: «Aveu, vérité, justice et subjectivité», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1981, 7; págs. 163-164.

<sup>18</sup> Como señala Taruffo, M.: *La prova dei fatti giuridici*, Milán, 1992; pág. 362.

<sup>19</sup> Cfr. Amodio, E.: «Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, 22; pág. 311.

<sup>20</sup> Gimeno Sendra, V.: «Los principios del proceso penal», VV.AA. *Derecho Procesal*, t. II (Proceso penal), Valencia, 1990; pág. 78.

<sup>21</sup> Taruffo, M.: *La prova...*, pág. 362.

<sup>22</sup> Taruffo, M.: «Libero convincimento del giudice», *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XVIII; pag. 1.

<sup>23</sup> Amodio, E.: «Libertà e legalità...», pág. 315

### 3. AMBIENTES SOCIO-HISTÓRICOS DEL «LIBRE CONVENCIMIENTO»

Para explicar el advenimiento del nuevo sistema —el de la *intima convicción*— se hace imprescindible invocar un entramado de factores de variado orden<sup>24</sup>. No es este lugar ni momento para efectuar una exposición detallada y articulada de todos ellos, pero sí para al menos enumerar algunas razones —políticas, jurídicas, filosóficas— que aclaran el engaste del «libre convencimiento» en un nuevo ambiente jurídico-político, ideológico y cultural en sentido amplio.

- a) Comienzo por esto último aludiendo a algunos aires filosóficos que corrían por la Europa del XVIII. En la primera mitad de ese siglo se desarrolló el proyecto de introducir (en el dominio de las relaciones sociales) los descubrimientos de la ciencia y del nuevo *método filosófico experimental* elaborado en el siglo precedente<sup>25</sup>. Y así como la sistematicidad y el apriorismo de la escolástica y del cartesianismo estaban en el fundamento de las «pruebas legales», la nueva filosofía empirista condujo a entender —también en lo que respecta a las pruebas judiciales— que el conocimiento de la verdad se obtenía mediante la observación directa y crítica de los hechos<sup>26</sup>. De ahí que la verdad, empíricamente establecida, se convirtiera en una de las bases constitutivas del garantismo penal que, entre otras cosas, requiere que las averiguaciones jurisdiccionales se efectúen mediante asertos cuya verificación se encarga a la parte acusadora y expuestos a la confutación de la defensa, y no a través de medios que ni son verificables ni falsables<sup>27</sup>.
- b) Por consiguiente, si el conocimiento requiere el contacto directo con los hechos, era lógico que se abogara a favor de la *inmediatez* en el examen de las pruebas en el proceso. Ello suponía subvertir todo el proceso penal anterior. Así el carácter *secreto, mediato y escrito* de las pruebas sería sustituido por la *publicidad, la inmediatez y la oralidad* de las mismas<sup>28</sup>.
- c) Ahora bien, ¿a quién compete el análisis y valoración de las pruebas? A este propósito convendría recordar que el sistema de la «prueba legal» era más el producto del *droit savant* que no objeto de normas (aunque a la postre se convirtiera en un fenómeno legislativo). Eso explica que la valoración «legal» fuera —en cuanto cristalización de la *opinio doctorum*— el producto típico de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizadora, amante de sutilezas y complicaciones clasifi-

catorias<sup>29</sup>. Pero a finales del XVIII los legisladores franceses que siguieron a la Revolución se mostraron radicalmente hostiles al profesionalismo de los jueces<sup>30</sup>, sobre todo porque éstos eran *jueces del antiguo Régimen*; por eso fomentaron la participación de *jueces populares*<sup>31</sup>.

- d) La intervención simultánea de magistrados profesionales y jueces populares era factible, sin solapamiento, merced a la contraposición entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*. Tal distinción se basaba sobre todo en un presupuesto ideológico, no lógico, puesto que era patente la dificultad de semejante separación. Se trataba más bien de una específica aplicación de la teoría garantista de la *separación de poderes*: atribuir a un mismo órgano el poder de conocer el hecho y el poder de aplicar el derecho acarreaba un riesgo de arbitrariedad intolerante. La escisión entre *hecho y derecho* permitía, en realidad, adoptar soluciones diferentes respecto de los problemas implicados en las dos *quaestions*, ya que sólo lo atinente al «derecho» quedaba confiado al cuerpo de jueces funcionarios<sup>32</sup>.
- e) Y, en principio, la intervención del pueblo en la administración de justicia era consonante con el artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que consagraba la aptitud de cualquier ciudadano para intervenir en todo asunto público. Sin embargo, ¿de qué capacitación específica están provistos los jueces populares para ponderar las pruebas que se muestran ante sus ojos? Del *sentido común*, ni más ni menos. Es curioso constatar que por doquier venían emparejadas las diatribas contra la profesionalización de los jueces y las loas dedicadas al «sentido común». ¿Cómo no citar, por ejemplo, a Beccaria, cuya influencia sobre el derecho penal todos dan por descontada? Escribía: «La ignorancia que juzga según su sentimiento es más segura que el saber que decide según una opinión... Si la búsqueda de la pruebas de un delito exige habilidad y destreza, si, para presentar el resultado de esas investigaciones, se precisa claridad y precisión, sin embargo, para juzgar a partir de ese resultado, basta con un simple y ordinario buen sentido, menos engañoso que el de un juez acostumbrado a buscar culpables a toda costa y que remite todo a un sistema ficticio sacado de sus estudios. Feliz la nación en la que las leyes no fueran una ciencia»<sup>33</sup>. Y para no errar en la comprensión del elogio a este *bon sens*, no se pierde de vista que nos encontramos en la edad de los racionalismos. Por eso, la «intima convicción» que

<sup>24</sup> Para un excelente análisis, cfr. todo el libro de Nobili, M.: *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milán, 1974; y, en España, Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, págs. 443-523.

<sup>25</sup> Nobili, M.: *Il principio...*, pág. 83.

<sup>26</sup> Nobili, M.: *Il principio...*, pág. 92.

<sup>27</sup> Ferrajoli, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990; pág. XVI.

<sup>28</sup> Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, pág. 454

<sup>29</sup> Taruffo, M.: *La prova*, pág. 362.

<sup>30</sup> Poncela, P.: «L'intime conviction dans le jugement penal», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1983, 11; pág. 112.

<sup>31</sup> Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, pág. 455.

<sup>32</sup> Nobili, M.: *Il principio...*, págs. 132-133

<sup>33</sup> Cit. en Poncela, P.: «L'intime conviction...», págs. 112-113.

genera el sentido común es, de hecho, una resultante de la razón, entendida ésta como facultad natural, espontánea, para juzgar correctamente, opuesta a las pasiones. De ahí que el convencimiento, que se consigue con la razón, aunque sea *íntimo* no por ello deja de ser *común* ya que se apoya en una facultad —la razón— que a priori ha sido igualmente distribuida<sup>34</sup>. Las voces «sentido común» y «sentimiento íntimo» que aparecen en la *Enciclopedia* de Diderot y d'Alembert corroboran que, en este contexto, se está mencionando una capacidad de acceder a la verdad, propia del intelecto de todo hombre, y que, por ello, nada tiene de irracional, en el sentido moderno de la palabra<sup>35</sup>.

Bien. Me parecía aconsejable reconstruir sumariamente esta atmósfera de ideas que confiere un sentido bastante definido a la fórmula legislativa originaria que —en el continente europeo— consagraba el criterio del *libre convencimiento* (que fue debatido y resuelto por el *Décret* sobre el procedimiento penal de 1791 y por su correspondiente *Instruction*).

La nueva normativa proclamaba el principio del «libre convencimiento» en la fórmula de juramento destinado a los jurados. Decía: «... *Vous jurez... de vous décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre?*».

Y era todavía más explícita la instrucción que se leía a los miembros del jurado antes de que se retiraran a deliberar: «*La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formés une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point: "vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel nombre de témoins, ou vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices"; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: "avez-vous une intime conviction?"*»<sup>36</sup>.

Duport, que había sido el autor del proyecto de ley, tuvo que salir contra la desconfianza que podía suscitar la «íntima convicción»; en concreto contra una intervención de Robespierre en la que éste manifestaba que «dejar todo al convencimiento del juez es crear la arbitrariedad y el despotismo» y, por ello, proponía un sistema sincrético, mezcla de «prueba legal» y de «libre convencimiento». En su respuesta —extremadamente clarificadora— Duport dijo: «...cuando hay magistrados y el juicio no está sub-

dividido, entonces la sociedad está obligada a tomar precauciones contra la arbitrariedad de las decisiones... Todo cambia cuando hay jurados. Estos ciudadanos, seleccionados sin interés, escuchan y ven al acusado en relación con los testimonios; ven juntos de una vez y desde un único punto de vista el conjunto y los detalles del proceso. La sociedad no tiene ninguna desconfianza contra ellos; les permite emplear sus propios conocimientos personales y juzgar con toda la lealtad posible y con las luces del buen sentido. Hay unidad y acuerdo entre sus facultades; no están constreñidos —como los magistrados— a desdoblarse, por así decir, y a juzgar no como ven, sino como debieran ver, a no obedecer a la propia conciencia y a seguir reglas falsas y absurdas de probabilidad»<sup>37</sup>.

Por lo que se ve, aquí no hay atisbo de legitimación para una lectura de la «íntima convicción» en otra clave que no sea la racionalista.

Quizás haya que salir al quite de una postrera tentación de imaginar en la «íntima convicción» cierta complacencia con el descontrol subjetivo. Se trata, esta vez, del argumento siguiente: puesto que el legislador exoneraba a los jurados de motivar su convencimiento, *eo ipso* les facultaba para que su decisión no estuviera sometida a ningún vínculo racional.

Pero fijémonos bien. Aunque no se exigiera a los jurados que manifestaran las razones de su convicción, tras ello no se escondía ninguna condescendencia con la arbitrariedad o con cualquiera apreciación no racional de la prueba, porque, sencillamente, son problemas distintos y requieren explicaciones diferentes<sup>38</sup>.

Es verdad que, con el tiempo, esta tarea de valoración de las pruebas (que se había diseñado para los jueces populares) pasó a las manos de los magistrados profesionales. Pero sería inaudito que los legisladores condescendieran con los jueces funcionarios (por los que sentían desconfianza) más que con los jurados y otorgasen a aquéllos —como en algún tiempo pensó nuestro TS— un poder «omnímodo, libérrimo y soberano» sin «supeditarlos a un criterio nacional».

De lo contrario, y por añadidura, la interpretación irracionalista del «libre convencimiento» supondría un retroceso espectacular. Y no al penúltimo régimen de pruebas —el de la «prueba legal»— pues éste, como antes he subrayado, tendía a eliminar la arbitrariedad del juez; implicaría, con toda seguridad, el regreso a un estadio aún más pretérito; aquél que feneció precisamente con la invención del sistema de la «prueba legal».

Con el correr de los tiempos, el principio del «libre convencimiento» ha transitado por diversos avatares que, muchas veces, han dejado maltrato el cuasisacramental carisma racionalista que le acompañó en su alumbramiento. Pero no se trata de mostrar nostalgia alguna ante el extravío, la perversión

<sup>34</sup> Poncela, P.: «L'intime conviction...», pág. 116.

<sup>35</sup> Nobili, M.: *Il principio...*, pág. 132.

<sup>36</sup> Cit. en Nobili, M.: *Il principio...*, págs. 154-155.

<sup>37</sup> Cit. en Nobili, M.: *Il principio...*, págs. 159-160.

<sup>38</sup> Binder, A. M.: «El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal»,

*Doctrina Penal*, 1990, 49-52; pág. 99. También, cfr. Legros, R.: «La preuve légale en droit pénal», en Ch. Perelman-P. Foriers, *La preuve en droit*. Bruselas, 1981; págs. 150-153; Levasseur, G.: «Le droit de la preuve en droit pénal français», *ibid.*, págs. 179-181.

o la equívocidad respecto del significado originario de la «íntima convicción». Todo acaba entregándose al hado y a la ola de los tiempos. Y el criterio de la «libre valoración» no iba a ser menos.

Si tiene sentido pasar revista —aunque sea metéorica— a la diversidad de acepciones que han acompañado a la expresión «libre convencimiento» (o fórmulas equivalentes), eso se debe a que —como antes he advertido— el tema de las pruebas no es materia ni neutral, ni de pura lógica, ni, por tanto, libre de coloraciones ideológicas.

Para no alargarme, diré que la pluralidad de significados que se han parapetado tras la fórmula del «libre convencimiento» toleran una clasificación según tres registros, a saber: *gnoseológico*, *ideológico-político* y *técnico-jurídico*<sup>39</sup>.

a) Desde el punto de vista *gnoseológico* ha de señalarse que, tras una fórmula aparentemente inalterada, han circulado una muchedumbre de interpretaciones: desde el *iluminismo* —que era el soporte primigenio de aquel criterio— a las concepciones *idealistas* y *románticas* de la prueba; después al *logicismo global* de la pandectística y del iuspositivismo; más tarde el *scientisme fin de siècle*; por último a la dimensión *psicológica* y *psicoanalítica* que ha servido de telón de fondo al tema de la decisión sobre los hechos en el realismo jurídico americano.

b) Si se examina el perfil *político-ideológico* del tema, se observa que, tampoco aquí, los resultados son uniformes. Utilizando, por ejemplo, una comparación *macroscópica* se sabe, por un lado, lo que representó la «íntima convicción» y el sistema de los jurados en 1791 y, por otro, que la escuela penal positiva consagró, a la luz de la defensa social, el arbitrio del juez en la averiguación de los hechos. Esa misma relatividad se advierte —ya en dimensiones más *microscópicas*— por medio del análisis lexical de los términos «libre» y «convencimiento» respectivamente.

A la palabra «libre» le han acompañado acepciones incompatibles entre sí según fuera el objeto de referencia: libertad respecto de un sistema legal de reglas probatorias; libertad de cualquier disciplina metodológica que presida la verificación judicial; libertad del juez en relación al diálogo y al contradictorio entre las partes; libertad de la obligación de motivar; libertad del juez ante la ley; etc.

Parejamente, el término «convencimiento» asume significaciones diferentes según sus diversos contextos de uso. Esa palabra sintoniza con concepciones diametralmente opuestas del proceso según quién protagonice en el debate la búsqueda de la verdad (si es el juez el que discute con una parte, o si el juez interviene como un tercero tras el debate entre las dos partes...).

c) La perspectiva *técnico-jurídica* suministra, igualmente, una pluralidad de versiones sobre el «libre convencimiento». El significado

de esta expresión varía según sean los parámetros normativos que están conectados con un sistema de valoración; por ejemplo, la amplitud de los poderes instructorios del juez, la oralidad y la inmediatez procesal, la relación entre las diversas partes del proceso, etcétera.

Ahora bien, la relatividad histórica del principio del «libre convencimiento» que ha ilustrado este triple enfoque, no ha de entenderse, sin embargo, como un progresivo distanciamiento de un significado históricamente originario, y por ello auténtico y genuino. Al contrario, conviene rechazar la pretensión de que hay una versión del «libre convencimiento» que se erige en dato claro e incontestable al que puede recurrirse sin equívocos. El estudio de las divergentes comprensiones del «libre convencimiento» exhumará las opciones previas (concernientes a la teoría del Estado y a la función del derecho procesal) que yacen bajo cada una de las versiones de aquel principio. Por eso, no hay leyes inmutables del proceso. Y como toda teoría de la prueba está mediatizada por una ideología, cualquier interpretación del «libre convencimiento» remite a una cierta imagen del proceso y, finalmente, a una manera específica de concebir la sociedad. Cualquier divergencia en el entendimiento de la finalidad del proceso e incluso de la sociedad misma, se reflejará inevitablemente en la intelección del «libre convencimiento». Eso explica la oscilación histórica entre acepciones opuestas del mismo.

Por eso, ahondar en el contexto funcional del dicho «libre convencimiento» se revela incomparablemente más eficaz que el dispendio de ardores y fatigas en neutralizar —vía otras normas del sistema jurídico, a palo seco— los efectos irracionalistas subsiguientes al significado presentemente inmutable y que aprioricamente hubiera de atribuirse a la susodicha expresión.

#### 4. LA RECUPERACION DEL CONTEXTO SISTEMICO

Si antes no se apostaba ninguna gorda por la eficacia interpretativa del contexto sistémico, eso se debía a que al sistema de la «libre valoración» se le confería equivocadamente un sentido unívoco y fijo; de modo que de los otros preceptos de su entorno (el ya mentado art. 717 LECr.) sólo cupiera esperar algún beneficio vicario y —lo peor— además no compartido.

Ahora bien, una vez entrevista la incidencia de los cambiantes marcos sociohistóricos sobre los igualmente mutantes significados de la «libre valoración», ya estamos en disposición de configurar una atmósfera (la actual) en la que el contexto sistémico (no sólo el art. 717, como si fuera el llanero solitario) segregara su verdadero jugo interpretativo.

Para mostrar por qué hodiernamente se justifica una concepción racionalista del «libre convencimiento», viene bien pasar revista a las ventajas positivas que de ella se derivan, y que no son pensables ni

<sup>39</sup> Sigo a Nobili, M.: *Il principio* . págs. 464-467.

en un concepto irracionalista de la valoración de las pruebas, ni en la teoría de la prueba legal, ni tampoco en una combinación de ambos. Helas aquí sintéticamente<sup>40</sup>:

- a) La versión racional de la «libre valoración» tiende a que el juicio sobre los hechos esté tendencialmente orientado —dentro de los límites del derecho— a la *realidad empírica*. Nada de esto oferta un concepto irracionalista de la valoración ya que sólo expresa la intuición subjetiva, inefable e insondable del juez; y, por tanto, carece de garantía de acercamiento a la realidad de los hechos. La prueba legal, de su lado, constriñe al juez a emplear criterios distintos de los que exige una aproximación, racionalmente justificada, a la realidad empírica del hecho específico.
- b) La concepción racional del «libre convencimiento» garantiza el *derecho a la prueba* que normalmente se reconoce a las partes. No, en cambio, una valoración irracional de las pruebas; ya que todas las pruebas que las partes someten a la consideración del juez no pasan de ser estímulos —no elementos de juicio— que, sin orden ni concierto, suscitan las reacciones subjetivas del juez. Por su parte, el sistema de la prueba legal entra en conflicto con el derecho de las partes a la prueba, puesto que este derecho implica la facultad de las partes para facilitar todos los instrumentos indispensables en orden a la averiguación del hecho, pero esto es justamente lo que la prueba legal excluye.
- c) La racionalidad en la valoración de las pruebas incide, también, sobre la *libertad del juez* en el empleo de las pruebas. Supone, por el lado racionalista, que esa libertad está *orientada* y no equivale a discrecionalidad absoluta o a arbitrario subjetivo; es decir, significa que el juez busca una corroboración veritativa sobre los hechos y, a tal fin, debe usar criterios racionales. El juez está libre de ataduras legales pero no de criterios de valoración racional. No hace falta ningún argumento para sostener que la concepción irracionalista, contrariamente a la anterior, equipara libertad con arbitrio subjetivo. Y solamente concibiendo en clave racional la libertad de valoración se puede mostrar una actitud crítica contra la prueba legal como límite a la libertad del juez. Porque si se defendiera que la libertad del juez equivale a la arbitrariedad, parecería razonable abogar por la recuperación de las reglas de la prueba legal en cuanto garantía contra la degeneración del libre convencimiento.
- d) La idea que se tenga del convencimiento del juez repercutirá luego sobre el problema de la *motivación de las sentencias*.

Si se defiende el racionalismo del convencimiento judicial, la obligación de motivar significa que el juez justifica con argumentos racionales sus propias opciones y luego las somete al control externo.

Por contra, es una insensatez exigir una justificación racional de algo que se supone no racional, como acontece en la versión irracionalista del «libre convencimiento».

En un sistema de prueba legal, la estructura de la motivación sobre el «hecho» no diferrá de la motivación de los fundamentos de «derecho» ya que, en ambos casos, habría que razonar en base a normas jurídicas y no en base a criterios de racionalidad empírica, que —como se ha dicho en a)— a la altura de nuestro tiempo y dada la materia («hechos») es lo debido.

## 5. LO HECHO Y LO QUE AUN RESTA POR HACER

Afortunadamente ya no se precisa de cuantiosa munición para defenderse desde la trinchera de la racionalidad, incluso si —como se ha escrito— «no parece *up to date* en un momento histórico en el que las modas culturales privilegian el «pensamiento débil» o el «pensamiento negativo»... sólo los cánones del conocimiento empírico pueden constituir las reglas de formación y de fundación de un conocimiento tendente a la verdad judicial de los hechos. Que tales reglas sean mal conocidas por el juez, como por los juristas, es sin duda un dato negativo que puede convertir en peligrosa la confianza sobre la racionalidad de quien no sabe o no quiere ser racional, pero eso no basta para modificar el estado del problema o para legitimar otras soluciones»<sup>41</sup>.

Por lo tanto —y aunque no veo que se haya justificado adecuadamente— la conciencia de la lucha por la racionalidad en el dominio de las pruebas parece ya una batalla definitivamente ganada, no sólo en el plano doctrinal<sup>42</sup> sino también en la jurisprudencia de aquel Tribunal (el TS) que, hasta no hace mucho, apostaba por una solución inversa. No importa en exceso determinar de cuándo data este viraje jurisprudencial (parece que se insinúa ya en la sentencia del TS de 15 de diciembre de 1981) sino constatar que definitivamente se sostiene que la estimación en conciencia de las pruebas debe ajustarse «a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la sana crítica, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor aptitud, de datos acreditativos o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso» (STS de 4 de abril de 1989).

De todos modos, no oculto mi sospecha de que

<sup>40</sup> Con más detalle, Taruffo, M.: *La prova...*, págs. 373-377.

<sup>41</sup> Taruffo, M.: «Note per una riforma del diritto delle prove», *Rivista di diritto processuale*, 1986, 2-3; pág. 268.

<sup>42</sup> Cfr. como muestra, Córdoba Roda, J.: «El derecho a la pre-

sunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, 4; págs. 23-24; Asencio Mellado, J. M.: «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2», *Poder Judicial*, 1986; pág. 38.

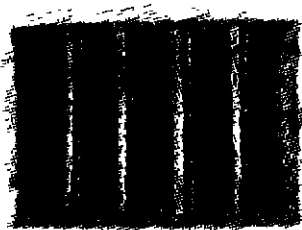
la resuelta y fervorosa invocación de «la apreciación lógica, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia» no va mucho más allá de ser una cláusula de estilo en la motivación de las sentencias, y que, en el fondo, la valoración de las pruebas en poco haya cambiado respecto de los tiempos de la «libertad omnimoda y libérrima».

¿Que por qué lo digo? Porque cuando se trata de definir el «libre convencimiento» se emplean fórmulas genéricamente alusivas a la lógica, a la ciencia, a la experiencia, pero que, de verdad, poco añaden a la expresión legislativa de —en nuestro caso— «según la conciencia». En vano buscaría un lector atento explicaciones o profundizaciones sobre ello. Y no sólo en la jurisprudencia de este país sino también en la de otros<sup>43</sup>.

Ni, descontada alguna epidérmica información sobre la *coherencia narrativa*, la doctrina procesalista española —en su mayoría— parece haber prestado atención al colosal problema epistemológico que supone determinar qué se entiende por verdad de los hechos en el proceso, y cuándo, en qué condiciones y con qué medios puede ser alcanzada<sup>44</sup>.

Recapitulando: no se explican los criterios concretos de racionalidad que deben imperar en la valoración de los hechos; y de ello es responsable —entre otros— la jurisprudencia cuando, en la práctica, mantiene una actitud *agnóstica* y omisiva<sup>45</sup>. Por ello, no debe descartarse que, en medio de ese vacío conceptual, sigan prosperando camufladamente prácticas jurisdiccionales que pensábamos definitivamente clausuradas.

**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

<sup>43</sup> Patti, S.: «Libero convincimento...», págs. 481-485

<sup>44</sup> Lo mejor que conozco pertenece a Taruffo, M.: *La prova...*, págs. 143-215. Está además el renombrado libro de Cohen, L. J.: *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977; págs. 49-118. También es de interés el estudio de Besso Marcheis, Ch.: «Pro-

babilità e prova considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, 4; págs. 1126 y ss

<sup>45</sup> Taruffo, M.: *La motivazione della sentenza civile*. Padua, 1975, págs. 444-445.

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## Las normas y la jurisdicción (III)

Jesús PECES MORATE

Como anunciamos en el n.º 15, correspondiente al 1 de 1992, de esta publicación, terminamos ahora estas reflexiones sobre la tarea de los tribunales al momento de aplicar las normas, dentro del orden contencioso-administrativo, con referencia a ciertas manifestaciones de la potestad reglamentaria de la Administración y su control jurisdiccional. Abordaremos algunas cuestiones sobre legalidad de la potestad sancionadora, vacío en las remisiones, indefinición de obligaciones impuestas, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, principio de jerarquía normativa y defectos en la delegación, para finalizar con una valoración de la situación de nuestra Jurisprudencia y una síntesis de la aplicación judicial de las normas.

Hemos elegido, al fin propuesto, normas emanadas de diferentes Administraciones Públicas, como son el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/82, de 27 de agosto; el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 877/1987, de 3 de julio (actualmente derogado por el nuevo, aprobado por Real Decreto 593/1990, de 27 de abril, a su vez parcialmente modificado por Real Decreto 259/1993, de 19 de febrero); el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo; el Real Decreto 1338/84, de 4 de julio, sobre medidas de seguridad en establecimientos públicos y privados; las Normas Urbanísticas de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobada definitivamente por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid con fecha 7 de marzo de 1985; el Reglamento del Área Metropolitana de Madrid, aprobado por Decreto 3088/1964, de 28 de septiembre, y el Reglamento de Régimen Interior de la Gerencia Municipal de Urbanismo, aprobado por acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 27 de enero de 1969, modificado por acuerdo del propio Pleno el 30 de septiembre de 1983.

El interés de la labor jurisprudencial, al encararse con dichas disposiciones de la Administración del Estado y demás Administraciones Territoriales, está, más que en la solución ofrecida en cada pleito con-

creto, en los métodos empleados para solventar las dificultades creadas por una incorrecta técnica en la producción normativa de la Administración, que, como veremos, propicia la dispersión e inseguridad de la jurisprudencia. De aquí que el modesto alcance de esta exposición no es otro que el servir de guía en la interpretación de casos análogos y el obtener algunas conclusiones útiles en el oficio de enjuiciar.

### 1. LEGALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION

El Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816-82, de 27 de agosto, ha producido uno de los casos más señeros de contradicciones jurisprudenciales a la hora de valorar si sus tipicidades respetaban o no el principio de legalidad exigido por el artículo 25.1 de la Constitución. El desacuerdo ha alcanzado a sentencias dictadas en revisión por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de marzo de 1985, desestimó un recurso directo interpuesto por diversas Asociaciones contra el Reglamento de 27 de agosto de 1982, declarando, de un modo genérico, que el referido Reglamento es conforme a derecho y que, en concreto, su artículo 81, en el que se tipifica una larga serie de infracciones, no vulnera la exigencia de legalidad formal en materia sancionatoria del artículo 25.1 de la Constitución, al tener cobertura en el artículo 2 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. Sin embargo, posteriormente, se sucedieron diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas las de 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990 y 18 de diciembre de 1990, que, resolviendo recursos interpuestos contra resoluciones sancionatorias por infracción del artículo 81.35 del mencionado Reglamento, anulaban tales sanciones por entender que el citado precepto reglamentario carecía de la cobertura legal necesaria.

Interpuesto recurso de revisión por el Abogado del Estado, en el que aducía la contradicción entre las dos sentencias referidas del Tribunal Supremo, de fechas 9 de marzo de 1985 y 9 de marzo de 1989, la

Sala prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo ponente el magistrado Sr. Mendizábal Allende, dictó, con fecha 18 de diciembre de 1990, sentencia rechazando la demanda de revisión, al tiempo que declaraba que la doctrina correcta es la recogida en la última de las sentencias dictadas porque la tipificación contenida en el artículo 81.35 del Reglamento de 1982 carece de la necesaria cobertura legal.

Resumidamente, los argumentos empleados por la Sala de Revisión, prevista en el mencionado precepto de la Ley Orgánica, se centran en la doctrina de que la potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de «policía» en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal, de manera que tal identidad sustantiva de ambos ilícitos, penal y administrativo, conlleva que en este último sector del ordenamiento actúe con la misma intensidad el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución en su doble vertiente material y formal. Como no puede ser menos, sigue diciendo la sentencia comentada, el citado principio de legalidad opera también en el ámbito de la policía de espectáculos, cuya ordenación viene dada por el Reglamento de 27 de agosto de 1982, dictado al amparo de las Leyes de Orden Público de 1959 (artículo 2.2) y de Régimen Local de 1955, ambas preconstitucionales. Dado que, afirma la sentencia, la exigencia de legalidad en materia sancionadora no sólo comporta la necesidad de una investidura o habilitación en norma con rango de Ley sino también la tipificación de las infracciones y la definición de las sanciones en una norma de tal rango, pueden considerarse previstos en la Ley de Orden Público los desórdenes o las violencias que se produzcan en los espectáculos públicos, pero no los denominados «ilegales», y más cuando esta calificación tiene su origen en una con rango reglamentario, insuficiente para ello. En consecuencia, concluye la sentencia de revisión, el párrafo 35, donde se configura tal infracción carece del necesario respaldo y su nulidad de pleno derecho (única predicable de las disposiciones generales) arrastra inevitablemente la de aquellos actos singulares dictados en su aplicación.

Parecía haberse logrado con esta sentencia la imprescindible orientación jurisprudencial en la aplicación del cuestionado precepto, singularmente desde que, con fecha 13 de marzo de 1991, la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo siguió el mismo criterio, si bien un magistrado de la Sala formuló un voto particular discrepante. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, fundándose en esta jurisprudencia, unificaron sus decisiones. Pero he aquí que, con fecha 10 de julio de 1991, la Sala Tercera (Sección Primera) del Tribunal Supremo, al resolver también un recurso de revisión (en este caso referido a la contradicción existente entre aquella sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1985, y la otra, también citada, de 14 de febrero de 1990) llega a una conclusión radicalmente distinta, al declarar conforme al ordenamiento jurídico el Reglamento de Espectáculos de 1982 y, en particular, las normas contenidas en sus artículos 81 y 82.

En forma sucinta, los argumentos que contiene

esta última sentencia, de 10 de julio de 1991, son que el Reglamento de Espectáculos de 1982 es una normativa actualizada de disposiciones dispersas anteriores (Reglamento de 3 de mayo de 1935 y Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1977) adaptado a la normativa posterior (Ley de Orden Público, artículo 2.c., i. y artículo 250 de la Ley de Régimen Local de 1955), integrándose en el concepto jurídico de orden público el de «tranquilidad pública», de manera que, en la medida que la apertura de un establecimiento, potencialmente molesto, fuera del horario permitido puede incidir y de hecho así ocurre sobre el valor «tranquilidad pública», determinando a veces situaciones de protesta u oposición del vecindario afectado, susceptibles de desembocar en alteraciones de una normal convivencia ciudadana, en esa medida, el hecho o actividad imputada podrá subsumirse, según los casos, en los supuestos en los artículos 2.e), 2.i) y 2.n) de la Ley de Orden Público de 1959. Por lo demás, señala esta sentencia, el Reglamento de 1982 no introduce una verdadera innovación en materia de horario de cierre de establecimientos porque recoge en lo esencial el régimen de infracciones y sanciones regulado en los artículos 19, 20, 52 y 59 del Reglamento de 1935, actualizado por la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1977 (que derogaba lo establecido en la Orden de 11 de junio de 1975) en relación con los artículos 19 y 20.1 de la Ley de Orden Público; en consecuencia, se declara la acomodación del artículo 81.35 del Reglamento de 1982 al ordenamiento jurídico toda vez que el mismo no introduce innovación esencial con respecto al régimen establecido en aquellas normas preconstitucionales, a las que no es aplicable de forma retroactiva la exigencia de la ley formal en materia sancionadora establecida en el artículo 25.1 de la Constitución.

La nueva orientación jurisprudencial causó perplejidad, hasta el extremo de que, en algunos Tribunales Superiores de Justicia, las Salas de lo Contencioso-Administrativo continuaron justificando el criterio anterior mientras no quedase perfectamente definida y fijada la nueva orientación, lo que provocó, incluso, la dispersión de criterios en una misma Sala con la emisión de votos particulares, como en el caso de la Sentencia de 10 de octubre de 1991, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo n.º 81/91. La uniformidad llegó cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo se decantó por la última solución a partir de la sentencia dictada por su Sección Sexta con fecha 23 de octubre de 1991, seguida por todas las que posteriormente han abordado la misma cuestión.

Sin embargo, la dubitativa actuación del Tribunal Supremo ha determinado que cada vez que se suscita ante un Tribunal el problema de la legalidad de cualquiera de las demás infracciones definidas por el artículo 81 del mencionado Reglamento de Policía de Espectáculos de 1982, surja de nuevo la polémica. Así, la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Séptima), de fecha 3 de mayo de 1993, ha declarado la ilegalidad de las sanciones impuestas por la Administración al amparo de las infracciones de los números 20 y 26

de dicho precepto, aunque tampoco ofrece al respecto la claridad precisa porque, si bien parece acoger la tesis de la falta de cobertura legal de tales infracciones, no obstante afirma después (noveno fundamento jurídico) que cabría aceptar la constitucionalidad de los tipos de infracción de los números 20 y 26 del artículo 81 del Reglamento de 1982 al ser mera reproducción de tipos ya consagrados en sede reglamentaria (O.M. de 9 de septiembre de 1966) en un momento preconstitucional.

Respecto de la infracción definida en su apartado 38, está planteada la misma cuestión ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo al haber apelado el Abogado del Estado la sentencia, de fecha 11 de febrero de 1992, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo n.º 728/91. La infracción que define es «la desobediencia a las decisiones reglamentarias de la autoridad gubernativa o de la municipal, sobre medidas a adoptar en relación con los locales o con el desarrollo de los espectáculos». La sentencia apelada considera que la tipicidad definida en dicho apartado no satisface ninguna de las garantías que incorpora el artículo 25.1 de la Constitución. Ni la orden material por defecto de tipicidad, al no existir predeterminación de la conducta ilícita, por dejar al albur de la autoridad sancionadora el determinar qué conductas merecen reproche y cuáles no, ni la de orden formal, al no estar tipificadas por Ley formal, ya que en ninguno de los apartados del artículo 2 de la Ley de Orden Público de 1959, esgrimido como cobertura por el Abogado del Estado, se recoge un tipo como el que nos ocupa. Tanto la Ley de Orden Público citada como la de Régimen Local de 1955, se limitaban la primera a definir genéricamente qué son actos contrarios al orden público (artículo 2), y la segunda a atribuir a los Gobernadores Civiles las potestades para mantener el orden público y ejercer la policía de espectáculos (artículo 260 b) y f), dejando, respectivamente, a la autoridad administrativa las facultades de definir qué actos se integran en el concepto jurídico indeterminado «orden público» para sancionarlos y de adoptar aquellas medidas represivas que estime necesarias para mantener el orden público y la policía de espectáculos.

A esta sentencia se formuló un voto particular por estimar que ni se vulneraba la exigencia de «lex certa» ni existía falta de cobertura legal. Lo primero porque el precepto tachado por la Sala de indefinido es más concreto y preciso que el delito de desobediencia a la Autoridad, tipificado por el artículo 237 del Código Penal, y que la correlativa falta contra el orden público, definida por el artículo 570, n.º 1 del mismo Código. En cuanto a lo segundo porque el artículo 2, apartado h) de la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, define como acto contrario al orden público, y por ello sancionable, conforme a los artículos 18 y 19 de la misma Ley, la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes toman para conservarlo o restablecerlo, ya que sólo dentro del significado del orden público *en una situación de normalidad* tiene sentido la tradicional inclusión de la desobediencia leve a los mandatos de la autoridad como una «falta leve contra el orden pú-

blico» (libro III, título I, artículo 570, n.º 1 del Código Penal), e incluso la desobediencia grave, a que antes también aludíamos, como un delito incluido en un capítulo dentro del genérico título de «Delitos contra la seguridad interior del Estado». Las opiniones encontradas subsisten y, hasta el momento, no se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, por consiguiente, no ha fijado una pauta segura a seguir.

La promulgación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, ha venido a dar suficiente cobertura a gran parte de las infracciones definidas en el mencionado artículo 81 del Reglamento de Espectáculos, pero quedan aún algunas de las infracciones configuradas en el mismo sin clara predeterminación, lo que creará parecidos problemas cuando la cuestión se suscite ante los Tribunales.

El Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar es otra de las disposiciones generales de la Administración del Estado que más dificultades y conflictos viene creando a la Jurisdicción. Téngase presente que el Reglamento aprobado por Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, ha sido derogado y sustituido por otro, aprobado por Real Decreto 593/1990, de 27 de abril, y éste, a su vez, modificado parcialmente por Real Decreto 259/1993, de 19 de febrero. La propia Administración, al promulgar el Reglamento nuevo por Real Decreto 593/1990, de 27 de abril, reconoce que «Finalmente la promulgación de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, sobre potestad sancionadora de la Administración Pública en Materia de juegos de suerte, envite o azar, ha determinado la práctica inaplicabilidad de todo el capítulo del anterior Reglamento referido a infracciones y sanciones, exigiendo un desarrollo de esta materia ajustado a la mencionada Ley».

La Administración, a tenor de lo dispuesto por el artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 877/1987, de 3 de julio (precepto significativamente desaparecido del ulterior Reglamento, aprobado por Real Decreto 593/1990), ha impuesto a Empresas Operadoras y a titulares de establecimientos o negocios multas y otras sanciones solidariamente. Sin embargo, la regla de imputación contenida en el citado artículo 46.1 del mencionado Reglamento, al establecer *una imputabilidad solidaria*, se excede de la habilitación que «a posteriori» le concedió la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, sobre Potestad Sancionadora de la Administración Pública en Materia de Juegos de Suerte, Envite o Azar, que no contempla ninguna clase de imputabilidad de tal naturaleza, con lo que aquel precepto del Reglamento conculca claramente el principio de legalidad previsto por el artículo 25.1 de la Constitución, incurriendo en nulidad de pleno derecho conforme a lo dispuesto concordadamente por los artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Esta tesis, sostenida por innumerables sentencias de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya cita se excusa por tal razón, no compartida por otros Tribunales, no ha sido aún objeto de valoración por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dado que el Abogado del Estado vie-

ne desistiendo de los recursos de apelación interpuestos contra dichas sentencias, mientras que esta Sala del Tribunal Supremo, si bien es cierto que ha conocido recursos contra sanciones impuestas mediante el empleo del indicado precepto, hasta ahora, al no haberse planteado concretamente tal cuestión por las partes, no se ha pronunciado.

Ahondan, aún más, las sentencias de aquel Tribunal Superior de Justicia en las causas de nulidad del precepto que comentamos, al decir que la referida imputabilidad solidaria, prevista por el tan mentado artículo 46 del Reglamento de Máquinas Recreativas, no sólo vulnera el principio de legalidad, sino que contraviene el de responsabilidad personal sobre el que se asienta todo el sistema punitivo, ya que nadie puede ser condenado o sancionado sino por actos que, bien a título de dolo o culpa, le puedan ser directamente imputados.

La responsabilidad solidaria, como forma eficaz de garantía el cumplimiento de las obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede trascender al ámbito del Derecho sancionador porque con ello se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde exclusivamente de sus propios actos, sin que quepa, en aras de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad punible solidaria alguna por actos ajenos. Cuestión distinta es la posible tipificación de conductas que, por acción u omisión, puedan estimarse por Ley formal sancionables, o que ésta disponga diferentes formas de participación en el hecho tipificado como tal infracción y señale expresamente la sanción que a estas formas participativas corresponda, pero lo que no cabe es la imputación solidaria de responsabilidades punibles, y siendo este el significado del citado artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, debe este precepto considerarse nulo de pleno derecho, acarreado la nulidad de los actos realizados por la Administración a su amparo.

El argumento, empleado por la Sala para justificar la absoluta imposibilidad de tal responsabilidad solidaria, es el de que tal imputabilidad impide la efectividad de un principio fundamental del orden sancionador, cual es el de proporcionalidad, al no ser susceptible la sanción puesta solidariamente de graduación o moderación atendiendo a las circunstancias personales e individuales de cada uno de los infractores. Esta inconcusa razón nos plantea la eficacia que pueda tener la disposición contenida en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual «cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan». Cabría preguntarse si el legislador ha sido plenamente consciente del empleo de la expresión «responsabilidad solidaria», acuñado en el ordenamiento jurídico civil, cuando a continuación establece, en el artículo 131.3, que en la imposición de las sanciones la Administración Pública deberá respetar el principio de proporcionalidad, atendiendo,

para la graduación de la sanción, entre otros criterios, a la existencia de intencionalidad o reiteración y a la reincidencia ¿Cómo podrá compaginarse la solidaridad con la proporcionalidad? ¿No será que el legislador haya querido establecer, en casos de autoría múltiple, formas de responsabilidad objetiva y para ello haya empleado indebidamente el concepto de solidaridad? Sin duda que se presenta una ardua tarea para la Jurisdicción enfrentada con la cuadratura del círculo.

Entre los comentarios, recientemente publicados, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo he encontrado el del Profesor Ramón Parada (Marcial Pons 1993, páginas 391 y 392) que afronte tal problema insoluble, al decir textualmente que «la Ley resuelve este supuesto con la discutible regla de imponer la responsabilidad de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Una cuestión mal resuelta, porque si en el Derecho Penal la solución en los casos de autoría múltiple consiste en imponer una pena a cada uno de los responsables que se consideran autores de los delitos o de las faltas, sin que sea posible, en consecuencia, la responsabilidad solidaria, pues implicaría que las penas impuestas a los incumplidores pudieran trasladarse a los restantes autores duplicando o triplicando las de éstos, ningún sentido tiene hacer esto mismo con los autores o responsables de las sanciones administrativas en los casos de autoría múltiple. Por consiguiente, la única forma válida de interpretar este artículo es la de entender que la responsabilidad solidaria que proclama este precepto se refiere a la responsabilidad civil derivada de la infracción, responsabilidad civil que tanto derivada de los delitos y faltas penales como de las sanciones administrativas es posible organizar o establecer de forma mancomunada o solidaria».

## 2. VACIO EN LAS REMISIONES

Otras impugnaciones en vía jurisdiccional, que ha provocado el desdichado Reglamento General de Policía Espectáculos, han venido determinadas por la remisión a una Norma básica que debería haber aprobado el Ministerio del Interior, como establecen sus artículos 24 y 25. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los recursos 281 y 283 de 1989, resueltos por sentencias de fechas 8 y 27 de marzo de 1990, declaró que, si bien es cierto que aún no ha sido aprobada por el Ministerio del Interior la Norma Básica a que se refiere el citado Reglamento (artículos 24 y 25), a la que deberían acomodarse los Planes de Emergencia y la organización de autoprotección de cada establecimiento, ello no supone que la elaboración de tales Planes no tenga, por el momento, carácter obligatorio sino, tan sólo, que hasta que la Administración apruebe su contenido no existe aún un modelo rígido de obligatoria observancia.

En este sentido, siguen diciendo las citadas sentencias, y hasta tanto se aprueba aquella Norma Básica, los titulares de establecimientos podrán tomar como referencia las determinaciones contenidas en

la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1984 (BOE de 26 de febrero de 1985), por la que se aprueba el «Manual de Autoprotección Guía para el desarrollo del Plan de Emergencia contra incendios y de evacuación de locales y edificios», y aunque la aplicación de este Manual es ciertamente voluntaria (apartado 1, párrafo segundo de la indicada Orden Ministerial), debe entenderse tal «voluntariedad» en el sentido de que el Plan de Emergencia pueda responder a criterios diferentes de los que allí se sugieren «siempre que garanticen niveles de seguridad equivalentes y sean aprobados por la autoridad competente» (párrafo último del apartado 1.1.-objetivos, dentro del Capítulo 1 «Generalidades» de la citada Orden Ministerial), pero tal libertad a voluntariedad, en cuanto a los criterios a seguir para su redacción, no permite afirmar que la elaboración misma del Plan de Emergencia o de Autoprotección tenga carácter voluntario.

Estas sentencias, que no fueron apeladas y quedaron firmes, evidencian los complicados silogismos que se encuentran los Tribunales precisados a realizar, ante la necesidad de garantizar la seguridad de los locales de espectáculos, porque el texto reglamentario adolece de un evidente defecto al remitirse a una norma no aprobada. La coherencia del sistema normativo debería preservarse evitando tales referencias a disposiciones inexistentes, pero la vocación de totalidad del sistema jurídico impone a los Tribunales la tarea de salvaguardar los fines de la norma, completándola con una interpretación integradora y razonable.

### 3. INDEFINICIÓN DE OBLIGACIONES IMPUESTAS

Son cada vez más frecuentes las denegaciones de permisos de residencia a extranjeros por las Autoridades del Ministerio del Interior fundadas en la falta de justificación documental del cumplimiento de sus obligaciones fiscales en España, según exige el artículo 25.4 del Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo. Ordena el mencionado precepto que «en todo caso, con la solicitud de prórroga o renovación del permiso de residencia, el interesado, además de acompañar los documentos y pruebas prevenidas en el artículo 22, *deberá justificar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones fiscales exigibles en España*». Esta última determinación no puede ser más desafortunada porque su indefinición la vacía de contenido. A pesar de ser extremadamente exigente, en su literalidad, respecto del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los extranjeros en España para que éstos puedan disfrutar de prórrogas y renovaciones del permiso de residencia, resulta, en definitiva, muy limitada, al ser dicha justificación documental prácticamente imposible.

Los límites del precepto comentado fueron señalados en sendas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Primera), de fecha 22 de enero de 1990 (recurso 815/88) y 24 de julio del mis-

mo año (recurso 874/88), apeladas por el Abogado del Estado, quien, posteriormente, desistió de ambos recursos y así lo declaró la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sendos autos de fechas 16 de octubre de 1990 y 7 de junio de 1991, respectivamente.

En estas resoluciones judiciales se expresa que, al ser las obligaciones fiscales de un extranjero en España, como las de un español, múltiples y diversas, la competencia para declarar que se han cumplido íntegramente corresponde a la Administración Fiscal y, en su caso, a la Jurisdicción. Por tal razón, continúan aquellas sentencias, el significado del apartado cuarto del artículo 25 del Reglamento citado no puede ser otro que la exigencia de justificación documental del cumplimiento de la obligación de formular la correspondiente declaración del Impuesto sobre la Renta, lo que, a su vez, permitirá a la Hacienda Pública exigir al declarante el pago de los demás impuestos derivados de su actividad, de manera que, justificada documentalmente aquella obligación, no es legítimo exigirle que acredite también documentalmente el cumplimiento de todas sus otras posibles obligaciones fiscales en España, porque presentada la declaración del Impuesto sobre la Renta se evidencia que no pretende sustraerse al cumplimiento de sus demás deberes fiscales.

Cuando la norma establece obligaciones, ha de cuidar de concretar las que específicamente exija porque, al ser genérico el significado de la obligación impuesta, la indeterminación puede malograr el fin pretendido por la disposición. Hubiera sido más razonable, a nuestro entender, que el precepto comentado hubiere referido los concretos deberes fiscales que los extranjeros deben justificar documentalmente haber cumplido en España. Al no ser así, la Jurisdicción ha de delimitar la obligación impuesta con el fin de hacerla posible y lógica, con el riesgo, sin embargo, de no alcanzarse el fin del precepto porque no es su función dictar normas de carácter general sino interpretar y aplicar éstas en el caso enjuiciado.

### 4. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS

El propio Reglamento de ejecución de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que acabamos de comentar, otorga a las autoridades gubernativas la facultad de eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen «razones excepcionales» que justifiquen tal dispensa (artículos 5.4 y 22. 3). Este precepto ha impuesto a la Jurisdicción la tarea de delimitar el alcance de la indicada facultad y de precisar lo que ha de entenderse por *razones excepcionales*. El texto del Reglamento mencionado literalmente dispone: «Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa.»

La Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, en un intento de aclarar el alcance de la discrecionalidad que, en estos casos, venía esgrimiendo la Administración, y precisar el significado del concepto tan indeterminado como la excepcionalidad

dad, ha expresado, entre otras, en sus sentencias, de fechas 24 de abril de 1993 (Recurso de apelación 11.942/90), 18 de mayo de 1993 (Recurso de apelación 1821/89) y 10 de julio de 1993 (Recurso de apelación 964/91) que «de concurrir las mentadas razones o circunstancias excepcionales, debe dispensarse del visado, porque la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la única decisión correcta después de valorar los hechos acreditados, y, en consecuencia, no se está ante una potestad discrecional sino ante el deber de otorgar la dispensa del visado si se dan tales circunstancias excepcionales».

El Tribunal Supremo replica a la tesis del Abogado del Estado, según la cual «quien debe apreciar la circunstancia es la propia Administración en uso de su discrecionalidad, sin que sus razones puedan verse revisadas jurisdiccionalmente por razones materiales, únicamente por criterios formales», que «por el contrario, la Jurisdicción está obligada a colmar de significado jurídico los conceptos indeterminados usados por la norma con el fin de posibilitar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes con seguridad, y para lograrlo debe revisar el acto administrativo en todos sus aspectos, pues solamente así se cumple la función que a los Juzgados y Tribunales encomienda el artículo 117.3 de la Constitución y se hace eficaz el derecho reconocido a las personas por el artículo 24.1 de ésta, a través del control de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de la misma a los fines que la justifican, como ordena el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Por lo que respecta a las «razones excepcionales» la misma Jurisprudencia citada ha declarado que «no cabe reducir su significado al meramente temporal, como opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que tiene, fundamentalmente, un valor cualitativo y equivalente a importante, trascendente o de peso, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzca».

La discrecionalidad que la Administración invoca para exigir o no la implantación de determinadas medidas de seguridad en establecimientos públicos y privados con base en lo dispuesto por el artículo 2.1 del Real Decreto 1338/84, de 4 de julio, en relación con los artículos 13 y 17 del mismo, ha exigido aclaraciones y concreciones para evitar que la Administración incurra en arbitrariedad o desviación de poder. A tal fin la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, ha precisado, entre otras, en sentencias de fechas 4 de abril de 1990, 8 de abril de 1992, 9 de diciembre de 1992 y 13 de abril de 1993, que «la aplicación conjunta de los artículos 2, 11 y 13 del Real Decreto 1338/84, de 4 de julio, sobre Medidas de Seguridad en entidades y establecimientos públicos y privados, faculta a la Administración, si lo estima necesario y una vez justificada su necesidad a los criterios que conducen a la misma, para exigir la implantación o mantenimiento de los Servicios de Vigilantes Jurados, pero tal discrecionalidad desaparece en el caso de los Vigilantes Jurados, cuando la empresa acredita la instalación y

funcionamiento de las medidas de seguridad reguladas en el citado Real Decreto 1338/84, de 4 de julio, ya que el imperativo categórico que se desprende del término verbal *dispensarán* obliga a la Administración a tal dispensa, una vez comprobada la eficacia de tales medidas y es la apreciación de la eficacia de tales medidas, donde radica, únicamente, la facultad discrecional de la Administración, controlable, claro está, jurisdiccionalmente; facultad que ha de recaer sobre la naturaleza, instalación y funcionamiento de esas medidas, y no sobre circunstancias externas o extrañas al funcionamiento e instalación de las mismas».

Son los expuestos algunos ejemplos del esfuerzo de la Jurisdicción por hacer posible, por una parte, el control de la Administración en supuestos en los que, ante el uso de la discrecionalidad y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, es fácil deslizamiento hacia la arbitrariedad o la desviación de poder, y, por otra, el eficaz ejercicio de facultades de que aquélla está investida a fin de ejercer las potestades que le reconoce el artículo 103 de la Constitución de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

## 5. JERARQUIA NORMATIVA

La redacción de un Plan General de Ordenación Urbana presenta dificultades nacidas, primordialmente, de ser una singular tarea interdisciplinar. Sus autores, dedicados al cultivo de ciencias, técnicas o artes diferentes, han de llegar a acuerdos que coordinen normas jurídicas, dimensiones, espacios, usos, planos, fichas. Se hace necesario, incluso, prever la existencia de contradicciones y proveer, en consecuencia, a su solución, estableciendo, por ejemplo, una jerarquía entre unas y otras determinaciones.

Por no respetar la jerarquía normativa fueron declarados nulos por la Jurisdicción un elevado número de artículos de las Normas Urbanísticas del vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid con fecha 7 de marzo de 1985. Como cualquier sistema, al quedar privado de algunos de sus elementos fundamentales (p. ej., cesiones en suelo urbano a través de la denominada reparcelación económica), perdió solidez y coherencia. Sus autores, con voluntad, en mi opinión plausible, de colmar insuficiencias de los textos legales preconstitucionales (Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, Reglamento de Planeamiento y Reglamento de Gestión Urbanística, ambos para desarrollar el anterior Texto Refundido), adaptaron en algunas materias las determinaciones de dicho Plan General a los principios recogidos en los artículos 9.2, 45, 46 y 47 de la Constitución, aun forzando la interpretación de aquellos preceptos legales y reglamentarios promulgados con anterioridad a la Constitución.

Esta solución, sin embargo, no fue aceptada por los Tribunales porque el propio artículo 53.3 del tex-

to constitucional establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título Primero (entre los que están los citados artículos 45, 46 y 47) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos pero sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Sólo mediante su definición legal pueden los derechos y obligaciones, derivados de aquéllos, tener efectividad. Al no recoger la Ley formal tales principios en su texto, el Plan General en su articulación, por estar subordinado a las Leyes y a sus Reglamentos, no puede ignorar las prescripciones de éstos, pues, de lo contrario, ha de ser declarado no conforme a Derecho y, consiguientemente, debe ser anulado, como ha sucedido con gran parte del articulado del mentado Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (entre otros artículos 2.5.9; 2.5.12; 3.4.11; 6.2.5.; 6.2.6; 6.2.8; 6.2.9; 6.2.10; 7.1.1.3; 7.1.1.4; 7.2.4; 7.2.7; 7.2.8; 7.2.9; 10.2.1 y 10.2.2).

Antes de que el Tribunal Supremo acogiese la tesis que se acaba de exponer, la deliberación en el Tribunal Superior de Justicia estuvo envuelta en polémica, que se reflejó en votos disidentes de la mayoría, al estimar que la conclusión mayoritaria era contraria al valor normativo de los referidos artículos 45, 46 y 47 de la Constitución, ya que ésta colma insuficiencias de los textos legales aplicables y así está vedada, como reconoce expresamente la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 5.1, 6 y 7, cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contrario a los valores por aquélla proclamados, de manera que, según el propio artículo 53.3 de la Constitución anteriormente transcrito, los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título Primero, entre los que están los ya citados, han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Comentado esta jurisprudencia así como los votos particulares que se emitieron en su día, el Profesor López-Jurado Escribano, del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, opinaba (Revista «Poder Judicial», 2.ª época, n.º 15, septiembre 1989, páginas 173 a 184) que «la aptitud de los Planes Generales Municipales de Ordenación —como instrumentos de ordenación integral— para modular, matizar e incluso para modificar previsiones de la Ley del Suelo y de sus Reglamentos de desarrollo se ha convertido, en la actualidad, en un problema crucial de nuestro derecho urbanístico. Las concepciones a que responden estos Planes Generales no son, en algunos casos, las que sustentaban los redactores de la Ley del Suelo. El choque entre ideas distintas de lo que ha de ser la función pública urbanística se hace, así, inevitable. De esa confrontación surge el derecho urbanístico, considerado no ya como conjunto de normas y preceptos sino como tarea de ajustamiento teórico-práctico en la que la Constitución española tiene mucho que decir», para más adelante afirmar que el razonamiento, en el que se sostiene que, dada la naturaleza normativa de los Planes Urbanísticos, sólo en la medida en que éstos se ajusten a la Ley, pueden sus determinaciones tenerse por conformes con

el Ordenamiento Jurídico, es impecable y, desde luego, el más seguro, pero admite que puede quedar seriamente erosionado por el reconocimiento de principios constitucionales, concretamente, en el caso comentado, el proclamado por el párrafo último del artículo 47 de la Constitución.

El vigente ordenamiento urbanístico, a partir de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (BOE de 27 de julio de 1990), constituido fundamentalmente por el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, (aparte de las singulares normas urbanísticas autonómicas) ha positivizado todos aquellos principios constitucionales, de forma que en la actualidad las mencionadas determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que anularon los Tribunales, hubiesen tenido plena cobertura legal. En definitiva, la Administración se anticipó al legislador y una Jurisdicción cuidadosa del principio de jerarquía normativa situó a aquélla en su lugar, impidiendo que se arrogase atribuciones de las que, constitucionalmente, carece por muy loable y justa que fuese la finalidad pretendida.

## 6. DEFECTOS EN LA DELEGACION

Los artículos 228.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/76 [artículo 275.1.a) del vigente, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992] y 49 a) de la Ley de Medidas de Disciplina Urbanística de la Comunidad e Madrid, atribuyen a los Alcaldes, dentro del ámbito municipal, competencia para imponer multas por infracciones urbanísticas.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se suscitó la cuestión de si el Gerente Municipal de Urbanismo ostenta facultades delegadas del Alcalde de Madrid para sancionar con multas las infracciones urbanísticas. La Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid fue creada por acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento, de fecha 27 de noviembre de 1964, previa aprobación, entonces preceptiva, de los Ministerios de Gobernación y de la Vivienda, al amparo de la Ley 121/1963, de 2 de diciembre, del Área Metropolitana de Madrid (artículos 17 a 19) y de su Reglamento, aprobado por Decreto 3088/1964, de 28 de septiembre (artículos 46 a 51).

Por indefinición de los textos reglamentarios y ausencia de una expresa delegación, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para evitar una interpretación que desembocase en una especie de «*amnistía*» urbanística, realizó, en su sentencia de fecha 1 de marzo de 1990 (Recurso 201/87), confirmada por otra de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 1992 (Recurso de apelación 5385/90), un «*afiliado silogismo*» para declarar conformes a derecho los actos sancionadores del Gerente Municipal de Urbanismo de Madrid.

A diferencia de la Ley del Área Metropolitana de

Madrid, el Reglamento para su desarrollo (artículo 48.2) contiene una enumeración no exhaustiva de atribuciones de la Gerencia, en la que no se incluye la potestad de imponer sanciones, aunque hace referencia, en su último apartado, a «las demás funciones que el Ayuntamiento de Madrid se atribuya». Esta misma cláusula abierta aparece reproducida en el Reglamento de Régimen Interior de la Gerencia, aprobado por acuerdo del Pleno Municipal de 27 de enero de 1969, modificado por otro de 30 de septiembre de 1983 (BOCM 11-2-84). Esta reforma introdujo una importante modificación, al incluir expresamente entre las atribuciones del Gerente (artículo 12.12) la de «imponer sanciones por infracción de Ordenanzas y, en general, por infracciones urbanísticas».

El Tribunal, a fin de considerar dotadas de plena cobertura las sanciones impuestas por el Gerente Municipal de Urbanismo, a pesar de no existir delegación expresa del Alcalde, como titular originario de la potestad sancionadora, declara que «no puede ignorarse que la atribución competencial en favor del Gerente, contenida en el citado artículo 12.12 del Reglamento de Régimen Interior fue aprobada en su día por el Pleno del Ayuntamiento, presidido por el Alcalde, y que es el mismo Alcalde quien ostenta asimismo la condición de Presidente del Consejo de la Gerencia Municipal y quien designa libremente a la persona del Gerente (artículos 7 y 18 del citado Reglamento de Régimen Interior). Concurriendo las circunstancias señaladas, puede razonablemente considerarse que el precepto reglamentario que atribuye al Gerente la facultad de imponer sanciones lleva implícita la delegación del Alcalde para el ejercicio de la potestad, habiendo quedado yustapuestas o confundidas en uno solo los dos actos o momentos que configuran la delegación, esto es, el acto de delegación por el Alcalde y el momento en que el Pleno queda enterado de tal delegación».

A pesar de la justificación dada por la Sala, ésta señala que habría resultado indudablemente clarificador la constancia de una resolución expresa del Alcalde, delegando tal potestad sancionadora, al tiempo que expresa que, aun en el momento presente, el dictado por el Alcalde de un acto de tal naturaleza contribuiría sin duda a evitar que la cuestión sea de nuevo suscitada. Ignoramos la efectividad que haya podido tener esta invitación, lo cierto es que los Tribunales se ven obligados al espíritu y finalidad de las normas, como previene el artículo 3.1 del Código Civil, para salvar defectos de técnica en la elaboración de las mismas.

## **7. LA JURISPRUDENCIA COMO TAREA COLECTIVA**

La larga y premiosa exposición, que hemos realizado, de criterios y orientaciones jurisprudenciales puede ofrecer, al menos, una borrosa imagen de la situación actual en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, posiblemente, no sea ajena a lo que sucede en los demás órdenes jurisdiccionales. No creo que sea este un momento preclaro para la Justicia en España, aunque tampoco sea tan negro

como a veces se pinta. Es cierto que es historia la existencia de una jurisprudencia lenta, firme, estudiada y docta, con construcciones jurídicas muy sólidas y elaboradas. Basta examinar los repertorios de jurisprudencia para comprobar las diferencias: el laborioso razonamiento ha sido desplazado por la intuición y la improvisación. La doctrina del Tribunal Supremo ha perdido prestigio a pesar de la «*auctoritas*» que legalmente tiene. No es infrecuente oír que los jueces no consultan las sentencias del Alto Tribunal porque carecen de doctrina o ésta es confusa y contradictoria, al tiempo que, en los ámbitos forenses, se comenta que las decisiones de los Juzgados y Tribunales de instancia son incomprensibles, incoherentes y, en muchos casos, inesperadas e inútiles, llegando a decirse que si se acierta es por casualidad.

Una de las causas que, en mi opinión, ha conducido a este desorden es la falta de cohesión dentro del sistema judicial por un excesivo personalismo de los jueces y magistrados. Raramente tienen éstos conciencia de estar empeñados en una tarea colectiva al servicio de una sociedad en evolución. Cada juzgador se ha atrincherado en un individualismo destructor de cualquier solución válida colectivamente para exhibir, con un incierto impudor en ocasiones, sus convicciones. El contagio de la singularidad ha llegado hasta los Tribunales colegiados, que han perdido su significado para transformarse en la palestra desde la que cada ponente realiza sus ensayos y formula sus conclusiones. El anonimato, propio de la colegialidad, ha cedido paso a un cierto protagonismo connatural al voto particular y discrepante pero impropio de las sentencias, de manera que se han invertido los términos, al transformarse la opinión disidente en la decisión de uno ratificada por los demás. Se habla, en ocasiones, de una especie de pacto de asumir como colectivas las opiniones individuales del ponente siempre que éste modere su léxico. Lo que puede ser campo abonado en Juzgados o Tribunales unipersonales ha encontrado su caldo de cultivo en los colegiados, desnaturalizando éstos.

Es obligado y justo que el juez resuelva según su leal saber y entender, pero no es menos exigible y razonable que cuando la decisión sea «rupturista» se justifique hasta la saciedad, y hemos de convenir que menudean en exceso las resoluciones «atípicas» o «revolucionarias» gratuitas. No se puede negar que la evolución jurisprudencial se impulsa desde las instancias, fundamentalmente la primera, pero ello exige, como venía siendo habitual, bagaje conceptual y pertrechos jurídicos, de los que, incluso haciendo gala de ello, se prescinde para exponer opiniones sin rigor o atender a razones coyunturales cuando no oportunistas. Tan negativo es en un Tribunal colegiado plegarse a la mayoría, cuando se tienen fundadas razones de discrepancia, como disentir sin fundamento de la doctrina jurisprudencial consolidada por muy respetables que sean las convicciones del juzgador.

Creo que esta falta de sentido colectivo de la jurisprudencia obedece a dos causas. La primera, el caso omiso que los jueces y magistrados hacen de la doctrina legal; la otra, la desatención del Tribunal Supremo a los muy atendibles argumentos de los

Tribunales de instancia cuando se apartan de sus criterios y orientaciones. Tan nefasto es para el fin de la Justicia eludir la doctrina legal como omitir el diálogo con los Juzgados y Tribunales de instancia, ya sea para aceptar o para rechazar sus argumentos. La posición institucional que aquél y éstos tienen hace insustituibles sus respectivas funciones. Ni los Juzgados y Tribunales de instancia, por muy sabios y prudentes que sean sus titulares, pueden complementar las fuentes del derecho (artículo 1.6 del Código Civil) ni el Tribunal de Casación tiene idoneidad para valorar la prueba o para precisar la casuística propia de los hechos (sobre el valor de la Jurisprudencia ha versado el discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo, don Pascual Sala Sánchez, en la apertura del presente año judicial 1993-1994).

Hace algún tiempo el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Ramón Montero, me manifestaba su sorpresa porque algunos Tribunales de Audiencias Provinciales parecían estar empeñados en invertir el significado de la Jurisprudencia, al considerar que es el Tribunal Supremo quien debería aceptar su doctrina en lugar de resolver según las orientaciones y criterios fijados en sentencias pronunciadas por éste. Por mi parte he podido, desde la experiencia en Juzgados y Tribunales de instancia, apreciar la desatención que, en numerosas ocasiones, ha mostrado el Tribunal Supremo por los argumentos y razones expuestas en las sentencias impugnadas, a pesar de la solidez de aquéllos, cuando ofrecían soluciones inéditas en supuestos singulares. Las argumentaciones del Alto Tribunal discurrían con una lógica ajena por completo a las consideraciones expuestas en las resoluciones objeto del recurso para limitarse a reproducir sus propias tesis, sin contrastarlas siquiera con las del Tribunal «a quo», que, correcta o incorrectamente, había dado nuevas respuestas a cada una de las alegaciones de los litigantes.

Es necesario recuperar el debate porque, si bien la decisión judicial es individual, la tarea de la Jurisdicción es colectiva. Sólo el diálogo continuo y permanente de los Jueces y Tribunales, a través de sus resoluciones, es capaz de dar a la Jurisprudencia la coherencia imprescindible para ser válida y eficaz socialmente. En esta tarea, tan importante es tener en cuenta la labor ajena ya realizada como prever la trascendencia que la propia ha de tener en el futuro. Al Tribunal de Casación corresponde actuar como moderador y unificador de criterios, pero dejando siempre caminos abiertos que permitan nuevas respuestas al devenir incesante.

No es fácil la cohesión y unificación de criterios en Tribunales de tan elevado número de miembros como tienen algunas Salas del Tribunal Supremo, ciertas Audiencias Provinciales y varias Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Precisamente por esta razón, el esfuerzo para alcanzarlo ha de ser producto de la convicción sobre la naturaleza colectiva de la Jurisprudencia, a cuyo fin ha de hacerse un uso más frecuente en dichos Tribunales y Salas de lo establecido por el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de las dificultades que pueda

suponer y de la renuncia de los magistrados a tal práctica.

Es destacable que los jueces de ciertas estructuras judiciales, donde más atención se presta a su personalidad, preparación y convicciones, tengan un más alto sentido del carácter colectivo de su tarea (Burt Neuborne. «El Tribunal Supremo y los Derechos Civiles» año 1992. Traducción española de Eduardo Calvo Rojas). Sin embargo, los magistrados que se integran en cuerpos funcionariales llevan a cabo un trabajo fragmentario y disperso. Cabría atribuirlo, en parte, a una especie de reacción frente a la unificación y uniformidad colegial, que los primeros no necesitan porque su selección para el cargo se hace «intuitu personae».

La tradicional mención en nuestros repertorios y citas jurisprudenciales del ponente es un efecto más de la insidiosa creencia de que la resolución es obra de éste, hasta el extremo de atribuirse al mismo los aciertos o desaciertos de aquélla, lo que favorece la inversión aludida de considerar que el Tribunal asume la tesis del ponente en vez de limitarse éste a exponer la convicción de aquél. Se llega tan lejos que son frecuentes las deliberaciones en las que no hay más protagonista que el ponente, surgiendo, a lo sumo, un magistrado antagonista, sometiéndose ambas tesis al voto colectivo, que se reduce a apoyar una u otra.

Si analizamos la Jurisprudencia contradictoria de una misma Sala del Tribunal Supremo, se observa que detrás se encuentran la personalidad y convicciones de los respectivos ponentes. Es por todos conocido que las discrepancias en las sentencias, antes expuestas, sobre la validez o nulidad del artículo 81.35 del Reglamento General de Policía de Espectáculos, aprobado por Real Decreto 2816/82, de 27 de agosto, se personifican en quienes fueron sus ponentes, Rafael Mendizábal, que sostuvo la nulidad, y Paulino Martín, que mantuvo después lo contrario. Esta circunstancia se da en casi todos los supuestos de contradicciones jurisprudenciales que hemos estudiado, por lo que no cabe considerar nuestra Jurisprudencia como una síntesis del pensamiento e ideas de los jueces que la crearon antes y de los que la elaboran en la actualidad.

Una comparación, muy usada por los autores para explicar el significado del precedente en el sistema judicial anglosajón, puede ser útil para expresar mejor y más brevemente lo que acabo de exponer. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América se ha equiparado tradicionalmente a la redacción de una misma novela por varios autores a lo largo del tiempo, de manera que quien redacta la misma parte tiene muy en cuenta que otros han de continuar escribiéndola, y los posteriores no pueden prescindir de lo escrito por los primeros. La tarea colectiva de la Jurisprudencia convierte a los titulares de la Jurisdicción en eslabones de un único proceso histórico.

## 8. LA NORMA Y SU APLICACION JUDICIAL

Con el fin de resumir algunas ideas generales, cabe sintetizar las siguientes conclusiones:

- a) Las normas tienen vocación de generalidad mientras que la Jurisdicción se manifiesta en la litigiosidad concreta. Las leyes, Reglamentos y Ordenanzas se desnaturalizan cuando regulan un caso único y, por el contrario, la Jurisprudencia pierde efectividad al formular declaraciones de carácter general. A diferencia de los Parlamentos y de la Administración, los Tribunales carecen de los medios e instrumentos necesarios e imprescindibles para elaborar normas con eficacia general.
- b) La masiva producción normativa es fuente segura de imprecisiones técnicas y de incoherencias en su estructura con el consiguiente aumento de la inseguridad y subsiguiente litigiosidad. La redacción de los textos legales es tarea muy laboriosa, que exige la cooperación interdisciplinar. No puede ser preferida ni la participación de especialistas en la materia ni la colaboración de juristas. La armonía entre el rigor técnico y la exactitud jurídica son imprescindibles para legislar correcta y razonablemente. El apresuramiento es el mejor aliado de la insensatez y desatino de las normas.
- c) El sistema jurídico carece de vacíos, se abate ante el «horror vacui». Los Jueces y Tribunales, con sus decisiones, lo colman y completan. Por ello, las omisiones, oscuridades, inexactitudes o imprecisiones de la norma quedan salvadas con la labor jurisprudencial, pero, hasta su logro, la incertidumbre hace presa del ciudadano y quebranta el crédito de las instituciones públicas.
- d) Los valores constitucionalmente proclamados y los principios generales del Derecho sirven de orientación y pauta, pero sólo la certeza de la norma es garantía de firmeza y seguridad, al tiempo que salvaguarda de la confianza ciudadana.
- e) La trascendencia o incidencia de la resolución judicial en la ordenada convivencia debe ser un criterio clave de la tarea jurisprudencial. No parece razonable el aforismo «fiat iustitia, pereat mundus», sino que, antes bien, debe ser realidad el contrario «fiat iustitia ne pereat mundus». De aquí que los Jueces y Tribunales no deban desentenderse de las consecuencias que puedan producir sus resoluciones.
- f) Cualquier potestad está conferida con el significado del deber. Sólo así son comprensibles el arbitrio y la discrecionalidad.
- g) La interpretación jurisprudencial determina, por los signos externos, el mandato contenido en la norma, al tiempo que averigua lo que tiene valor normativo.
- h) Siempre que la norma admita una interpretación conforme a Derecho ha de ser mantenida y respetada, de manera que la Jurisdicción debe declarar su validez cuando se aplique según su contenido legítimo.
- i) El sistema jurídico es un conjunto de signos para la ordenada comunicación de intereses en una colectividad, al que el tiempo, mediante el uso, hace evolucionar. El ordenamiento jurídico positivo es un elemento del sistema que ni lo determina ni lo consuma sino que lo encauza, al igual que hace la Jurisprudencia.

# El pagaré en blanco: La historia interminable

Rafael SARAZA JIMENA

## I. UN DÍA EN LA VIDA DE UN APODERADO DE BANCO

Algunos clientes de Cajas de Ahorro se han encontrado con que al firmar la diversa documentación necesaria para la concesión de un préstamo, aparece un *papelito* en el que con letras mayúsculas dice: PAGARE. Si lo hubieran leído antes de firmarlo, cosa que no suele hacerse en estos casos por los nervios propios del que se está entramando, se hubieran encontrado con la sorpresa de ver que se estaban obligando a pagar al banco (para entendernos, porque lo de Caja confunde a veces) una cantidad que no aparece en el texto del *papelito*, porque ya la pondrá en su día la entidad, si hace falta. Tampoco aparece en el texto del *papelito* (al menos en algunos casos) el interés de demora que habrá de abonar el cliente en caso de no pagar el pagaré, porque, usted siga sin preocuparse, eso también lo pondrá en su día el banco. Aunque, la verdad, será igual que lo hubiera usted leído detenidamente, porque como el dinero le hace falta, lo habría firmado de todas formas, y sólo le habría servido para cabrear. Y, la verdad, no merece la pena, que para tres días que vamos a vivir...

## II. LA CERRADURA Y EL LADRON

Esto empieza a parecerse a la cerradura y el ladrón (y lo del ladrón no va con segundas). Si se inventa una cerradura más segura, el ladrón ya inventará el modo de descerrarla. En el tema del control judicial de la actividad de los bancos, y concretamente de la corrección de sus reclamaciones (sobre todo las que se realizan por cauces procesales privilegiados que disminuyen las garantías de los deudores), si se avanza en los mecanismos de control en un determinado aspecto, los bancos inventan un medio de eludir ese control.

## III. REMEDIO CONTRA JUECES PEJIGUERAS

Así, como empezaba a haber una serie de jueces un tanto *pejigueras* (según la Real Academia, *cualquier cosa que sin traernos gran provecho nos pone en embarazo y dificultad*, calificativo que les viene

ni pintado) que empezaban a controlar el despacho de ejecución en los juicios ejecutivos basados en pólizas bancarias, rompiendo así con la sacrosanta tradición respetada desde siempre en nuestros juzgados de que quienes despachaban ejecución eran los oficiales, pues un buen día a alguna mente preclara\* se le ocurrió lo del pagaré en blanco: usted firma la póliza de préstamo, el seguro de vida que tiene que hacerse por si no dura lo que el préstamo, y además este pagaré en el que no aparece ni la cantidad ni el interés de demora. Si usted no paga como es debido (o si nosotros entendemos que usted no paga como es debido, que viene a ser lo mismo), sacamos el pagaré en blanco de la carpetita y rellenamos: a ver, este señor debe tanto de capital, tanto de intereses ordinarios, tanto de intereses de demora, tanto de comisiones (me parece que las que le he puesto son más altas que las que aparecen en el contrato que firmó, pero todo sube, qué caray), le ponemos el interés de demora (que sería el que el banco tuviera establecido para los intereses de descubierto en cada momento), le añadimos también la declaración sustitutiva del protesto, que para eso la presentación al pago estaba prevista en la cuenta corriente que tiene abierta este señor en la sucursal, y lo mandamos al abogado para que presente el ejecutivo. Y ahora, el deudor, después de embargarle los bienes, que plantee la excepción de *complemento abusivo* del pagaré (que es la típica excepción que sólo sirve para hacer tesis doctorales, porque si yo mismo no me entero bien de dónde ha salido la cantidad que finalmente hemos puesto en el pagaré, a ver cómo va a demostrar el cliente que el complemento del pagaré ha sido incorrecto).

## IV. HABLANDO DE BUENA FE Y DE FRAUDE DE LEY (O SEA, UNA DE INDIOS)

El juez de primera instancia ha empezado a ver pólizas de préstamo en las que viene una condición general que dice así: «se conviene la incorporación de las obligaciones de pago de capital e intereses que se deriven para los prestatarios y fiadores, del presente contrato de préstamo, en un PAGARE emitido por los prestatarios, nominativo, a favor de la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE... y con el aval

\* En las XXXI Jornadas de Asesores Jurídicos de Cajas de Ahorro, celebradas en Lisboa, en mayo de 1989, D. Pedro Teres Quiles, Jefe de la Asesoría Jurídica de la Caja de Ahorro Layetana, expuso la idea, que fue desarrollada en las siguientes Jornadas de estos asesores, celebradas en Madrid, en diciembre de 1989, por D. Sebastián Sastre Papiol, siendo publicada su comu-

nicación en el n.º 44 de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, año 1991, bajo el título «el pagaré como instrumento de garantía de las operaciones de préstamo». En la misma se indica la condición de profesor universitario del Sr. Sastre Papiol, aunque, seguramente por un error de imprenta, se silencia que el mismo es directivo de una Caja de Ahorro.

de los fiadores del préstamo... El pagaré se emite en esta fecha y con vencimiento a la vista, dejándose su importe en blanco, de conformidad con los artículos 12 y 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985. Los prestatarios y fiadores autorizan expresamente a la CAJA para que ésta pueda completar dicho importe con la cantidad que resulte de la liquidación prevista en la condición 14 de este contrato; es decir, que los prestatarios y fiadores aceptan como cierta, líquida, vencida y exigible, a efectos de su incorporación al pagaré como importe del mismo y ejercicio de acciones que de éste se deriven en reclamación de dicho importe, la cantidad especificada expedida por la Caja y expresiva del saldo que resulte a cargo de la parte prestataria».

Así que, un buen día, después de ver unos cuantos pagarés rarísimos, emitidos no a la orden, por cantidades extrañas y con un interés de demora muy elevado, en el que la cantidad, el tipo de interés de demora y alguna otra mención están escritos mediante impresora, mientras que el resto del pagaré se nota que es de imprenta, se le enciende a uno la bombillita y se da cuenta de que se trata de un pagaré en blanco que el usuario del banco ha tenido que firmar, en base a esa dichosa condición general, si quería que le dieran el préstamo. Y empieza a discurrir.

Se acuerda de que el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal», y que el art. 6.4 del Código Civil dice que «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

Es por ello que solicita el contrato causal en base al cual fue emitido el pagaré presentado con la demanda, a fin de comprobar si efectivamente el pagaré ha sido emitido en términos similares a los antes descritos. Entiende que la parte actora no puede ampararse en el carácter abstracto del pagaré para encubrir un fraude de ley de la envergadura del descrito. Como recuerda Díez-Picazo (en su obra «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», 2.ª edición, 1983, página 50, bajo el epígrafe «la buena fe y la moralización de las relaciones económicas»), «es una lucha en favor de la moralización la tendencia a la interdicción o, por lo menos, a la reducción del campo de operatividad de los negocios abstractos con el fin de conocer las situaciones subyacentes y no otorgar la protección jurídica a aquellos que no aparezcan como signos de ella».

Así que la entidad actora le aporta el contrato de préstamo, en el que efectivamente aparece la condición general en cuestión, y el juez deniega el despacho de ejecución en base a la existencia de ese fraude de ley. La entidad bancaria recurre en reposición, y dice que se ha pedido ejecución en base a un pagaré, sin que se haya infringido ningún precepto de la Ley Cambiaria. El juez resuelve la reposición, y como es buen chico, se *empolla* a Díez-Pi-

cazo, a Eduardo Polo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero, y todo lo que haya que *empollarse*, y le explica al abogado del banco la diferencia entre la contravención de ley y el fraude de ley, algo que, por otra parte, el abogado ya sabía.

De este modo, dice el juez que la institución del fraude de ley está prevista con carácter general para todo el ordenamiento jurídico, en el artículo 6.4 del Código Civil, en la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que articuló la Ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo, estableciendo que «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». El concepto de fraude no es inequívoco ni aparece utilizado en los textos legales siempre en el mismo sentido; pero es posible encontrar en la *mens legis* una serie de raíces que determinan unos rasgos unitarios. En su sentido primitivo, la palabra fraude fue sinónimo de daño o de perjuicio. Existen numerosos textos romanos en los que la traducción de *fraus* por daño parece imponerse. *Fraus* es la ruptura de la regla de conducta, la ofensa al derecho o la violación del imperativo. En el fraude hay siempre, por una parte, un medio o mecanismo utilizado y por otra, un fin o resultado perseguido. El medio o mecanismo se presenta, *prima facie*, como un aparato engañoso, como un subterfugio, como un ardid. El resultado final es una frustración, en el sentido de haber hecho vano algo, de haberlo eludido, o de haber destruido una *spes* que de tal modo resulta fallida. Aplicada esta idea dentro del mundo de los fenómenos jurídicos, aparece efectivamente claro que el *fraus* es una determinada manera de comportarse frente a los deberes jurídicos que se imponen a las personas. Frente a las reglas de Derecho y a los deberes jurídicos puede la persona infringirlos de una manera frontal y paladina, produciéndose entonces una evidente contravención de la norma y un acto *contra legem*. Por contra, el acto fraudulento es una manera de eludir las reglas del Derecho, de hacerlas vanas y de sustraerse a ellas, no infringiéndolas frontalmente, sino buscando un medio artificioso o un subterfugio. Esto, por otra parte, no es nada nuevo. Tal distinción fue ya realizada en el Derecho Romano; en época de Paulo y de Ulpiano aparecen los famosos textos en los cuales se contraponen el *contra legem agere* y el *in fraudem legis agere*. El texto de Paulo, que es el más conocido, dice así: *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*, lo que, traducido por quien suspendía sistemáticamente el latín, viene a decir algo así como que «viola la ley el que hace aquello que la ley prohíbe, y defrauda la ley aquel que respetando su letra, elude el espíritu o voluntad de la ley».

Tal institución del fraude de ley, así como las de la buena fe, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, responden a una concepción del ordenamiento jurídico conforme a la cual, el ordenamiento jurídico positivo, en su función reguladora de las relaciones y situaciones interindividuales, conce-

de a determinados sujetos unas facultades que implican la posibilidad de exigir de los demás una cierta conducta activa u omisiva: son los derechos subjetivos; pero, en contra de lo que a primera vista pudiese pensarse, el legislador, una vez reconocido el derecho subjetivo, no se desentiende del mismo abandonándolo en manos de su titular, sin preocuparse de si éste lo utiliza o no, o de si, en su caso, lo utiliza dentro de los límites y con la finalidad que el ordenamiento jurídico previó. Por el contrario, la experiencia enseña cómo el modo de utilización de los derechos subjetivos interesa sobremanera a la comunidad, quien, para protegerse de los perjuicios que un uso inadecuado de los mismos podría ocasionarle, arbitra diversos procedimientos defensivos, entre los que están las referidas instituciones. Nuestro Código Civil en su redacción original, imbuido del espíritu individualista propio del Estado Liberal decimonónico, y proyectado sobre el modelo del *Code Civil* francés, no acertó a incluir en sus disposiciones ninguna fórmula general correctora de dichas disfunciones. Con el paso del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia fueron introduciéndolas, y asimismo empezaron a ser recogidas en el derecho positivo, en primer lugar en determinadas parcelas del mismo como, por ejemplo, en el Derecho arrendatario urbano, dado su especial carácter de Derecho social y tuitivo y, posteriormente, con carácter general para todo el ordenamiento jurídico con la reforma del Título Preliminar del Código Civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue aceptando la elaboración doctrinal de la figura del fraude de ley, reconociéndola expresamente en su sentencia de 13 de junio de 1959, según la cual, un acto, para ser calificado como fraude de ley, precisa:

- 1.º Acto o actos que contrarían la finalidad práctica de la Ley defraudadora, suponiendo su violación efectiva, entendiéndose los autores que el acto *in fraudem legis* será nulo siempre que la Ley, según recta interpretación, quisiese evitar la realización del resultado práctico obtenido, pero no si sólo quisiera prohibir el medio elegido para la realización del resultado.
- 2.º Que la Ley en que se ampara el acto o actos —Ley de cobertura— no tenga el fin de protegerlos —aunque pueden incluirse por su materia en la clase de los regularlos por ella— por no constituir el supuesto normal o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes o perjudicar a terceros, no siendo necesario que la persona que realice el acto o actos en fraude tenga la intención de burlar la ley, ni, consiguientemente, la prueba de la misma, porque el fin único de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa, del que se encargan otras instituciones.

En el supuesto de autor —sigue diciendo el juez, que como vemos cada vez se pone más *pejiguera*—, la ley que la parte actora ha pretendido eludir, haciéndola vana, sustrayéndose a su aplicación y contrariando su finalidad práctica está constituida por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las concordantes de otros cuerpos legales como, por

ejemplo, el Código de Comercio que regulan el juicio ejecutivo en base a pólizas mercantiles, en cuanto a las garantías que en las mismas se contienen para el deudor. En el supuesto discutido, las partes suscribieron una póliza de préstamo. Pues bien, las pólizas mercantiles de préstamo, crédito y financiación, como la firmada por las partes en el presente supuesto, tienen un cauce legal típico para obtener su ejecución, que es el previsto en los arts. 1.429.6 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otros cuerpos legales, en el que se prevén una serie de garantías para el deudor. La emisión de un pagaré en blanco se hace con la finalidad de abrir la vía del juicio ejecutivo a la reclamación que haga la autora de la deuda derivada de la suscripción del contrato mercantil, pero eludiendo la aplicación de las leyes reguladoras del juicio ejecutivo basado en póliza y de las garantías para el deudor contenidas en dichas normas legales.

Han de examinarse cuáles son esas garantías para ver la gravedad de la conducta fraudulenta de la actora (ahora el juez se pone solemne):

- 1.º La primera garantía de la que se priva al prestatario mediante la ausencia de la intervención de la póliza de préstamo, crédito o financiación por el fedatario público exigida en el art. 1.429.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su sustitución por un pagaré firmado en blanco en garantía del préstamo a fin de poder reclamar el importe en vía ejecutiva, es la que se deriva de la información y asesoramiento que los Corredores de Comercio colegiados vienen obligados a prestar según la legislación mercantil. A tenor de lo dispuesto en el art. 95.2 del Código de Comercio, es obligación de los agentes colegiados «proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes». Y, desarrollando el contenido de sus funciones, el art. 80.2 del Reglamento de Corredores, de 27 de mayo de 1959, añade: «esta intervención consistirá, por regla general, en aproximar y asesorar a las partes contratantes, mediar en el concierto de las operaciones, velando por la regularidad de los cambios y precios y por la observancia de los preceptos legales, y dar fe de lo concertado o cumplido con su intervención». Que en ciertos casos (por no decir en la mayoría) tal asesoramiento no se produzca en la realidad no significa que pueda eludirse por el acreedor el cumplimiento de la norma, pues, dicho incumplimiento de sus obligaciones por uno de los intervinientes en el procedimiento legalmente previsto para dar fuerza ejecutiva a las pólizas mercantiles no justifica a las entidades bancarias a eludir la aplicación de tales normas. Mediante el recurso a la emisión del pagaré en blanco, la entidad crediticia está privando al prestatario de la información y asesoramiento no sólo relativos a los aspectos económicos y financieros de la operación, sino también a los jurídicos y legales, que comporta la actuación de los Agentes mediadores a tenor de las disposiciones citadas. Se

trata de una cuestión, sin duda, importante, ya que la complejidad en el cálculo de los intereses y las amortizaciones exige una información exacta, precisa y clara, como dice el Código de Comercio, de los términos y de las consecuencias de la operación y requiere, asimismo, velar por la seguridad de los precios, como dice el Reglamento de Corredores, es decir, los intereses o precio del dinero y de la forma de calcularlos junto a las amortizaciones y a los eventuales intereses de demora pactados en el contrato. La gravedad se acentúa desde el momento en que la entidad crediticia impone al prestatario la celebración de un segundo negocio en garantía del cumplimiento del primero y a fin de conseguir un título que le dé acceso al juicio ejecutivo, sobre cuyas consecuencias jurídicas y económicas sería más necesario que nunca asesorar al deudor.

- 2.ª La ausencia de intervención por fedatario público de las pólizas de préstamo, crédito o financiación también sustrae a los prestatarios las garantías probatorias que, a efectos de despachar ejecución, supone la intervención de tales fedatarios en lo que afecta a la legitimidad de sus firmas (art. 95.1, en relación con el art. 93, del Código de Comercio).
- 3.ª La utilización del pagaré en blanco supone la desaparición de las garantías previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento de liquidación de la deuda dimanante de las pólizas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación. En estos casos de emisión de pagaré en blanco, el procedimiento de liquidación consistiría en que la entidad actora, unilateralmente, por medio de cualquiera de sus empleados, rellanaría el pagaré firmado en blanco con la cantidad que ella estimara oportuna si asimismo estimase que se ha producido incumplimiento por el prestatario. Y esa liquidación unilateral carecería de control alguno por el Corredor de Comercio sobre la corrección de la liquidación y su conformidad con lo pactado respecto a intereses, comisiones, imputación de pagos, etc., y respecto a la coincidencia de ese saldo con el que figura en la hoja contable de la cuenta abierta al deudor por la entidad deudora, posibilitando de este modo no ya la exigencia en vía ejecutiva de cantidades no justificadas, sino incluso de cantidades exorbitantes, ante la ausencia de control alguno previo al despacho de ejecución.

Como recuerda la tantas veces citada STC 14/1992, de 10 de febrero, no es admisible cualquier pacto de liquidez para dotar de fuerza ejecutiva a las pólizas de contratos mercantiles de las entidades crediticias, permitiendo que se consideren liquidadas las obligaciones dimanantes de los mismos, sino sólo las que se hayan liquidado respetando las exigencias del art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, asimismo, tratándose de contratos concertados con consumidores y

usuarios, las que respeten las exigencias de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones contenidas en el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Y, asimismo, resalta esta sentencia la importancia del control judicial del despacho de ejecución y la amplitud de la cognición del juez, expresando la necesidad de «que se ofrezca a su conocimiento los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art. 1.440, control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1.467.2 *in fine*)». Manifiesta el Tribunal Constitucional que en el despacho de ejecución basado en las pólizas mercantiles concertadas por las entidades crediticias en las que la liquidación de la obligación haya sido realizada por las mismas en base al pacto de liquidez, «nada resulta más alejado del texto legal que el despacho automático del mandamiento de ejecución (y del consiguiente embargo) para hacer el pago de sumas determinadas unilateralmente por la entidad acreedora y huérfanos de toda explicación y justificación».

Pues bien, es evidente que una condición general en la que la liquidación se confía exclusivamente a la entidad actora, pero se eliminan las garantías que para el deudor resulta de la intervención del Corredor de Comercio en la comprobación de la corrección de la liquidación y de la conformidad de dicho procedimiento de liquidación, constituye una supresión de garantías para el deudor no permitida por la legislación procesal, que en cuanto materia de orden público, configuradora del proceso que ha de desarrollarse con las debidas garantías para los litigantes en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución, está excluida de la disposición de las partes. Y la entidad bancaria pretende eludir no sólo los controles previstos en los juicios ejecutivos basados en pólizas mercantiles, sino, además, en concreto, la declaración judicial de nulidad de la condición general mediante la articulación de un negocio cambiario, abstracto, que elimine el control del negocio causal.

- 4.ª La utilización del pagaré en blanco priva al deudor principal y a los fiadores de la notificación de la cantidad exigible previa al inicio de la vía ejecutiva introducida por la Ley 10/1992 en el último inciso del art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 5.ª La utilización del pagaré en blanco supone la inversión de la carga de la prueba en caso de que el prestatario pretenda impugnar la corrección de la liquidación hecha por la entidad actora. Tratándose de un contrato mercantil concertado por una entidad bancaria, la STC 14/1992 tiene declarado que en los ejecutivos basados en tales pólizas mercantiles no se produce una inversión de la carga de la prueba. Manifiesta el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho 2.º que el art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

«no dispone que la certificación expedida por la entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible, una vez especificada por la entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, "se tendrá por líquida". Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que presuma que es cierta o verdadera, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el Auto 541/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada». Resalta a continuación el Alto Tribunal las diferencias existentes entre el precepto legal cuestionado y la Orden Ministerial de 21 de abril de 1950, manifestando que «en claro contraste con dicho precepto, nada hay en el precepto legal aquí cuestionado que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de las obligaciones, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del art. 1.214 del Código Civil, o las que especifican el valor y fuerza probatorias que despliegan los documentos privados, tanto en general (art. 1.228 del Código Civil) como en relación con los libros y documentos contables de los empresarios...». Y abundando sobre la no modificación en el juicio ejecutivo fundado en póliza mercantil de las reglas de la carga de la prueba, o lo que es lo mismo, en la no inversión de la carga de la prueba en perjuicio del ejecutado, se añade en el fundamento 3.º: «prueba cuya carga recaerá, ora sobre la entidad financiera acreedora, ora sobre el cliente, de conformidad con las reglas comunes, las cuales, como admite expresamente el Abogado del Estado, hacen que incumba a aquélla la acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión, cuyos antecedentes documentales y demás elementos probatorios obran en su poder, y al demandado la de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la obligación...». Como consecuencia de lo dicho, se dice en el fundamento 9.º que «...la preclusión del término probatorio no perjudica necesariamente al deudor, sino a la parte sobre la que pesa la carga de probar el hecho cuya acreditación no se logra...».

Pues bien, la elusión de la intervención de Corredor de Comercio y la utilización del pagaré hace que la ejecución de la póliza de préstamo se lleve a cabo no mediante un juicio ejecutivo basado en póliza mercantil del modo previsto en el art. 1.429.6 en relación a los arts. 1.435 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino mediante un juicio ejecutivo cambiario basado en un pagaré, del modo previsto en el art. 1.429.4 en relación con los arts. 94

y concordantes de la Ley Cambiaria y del Cheque. De ello se desprende que si el prestatario entiende que la liquidación ha sido realizada defectuosamente haya de plantear la excepción de complemento abusivo del pagaré firmado en blanco, recayendo en el mismo la carga de la prueba de dicho complemento abusivo.

De esta forma, la entidad acreedora, al predisponer la condición general relativa a la emisión del pagaré en blanco, y al expedirse en base a la misma un pagaré en blanco firmado por el prestatario y los avalistas, ha contrariado «la finalidad práctica de la Ley defraudada, suponiendo su violación efectiva», al conseguir el despacho de ejecución por la cantidad supuestamente adeudada por un contrato mercantil concertado por entidad bancaria, pero no por el procedimiento típico previsto en las Leyes procesales y mercantiles, que es la póliza mercantil intervenida por Corredor de Comercio y presentada a ejecución judicial del modo previsto en los arts. 1.429.6 y 1.435 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino por el procedimiento atípico del pagaré en blanco, completado unilateralmente, y sin control alguno, por la entidad acreedora y presentado a ejecución del modo previsto en el art. 1.429.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los preceptos de la Ley Cambiaria aplicables al pagaré.

El segundo requisito del fraude de ley exigido por la STS de 13 de junio de 1959 era «que la Ley en que se ampara el acto o actos (Ley de cobertura) no tenga el fin de protegerlos (aunque puedan incluirse por su materia en la clase de los regulados por ella) por no constituir el supuesto normal o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes o perjudicar a terceros».

Como se ha expresado anteriormente, estando previsto en la Ley un medio típico de ejecución de los contratos mercantiles suscritos por entidades crediticias, en el que se contienen las garantías para el deudor que el legislador ha entendido adecuadas para este tipo de contratos, y que en la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la STC 14/1992 son las adecuadas para la conformidad del procedimiento con el art. 24.2 de la Constitución, la utilización por la entidad acreedora de una Ley de cobertura en la que aunque pueda incluirse el supuesto, es claro que no constituye el supuesto normal y, además, constituye un medio para vulnerar abiertamente las garantías legales de la ejecución de las pólizas bancarias y perjudicar al prestatario, al que se le privan de estas garantías, encaja plenamente en la institución del fraude de ley.

Tratándose de un contrato concertado con consumidores y usuarios (y mientras no conste que la cantidad prestada se destina a actividades profesionales o empresariales ha de entender que así es) adquiere especial gravedad el fraude de ley que intenta cometerse, pues la condición general establecida en el contrato infringe radicalmente las exigencias de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones contenidas en el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y cuya ausencia provoca la nulidad de las condiciones generales de los contratos.

Falta la buena fe, en sentido objetivo, por cuanto

que la imposición de firma de un título cambiario y la supresión de garantías para el deudor en el juicio ejecutivo, repugna la sensibilidad de cualquier conciencia jurídica por la ausencia objetiva de buena fe. Y falta tal buena fe en sentido subjetivo por cuanto que esa condición general es impuesta por una entidad bancaria, con una superior posición no sólo económica, sino también de asistencia técnico-jurídica, al consumidor adherente, más débil económicamente y también en cuanto a asistencia técnico-jurídica, reforzada la debilidad en este último aspecto por la ausencia de información por el agente mediador ante la exclusión de la intervención de éste.

Y falta el justo equilibrio de las prestaciones porque la prestación suplementaria que se impone al consumidor de firma en blanco del pagaré no va contrarrestada por ninguna prestación suplementaria de la entidad crediticia, situando, además, al prestatario en una situación de desventaja en la relación jurídico-contractual por cuanto que la entidad actora se dota de un título ejecutivo que le abre la vía del juicio ejecutivo con menos garantías para el deudor que las que resultarían del juicio ejecutivo previsto para los contratos mercantiles, como antes se ha expuesto.

La inversión de la carga de la prueba que resulta del título ejecutivo cambiario (más exactamente, de la regulación del ejercicio de las acciones cambiarias derivadas del mismo) es contraria también a las exigencias del art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, provocando igualmente la nulidad de la condición general.

Ello supone igualmente una violación del orden público económico, expresión sectorial en el ámbito del Derecho patrimonial del «orden público» previsto en el artículo 1.255 del Código Civil, por cuanto

que se está infringiendo el principio constitucional de defensa de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, y por cuanto que se está violando la previsión que dicho orden público económico hace en cuanto a que la reclamación ejecutiva de la deuda resultante de contratos mercantiles concertados por entidades de préstamo, crédito y financiación se haga mediante el juicio ejecutivo regulado en los arts. 1.429.6, 1.435 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las garantías para el deudor contenidas en dichos preceptos, interpretados conforme a las exigencias dimanantes del derecho constitucional al proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la Constitución, según la doctrina contenida en la STC 14/1992, de 10 de febrero.

Vaya parrafada se ha soltado el tío. Qué plomo. La entidad bancaria recurre en apelación ante la Audiencia, y la siguiente vez recurre directamente la providencia requiriendo la aportación del contrato de préstamo en relación con el cual se ha expedido el pagaré. Y los autos llegan a la Audiencia...

## V. MENOS MAL QUE LA AUDIENCIA...

Este chico tiene unas cosas... Hay que ver las cosas que escribe. Parece que les tiene manía. Tanta Constitución, tanta Ley de Consumidores. Qué tendrá que ver eso con los bancos. Un pejiquera, lo que se dice un pejiquera. A ver, saca el auto tipo que tenemos para revocarle, ese que dice que el sagrado principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual del art. 1.255 del Código Civil, en el marco de la economía de libre mercado que establece el art. 38 de la Constitución.

Menos mal que la Audiencia...

# INTERNACIONAL

## Magistratura e ilegalidad difusa en Italia

María Rosaria FERRARESE

La relación entre magistratura y política puede implicar cosas diversas y estar sujeta a fases alternas. La más reciente historia italiana es un escaparate sumamente rico para individualizar algunas posibles variantes de tal relación, como se expondrá más adelante. Pero en general, es importante reiterar que la magistratura actúa en todo caso dentro y no fuera del sistema político: como Luhmann ha puesto eficazmente de manifiesto, ello significa que la acción de aquélla es en todo caso funcional al sistema político, cuando menos a través del uso de la fuerza física, que es un «servicio» que la magistratura desempeña en beneficio de las instituciones políticas, a las que libera de esta engorrosa carga<sup>1</sup>.

Sin embargo, en un estado liberal inspirado en Montesquieu, el ejercicio de la funcionalidad política de la magistratura se basa, paradójicamente, en su propia «neutralización política», es decir, en un abstenerse del desempeño de funciones directamente políticas. El campo de acción de la magistratura es por tanto ajeno a la búsqueda de cualquier finalidad de carácter político y adscrito de manera exclusiva a funciones de control de legalidad. Se puede, así, designar este modelo como caracterizado por atribuir a la magistratura una «función política implícita».

En el polo opuesto se encuentra el modelo que cabe designar como de la «función política explícita» de la magistratura, que ha hallado su mejor realización en la experiencia histórica y constitucional americana: en esta experiencia se da un estrecho parentesco entre jueces y política, tanto en el plano formal, a través de la existencia de sistemas de reclutamiento de jueces de carácter político, como en el sustancial, por la aceptación de un ejercicio de funciones de naturaleza política por parte de los jueces. Ambos aspectos tienen plena realidad en el caso de los jueces del Tribunal Supremo, que son de designación política (aunque el carácter vitalicio del cargo les haga independientes) y desarrollan funciones de opción política a través de su jurisprudencia. Hay, en fin, una versión extrema y desviada de este modelo que conduce a lo que podría llamarse un posicionamiento «partidista» de los jueces, cuando éstos, en el ejercicio de su función, se mues-

tran sensibles a opciones políticas de partidos concretos o receptivos a los deseos del que gobierna. No parece superfluo observar que estas situaciones extremas a menudo se ocultan bajo el manto de la vieja ideología de la «neutralidad» de la función judicial y han hallado espacio más en los países de cultura jurídica continental que en los del *common law*.

Es obvio que para paliar el esquematismo del diseño de los dos modelos tenidos en cuenta, habría que incluir también otras variables. Especialmente importantes al respecto pueden ser el sistema de las garantías institucionales de protección de la libertad de decisión de los jueces y la colocación institucional de la acusación pública. No obstante, cabe decir, precindiendo del peso que tales variables pueden tener en experiencias concretas, los índices de posible impregnación política de la magistratura se mueven entre los dos extremos a que se ha hecho mención.

El propósito de este trabajo es mostrar cuál ha sido la actitud de la magistratura en la más reciente experiencia italiana, en relación con estos dos modelos. La tesis que va a mantenerse es que, después de los años pasados en los que los fenómenos de politización de la magistratura han rozado muchas veces el modelo de la «función política explícita», y en ocasiones incluso el del posicionamiento «partidista» de una parte o de algunos sectores de la magistratura, en los últimos tiempos la imagen de la magistratura ha ido aproximándose a un modelo de «función política implícita», propio de la tradición liberal clásica.

Sin embargo, sería impropio hablar de la simple nueva propuesta de un modelo del pasado: la historia no se repite nunca de manera automática. Por eso, parece interesante apuntar algunos rasgos nuevos que caracterizan la más reciente imagen de la magistratura italiana, dentro de una tendencia a aproximarse a un viejo modelo de actuación.

Será útil hacer una precisión antes de adentrarse en la exposición. La imagen de la magistratura que va a describirse ha sido calcada sobre algunos sectores de la magistratura especialmente comprometidos en las vicisitudes del control y la represión de

<sup>1</sup> Cfr. N. Luhmann, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Ná-

poles 1978, págs. 56-59.

los hechos de corrupción y concusión política, tan difundidos en nuestro sistema institucional. Es a partir de la acción de estos magistrados cuando se ha producido una nueva ola de consenso y de aprobación social en favor de toda la magistratura, invirtiendo la tendencia crítica frente a la misma que había alcanzado su máxima expresión con ocasión del referéndum sobre la responsabilidad civil de los magistrados.

No cabe duda de que hay un límite para el intento de retratar a toda la magistratura a la luz de un tipo de actuación judicial que aunque con tendencia manifiesta a una creciente expansión en nuestro país, no basta, sin embargo, para resumir todos los campos sobre los que actualmente se proyecta la acción de aquélla. Los mismos casos de represión de los fenómenos de criminalidad organizada, que tanta importancia tienen hoy en la vida de nuestro país, quedarán un tanto al margen del presente trabajo. Pero es importante señalar que la tendencia a componer una imagen de toda la magistratura a la luz de algunos sectores avanzados no es nueva: en los años de los pretores de asalto parecía que todos los magistrados fueran *sheriffs* del derecho prestos a saltar al campo y en los años del terrorismo parecía que no hubiera otros procesos que los relacionados con ese tema.

La tendencia a imputar a toda la magistratura características (positivas o negativas) de algunos sectores judiciales específicos, o incluso de algunos magistrados concretos, pertenece seguramente a una época en la que los fenómenos y los hechos están sensiblemente y cada vez más condicionados por las «imágenes» que de ellos se forman o que vienen ofrecidas por los diversos *media*.

Pero esa tendencia es además adscribible a un momento histórico en el que se verifica una excepcional espectacularización de lo judicial. El proceso penal ha tenido siempre fuerte propensión a la espectacularidad. Hoy, en la medida en que a los ojos de la opinión pública italiana el mundo de la justicia se identifica cada vez más con el sector penal, éste se hace tan espectacular como nunca lo había sido hasta la fecha: sobre todo la fase de investigación, tradicionalmente secreta y lejana para el gran público, se ha convertido en un excitante *serial* televisivo, que cada día lleva a preguntarse cuál será el golpe de efecto de la próxima entrega.

Hay dos elementos ciertamente importantes para comprender la gran espectacularidad de la justicia penal en materia de corrupción y concusión<sup>2</sup>. El primero reside en el hecho de que los personajes que se suceden como indiciados o imputados son personajes públicos, que, en cuanto conocidos, pertenecen a todos. El segundo consiste en el hecho de que los comportamientos bajo acusación son asimismo «públicos» en cuanto, como se dirá, afectan a esferas de vida social y política que nos implican a todos. A este respecto, el espectáculo al que se asiste provoca en los espectadores mecanismos participativos no sólo de naturaleza puramente emotiva, como ocurría con los grandes procesos penales del

pasado, sino también con base política, porque pone en discusión aspectos profundos y básicos de la vida en sociedad.

## LA MAGISTRATURA ENTRE FUNCIONES POLITICAS Y PRE-POLITICAS

La conexión del papel judicial con funciones de carácter político no es una novedad. Hace más de veinte años que se asiste en Italia a diversas y cambiantes formas de funciones políticas desempeñadas por los jueces. El fenómeno ha ido consolidándose paralelamente a la aparición de cuestiones judiciales de relieve ya no estrictamente individualista, sino marcadamente político, de amplia relevancia social, por afectar a puntos nodales de la misma organización colectiva de nuestro país. Así la función judicial a menudo se ha visto situada sobre una cresta incierta y sutil que hace cada vez más difícil distinguir las cuestiones judiciales del significado político de las mismas.

En los años setenta fueron los pretores llamados «de asalto» quienes dieron relieve a una nueva mezcla de política y jurisdicción al hacerse cargo de asuntos de contaminación, relaciones industriales, protección de los consumidores. En los años ochenta, fue sobre todo la cuestión del terrorismo, de cuya gestión se hizo entrega a la máquina judicial, a través del recurso a la legislación de emergencia, la que suscitó nuevos interrogantes sobre la funcionalidad política de la magistratura. En el primer caso habían sido los jueces los que inauguraron líneas de intervención judicial que respondían a una lógica política: frente a la falta de resolución de problemas que eran competencia de los órganos políticos, la intervención judicial se situaba como poder de control en función de suplencia. En el segundo caso fue el poder político quien delegó en los jueces la resolución del problema del terrorismo, a través del fortalecimiento de su función, a la que se plegaba a una ración política: la gestión de los arrepentidos, típicamente ligada a una lógica de obtención de fines, desbordaba de forma significativa la tradicional configuración del papel judicial, ajeno a inflexiones teleológicas.

Pero ya durante estos dos periodos se había anunciado reiteradamente la llamada «cuestión moral», a través de investigaciones judiciales que en distintas ocasiones habían hecho objeto de acusación a la ilegitimidad de políticos y representantes de la Administración, suscitando un clima de general enemistad entre sectores judiciales y ambientes políticos.

La definitiva institucionalización de una «cuestión moral» que atormenta los ambientes políticos italianos, sacada a la calle de forma tan clamorosa por las vicisitudes judiciales milanesas, parece distinguir a los años noventa. Y corresponde a la magistratura el papel de gran inquisidora de los hechos de ilegitimidad y de corrupción.

Pero hay un dato de extraordinaria novedad que

<sup>2</sup> En lo que sigue se hace uso a menudo del término «corrupción» en un sentido genérico, para referirse tanto a la categoría

judicial-penal de corrupción como a la de concusión

acompaña a la nueva fase de activismo judicial en este campo: es un alto grado de consenso popular en relación con los magistrados empeñados en actuaciones de control de las ilegalidades. En el próximo apartado se harán algunas consideraciones relativas a la forma en que esta novedad caracteriza a la comunicación entre magistratura y opinión pública. Aquí es oportuno detenerse a analizar las razones de ese consenso que derivan de la misma tipología de los procesos que se encuentran en manos de los magistrados.

El consenso es un atributo típico de las instancias políticas. La imagen tradicional del juez aparece privada del requisito del consenso: no tiene necesidad de él porque no tiene una identidad política, sino sobre todo burocrática; el juez es un neutro funcionario que se limita a interpretar la ley.

Sin embargo, en las últimas décadas, el poder judicial se ha visto cada vez más llevado a intervenir en materias de significación política. En otros términos, ha crecido progresivamente una tipología de casos judiciales que tratan cuestiones de alta relevancia social y política. Hay aspectos cualitativos y aspectos cuantitativos que contribuyen a hacer altamente política la identidad de procesos como los que se siguen en materia de criminalidad organizada y de corrupción política.

Por lo que se refiere a los aspectos de cantidad, esta tipología judicial se caracteriza, de un lado, por la amplia difusión de los casos *sub iudice*, que asumen así un carácter decididamente «social», de otro, por el elevado número de personas implicadas en cada caso. Ello da lugar a que sea constatable en tales procesos la tendencia a una progresiva expansión de la fase de investigación: típicamente, ésta crece en forma de anillos concéntricos, extendiéndose también territorialmente, poniendo de manifiesto una estructura claramente colectiva más que individual. El resultado sólo puede ser un proceso de talla «maxi», que inevitablemente desborda los límites y el significado de un caso ligado a uno o varios individuos, para asumir un sentido más general y, por eso, político.

Recurriendo a una figura retórica, podría decirse que cada proceso de esa clase es como en la sinécdoque, una parte que se toma por el todo, o sea, un indicador de un tema político más relevante. Así, la investigación «manos limpias», sintomáticamente, señala cada vez más una fenomenología política más que un concreto caso judicial. Efectivamente, esta investigación ha puesto de manifiesto la dificultad de delimitar el caso tanto desde el punto de vista de las personas implicadas, como territorialmente. Así, de hecho, la causa abierta por los jueces milaneses ha inaugurado una especie de superfiscalía, aunque no formalizada, sobre los fenómenos de corrupción política en nuestro país.

Casi siempre, en suma, la amplitud de las dimensiones de un caso judicial, se ve acompañada por la sospecha o la expectativa generalizada de que las dimensiones reales del fenómeno en cuestión excedan inevitablemente de lo tocado por la investigación: por ejemplo, no cabe pensar que en el Norte se concentre una dosis de corrupción política atípica con respecto al resto del país y es bastante más convincente la tesis según la cual las vicisitudes ju-

diciales milanesas son una suerte de vanguardia que precede al resto del país.

Así pues, desde el punto de vista cualitativo, esta tipología judicial tiene que ver con asuntos de gran relieve para la vida colectiva, que van mucho más allá de los precisos títulos de imputación puestos a cargo de los diversos inculcados. Desde los problemas del terrorismo a los de la criminalidad, la corrupción y la concusión política, hay un sucederse de casos judiciales que rozan materias delicadas y esenciales para la vida pública, como «el monopolio de la fuerza física», la cuestión del orden público, el propio marco de legalidad de nuestro sistema institucional en su conjunto.

Tales cuestiones, tradicionalmente relegadas a la fase prehistórica de nuestros «estados de derecho», que tenían precisamente el fin de resolver los problemas de fondo de la vida colectiva, han adquirido en la experiencia italiana una nueva vida, al encontrar en el escenario judicial una sede de representación privilegiada.

Dicho en otros términos, el poder judicial se encuentra abocado a intervenir en materias en cierto sentido pre-políticas, antes que políticas, en cuanto tienen que ver con los aspectos más profundos y básicos de la misma organización estatal y de su conformación institucional.

Es importante subrayar esta naturaleza pre-política de la materia tratada por los magistrados en los procesos en cuestión, porque ello indica un retorno a un rasgo característico de la jurisdicción en los sistemas jurídicos continentales: en estos sistemas, la función de los magistrados de control de las condiciones del sistema de legalidad en su conjunto, era una función cabalmente pre-política; ésta no tendía a realizar fines específicos (de igualdad, de justicia social o de otro tipo), sino simplemente a realizar las condiciones de legalidad. Pero el haber clasificado estas cuestiones como pre-políticas no implica atribuirles una importancia menor; antes bien lo contrario: atañen a aspectos tan básicos de la organización de la vida colectiva, que son precondiciones necesarias para su funcionamiento (y para la validez, diría Kelsen) del propio ordenamiento estatal.

Este conjunto de aspectos cuantitativos y cualitativos plantea problemas delicados para la gestión del proceso, porque lo carga de un peso doble y en alguna medida contradictorio. De una parte, el de administrar justicia correctamente respecto a las personas implicadas en él, según los cánones de legalidad propios del viejo estado de derecho. Por otra, el de dar una respuesta judicial que sea aceptable también desde una perspectiva política.

Desde el primer punto de vista, para los magistrados, se trata de evitar el riesgo de una gestión política del proceso, aplicando, por ejemplo, cánones de investigación o judiciales orientados a la «ejemplaridad» o a ganar consensos sociales. Desde el segundo, se trata de la imposibilidad de dejar completamente de lado la significación política del proceso. Aquí no está sólo en cuestión la aceptabilidad social de las soluciones judiciales, sino también la exigencia de administrar los procesos de manera coherente en relación con esa significación. Esto supone, por ejemplo, que pueden darse interferencias entre las exigencias de garantismo en favor del in-

dividuo concreto y las valoraciones relativas a los desarrollos de la investigación o al riesgo de condicionamientos externos.

## EL CONSENSO HACIA LOS MAGISTRADOS Y SUS PARTICULARIDADES

Está a la vista de todos el excepcional grado de consideración social que se ha tributado a los magistrados en este período de la historia italiana. Tal consideración ha tenido la más alta expresión en relación con el juez Di Pietro, que en el último año ha reunido todo un cúmulo de reconocimientos y manifestaciones de estima de los más diversos sectores sociales: periodistas, sondeos de opinión, empresarios, etc.

De este fenómeno y, sobre todo de sus aspectos paradójicos, nos ocuparemos en el próximo apartado. Aquí se quiere sobre todo analizar otra cuestión: si es lícito y correcto hablar de un «consenso» social en torno a la actuación de los magistrados comprometidos en la represión de los fenómenos de corrupción y de ilegalidad difusa. Esta expresión, que, por lo demás, se ha hecho recurrente, ha sido utilizada también en algunas páginas precedentes, para indicar el nuevo *trend* que caracteriza a las relaciones entre magistrados y opinión pública.

Se suele hablar de consenso, utilizando una voz del léxico político, quizá, sobre todo, por una suerte de inmediata contraposición respecto al «disenso», tantas veces crudamente manifestado en los últimos tiempos en relación con los políticos: así, por ejemplo, en ocasión de los funerales de Borsellino, están en el recuerdo de todos, por una parte, la fuerte contestación popular expresada frente a los políticos llegados de Roma y, por otra, la insistente y pública solicitud de ayuda dirigida a Caponetto, a pesar de tratarse de un juez ya jubilado y entonces todavía casi desconocido para el gran público. Ha habido muchas otras ocasiones en que el disenso hacia los políticos se ha contrapuesto al «consenso» hacia los magistrados.

Pero también es posible encontrar una razón más fuerte para el uso del término «consenso»: no es extraña a tal uso del término la referencia a una suerte de investidura popular. La opinión pública ha expresado en relación con los magistrados una suerte de delegación para perseguir el interés público, investigando y reprimiendo las ilegalidades. Cabe advertir en definitiva el intento de estimular a los magistrados a ejercer un control más severo y una firme represión de las ilegalidades de los administradores públicos y de los burócratas.

Como se ha dicho, la acción de los magistrados no tiene necesidad de un apoyo en términos de consenso; sin embargo, el asentimiento público prestado a la acción de los mismos implica no sólo una genérica expresión de aliento, sino algo más: la conciencia difusa de que se trata de cuestiones judiciales bastante especiales, a las que se confía la conformación del futuro orden político-administrativo y de sus relaciones con el mundo de los *lobbies* y de los negocios. Precisamente por la particular gravedad e importancia de las cuestiones que los jueces

tienen en sus manos, el juicio de la opinión pública adquiere un significado particular.

La adhesión generalizada a los jueces por la represión de las corrupciones e ilegalidades da, en suma, un valor de democraticidad a sus actuaciones, añadiendo a su contenido institucional la expresión de una delegación, siquiera informal.

Esto quiere decir que hoy cabe advertir una nueva tensión comunicativa entre magistrados y opinión pública. Los magistrados no van en busca del consenso, pero saben que pueden contar con él y se valen casi de un mandato popular para defender el cuadro de la legalidad.

Pero esto significa, sobre todo, que se ha invertido la dirección de la comunicación: ésta ya no va de los magistrados a la opinión pública, como sucedía generalmente en el pasado, va, sobre todo, al contrario, de la opinión pública hacia los magistrados. Si en el pasado eran los magistrados quienes a veces trataban de ganarse a la opinión, para generar consenso en torno a algunas iniciativas judiciales, hoy es la opinión pública la que se dirige a magistrados en general bastante reservados y poco «espectaculares». En esto radica seguramente el aspecto de mayor novedad relativo a la comunicación que se ha establecido entre jueces y opinión pública.

Se ha apagado, en suma, o al menos atenuado la relevancia de las «iniciativas» judiciales. Las investigaciones de los jueces y las causas a que dan lugar ya no se ven como producto de la inventiva de algunos de aquéllos, censurada por unos y aplaudida por otros, sino como la realización de un deber institucional y, más aún, como una defensa necesaria de la sociedad frente a la trama de los poderes económicos e ilegales.

Ya no se trata de «ocurrencias judiciales» que sorprenden y dividen a la opinión pública entre partidarios y críticos; se da sobre todo la esperanza social de que se produzcan investigaciones, se multipliquen y liberen a la sociedad italiana del peso de las ilegalidades, restituyéndola a una condición de transparencia y de «normalidad».

Forzando un poco los términos del discurso, cabría incluso percibir el apunte de una virtud carismática descubierta en los jueces. Como se sabe, en el planteamiento weberiano, el titular del poder carismático se sirve de la extendida creencia en sus virtudes o habilidades extraordinarias. En ese contexto, tiende a instaurarse una relación directa entre el jefe y sus partidarios, que le confieren un poder absoluto, poco vinculado por reglas.

Es claro que los jueces no son «jefes» políticos, ni se comportan como tales, y se limitan a ejercer sólo el poder de control de la legalidad que es propio de su papel institucional. Pero no es difícil advertir en la opinión pública la tendencia a atribuirles un papel diverso y más amplio que el tradicional: el consenso acaba así por comportar una delegación en blanco a los jueces e incluso la concesión de proceder sin demasiadas cautelas de carácter formal. Por ejemplo, de manera significativa, las preocupaciones de naturaleza garantista relativas a la gestión de las investigaciones, están poco menos que ausentes de la opinión pública. En cambio, tales preocupaciones relativas al ejercicio del poder judicial y a sus posibles atentados contra la libertad de

los particulares, estaban presentes hasta hace no mucho tiempo y llevaron al referéndum de 1989. Hoy son casi sólo los integrantes del mundo forense los portadores de tales preocupaciones, obviamente junto a muchos representantes (aunque no todos) del mundo político investigado y bajo acusación.

El hecho de que la propia clase política se encuentre actualmente dividida acerca del papel de los magistrados en materia de control de la legalidad en la esfera de la Administración, no reproduce sólo la división entre políticos honestos y políticos deshonestos, sino que está influenciado de manera decisiva por el consenso popular hacia los jueces: todos los políticos que pueden permitírselo, por no haber sido tocados por investigaciones ni citados a declarar, aun cuando no se hallen muy lejos del ámbito de los negocios políticos, exteriorizan su apoyo a las investigaciones judiciales aunque sólo sea porque se dan cuenta de la intensidad del apoyo popular a las mismas. Dicho en otros términos, desde abajo, de la actitud de consenso generalizado hacia las iniciativas judiciales, surge para los políticos un estímulo a tomar posición en este tema, dividiéndose entre sí.

Todo lo que se ha dicho sobre la relevancia del consenso tributado a los jueces en esta fase puede inducir a teorizar sobre el significado de la comunicación política entre opinión pública y magistrados, especialmente a partir de dos aspectos.

En primer lugar, cabe decir que, cuando la institución judicial ha de intervenir en vicisitudes que tienen una alta significación política, por cuanto inciden en temas vitales para la organización colectiva, el consenso puede incidir como una variable que agiliza el desarrollo del cometido institucional de los magistrados, sustrayéndolos a la sospecha o a la tentación de querer desarrollar funciones impropias o de arrogarse poderes excesivos. Seguramente esto forma parte de un proceso que ha visto crecer la exposición de la magistratura a las dinámicas políticas, pero es la primera vez que en Italia esta exposición de la magistratura se da provocando unidad de juicio y no divisiones en el seno de la sociedad.

En segundo lugar, la actitud de consenso generalizado hacia la magistratura ofrece otro aspecto de gran interés: la opinión pública, al dirigir a los magistrados una demanda de control de legalidad reforzado, revaloriza indirectamente un aspecto de la división de poderes en beneficio de la magistratura, viendo en ella un necesario contrapeso a posibles excesos del poder político.

Como se sabe, en los sistemas constitucionales de cultura jurídica continental, ha operado tradicionalmente un sistema de división de poderes desequilibrado en favor de las instituciones políticas, que veía a la magistratura en posición «ancilar». Sin embargo, en las últimas décadas, sobre todo en Italia, la magistratura ha aparecido con frecuencia en la posición de un poder independiente y capaz incluso de contraposiciones fuertes con los otros poderes.

Son varias las condiciones que han hecho posible en Italia este proceso: la automatización de la carrera de magistrado llevada a cabo en los años setenta, la condición de magistrados de los integrantes del ministerio público, con todas las garantías in-

herentes a la misma, así como la existencia de un Consejo Superior de la Magistratura, como órgano garante de esa independencia. Gracias a estas válvulas de seguridad, nacieron actitudes teóricas y prácticas de gran independencia del poder judicial: así, las teorizaciones de la magistratura como «contrapoder» o la de la «suplencia judicial», que contenían una fuerte carga crítica y a veces incluso agresiva frente a los poderes políticos.

Sin embargo, estos fenómenos, aun evocando en ocasiones una dinámica institucional inspirada en la división y el equilibrio entre poderes, tenían una preferente connotación conflictual. Es cierto que la posibilidad de aspectos conflictuales es inherente a la división de poderes, pero es necesario que esta posibilidad sea sólo un aspecto accesorio de aquélla. A veces, en cambio, daba la impresión que el conflicto fuese preeminente, un rasgo *per se*, más que la expresión de una consolidada división de poderes: las iniciativas espectaculares y nuevas de algunos magistrados parecían la vía usada para simbolizar una ruptura con el pasado y acceder a una nueva posición institucional, más que el testimonio de una consolidada independencia respecto a los demás poderes.

En la fenomenología actual, por el contrario, los aspectos conflictuales se han atenuado notablemente: las investigaciones judiciales ya no aparecen caracterizadas por un propósito de contraposición a los poderes investigados; son más bien los poderes investigados y puestos bajo acusación quienes reaccionan lamentando ser víctimas de una agresión o un «complot».

Así, a través del consenso manifestado a los jueces parece emerger una institucionalización de la división de poderes, un aspecto no secundario de la cual consiste en la aceptación de la idea de que los magistrados tengan el poder de controlar los comportamientos de políticos y administradores, en razón del respeto a la legalidad.

Vale la pena detenerse en un último aspecto. No obstante el notable consenso social hacia los jueces, no se tiene la impresión de estar asistiendo a un desplazamiento del lugar de la magistratura del estado a la sociedad. Si se recuerda, también este rasgo se había perfilado en los años setenta, a través del redescubrimiento de la magistratura como poder «de parte de la sociedad», casi en contraposición con la tradicional imagen completamente estatal. Nada semejante parece perfilarse en el momento actual: la magistratura, gracias también al generalizado consenso de que disfruta, aparece firmemente caracterizada como una institución estatal y «super partes» que, aunque a veces puede dar la impresión de recorrer algunos caminos del pasado, está mucho más próxima a una imagen institucional que, al menos desde algún punto de vista, es de tipo tradicional.

## LA PARADOJA DI PIETRO

Gran parte de los nuevos aspectos que caracterizan la colocación de la magistratura tienen un excepcional indicador en el juez Di Pietro, convertido en cierta medida en figura simbólica del prestigio y

la credibilidad de que gozan hoy los magistrados.

Ni siquiera Falcone había suscitado nunca un aplauso tan amplio y generalizado: no obstante haber alcanzado grandes éxitos en el planteamiento de las investigaciones judiciales contra las organizaciones mafiosas, fue sólo una muerte atroz lo que le atribuyó definitivamente la imagen de juez-símbolo de la lucha contra la mafia. Esto se debe en parte a la mayor territorialidad que caracteriza a las cuestiones de mafia, y quizá, aún más, a una serie de polémicas que envenenaron el ambiente judicial palermitano y, después, la institución de la superfiscalía romana contra la mafia. Pero seguramente existen otras razones que pueden ayudar a comprender cómo una persona de excepcionales aptitudes profesionales y de probado rigor como Falcone no llegó a alcanzar nunca en vida el enorme consenso obtenido por Di Pietro. Es probable que la respuesta pueda hallarse en parte en el diverso grado de consenso social tributado a la magistratura en los momentos históricos en que estos dos jueces se sitúan.

En otros términos, la popularidad de Di Pietro no puede considerarse con independencia del momento social en que ha madurado. Hay que tener en cuenta, sobre todo, dos aspectos. En primer término, la fuerte necesidad de legalidad que se advierte en la sociedad: es gracias a esta necesidad cómo los magistrados se han convertido en un referente importante para la opinión pública, como quizá no lo habían sido nunca antes. Aparte de esto no debe perderse de vista la importancia del concreto sector para el que Di Pietro ha conquistado tal popularidad: corrupción y concusión son materias que tocan de cerca y en profundidad la sensibilidad pública, porque dañan los elementos más típicos de una organización política moderna que se presume fundada en el universalismo y sobre la ausencia de favoritismos y no sobre una lógica de intercambio.

Veamos ahora la figura de Di Pietro. Hacer cuentas con esta figura puede servir para examinar una cuestión crucial, atinente al papel que juegan hoy los valores institucionales o en cambio las singulares figuras de jueces en la imagen de la magistratura. En otros términos, podemos preguntarnos si esa imagen se debe hoy, como a veces podría parecer, al relieve alcanzado por algunos jueces, que se han ganado una excepcional ola de simpatía, como es el caso de Di Pietro, y no sobre todo al reforzamiento de algunos valores institucionales, que oscurecen el papel jugado por determinadas personalidades individuales o el protagonismo de algunos magistrados.

Es precisamente la extraordinaria ola de simpatía popular que circunda al juez Di Pietro lo que podría desmentir la precedente afirmación según la cual la magistratura está recuperando una imagen institucional de tipo tradicional. Podría en cambio confirmar la idea de que también en estos casos judiciales el relieve de la persona del juez es considerable o incluso excepcional.

Pero el caso Di Pietro debe ser observado más en profundidad. Sobre todo debe prestarse atención a un aspecto paradójico que parece caracterizarle y que puede resumirse así: en cierto sentido Di Pietro gusta, y por tanto ha llegado a convertirse en un per-

sonaje, precisamente porque no es un personaje. Si se examinan las características de este juez que resultan más apreciadas, se las puede agrupar en dos tipos: de una parte, las dotes profesionales, y de otra, las dotes personales.

Desde el punto de vista profesional, gusta sobre todo la extraordinaria capacidad de investigación de este juez, que responde a la necesidad de «hacer luz» en la acumulación de corruptelas y negocios sucios que se ha producido en nuestro país. Es de notar cómo esta habilidad, más propia del policía que del juez, si en el caso específico de Di Pietro reproduce un *iter* profesional que lo ha visto precisamente pasar del papel de policía al de magistrado, más en general responde bien a una nueva expectativa social: la de magistrados capaces de disolver las sombras de la aludida trama político-negocial y de las diversas ilegalidades, en especial las de carácter organizado.

En el perfil personal, resultan apreciados en particular los rasgos de seriedad basados en la reserva, la sencillez y la fuerte independencia respecto de los ámbitos políticos: gusta el hecho de que él no dialogue ni polemice con los políticos, que no responda a los ataques, que sea poco caracterizado políticamente y ajeno a las posiciones de la magistratura asociada. Se han apreciado en él incluso algunos rasgos típicos de la cultura campesina que evoca Di Pietro con su timidez y su acento abruces. Se trata, como se ve, de virtudes antiguas, que no parecen típicas de la magistratura de los últimos años.

Así, nuestro héroe es en realidad un anti-héroe, un juez serio y decidido, que se caracteriza más por sus cualidades profesionales que por rasgos personales extraordinarios. En otros términos, su excepcionalidad radica, precisamente, en su normalidad.

Cabe hacer otra consideración que puede ser útil. El juez Di Pietro, del mismo modo que otros jueces empeñados en actuaciones de represión de ilegalidades organizadas, tiene entre las manos investigaciones y procesos que se caracterizan por una dimensión colectiva. Pero, como se ha dicho, «tangentopoli» representa, más que un concreto caso judicial limitado a un número controlable de personas, una ciudad ideal que reúne todos (o buena parte de) los tráficos político-negociales de nuestro país.

Las amplias, y en cierto sentido ilimitadas, dimensiones de tales investigaciones comportan un doble y contradictorio reflejo sobre el peso que tienen los componentes personales de cada juez.

En efecto, por un lado, estos jueces tienen que administrar asuntos extremadamente complejos y delicados y que concentran en sus manos un poder enorme, derivado también de los nombres excelentes que pueblan esas vicisitudes procesales. Esto lleva inevitablemente a que se encienda la luz sobre ellos, presentándoles como personajes investidos de un gran poder y conocedores de tramas y tráficos ocultos sumamente relevantes para la vida asociada en su conjunto. De aquí la notoriedad y la recurrencia de nombres y rostros en los distintos medios de comunicación de masas. Bastaría pensar en cuántos libros dedicados a jueces especialmente comprometidos en la investigación de la ilegalidad

organizada, es posible encontrar en los expositores de las librerías.

Por otra parte, la dimensión colectiva de las investigaciones se proyecta sobre los propios jueces, exigiendo la organización de auténticos *pool* investigadores, que, además de agrupar a varios magistrados dentro de la misma fiscalía<sup>3</sup>, llevan a recurrentes intersecciones con otras fiscalías. A causa de esto, las características propiamente personales de esos jueces tienden a perder relieve, pues no se trata de actuaciones judiciales asociables a un magistrado particular, sino sobre todo del fruto de un trabajo de *intelligence* conjunto y coordinado en el interior de varias fiscalías. Es significativo a este respecto el papel jugado por el fiscal-jefe Borrelli en el caso milanés: es sobre todo a través de él cómo se produce la relación con los periódicos y los *mass media*, como para simbolizar la unidad de acción de toda la fiscalía; los fiscales (*sostituti*), en cambio, aun teniendo rostros y nombres conocidos, están menos presentes en la escena pública con intervenciones, respuestas o comentarios dirigidos a la opinión.

Podría decirse que también a través de simples disposiciones como estas se contribuye a reforzar el valor institucional de la actuación de los magistrados y a reducir el peso de protagonismos o posiciones personales. Esto supone, para decirlo con las palabras de Montesquieu, contribuir a hacer «nulo» el poder judicial, «tan terrible para los hombres», de modo que se tema «a la magistratura, pero no a los magistrados»<sup>4</sup>.

## LA MAGISTRATURA ENTRE RETORNOS AL PASADO Y NOVEDADES

Es el momento de tratar de ver qué novedades y retornos al pasado marcan a la magistratura en este período. Nos hemos ocupado hasta aquí sobre todo de las tendencias que suponen un retorno a rasgos típicos de la magistratura tradicional.

Sin embargo, sería un error de bulto creer que se está frente a una pura y simple reproposición de algunos rasgos tradicionales. Por el contrario, es necesario considerar también los aspectos de novedad que caracterizan a la situación actual, entre otras cosas, porque como tratará de hacerse ver, tienen una fuerte conexión con la reaparición de algunos de aquellos rasgos tradicionales.

La idea de que vaya consolidándose una dimensión institucional de la magistratura y se atenúen los protagonismos y personalismos que habían prevalecido en los últimos años, podría parecer poco convincente en un período en el que algunos magistrados han conquistado un lugar eminente en la escena pública italiana y son protagonistas como nunca en la publicística del país. Pero como ha tratado de explicarse, los dos aspectos no son necesariamente contradictorios: hoy los magistrados más conoci-

dos son vistos como exponentes de un único poder judicial que desarrolla funciones públicas de primera importancia; el mismo Di Pietro aparece como la vanguardia de un pequeño pero consistente grupo de magistrados ocupados en dar un giro en tema de legalidad en nuestro país. Y la atención pública, aunque proyecta su interés sobre algunos magistrados de relieve, alimenta una confianza renovada en el papel que la magistratura en su conjunto puede jugar para un renacimiento de la política en Italia.

Se ha hablado ya ampliamente del «consenso» hacia los magistrados. Se ha dicho también que el consenso no es sólo hacia algunos magistrados, sino, a través de ellos, hacia las propias funciones de la magistratura, y en particular hacia un cometido de control y contrapeso del poder político que ella puede ejercer. En otros términos, las vicisitudes judiciales de «tangentopoli» han sido la ocasión para un redescubrimiento del papel de la magistratura: no tanto para una pura y simple recuperación de su papel tradicional, como de la posible adaptación de ese papel a un contexto diverso.

Hay que llamar la atención sobre la situación de excepcionalidad en la que este nuevo papel de la magistratura ha tenido ocasión de manifestarse. Esta consiste en una crisis del sistema de partidos, que ha contaminado a muchas instituciones políticas, haciéndolas permeables a las multiformes voces de los intereses privados. Se trata, por consiguiente, de una crisis del carácter «estatal» y «público» de muchas instituciones políticas, especialmente de nivel local. Frente a una multiplicación de impulsos privados que con el único fin de enriquecimiento invaden la esfera pública, la magistratura aparece como un poder capaz de asegurar e imponer una recuperación de la dimensión pública de las instituciones, a través del control de legalidad.

Se ha hablado antes de algunos aspectos positivos que tiene el redescubrimiento del papel de la magistratura para favorecer el renacimiento del sistema político-administrativo. No será superfluo señalar en este punto algunos posibles peligros que eventualmente podrían derivarse de una situación de elevadas expectativas en los jueces y, más aún, del hecho de hacerles objeto de cierta «investidura popular». Estos riesgos son sobre todo dos y afectan al área de la política y al de la jurisdicción, respectivamente. Examinémoslos con brevedad.

Por lo que se refiere al área de la política, el riesgo está en que pueda hiperdesarrollarse una óptica política, por decirlo de algún modo, «a posteriori», es decir, de tipo punitivo, en lugar de programático. Porque, en efecto, mientras a la política conviene la elección y la programación de fines que se entiende hay que perseguir en una determinada sociedad, a la jurisdicción penal compete sólo la limitada tarea de identificar y golpear ilegalidades que ya han tenido lugar.

Corresponde así a la magistratura un papel terapéutico necesariamente limitado en el tiempo; toca

<sup>3</sup> Conviene tener en cuenta que se habla de *magistrados* en las *fiscalías*, porque actualmente son éstas las competentes para el ejercicio de la actividad procesal de investigación; si bien con la particularidad de que quienes las integran, es decir, los componentes del ministerio público, por imperativo constitucional (art.

107.4), gozan de las mismas garantías estatutarias que los jueces. (N. del t.)

<sup>4</sup> Cfr. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. De Vega, libro XI, capítulo VI, Tecnos, Madrid 1972, pag. 152.

a la legislación, en materia de corrupción y para un rediseño del sistema burocrático, inventar defensas nuevas y adecuadas contra los vicios que han aflorado con tanta virulencia. No es posible en cambio pensar en un sistema institucional basado en una presencia generalizada del control judicial; no sólo porque la jurisdicción y el control penal no están en condiciones de controlar en toda su extensión los fenómenos políticos, sino también porque, cuando la intervención de aquéllos excede de las proporciones fisiológicas, es señal de que se está en una situación patológica.

Por lo que se refiere a la esfera de la jurisdicción, el riesgo se cifra en que los jueces, en virtud del consenso generalizado, puedan sentirse «investidos» de la misión de perseguir todas las ilegalidades. Entonces se desarrollaría un «espíritu de cruzada», que sería nocivo para una serena administración de justicia. A este respecto hay dos puntos que merecerían ser objeto de particular atención.

Hay una contradicción entre la necesidad de la función del ministerio público, que es particularmen-

te advertida en este periodo de la historia italiana, y que es sostenida por un fuerte apoyo popular y el espíritu de la función judicial, que es por su naturaleza «tercera». Es necesario evitar que la imagen del poder judicial aparezca demasiado calcada sobre el papel investigador, que en este momento es tan activo y necesario.

Por otra parte, es preciso equilibrar el crecido peso político del poder judicial, con mecanismos por así decir de «pasivización» del mismo. Como ya afirmara Tocqueville refiriéndose al poder judicial americano, sin perjuicio de reconocer la importancia del papel por él desarrollado en la vida política del país: «por naturaleza, el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva. Se le denuncia un delito y castiga al culpable. Se le llama para rectificar una injusticia y la rectifica. Se le somete un acto y lo interpreta. Pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar la injusticia y a examinar los hechos»<sup>5</sup>.

(Trad. de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

<sup>5</sup> Cfr. A. de Tocqueville, *La democracia en América*, I, Edición crítica de E. Nolla, Aguilar, Madrid 1989, pág. 101.

# Algunos problemas de la Administración de Justicia en México

José Luis SOBERANES FERNANDEZ

## I. PLANTEAMIENTO

La impartición de justicia en México responde a una organización complicada, anquilosada y muchas veces corrupta, y lo peor del caso es que parece irreformable, porque los primeros enemigos del cambio son los propios funcionarios judiciales, los cuales están dispuestos a pelear por la defensa de su organismo judicial anticuado y poco funcional, eso sí, junto con sus privilegios y canonjías. Por otro lado, existe en México un evidente clamor por parte de los profesionales del foro en favor de tan necesaria reforma judicial, clamor que esperamos pronto sea oído.

Debemos partir del acto que México es una federación, por lo que existen tribunales federales o nacionales y tribunales estatales, o también llamados locales. El segundo dato es que no solamente existen tribunales en el Poder Judicial, pues, también los hay dentro del Poder Ejecutivo e inclusive fuera de cualquier poder.

De esta forma, observamos que existe un Poder Judicial federal junto con otros tribunales federales no incluidos en el mismo, como, por ejemplo, el Tribunal Fiscal de la Federación, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal Electoral, el Tribunal Federal Agrario y los tribunales militares.

De igual manera, en las entidades federativas existe un Poder Judicial local, junto con otros tribunales no incluidos en el mismo, como, por ejemplo, la Junta Local de Conciliación y Arbitraje. En ocasiones existen también órganos jurisdiccionales encargados de resolver las controversias laborales entre el gobierno y la entidad federativa y sus trabajadores; algunas tienen tribunales fiscales y otras de lo contencioso-administrativo; asimismo, en muchas, no en todas, existe un tribunal electoral.<sup>1</sup> Sin embargo, la tónica es que no existe una uniformidad o simetría en los diversos Estados que integran la Federación Mexicana.

Veamos brevemente cuál es esta organización jurisdiccional de México.

<sup>1</sup> Los Estados de la República mexicana que tienen tribunal electoral son: Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

<sup>2</sup> Particularmente las llamadas controversias constitucionales a que hace referencia el artículo 105 de nuestra ley suprema, o sea, las que se suscitan entre dos o más Estados, entre los poderes de un Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, entre la Federación y uno o más Estados y en aquellas en que la Federación fuere parte y así lo determine la ley.

<sup>3</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor: «Presente y futuro de la casación

## II. ORGANIZACION

### 1. Tribunales federales

#### a) Poder Judicial

En términos muy generales, diremos que son dos las grandes competencias jurisdiccionales de este poder: la justicia constitucional y la justicia ordinaria federal.

La justicia constitucional se da casi de forma exclusiva a través del juicio de amparo, aunque existen también algunos otros procesos constitucionales<sup>2</sup> de los que conoce el propio Poder Judicial Federal.

En efecto, en México, el juicio de amparo tiene una extensión extraordinaria, pues, aparte de lo propiamente constitucional (revisión de la constitucionalidad y de las leyes y *habeas corpus*), también tiene la función de casación<sup>3</sup> y, en ocasiones, de contencioso-administrativo<sup>4</sup>. El origen histórico de esta situación no es otro más que el hecho de que si bien el amparo surgió como juicio constitucional en contra de las violaciones de los derechos humanos (y uno de éstos es el principio de legalidad) desde el siglo pasado, dicho amparo se convirtió en un medio para revisar la legalidad de la actuación del poder público, bien sea administrativo (lo que correspondería a un contencioso-administrativo), bien judicial (que sería la casación), con lo cual no sólo se trastocó la naturaleza constitucional del mismo proceso, sino que, además, se debilitó enormemente el incipiente federalismo judicial. Convertir un recurso constitucional en un medio para impugnar la legalidad de las sentencias, invocando la violación a dicho principio fundamental, es algo que en la actualidad se está dando con más frecuencia en el mundo, por lo cual no debe extrañar que se realizara en México en el siglo pasado<sup>5</sup>.

El concepto de proceso ordinario federal no es muy claro, pues, si bien en materia penal está precisado (o sea, el juzgar en materia de delitos federales, que están determinados en la ley<sup>6</sup>), en mate-

civil a través del juicio de amparo», *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978. México. 1979, págs. 91-138

<sup>4</sup> Cfr. Soberanes Fernández, José Luis: «El juicio de amparo», *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 3.ª ed., t. II, *Doctrina constitucional*, México, Cámara de Diputados, 1985, págs. 9-23.

<sup>5</sup> Cfr. Soberanes Fernández, José Luis: «Notas sobre el origen del amparo-casación en México», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXV, num. 74, mayo-agosto de 1992, págs. 529-547.

<sup>6</sup> O sea:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados,

ria civil-mercantil no resulta fácil precisarlo, ya que de acuerdo con el artículo 104 de la Constitución General de la República, se trata de las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales; sin embargo, cuando las mismas sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los tribunales locales, que es lo que ocurre normalmente, particularmente en materia mercantil, pues, aunque es federal, lo común es que los asuntos de esa materia sean resueltos por los tribunales locales.

En materia administrativa existe el Tribunal Fiscal de la Federación, y lo que no le compete en esa materia, lo revisa el Poder Judicial Federal a través del amparo; con lo cual, la justicia administrativa federal se vuelve compleja.

Por lo que respecta al amparo, diremos que tiene dos grandes procedimientos: uniinstancial, también llamado directo, cuando se impugnan sentencias definitivas de los tribunales federales o locales<sup>7</sup>, y los biinstanciales, también llamados indirectos, para impugnar actos de autoridad que no constituyen sentencias definitivas, que es el caso de los actos administrativos<sup>8</sup> y de los actos legislativos<sup>9</sup>.

Con lo anteriormente señalado podemos pasar a explicar la organización del Poder Judicial Federal, el cual se compone, fundamentalmente, por cuatro tipos de tribunales: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios de Circuito y los Juzgados de Distrito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se integra con veintiún ministros —magistrados— numerarios y cinco supernumerarios, todos ellos nombrados *sine die* por el presidente de la República, con ratificación del Senado.

Este máximo tribunal nuestro tiene funciones jurisdiccionales y administrativas; dentro de las primeras destacan la segunda instancia de los amparos

contra leyes, la unificación de la jurisprudencia<sup>10</sup>, los conflictos de competencia entre los diversos tribunales y el ejercicio de la facultad de atracción, que es una especie de *certiorari*, respecto a cualquier asunto que competa en principio a los tribunales colegiados de circuito.

Ella, la Corte, puede funcionar en Pleno o en Salas. El Pleno se integra con los veintiún numerarios, los cuales además forman las cuatro Salas en que tradicionalmente se divide dicho alto tribunal en razón de la materia —penal, administrativa, civil y laboral—, con cinco ministros cada una. Los ministros supernumerarios integran Pleno o Salas sólo cuando suplan a un numerario, pero, además, los cinco supernumerarios integran la llamada Sala Auxiliar.

El Pleno conoce de amparo contra leyes, siempre que no haya establecido jurisprudencia<sup>11</sup>, mientras que los otros conocen el resto de los negocios; la Sala Auxiliar conoce de lo que las Salas les remitan para desahogarse cuando tienen mucho trabajo.

En cuanto a las facultades administrativas, está la designación de magistrados y jueces del Poder Judicial Federal y, en general, la administración del mismo Poder.

La República mexicana se divide, por la misma Suprema Corte, en circuitos, en cada uno de los cuales se debe establecer, también por la Suprema Corte, al menos un tribunal colegiado, de tres magistrados cada uno, y otro unitario, pudiendo haber, lógicamente, dos o más, e inclusive cuando existen varios tribunales en un solo circuito pueden dividirse en razón de la materia.

Los tribunales colegiados de circuito conocen de los juicios de amparo uniinstanciales y la segunda instancia de los biinstanciales, excepto cuando se juzgue la constitucionalidad de una ley o se interprete directamente un precepto constitucional, así como el recurso constitucional de revisión contra resoluciones de los tribunales de lo contencioso-administrativo<sup>12</sup>.

b) Los señalados en los artículos 2° a 5.° del Código Penal;  
c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomático, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;

d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;  
e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;  
f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas,  
h) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio este descentralizado o concesionado;

i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque este se encuentre descentralizado o concesionado;

j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;

k) Los señalados en el artículo 389 del Código Federal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal.

<sup>7</sup> El concepto de sentencia definitiva implica además a los laudos de las juntas de conciliación y arbitraje y, en general, a cualquier resolución que ponga fin al juicio respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificadas o reformadas.

<sup>8</sup> El problema para entender la cuestión es precisamente que hay casos en que si existe tribunal contencioso-administrativo o fiscal, en cuyo caso las sentencias de estos últimos son impugnadas por vía de amparo uniinstancial.

<sup>9</sup> Se entiende por tal no solo los actos formalmente legislativos, sino también los materialmente legislativos como lo son los reglamentos que expiden el presidente de la República o los gobernadores de los Estados y los tratados internacionales suscritos por el titular del Ejecutivo federal con ratificación del Senado.

<sup>10</sup> En México la jurisprudencia es fuente formal del derecho, la cual requiere de cinco sentencias en el mismo sentido sin ninguna en contrario, y obligan a todos los tribunales del país; los facultados para integrar jurisprudencia obligatoria con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno o Salas, y los tribunales colegiados de circuito.

<sup>11</sup> Como apuntábamos en la nota anterior, en México la jurisprudencia que establecen tanto la Suprema Corte de Justicia como los Tribunales Colegiados de Circuito tiene carácter obligatorio para todos los demás tribunales del país. Por ello, el Pleno de la Suprema Corte, a través de jurisprudencia obligatoria, puede determinar la interpretación sobre la constitucionalidad de una ley; tengase presente que en México cuando se juzga la constitucionalidad de una ley, dicha sentencia no tiene efectos generales, por lo tanto, la jurisprudencia podría ser señalada como un pequeño principio de efectos *erga omnes*.

<sup>12</sup> En México existe el principio de que el amparo se endereza contra actos de autoridad que impliquen violaciones a los derechos humanos; en consecuencia, los órganos de gobierno no lo pueden solicitar, ya que el gobierno no es titular de derechos hu-

Los tribunales unitarios de circuito conocen en segunda instancia, generalmente por vía de apelación, de los juicios ordinarios federales.

Los circuitos, a su vez, se subdividen en distritos. En ellos debe haber por lo menos un juzgado. La subdivisión, la erección y el nombramiento de jueces los hace el Pleno de la Suprema Corte. Los jueces de distrito conocen de las primeras instancias tanto de los juicios ordinarios federales como los de amparo biinstanciales.

De esta forma, en síntesis, podemos decir que hasta el día de hoy, el Pleno de la Suprema Corte ha erigido veintitrés circuitos, con 78 tribunales cada uno y 43 tribunales unitarios junto con 161 juzgados de distrito.

#### b) *Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*

El derecho del trabajo surgió en México, en 1917, con motivo de la promulgación de la Constitución Política, de 5 de febrero de ese año, en cuyo artículo 123 se establecían las bases de esa novísima rama del derecho, una de cuyas fracciones establece que las controversias laborales deben ser resueltas por las juntas de conciliación y arbitraje, las cuales se integran de manera tripartita, es decir, por tres representantes: uno del trabajo, otro del capital y el tercero, quien la preside, del gobierno.

El artículo 123 constitucional es reglamentado por la Ley Federal del Trabajo, la cual establece que hay asuntos federales y asuntos locales: los primeros se resuelven en la Junta Federal y los segundos en las juntas locales que deben existir en cada una de las entidades federativas. La división de competencias la establece la misma Ley en razón de la naturaleza de la fuente de trabajo.

Lógicamente, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje se integra con muchas «juntas especiales» que se crean por acuerdo del secretario (ministro) del Trabajo y Previsión Social, mismas que se establecen en razón de la materia de la fuente de trabajo (v. gr., industria automotriz, industria textil, etcétera) o de un deterioro determinado.

Existe un presidente de la Junta Federal nombrado por el titular del Ejecutivo federal, más aparte un presidente por cada una de las 54 juntas especiales, nombrados por el ministro de Trabajo, teniendo cada uno de ellos su o sus «auxiliares», quienes los suplen para los acuerdos de trámite. En cada junta especial hay un representante del capital y otro del trabajo; en este sentido, no hay un representante general o nacional de los patrones o de los trabajadores, como sí lo hay del gobierno, que es el presidente de la Junta a la que aludíamos al principio del párrafo.

El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje resuelve las controversias surgidas entre el gobierno federal y sus empleados. Se integra con tres magistrados: uno designado por el gobierno, otro por sus trabajadores, y el presidente, que es designado por los dos anteriores.

#### c) *Tribunal Fiscal de la Federación*

Fue creado en 1936, primero como tribunal administrativo de jurisdicción delegada, pero a partir de 1967 toma el carácter de tribunal de plena autonomía.

Dicho Tribunal se compone de una Sala Superior y de dieciocho Salas regionales distribuidas en doce regiones, o sea, que en cada región hay por lo mismo una Sala regional, excepto la llamada metropolitana, que corresponde a la capital de la República y su zona conurbada, que cuenta con seis Salas regionales, y la región Hidalgo-México, que cuenta con dos.

La Sala Superior tiene nueve magistrados y cada Sala regional tres, todos ellos nombrados por el presidente de la República, con ratificación del Senado, para un período de seis años, y si vuelven a ser designados pasan a tener carácter permanente.

La Sala Superior, con sede en la ciudad de México, tiene las siguientes competencias: fijar jurisprudencia, conocer del recurso de queja contra las sentencias de las Salas regionales por violación a la jurisprudencia y resuelve los conflictos de competencia entre las Salas regionales.

Las Salas regionales conocen de los juicios contra las resoluciones emitidas por las autoridades que determinan la existencia de un crédito fiscal, de las que niegan la devolución de un tributo mal pagado, de las que impugnan multas y, en general, de las que causen un agravio, de las controversias en materia de seguridad social, de contratos de obras públicas, las de responsabilidades de oficiales de los servidores públicos y de fianzas en favor del Estado. Todo ello en materia federal, lógicamente.

Como señalamos antes, en México existe el problema de que no hay un tribunal federal de lo contencioso-administrativo; por lo tanto, aquellas materias que no corresponde conocer al Tribunal Fiscal de la Federación tienen que ser impugnadas por vía de amparo biinstancial, con lo cual la situación es muy compleja para aquel que no está familiarizado con el derecho mexicano.

#### d) *Tribunal Federal Electoral*

El artículo 41 de la Constitución General de la República dispone que «la ley establecerá un sistema de medios de impugnación de los que conocerán [...] un tribunal autónomo, que será órgano jurisdiccional en materia electoral». Más adelante señala que el Tribunal Electoral «[...] funcionará en Pleno o Salas regionales; resolverá en una sola instancia y sus sesiones serán públicas, los poderes Legislativo y Ejecutivo garantizarán su debida integración, y contra sus resoluciones no procederá juicio ni recurso alguno; y contará con cuerpos de magistrados y jueces instructores, los cuales serán independientes y responderán sólo el mandato de la ley».

De esta forma, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en vigor regula la organización y funcionamiento del Tribunal Federal Electoral, el cual se integra con una Sala Central y cuatro Salas regionales.

La Sala Central se compone con cinco magistrados, tiene su sede en la capital de la República, es permanente y conoce de la impugnación de los actos de las autoridades electorales nacionales y de las autoridades federales electorales de la circunscripción que corresponda a la misma capital de la República. Tiene función de Pleno, y su presidente lo es de todo el Tribunal.

Las cuatro Salas regionales corresponden cada una a las restantes cuatro circunscripciones electorales de las cinco en que se divide el país; son transitorias, ya que sólo funcionan once meses del llamado año electoral, o sea, cuando hay elecciones federales, lo que sucede cada tres años, y conocen de los recursos de apelación e inconstitucionalidad de los actos de las autoridades distritales o locales del Instituto Federal Electoral de su correspondiente circunscripción.

Los magistrados, tanto en la Sala Central como de las Salas regionales, son designados por la Cámara de Diputados de entre dos candidatos que le propone el presidente de la República para cada plaza, con una votación de las dos terceras partes de los miembros presentes, y si no se logra tal votación se seguirá el sistema de insaculación. El nombramiento es por ocho años, al término de los cuales pueden ser ratificados.

En el Tribunal Federal Electoral también hay jueces instructores que como los magistrados de las Salas regionales son transitorios, o sea, operan los once meses en el año electoral.

#### e) *Tribunales agrarios*

El sistema de justicia agraria es federal y se compone de un Tribunal Superior Agrario y de tribunales unitarios agrarios.

El Tribunal Superior Agrario se integra con cinco magistrados numerarios y uno supernumerario; administra el sistema de justicia agraria y de los recursos de revisión contra las resoluciones de los tribunales unitarios agrarios y de aquellos que por su importancia así lo ameriten.

Así, los distritos en que el Tribunal Superior Agrario divide al país, son hasta la fecha treinta y cuatro.

Lógicamente, en cada uno de estos distritos se establecen el número de tribunales unitarios que el mismo Tribunal Superior determina.

La designación de todos los magistrados la hace la Cámara de Senadores, y, en sus recesos, la Comisión Permanente del Congreso, de una lista que le proporciona el presidente de la República; duran seis años y si al término de los mismos son ratificados, pasan a ser permanentes, según disponen los artículos 15 a 17 de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios.

En caso de que no se apruebe la designación del número de magistrados requerido, el Ejecutivo federal enviará otra lista para completar el número necesario. Los magistrados rendirán su protesta ante

la Cámara de Senadores o la Comisión Permanente, y durarán en su encargo seis años. Si concluido dicho término fueren ratificados, serán inamovibles. Los magistrados únicamente podrán ser removidos en caso de falta grave en el desempeño de su cargo, conforme al procedimiento aplicable para los funcionarios del Poder Judicial de la Federación.

Los tribunales unitarios conocen de los juicios agrarios que se susciten con motivo de la aplicación de la Ley Agraria, de los que no conoce el Tribunal Superior.

#### f) *Tribunales militares*

En México existe fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar.

La justicia militar es administrada por el Supremo Tribunal Militar, por los consejos de guerra extraordinarios, por los consejos de guerra ordinarios y por los jueces militares.

El Supremo Tribunal Militar se compone con cuatro magistrados y un presidente; éste debe tener nombramiento de general de brigada militar de guerra, y los otros cuatro también, generales de brigada, pero de servicio o auxiliares, todos ellos con título de abogado. Son nombrados por el secretario de la Defensa Nacional con acuerdo del presidente de la República, siempre que cumplan con los requisitos señalados en el artículo cuarto del Código de Justicia Militar.

## 2. **Tribunales locales**

Como señalábamos al principio de este trabajo, al ser México una federación, cada entidad federativa tiene su propia y diferente organización jurisdiccional, que aunque en términos generales sigue siendo el modelo nacional, no siempre sucede así.

En cada entidad federativa debe haber un Poder Judicial que conoce de las materias civil y penal; aparte debe tener una junta local de conciliación y arbitraje para lo laboral. En cuanto a lo administrativo, podemos señalar que hay tres tipos de soluciones: las que han establecido su tribunal de lo contencioso-administrativo, las que sólo tienen tribunal fiscal y las que no tienen nada. En un buen número de Estados cuentan, como señalamos antes, con tribunal local electoral y, como es lógico, en ninguno existen tribunales agrarios o militares, por ser materias exclusivamente federales.

Por lo que corresponde a la materia administrativa, diremos que en aquellos que únicamente tienen tribunal fiscal, el resto de la materia administrativa que no corresponde al tribunal fiscal, lo mismo que en aquellos que no cuentan con ningún tipo de tribunal de esta naturaleza, son resueltas por vía de amparo en los tribunales del Poder Judicial Federal.

En la cuestión contencioso-electoral, señalaremos que México no tiene una tradición en este tema, pues, sólo son cinco años en que tenemos este tipo de organismos jurisdiccionales, por lo que resulta explicable que no existan los mismos en la totalidad de los Estados; en esos casos las pretensiones electorales son satisfechas en los llamados colegios

electorales, o sea, la reunión de los presuntos diputados que hayan obtenido su constancia de mayoría en la correspondiente elección.

Finalmente, recordaremos lo que apuntábamos párrafos atrás, es decir, que en algunos Estados se han establecido organismos para resolver las controversias que se suscitan entre las autoridades gubernativas locales y sus empleados.

## II. DESIGNACION

En cuanto a la designación, tenemos que señalar, por lo que se refiere a los más altos cargos de cada sistema jurisdiccional, que es el Ejecutivo quien hace la nominación, la cual es sometida a la ratificación del Legislativo, teniendo para tal efecto la más amplia facultad de selección, lo que no siempre ha redundado en beneficio de la judicatura. Excepción a este principio, como vimos antes, son los magistrados electorales y los militares, pues, tratándose de los primeros se proponen dos nombres para que el Legislativo escoja uno, y en cuanto a los segundos, lo requieren aprobación legislativa.

Para este punto se ha seguido la siguiente praxis, que no es precisamente la más recomendable:

En la nominación de ministros de la Suprema Corte, aproximadamente la mitad son magistrados de los tribunales colegiados de circuito a propuesta informar de la propia Suprema Corte, y la otra mitad son escogidos libremente por el presidente de la República entre políticos y funcionarios destacados, amigos personales e incluso distinguidos juristas. Pero, como apuntamos antes, finalmente el presidente de la República puede oír o no las sugerencias que le hagan porque tiene la potestad de hacer el nombramiento, el cual no siempre es el mejor.

Los magistrados de los otros poderes judiciales y sistemas jurisdiccionales son designados por los titulares de los poderes ejecutivos que correspondan, atendiendo generalmente a razones de clientelismo político más que eficiencia o capacidad profesionales.

En este sentido, la llamada «inamovilidad» judicial tiene poco tiempo en México, pues, tratándose de ministros de la Suprema Corte se estableció hace unos cincuenta años, mientras que para los magistrados de los tribunales superiores no tiene más de diez años. También se ha establecido como edad máxima para permanecer en el cargo la de setenta años y, como excepción, para los magistrados agrarios se ha fijado en setenta y cinco años.

Pensamos que no es conveniente el sistema de elección popular tratándose de miembros de la judicatura; sin embargo, por razones antes apuntadas, tampoco consideramos conveniente esa libertad casi absoluta por parte del Ejecutivo para hacer esas designaciones; consideramos que debe mediar la propuesta de cuerpos colegiados que analicen objetivamente los escritos y capacidades de los candidatos.

Con objeto de garantizar la autonomía judicial, se ha establecido que los jueces y magistrados inferiores sean nombrados por los superiores, también con absoluta libertad. En el mejor de los casos, como sucede con el Poder Judicial del Distrito Federal, esta

nominación se hace previo concurso de oposición abierto en el que se presente cualquiera que llene los requisitos legales y se sienta capacitado para desempeñar el puesto; en el Poder Judicial Federal no hay tal oposición, sino que generalmente se escogen los magistrados entre los jueces y a los jueces entre los secretarios, y así sucesivamente, con lo cual se establece una especie de carrera judicial. Pero no deja de ser un tanto cuanto endogámico, pues es sumamente difícil que acceda alguien que no es de la casa y, sobre todo, no hay un modo objetivo de ver quién tiene más merecimientos; en la práctica, lo que permite detectar es quién tiene mayor influencia, ya que los ministros de la Suprema Corte se van turnando el derecho de presentar candidatos; dicha propuesta generalmente es aceptada por el Pleno, con lo cual, cada ministro se va haciendo de una cohorte de adeptos que van promoviendo a través de esa singular «carrera judicial». En el resto de los sistemas jurisdiccionales hay, repetimos, la más absoluta libertad, que sin llegar a ese clientelismo que se da en el Poder Judicial Federal, sí resulta arbitrario.

Con todo ello queremos indicar que en México la designación de jueces y magistrados se vuelve más una canonjía que una selección objetiva.

Salvo los jueces y magistrados del Poder Judicial Federal, los demás jueces y magistrados inferiores no cuentan con la inamovilidad.

Apenas de unos años para acá se han establecido centros de formación judicial, pero de manera muy incipiente, a los que asisten los funcionarios judiciales en el tiempo que les queda libre después de cumplir con sus deberes profesionales; allí presencian algunas conferencias, pero no es un período de formación intensa ni mucho menos completa.

Otra gran falla del derecho judicial mexicano es que no existe algún sistema para exigir responsabilidades a los miembros de la judicatura, más que el juicio político de responsabilidad que se sigue ante el Congreso de la Unión y que en la práctica nunca se ha llevado a cabo, por lo cual, creemos, se debe establecer un sistema viable, pues, aunque la Ley Federal de Responsabilidades de los Servicios Públicos (*Diario Oficial*, de 31 de diciembre de 1982) establece en su artículo 51 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establecerán los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones legales de sus servidores públicos, hasta hoy día, diez años después de haber entrado en vigor, aún no se ha hecho.

## IV. AUXILIARES DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

### a) Ministerio Público

Mención aparte merece el Ministerio Público. A partir de 1900, México se sumó a la tradición francesa de Ministerio Público, al abandonar la tradición española de fiscales y jueces instructores. Ese funcionario depende directamente del titular del Ejecu-

tivo (quien lo nombra y remueve libremente) a través del procurador general de la República y de las diversas procuradurías generales de justicia en las entidades federativas.

El Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal y la representación social en los procesos civiles en que exista un interés público (menores de edad, tutelas, sucesiones, etcétera). El procurador general de justicia es el abogado del Estado y asesor jurídico del titular del Ejecutivo, quien, como señalamos antes, lo nombra y remueve libremente.

Es insostenible en la actualidad el cúmulo de facultades de las procuradurías de justicia en México, de la misma manera que su dependencia absoluta en materia penal, pues de ahí se deriva que no ejerza sus funciones de abogado del Estado (quien realmente lleva a cabo esa labor son las direcciones de asuntos jurídicos de las dependencias oficiales), que en la averiguación previa no se satisfagan las suficientes garantías procesales, y que en el ejercicio de la acción penal se oponga el principio de oportunidad al de legalidad.

La Policía Judicial depende del Ministerio Público, aunque la queja permanente es que muchas veces actúan esos policías *motu proprio*, lo cual es un abuso a todas luces.

#### b) Sistema de asistencia legal

Por último, diremos que la asistencia legal se hace a través de los defensores de oficio, quienes están muy mal pagados y sobresaturados de trabajo, y cuya labor es raquítica en materia civil y penal; sin embargo, en materia laboral y agraria existen sendas procuradurías que más o menos patrocinan a trabajadores y campesinos ante sus respectivos tribunales.

### V. ASPECTOS PROCESALES

La legislación procesal mexicana ha vivido y sigue viviendo de la tradición procesal española, particularmente de la tercera partida, salvo algunas excepciones; responde a un procedimiento escrito y formalista donde si bien el juez está dotado de amplias facultades, la mediatez que lo caracteriza hace que prácticamente no las ejercite y se vuelva un procedimiento predominantemente dispositivo, siendo la prueba más importante, lógicamente, la documental.

La única excepción a este principio predominante de procedimiento escrito la constituye el proceso laboral; sin embargo, aquí tampoco se da la inmediatez, ya que las audiencias las presiden los auxiliares de los presidentes de las juntas de conciliación y arbitraje, los que finalmente no dictarán la resolución final del llamado laudo.

La burocratización en la administración de justicia en México es una realidad lacerante que difícilmente puede ser superada.

Otro abuso de la administración de justicia mexicana es el de los llamados secretarios de estudio y

cuenta y proyectistas, quienes son los que elaboran los proyectos de resolución a jueces, magistrados y ministros; son los que realmente elaboran las sentencias, pues, aunque revisadas —se supone— por los titulares, son estos funcionarios los que efectivamente estudian los autos y redactan la sentencia, cuando debieran limitarse sólo a lo primero.

Los abogados no informan más que por escrito, y si se entrevistan personalmente —el vulgarmente llamado «litigio de oreja»—, y no lo hacen frente a la contraparte ni tampoco frente a todo el tribunal tratándose de organismos colegiados, sino solamente frente al magistrado ponente.

En la actualidad, los miembros de los tribunales federales reciben un sueldo decoroso, y en ocasiones más que decoroso; sin embargo, en los tribunales locales generalmente se les paga mal, dando pie a la tan lamentable corrupción judicial que desgraciadamente se ha hecho costumbre.

Resultado de todos esos inconvenientes es que en México las personas de escasos recursos prácticamente no acuden a los tribunales a reclamar la satisfacción de sus pretensiones jurídicas y cada día, en mayor medida, se acude a la autocomposición o incluso a la autodefensa para resolver sus controversias. Desgraciadamente, el acceso a la justicia en México se está volviendo un servicio al cual sólo pueden acudir las clases más acomodadas.

Como consecuencia de esa penosa situación es que tenemos la creación, en los últimos tiempos, de sucedáneos de los organismos jurisdiccionales, como lo son la Procuraduría Federal del Consumidor, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como los organismos similares a nivel local y la Procuraduría Federal del Medio Ambiente.

### V. CONCLUSION

Empezaremos diciendo que, dadas las características del sistema político mexicano, la singular vida democrática, la monocracia sexenal, desafortunadamente tenemos que concluir que en México no existe independiencia judicial, que la judicatura está sometida al Ejecutivo y que vemos muy difícil que a corto plazo se modifique esta situación.

Dicha afirmación la podemos acreditar con el hecho de que a través del amparo, aunque legalmente se tienen facultades para ello, el Poder Judicial no toca las cuestiones trascendentales de la vida pública del país, pues sólo se limita a las meramente privadas o de relaciones interpersonales o públicas intrascendentes.

Como ha podido observarse en las páginas anteriores, los problemas que padece la administración de justicia en México son muchos y muy serios, y a medida que pasa el tiempo éstos se van agravando.

Es evidente que en nuestra patria existe un gran desaliento en la población respecto a la judicatura nacional; ese desaliento se manifiesta en el hecho de que cada día se acude menos a los tribunales a buscar la satisfacción de las pretensiones jurídicas a través de medios judiciales y más a extrajurisdiccionales.

# El Ministerio Público en Francia

Jean-Claude NICOD

El Estatuto del Ministerio público francés esta caracterizado por la relación de subordinación jerárquica que une a sus miembros con el Ministro de Justicia y por una ambigüedad que permite todo tipo de intromisiones del poder ejecutivo.

Pero, ante todo, dicho estatuto, como para los magistrados que juzgan<sup>1</sup>, les impone una carrera de tipo militar. Para pasar de un grado a otro, para pretender ejercer determinadas funciones, se debe estar inscrito en unas «listas de aptitud» y en una «tabla de ascensos».

Ha sido preciso esperar hasta 1981 para conseguir que se publicaran los nombres de los candidatos a todos los puestos y poder impugnar la elección de la Cancillería<sup>2</sup>.

Después de una reforma de Febrero de 1992, las propuestas de designación de fiscales (salvo para los Fiscales generales) están sometidas a una comisión consultiva integrada por magistrados electos, representantes de la Cancillería y presidida por el Fiscal General ante el Tribunal de Casación. La experiencia nos dirá si sirve para dotar de autoridad e independencia al Ministerio fiscal sin por ello caer en el corporativismo.

El sistema descansa, desde los primeros momentos del desempeño de la función, sobre las anotaciones que efectúan los superiores directos, sin criterio objetivo ni recurso posible. En la práctica, es un sistema inservible para valorar a las personas, pero que constituye una excelente herramienta para obtener la normalización y el conformismo.

Ateniendonos al *Parqué*, la comparación entre las competencias legales del Ministerio Público y su situación estatutaria revela que se trata de un sistema donde el poder político «posee» a la Justicia.

Examinaré en seguida las justificaciones que han sido dadas para mantener esta estructura y las reformas que son deseables.

## I. COMPETENCIAS LEGALES Y SITUACION ESTATUTARIA

El artículo primero del Código de procedimiento penal establece que la acción pública se inicia y ejercita por los magistrados a los que les esta confiado por ley.

En los términos de los artículos 31, 34, 39 es el Ministerio Público, representado por el Fiscal General, el Fiscal de la República y sus sustitutos quie-

nes ejercen la acción pública y promueven la aplicación de la Ley.

Los Magistrados del Ministerio Publico obtienen pues sus poderes directamente de la ley.

En los términos del art. 40, el Fiscal decide el destino a dar a las denuncias que recibe. Tiene por tanto el monopolio de la acción pública.

Por el contrario, los artículos 33 y 36 dan al ministro de Justicia el poder de ordenar al Fiscal General incoar o hacer incoar las diligencias penales o de presentar los informes que el ministro juzgue oportunos. Los magistrados del Ministerio Público están obligados en ese caso a hacer sus informes escritos conforme a estas instrucciones. Pero oralmente, sus observaciones son libres, según el adagio «la pluma es esclava, pero la palabra es libre».

El Ministerio Público detenta el Monopolio de la acción pública; aprecia en oportunidad la necesidad de la persecución penal. La fuente de su poder es la ley.

¡Y a pesar de ello, esta sometido al poder jerárquico!

Cuando un Magistrado del Ministerio Público lleva a cabo un acto, este es solo valido ante la jurisdicción. Pero, su autor tendrá que responder de él ante la autoridad jerárquica si lo ha hecho con menoscabo de las instrucciones recibidas y tendrá un coste para su carrera.

Por lo demás, aunque no tenga respaldo en la ley, los ministros de Justicia se han arrogado siempre el derecho a dar instrucciones de no perseguir delitos.

Si las instrucciones positivas, las instrucciones de perseguir un delito, pueden ser aceptadas en cuanto que ellas conducen a una decisión judicial; las instrucciones negativas la excluyen y permiten al poder ejecutivo sustituir a la autoridad judicial. Por ello son totalmente inaceptables.

El estatuto, por su carácter predominantemente administrativo y jerárquico, vacía de su sentido propio a las competencias legales del Ministerio Público.

## II. LAS «JUSTIFICACIONES» DE LA SUBORDINACION AL PODER POLITICO

### 1. La herencia histórica

Los revolucionarios, en 1790, no dejaron de considerar la extraordinaria fuerza de resistencia que el

<sup>1</sup> Nota del traductor. En el sistema judicial francés tanto el Fiscal como los jueces que integran el Tribunal son Magistrados, en

un caso *magistrat du Parquet* y en otro *magistrat du Siège*, literalmente, de parqué y de sitio o asiento.

<sup>2</sup> Ministerio de Justicia

poder judicial había opuesto al poder político al final de la monarquía.

En la teoría revolucionaria no existía «poder» judicial: El soberano es el pueblo; el que era el principal poder del rey: hacer justicia, pertenece a partir de entonces al pueblo.

En esta concepción, los jueces no son sino meros ejecutores.

En el momento de la instauración de la democracia, en la lógica del principio de soberanía popular que confía la plenitud de poder a la asamblea legislativa, el estatuto de los jueces se vuelve precario por su sumisión a la elección. Con la llegada de Bonaparte al poder y la sustitución de la elección por un modo autoritario de designación, la precariedad y la inferioridad del estatuto llevaron en lo sucesivo a la sumisión al ejecutivo.

La cultura política francesa privilegia pues la elección como la fuente cuasiúnica de legitimidad. No se ha admitido jamás que los elegidos o los miembros del gobierno investidos de la «legitimidad popular» puedan ver que una parte del aparato de Estado se les escapa. De esta manera, el ministerio está autorizado a dar sus instrucciones al Ministerio Público que debe dar a conocer las opiniones del gobierno a los jueces; aunque este puede, oralmente, tomar una posición personal.

## 2. las justificaciones «utilitaristas»

### a) *La necesidad de «regular» la intervención judicial*

Los dos últimos Ministros de Justicia del Gobierno socialista han pretendido corregir las «fantasías individuales». Para ello no han dudado en ponerse a la cabeza de la jerarquía del *Parqué* como si fueran magistrados, reivindicando la cualidad de «Jefe del *Parqué*», para con ello inmiscuirse cada vez más abiertamente en la marcha de procesos «señalados».

### b) *La necesidad de desarrollar la «política criminal»*

Se trataría, en un sistema dominado por el « principio de oportunidad en la persecución penal », de reducir las incoherencias derivadas de los diferentes criterios de cada una de las 186 fiscalías.

El ministro, representando el interés general, debe dar para ello las correspondientes orientaciones generales y las instrucciones específicas.

En realidad es el ejercicio del poder jerárquico por el Ministro de Justicia lo que sustituye a la «política criminal».

Esta se ejerce principalmente a propósito de los procedimientos «sensibles» susceptibles de interesar al poder o a la opinión.

En un artículo publicado en *Le Monde* de 1.9.1992, el Ministro de Justicia escribía que su tutela es la garantía de independencia de los fiscales frente a los poderes locales y a otros ministros.

¿Pero es que acaso el Ministro de Justicia no es miembro del Gobierno del que participa solidaria-

mente? ¿Como puede realmente abstenerse de dar instrucciones conforme a los intereses políticos de la mayoría que sostiene al gobierno?

El discurso sobre la tutela protectora del ministro poniendo en funcionamiento la política definida por el parlamento no puede ser otra cosa que un discurso de legitimación de los intereses de la mayoría.

Esto es lo que ilustra el bello ejemplo de «política criminal» que nos ha sido dado este último año.

A propósito de procedimientos en los que se encuentran implicados políticos que podrían llegar a ser acusados de corrupción, el ministro de Justicia ha resuelto que sería la Cancillería la que decidiera en que casos se iban a llevar a cabo la persecución penal; según que las investigaciones en curso revelaran enriquecimiento personales condenables o solamente prácticas de financiación de los partidos, ilegales pero ¡tan frecuentes que debían provocar un archivo inmediato!

El ministro ha sustituido a los Fiscales en un terreno altamente político. Pero se está lejos de la definición de una «política criminal» entendida ésta como la determinación de lo que es necesario para la defensa de los derechos esenciales y la paz pública.

Estas formas de pensar son ampliamente compartidas por todos los políticos. Algunos, entonces en la oposición, propusieron un estatuto de independencia para el Ministerio Fiscal. Saben, no obstante, que no serán seguidos por su formación. Ningún partido político se quiere privar de tener un Ministerio Fiscal a sus órdenes para «tener» a la Justicia.

La plataforma electoral del *Centre des Démocrates Sociaux*, partido de centro del que es presidente el actual Ministro de Justicia, proclama que «el Gobierno no debe inmiscuirse en los asuntos en trámite» y que los fiscales son magistrados en todos los sentidos, que aplican las leyes votadas por los representantes del pueblo... que ellos «tienen por sí mismo las facultades de apreciar con toda independencia si procede perseguir o no determinados hechos». El futuro dirá si esta concepción que se propugna, presentada por el *Syndicat de la Magistrature* (SM) en numerosos documentos, constituye para el ministro actualmente en el poder un imperativo político o un discurso puramente electoralista.

## III. LAS REFORMAS INDISPENSABLES

Un estatuto que no sirve sino para permitir un cierto funcionamiento, comencemos por examinar la «producción» esperada del Ministerio público y los problemas planteados por la acción pública.

### 1. La gestión de la acción pública

La sustitución del principio de oportunidad en la persecución penal sobre la que está asentado el sistema francés por el principio de legalidad no resolvería los problemas del Ministerio público.

Cada uno de los sistemas comporta sus compensaciones y sus efectos perversos.

La corrección de la persecución penal sistemática por el juego de la prescripción, o el archivo por par-

te del Fiscal, bajo control, eventualmente, de un juez que, en la práctica, se limita a confirmarlo, conduce a un resultado poco ajustado al sistema francés donde el archivo debe ser notificado al denunciante que puede el mismo desencadenar la acción pública presentando la denuncia ante el juez de instrucción. Esto para los asuntos ordinarios.

Para los asuntos «sensibles» que interesan al poder político, las consultas al ministerio de justicia por parte de los fiscales antes de tomar la decisión, son frecuentes en los sistemas fundados en el principio de legalidad.

No les parece extraño a la mayoría de los magistrados franceses que el gobierno, que tiene la función de velar por el interés general bajo el control del parlamento, haga conocer las prioridades de su política criminal y de igualmente su opinión sobre la orientación de un determinado proceso.

No obstante, una fuerte corriente de opinión se opone a toda posibilidad de que el Ministro de Justicia de alguna clase de directriz a los fiscales.

Este debate afecta también al SM que no ha conseguido nunca tener una opinión oficial mayoritaria. Los desarrollos que siguen son pues unas reflexiones que no comprometen al SM pero que constituyen una contribución personal a sus debates sobre el estatuto del Ministerio público.

Los miembros del Ministerio Fiscal obtienen sus poderes de la ley y esta debería ser de por sí suficiente para legitimar su independencia y la de sus actos.

Pero ¿significa eso que los fiscales no tengan que rendir cuentas a nadie y que estén autorizados a determinar por sí solos el ámbito de su intervención privilegiada?

Los partidarios de que el ministro de Justicia tenga autoridad directa sobre los fiscales hacen dos objeciones. La primera, teórica, se refiere al deber del Gobierno de elaborar una política criminal y de asegurar su aplicación. La segunda, es de carácter práctico: se refiere a la necesidad de que haya una respuesta judicial uniforme en todo el territorio nacional en las situaciones en las que el orden público este gravemente comprometido, o también a la necesidad de evitar los errores de apreciación y de procurar que las decisiones sean tomadas integrando todos los elementos en juego y cuando solo el ministro tiene posibilidades de conocer todos sus aspectos.

Los defensores de esta concepción de fiscalía añaden que la conducción de una política criminal o de un asunto sensible es de la responsabilidad «política» del gobierno y que sustituyendo a éste la magistratura asumiría una peligrosa carga sin tener la legitimidad necesaria para estar investida de tales prerrogativas y hacer frente a estas responsabilidades.

Añaden a media voz que *¡un poder de izquierdas no debe privarse de ningún medio para imponerse a un magistrado reaccionario!*

¡Proposición reversible a merced de los cambios políticos!

Los valedores de la independencia absoluta dicen que la única «política criminal» que los fiscales deben tener en cuenta es la contenida en la ley y que por ello incluso las circulares simplemente «incitati-

vas» están de más. No es preciso decir que en lo que se refiere a asuntos en concreto no es admisible ninguna directriz.

¡No obstante estos se paran en el camino y se guardan bien de rechazar el principio de oportunidad y las prerrogativas que este les confiere!

Entre estas dos concepciones, hay probablemente sitio para una solución que dé al ministro de Justicia las posibilidades de expresar la política del gobierno en los aspectos a los que este último estima debe dar prioridad, sin por ello privar a los fiscales del monopolio de la acción pública que les atribuye la ley, único medio de tener a la Justicia orgánicamente fuera del alcance del ejecutivo.

En efecto, las reglas de funcionamiento del Ministerio público, si se quiere asegurar la independencia de la Justicia, deben sustraer al Ministerio Público de la estricta obediencia jerárquica del ministro que hace a este último el dueño de la acción penal en los asuntos de cierta importancia.

En lo que se refiere a la política criminal del gobierno, éste debe poder exponerla por medio de circulares e incitar a los fiscales a su puesta en práctica y también a desarrollar los medios necesarios para llevarla a cabo.

En lo que se refiere a la conducción de procedimientos concretos resulta lógico que la Fiscalía rinda cuentas de lo que haga. Pero las instrucciones de no perseguir penalmente deben estar explícitamente prohibidas. En cuanto a las demandas de orientación de la acción pública o de actos específicos, no puede tratarse de «instrucciones» sino de «peticiones» como efectuadas por las partes. Deben ser escritas, motivadas y referidos a los autos del proceso.

El Fiscal deberá entonces (o podrá) presentar las diferentes tesis posibles y aparecer —sobre todo en las causas «sensibles»— no como el portavoz del gobierno, sino verdaderamente como «Ministerio Público», es decir al servicio del interés general del que dará una interpretación a los jueces en la plenitud de su independencia de magistrado.

Esta concepción de la acción pública lleva a preguntarse sobre cual sería el estatuto del los magistrados del Ministerio público idóneo para garantizar un funcionamiento semejante.

## 2. La reforma del estatuto

Resulta imprescindible. Es necesario cortar el cordón umbilical que une al Ministerio Fiscal con el poder ejecutivo.

Los Magistrados de la Fiscalía lo mismo que los que juzgan deben depender exclusivamente del Consejo Superior de la Magistratura.

Pero el Consejo Superior de la Magistratura debe ser también reformado.

### a) *El Consejo Superior de la Magistratura llave de una Justicia independiente*

Se compone actualmente de 9 miembros, todos nombrados por el presidente de la República. Ahora bien, este último es el jefe de un Ejecutivo fuerte que

es la institución política central. Es también, salvo en la V República, al menos moralmente, el jefe de la mayoría parlamentaria. ¿Como en estas condiciones puede garantizar la independencia de la Justicia contra las ingerencias del ejecutivo?

En cuanto a sus atribuciones, el C.S.M. asiste al presidente en su función de garantizar la independencia de la autoridad judicial, le somete las propuestas para la designación de consejeros del Tribunal de Casación y de primer presidente del Tribunal de apelación, da su opinión sobre la propuesta del ministro de Justicia para la designación de otros magistrados del Ministerio Fiscal y en fin, bajo la presidencia del primer presidente del Tribunal de Casación, constituye el Consejo de Disciplina de los magistrados que tienen la función de juzgar.

El SM ha expuesto hace mucho su proyecto relativo al C.S.M.:

Un C.S.M. compuesto por una parte de magistrados elegidos por sus magistrados, y otra parte, mayoritaria, de personalidades independientes designadas por el Parlamento, fuera de su seno siguiendo sistemas conformes al carácter plurarista de la representación nacional y que elija un presidente entre sus miembros. Así, de una parte será respetada la diversidad del cuerpo judicial indispensable para oponerse a su espíritu de grupo, de clan, de clase y serían preservados los imperativos referidos a las capacidades profesionales. De otro lado, la presencia de personalidades ajenas a la magistratura evitara el corporativismo judicial y su origen extraparlamentario unido a la participación de profesionales se opondrá a las desviaciones políticas.

El C.S.M. debe administrar las carreras de todos los magistrados tanto los de *parqué* como los que juzgan, proceder a su evaluación y vigilar por su disciplina. En cuanto a su designación, debe depender exclusivamente del C.S.M., aunque, formalmente la decisión sea tomada por decreto del presidente de la República. Es falso pretender, como lo han hecho los últimos ministros de Justicia, que la legitimidad de los magistrados provenga de su designación por el presidente de la República elegido por sufragio universal directo. Primero, porque antes de que el presidente fuera elegido de esta manera (antes de 1962) los magistrados no estaban menos legitimados que hoy en día. A continuación porque la legitimidad no tiene como fuente única esta investidura por el Jefe del Estado (lo mismo si el esta «consagrado» por el sufragio o como en otro tiempo por la unión real) sino que atiende a que la nominación es el resultado de un proceso democrático, previsto por la ley y desprovisto de arbitrariedad. La nominación por el Presidente no es otra cosa que la ratificación de este proceso, la estampación del sello del Estado.

Tal como lo propone el proyecto del SM, el C.S.M., órgano constitucional mayoritariamente compuesto por personalidades designadas por el Parlamento, garantizaría a todos los magistrados una legitimidad mas solida y visiblemente injertada en la soberanía nacional y les pondrá al abrigo de las influencias tanto del ejecutivo como de los intereses de grupo o políticos; legitimidad evidentemente superior a la que pueda conceder un presidente de la República en-

cargado de proteger a la magistratura contra los abusos del ejecutivo del que él es el jefe.

Un proyecto de reforma constitucional prevé la modificación de la composición del C.S.M. que se integraría por unos magistrados elegidos y unas personalidades designadas por los presidentes del Senado, de la Asamblea Nacional, del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado. ¡Auténticos progresos! Pero este proyecto no modifica prácticamente las competencias del Consejo. Y dado que el programa del *Centre des Démocrates Sociaux* pretende confiar al C.S.M. la gestión de las carreras, las primeras declaraciones del jefe de este partido, hoy Ministro de Justicia, revelan que, además de sus actuales atribuciones, el C.S.M. no daría mas que una opinión sobre la designación de fiscales.

Ateniéndose a la teoría institucional y queriendo ignorar las ventajas que el poder político puede esperar de una fuerte influencia sobre los magistrados, se puede afirmar que esto es por culpa de que los políticos hasta ahora han visto en la independencia de la magistratura una desposesión a los representantes de la nación del aparato de Estado.

Ciertamente, así lo afirma M. Robert Badinter, abogado, Ministro de Justicia entre 1981 y 1986 y actualmente Presidente del Consejo Constitucional «el núcleo de la legitimidad es el Parlamento y las asambleas electas. También que los Jueces puedan criticar la Ley es vivido como una atrocidad». Y lo mismo se puede decir de la pretensión de los magistrados de substraerse a la tutela de un ejecutivo directamente unido a la soberanía popular por el modo de designación de su jefe y la sanción electoral de la que depende la vida de un gobierno.

A pesar de que la institución judicial sea acondicionada de manera que no pueda ser subyugada por uno de los otros poderes, no significa que acapare el aparato o la autoridad del Estado (ella misma es del aparato del Estado) sino que el Estado se organiza de manera que la igualdad ante la ley, las libertades y los derechos fundamentales sean garantizados a cada ciudadano fuera de la imposición de las mayorías políticas.

Se esta ahí en plena evolución contemporánea que tiene como resultado el afirmar la supremacía de la ley.

En la tradición republicana, el juez no puede depender mas que de la soberanía popular, en todo caso de los representantes de la Nación, expresada a través de los órganos constitucionales.

Pero esta soberanía es compensada hoy por la noción de Estado de Derecho que debe asegurar la protección y la promoción de las prerrogativas consideradas como fundamentales.

No resulta aceptable leer en la ecuación «voluntad de la mayoría = voluntad de la nación» la verificación del sistema democrático.

No solamente las leyes votadas por el parlamento deben respetar los principios superiores puestos de manifiesto por el juez constitucional, sino también los resultantes de los tratados internacionales, especialmente los europeos, de los que, se podría decir, que tienden cada día mas a la universalidad. Las instituciones por su parte deben esta animadas por estos principios.

Pero la mayor complejidad de las cosas no cambia su naturaleza.

Evidentemente no es cuestión de recusar la soberanía popular como fuente de la legitimidad del juez; pero además ¿como hacerlo sin privar a la institución judicial del fundamento de su autoridad?

La referencia del SM a este principio republicano se expresa en su proyecto de C.S.M. que da la mayoría a los representantes del parlamento.

Lo que se busca es el equilibrio entre la lógica de la soberanía popular y la de la supremacía de los principios irreductibles, imponiéndose al orden político.

Este equilibrio puede llegar a alcanzarse si es la constitución misma (que es resultado de la soberanía popular y que estructura las instituciones) la que hace del C.S.M. un órgano democrático con una relación de filiación reforzada con la soberanía popular, encargado de representar el orden judicial y de garantizar su independencia.

En esta perspectiva donde los órganos del Estado resultantes de la democracia política deben reconocer la primacía de ciertos principios y de ciertos derechos, es evidente que el estatus de los magistrados debe darles las condiciones «reales» de independencia en relación a sus órganos; independencia que no se puede ver reducida a la sola libertad de decisión jurisdiccional.

Queda a salvo, por otro lado, el que el juez se someta el mismo a los principios que garantizan la «calidad» del proceso.

#### b) *El estatuto del Fiscal: especificidad*

También, en lo que se refiere a los magistrados del Ministerio público, el estatuto no debe ser el medio de conseguir su sumisión al poder ejecutivo colocándoles bajo la dependencia directa de este.

La exactitud en la ejecución de las instrucciones ministeriales y la obediencia jerárquica no deben ser los criterios que determinen la evolución de la carrera del magistrado del Ministerio Fiscal.

Por otra parte no se puede pretender que la absoluta independencia de los magistrados que juzgan sea suficientes para garantizar la de la Justicia.

Los regímenes dictatoriales igualmente se acomodan perfectamente a la independencia de los jueces que juzgan ya que administran lo que les entregan para que juzguen, dominan al Ministerio fiscal, los casos y las modalidades de la persecución penal.

¡Un régimen que da autonomía al Banco de Francia pero rechaza la independencia de la magistratura revela su verdadera naturaleza!

El que las orientaciones ministeriales se expresen en las circulares o en las «instrucciones» o «demandas» particulares, no pueden obligar a que el fiscal al que se refieren tenga que adaptarlas a la situación local o al caso en concreto.

El SM sostiene que es así como deben ser leídos, hoy en día, el código de procedimiento penal y el estatuto del Ministerio Fiscal. Conviene poner de relieve con satisfacción que el nuevo ministro ha afirmado después de su juramento que sus instrucciones

serían escritas y referidas al sumario del proceso en causa.

Todavía es preciso garantizar que la libre determinación del fiscal en virtud del monopolio de la acción pública que le confiere la ley no sea paralizado por la estructura administrativa de la institución.

¿Como resolver entonces los eventuales conflictos entre el ministerio y un fiscal «independiente»?

Pero, primero, ¿cuando podría producirse un conflicto?

Podría ser cuando un fiscal rechazara obstinadamente las orientaciones generales de política criminal: es preciso observar que esta situación existe ya. Se da el caso, por ejemplo, de que para numerosos fiscales las innumerables circulares ministeriales que se han dado en relación a los mecanismos para evitar la prisión preventiva se han quedado como letra muerta, sin que eso le parezca escandaloso a la Cancillería; en tanto que por otra parte es cierto que su única política criminal se reconduce a dar orientaciones en los «asuntos señalados». La situación sería por tanto la misma. ¡Pero esta no es de ninguna manera una respuesta satisfactoria en caso de que un gobierno quisiera realmente aplicar su política!

Podría ser también cuando un fiscal no se aviniera a las peticiones escritas de su superioridad en el desarrollo de un procedimiento determinado.

En los dos casos, cabría pensar que el C.S.M. garante de la independencia de la función judicial, sería la mejor opción para solventar el conflicto.

Sin embargo esto sería desplazar el problema y conferir al C.S.M. una influencia directa sobre la dirección de la acción pública.

En el caso de las circulares incitativas, como en el de las demandas particulares, le sería imposible establecer una infracción de cualquier falta de carácter obligatoria; sería obligado a inmiscuirse, como el ministro de Justicia hoy, en los poderes propios del Ministerio Fiscal.

No se puede, por tanto, proponer un sistema donde el C.S.M., por muy representativo que sea, deba de aprobar o condenar las orientaciones y las determinaciones de los magistrados del Ministerio Fiscal.

No obstante (y por encontrarnos en un sistema en el que el jefe de jurisdicción están nombrados por un órgano central), salvo el control disciplinario, el C.S.M. tendría sin embargo una función de regulación del sistema que ejercería en el momento de la designación, sobre todo, de los fiscales y fiscales generales. La limitación de esas designaciones a una duración determinada permitiría en efecto al C.S.M. desviar, al menos de momento, el que la dirección de la acción pública, la gestión administrativa o la divergencia con la política criminal querida por el gobierno hubieran tenido consecuencias que el Consejo, ya fuera de oficio o por incitación de partes o del ministro de Justicia, estimara incompatibles con los derechos de los justiciables, el interés general o el buen funcionamiento del servicio.

La independencia exige que los magistrados (todos los magistrados) fuera del ámbito de la responsabilidad civil o disciplinaria, respondan del ejercicio de su función ante un órgano constitucional garante incontestable de esta independencia.

Pero es preciso volver a decir que el fundamento de los poderes del Ministerio Público es la ley y hay que dar todo su valor a la decisión emitida el 9 de Octubre de 1987, por el consejo de disciplina del Ministerio Fiscal, bajo la presidencia del Fiscal General ante el Tribunal de Casación Pierre Arpaillange que fue ministro de Justicia entre 1988 y 1990: «pretender la entera sumisión de los magistrados

miembros del Ministerio Fiscal a una jerarquía de la que el ministro de Justicia fuera el jefe, no conduciría, como ha sido frecuentemente observado, a otra cosa que a desacreditar a la Justicia, haciendo de la Fiscalía un auxiliar del poder ejecutivo».

(Trad. de José Ricardo PRADA SOLAESA)

# APUNTES\*

## • Leerlo para creerlo

*Delegación del Gobierno en Madrid. Seguridad ciudadana.*

La influencia negativa de actuaciones delictivas de extranjeros

«Durante el año 1992, se ha constatado la negativa influencia que determinados grupos delictivos y marginales de extranjeros ejercen sobre la seguridad ciudadana madrileña. Factores, datos y elementos suficientemente conocidos lo demuestran sobradamente, incluso desde tres puntos de vista diferentes.

En primer lugar, la opinión pública en general conoce la situación conflictiva que ha vivido el centro de Madrid, que en menor medida aún vive, y cuáles son los colectivos que especialmente inciden en la misma.

En segundo lugar, en los propios ambientes de distribución de droga se sabe cómo determinados grupos de extranjeros se están adueñando del centro de la capital y acaparando la venta callejera.

En tercer lugar, los servicios y operaciones especiales de la Policía en esa zona demuestran que son siempre unos grupos muy concretos, la mayoría extranjeros, los que frecuentan los «puntos negros» de la delincuencia y los que generan esta situación de inseguridad.

Por otra parte, la Policía ha contrastado con suficiencia que la inseguridad ciudadana, en gran parte, es producida por actuaciones delictivas de extranjeros especializados en determinadas modalidades de delitos, como:

- *Colombianos*: tráfico de drogas, a media y alta escala.
- *Peruanos*: delincuencia violenta, organizada y con actuación en grupo (robos con intimidación, asaltos, estafas...).
- *Chilenos*: robos de pisos, timos, sustracciones, etc.
- *Guineanos, nigerianos y angoleños*: distribución callejera de droga, principalmente heroína.
- *Marroquíes y argelinos*: distribución de hachís, también hurtos, tirones y «sirlas».
- *Chinos*: introducción de ilegales, extorsiones,

agresiones con arma blanca, falsificaciones. Durante el año 1992, la Brigada Provincial de Documentación realizó un control estadístico sobre los extranjeros en Madrid-Capital con los siguientes resultados:

Número total de extranjeros detenidos: 11.653.

1. 1.020 de los detenidos (8,75 por 100 del total) quedaron en libertad tras comprobarse que tenían causas judiciales pendientes.
2. 1917 de los detenidos (16,45 por 100) son personas indocumentadas o con el período de internamiento agotado y, por consiguiente, inexpulsables del país. Sin antecedentes policiales o penales han sido reiteradamente identificados en los «puntos negros» de delincuencia.
3. 2.061 de los detenidos (17,69 por 100) quedaron en libertad, una vez acreditaron que eran solicitantes de asilo/refugio, a pesar de que ninguno disponía de medios económicos y de que todos fueron identificados en los mencionados «puntos negros».
4. 1.553 de los detenidos (13,33 por 100) pasaron a disposición judicial, de los cuales unos 300 lo fueron por comisión de actividades delictivas y por busca y captura pendientes.

Sumadas todas estas cifras y porcentajes, resulta que 6.551 extranjeros, lo que supone un 56,23 por 100 del total, inciden directa o indirectamente sobre la sensación de inseguridad ciudadana en la capital.

El resto de los detenidos quedaron en libertad, bien por haber acreditado posteriormente que se encontraban legalmente en nuestro país, en período de estancia o de residencia, bien por ser comunitarios, pendientes de recursos de regularización o acogidos a la salida voluntaria, aunque a éstos últimos se les efectuó el oportuno expediente de expulsión en libertad.

Finalmente, es necesario dejar claro que no se pretende responsabilizar exclusivamente a la delincuencia extranjera radicada en Madrid de los índices de inseguridad ciudadana registrados. Simplemente, hay que dejar constancia de la gran correlación existente entre la actuación de estos grupos y los niveles de inseguridad.»

Otra virtud no tendrá, pero, lo que es claridad, toda. Sin comentarios.

\* Sección a cargo de la Redacción.

- **El Fiscal General del Estado se lanza al agua sin saber si está llena la piscina**

El primer día de septiembre, la prensa dio cuenta de unas sorprendentes manifestaciones del Fiscal General del Estado. Corrían, entonces, rumores de que podría estar próxima la liberación de Julio Iglesias Zamora, al haberse pagado el rescate que la condicionaba.

De ser así, entendió que «... cualquier Fiscal de cualquier Fiscalía está obligado a iniciar acciones penales y perseguir cualquier conducta...» relacionada con el anunciado pago. «... Para los jueces, fiscales y las fuerzas de seguridad, las consideraciones humanitarias son importantes, pero nuestra principal obligación es cumplir la ley, aplicarla y hacer que se cumpla...»

La Ley es dura, pero es la Ley. El terrible y persistente Javert habría envidiado —desde su mundo de ficción literaria— un temple así.

Pero abrir un procedimiento penal contra quien, después de semanas de secuestro de un ser querido, y tras el fracaso de las actividades policiales encaminadas a descubrir su paradero y liberarlo, cede a las exigencias de los secuestradores, repugnaría a cualquier persona que conservase una mínima sensibilidad y un atisbo de sentido común.

El Fiscal General del Estado reservaba, con todo, una última sorpresa. Restaba aclarar el título de imputación legitimador de apertura de las investigaciones. Llegando a este, en verdad intrigante y fundamental, extremo, resultó, por desgracia, muy poco explícito: «... creo que podría encajar en alguna figura delictiva del Código Penal...»

En definitiva, pues, se vio incapaz de precisar qué infracción penal podría constituir el pago del rescate por el que, no obstante, se invitaba a proceder penalmente contra el infortunado pagador.

El autor de tan brillante proposición merece, por derecho propio, figurar en las páginas del humor negro jurídico. Cabe suponer que, a los angustiados familiares y amigos de las víctimas (y todos lo somos un poco), se les haya helado la sonrisa.

- **Legislación excepcional: Einstein tuvo la culpa**

En la sentencia C-127/93 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, puede leerse: «...como lo anotó el constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié, los siglos XVIII y XIX estuvieron dominados por la *estática*. Los discursos, incluyendo el jurídico, se caracterizaban por la descripción precisa de las cosas, las cuales se encontraban en un mundo plano y sin movimiento. Esta concepción estática permeó durante las primeras décadas de este siglo el ordenamiento jurídico, que en materia penal se tradujo en una descripción clara y precisa de los tipos penales. En un mundo así estático, que parecía una fotografía, los tipos abiertos no tenían lugar.

El siglo XX está dominado por la *dinámica*. Fue Einstein el que en el discurso de la física introdujo la dinámica que reemplazó a la física estática de

Newton. Ello fue un cambio histórico de repercusiones en todos los dominios. El derecho no es la excepción. Es así como el derecho penal de hoy debe responder a maquinarias delictivas 'en movimiento', que trascienden los viejos esquemas de los tipos cerrados. De allí que esta Corporación encuentra que a la luz de la Constitución Política, expedida en las postrimerías del siglo XX, los tipos penales abiertos no son inconstitucionales per se.

Ciertamente existen tipos penales claramente tipificados en el Código Penal que no admiten interpretación diferente que la de los contenidos intrínsecos de la misma norma. Pero tratándose de comportamientos que avanzan a una velocidad mayor que la de los tipos —como es el caso del terrorismo—, requieren una interpretación bajo la óptica del actual Estado Social de Derecho.

En este sentido, frente a delitos 'estáticos' o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos 'dinámicos' o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Esta distinción faculta un tratamiento distinto para dos realidades diferentes, con base en el art. 13 de la Constitución Política.

Así pues, el 'terrorismo' es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos...»

- **¡A por ella!**

La sede de los juzgados de Plaza de Castilla, en Madrid, apareció, a finales del pasado junio, regada de panfletos contra la decana, Manuela Carmena, suscritos con las siglas: *APM*, *AFV* y *UJI*.

La novedad del asunto suscitó el interés de la autoridad competente. Por eso, criptógrafos adscritos al Servicio de Inspección del Consejo, expertos en activismo judicial *underground*, iniciaron una cuidadosa investigación, que ha dado algunos resultados.

Así, ha podido saberse que el primer firmante es un comando de reciente creación, que responde al nombre de *A por Manuela (APM)*.

En cuanto a las otras siglas, una vez descartado que *AFV* tenga algo que ver con *FEVE (Ferrocarriles de Vía Estrecha)*, los expertos del Consejo confiesan, desolados, que «no les dicen nada».

- **¡Menos mal!**

La titular de un juzgado de primera instancia e instrucción de la periferia de Madrid dirigía al Consejo General del Poder Judicial, a efectos de estadística, un oficio que dice así: «*Tengo el honor de participar a V.I. que en este juzgado no se ha producido suicidio alguno durante el mes de julio del corriente año.*»

Por cierto que en algún caso, también del mismo entorno capitalino, no habría sido por falta de motivos. Así, por ejemplo, puede traerse a colación el supuesto reciente en que el anterior Director General de Relaciones con la Administración de Justicia, citó a los titulares de los tres juzgados de una populosa urbe madrileña. Se presentó el del número uno y,

cuando el convocante, amablemente, le instaba a fumar un cigarrillo para entretener la espera de los otros dos, tuvo que oír —es de suponer que con sorpresa— que, como Dios en el caso del insondable misterio católico, este juez era también «uno y trino». Desde hacía un buen número de meses y sin perspectivas inmediatas de cambiar de «estado» desempeñaba —como podía— los tres juzgados.

- **El hurto no tiene quien lo escriba**

Le habían sustraído limpiamente la cartera con dinero, documentación, tarjetas de crédito... y, como es una ciudadana responsable, decidió acudir a la comisaría.

Puesto que, además, es profesora de derecho penal, entendió que era un hurto lo que debía denunciar.

Una vez en presencia del funcionario de guardia, vió que éste estaba en la pantalla de su ordenador una plantilla inequívocamente destinada a supuestos de robo. Le hizo notar su disconformidad, y fue advertida de que no había más que esa opción, al no disponer el programa informático de otro modelo normalizado.

Total, el hecho, a pesar de la buena disposición de la perjudicada, pasó limpiamente a engrosar la «cifra negra» de delitos contra la propiedad. En este caso por una causa que posiblemente sugiera alguna consideración interesante a los criminólogos. Y cabe que incluso a los responsables de la policía.