

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

---

INFORMACION Y DEBATE

**P. Andrés Ibáñez**, Reivindicación de la juez Huerta. **F. Pantaleón**, «Perseverare diabolicum». **E. Resta**, La cultura de la legalidad. **R. Bergalli**, Protagonismo judicial y cultura de los jueces. **J. A. Alonso**, El jurado, más que una ley. **F. Bello Landrove**, De juris-imprudencia. **P. Flores D'Arcais**, Izquierda y legalidad. **J. L. Diez Ripolléz**, Drogas: tendencias político-criminales. **N. González-Cuéllar Serrano**, Los fines de la casación civil. **I. Gutierrez Gutierrez**, Controles de la legislación delegada. **E. Calvo Rojas**, Administración y ciudadano de buena fe. **L. Gaeta**, Teorías del derecho de huelga en Italia. **G. M. Gallego García-G. P. Lopera Mesa**, Sobre el derecho en Colombia.

**En este número:** José-Antonio Alonso, *magistrado*, juez de lo penal (Madrid).  
Perfecto Andrés Ibáñez, *magistrado*, Audiencia Provincial, (Madrid).  
Federico Bello Landrove, *fiscal*, (Salamanca).  
Roberto Bergalli, *director del «International Institute for the Sociology of law»*, (Oñati, Guipuzcoa).  
Eduardo Calvo Rojas, *magistrado*, Tribunal Superior de Justicia (Madrid).  
Paolo Flores D'Arcais, *director de la revista «Micromega»* (Roma).  
José-Luis Díez Ripolles, *catedrático de Derecho Penal* (Málaga).  
Lorenzo Gaeta, *catedrático de Derecho del Trabajo* de la Universidad de Catanzaro (Italia).  
Gloria-María Gallego García, *estudiante de derecho*, Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).  
Nicolás González-Cuellar Serrano, *catedrático de Derecho Procesal*, Universidad Carlos III (Madrid).  
Ignacio Gutierrez Gutierrez, *doctor en Derecho*, Universidad Complutense (Madrid).  
Gloria-Patricia Lopera Mesa, *estudiante de derecho*, Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).  
Fernando Pantaleón, *catedrático de Derecho civil*, Universidad Carlos III (Madrid).  
Eligio Resta, *catedrático de Sociología Jurídica*, Universidad de Bari (Italia).

### **Jueces para la Democracia. Información y Debate**

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

*Redacción:* Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Javier MARTINEZ LAZARO, 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>Reivindicación de la juez Huerta</i> , Peñfecto Andrés Ibáñez.	
— <i>'Perseverare diabolicum'</i> ( <i>¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?</i> ), Fernando Pantaleón.	
— <i>En torno a la cultura de la legalidad</i> , Eligio Resta.	
— <i>Protagonismo judicial y cultura de los jueces</i> , Roberto Bergalli.	
— <i>El jurado, algo más que una ley</i> , José Antonio Alonso.	
— <i>De juris-imprudencia</i> , Federico Bello Landrove.	
<b>Estudios</b> .....	27
— <i>Izquierda y legalidad</i> , Paolo Flores D'Arcais.	
— <i>Tendencias político-criminales en materia de drogas</i> , José Luis Díez Ripollés.	
— <i>Los fines de la casación en el proceso civil</i> , Nicolás González-Cuellar Serrano.	
— <i>Los controles de la legislación delegada</i> , Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.	
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b> .....	69
— <i>La administración y el ciudadano de buena fe</i> , Eduardo Calvo Rojas.	
<b>Internacional</b> .....	73
— <i>Algunos itinerarios sobre las teorías del derecho de huelga en Italia</i> , Lorenzo Gaeta.	
— <i>Sobre el derecho en Colombia: entre el escepticismo y el deber de no renunciar</i> , Gloria-María Gallego García y Gloria Patricia Lopera Mesa.	
<b>Documentos de Jueces para la Democracia</b> .....	87
— <i>Cambio de hipoteca.</i>	
— <i>Sobre la actuación del vocal Gómez de Liaño.</i>	
— <i>Sobre la reforma del mercado de trabajo.</i>	
<b>Apuntes</b> .....	91
— <i>De independencia judicial y Consejo General: ¿hacia adónde el 'impulso'?</i>	
— <i>Ministro Asunción: fe de erratas.</i>	
— <i>La Federación tenía razón.</i>	
— <i>Cuando el gracioso de turno viste toga.</i>	
— <i>¿Un tribunal por encima de la ley?</i>	
— <i>El (fiscal) que avisa...</i>	
— <i>Para una antología del despropósito.</i>	

# DEBATE

## Reivindicación de la juez Huerta

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Lo recordaba muy expresivamente Juan Alberto Belloch en la radio, al conocerse la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo confirmando la condena impuesta a los siete agentes de la guardia civil que torturaron a Tomás Linaza y a los dos mandos del mismo cuerpo que no lo impidieron: resulta tremendo repasar los periódicos de aquellos días. Porque, en efecto, estremece asistir de nuevo al linchamiento de la juez. Como estremece releer las intervenciones del presidente del Gobierno, del ministro Ledesma, del ministro Barrionuevo, del director general Xiol Rius, de cualificados exponentes de la mayoría parlamentaria. Y escandalizan los silencios: el de significativos sectores de la comunidad jurídica (quizá se preparaban ya para callar ante la 'ley Corcuera'); y el del Consejo General del Poder Judicial, sólo roto para, con la tibieza que suele ser norma de la casa, huir del centro del conflicto mediante una desvaída y débil declaración de las mal llamadas *institucionales*. Mal llamadas, porque con tal expresión suele aludirse a intervenciones elusivas o *de compromiso*, que se sitúan siempre por debajo de lo que el cometido constitucional de las instituciones exige de éstas. Como exigía del Consejo en este caso.

Mientras la juez Huerta, desde la gravísima evidencia de la tortura, y como consecuencia de la cerrazón encubridora de la guardia civil, se veía obligada a operar frente a ella con los mismos medios de investigación procesal de que hay que hacer uso ante el hermetismo de cualquier organización ilegal, representantes de los otros poderes del Estado se ponían «la ley por montera», ofreciendo un espectáculo desolador.

Lo describió con trazo fotográfico el entonces diputado Bandrés Molet, en una sesión de la Comisión de Justicia e Interior: «Un día determinado, no sé cuando —parece una página de Julio Cortázar o de García Márquez—, el presidente de un Gobierno, un ministro del Interior y un ministro de Justicia se reúnen —dos de ellos licenciados en derecho, el otro magistrado, tres juristas; alguno de ellos, incluso, ha ejercido como abogado— y ordenan que se desobedezca a la juez y se encomienda a un teniente coronel que discuta con la juez, por escrito, sobre si ha aplicado bien o mal el 368 y el 369 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, con absoluto desprecio de los recursos jurisdiccionales».

Y así fue, en efecto, cómo se produjo aquella conmovedora situación de *bananero* sentido de la legalidad.

El teniente coronel: «...existen fundadas razones que aconsejan el no disponer las interesadas comparencias». (¡Vaya si existían!).

El ministro de Justicia: «Se trataba... de suscitar, por parte de la autoridad judicial, una consideración de las posibles razones de ilegalidad que podía contener la resolución que había adoptado». (¡Curioso procedimiento!).

El director general de Relaciones con la Administración de Justicia: «...puede acordarse el incumplimiento...cuando la orden dictada por la autoridad judicial sea abierta y manifiestamente ilegal». (¡En Televisión Española y citando artículos!).

El diario *Abc* —*gaceta oficial* en este caso—, el cronista ideal dada la naturaleza de los acontecimientos, puso imagen al mensaje implícito de tales discursos. Con la adecuada dosis de miseria moral, hizo compartir a María Elisabeth Huerta la portada del número correspondiente al 11 de septiembre de 1986 con el *etarra* Domingo Iturbe Abásolo («Txomin»), en fotografías adosadas. Después rotuló: «La trampa de ETA desenmascarada».

Para entendernos: en esta torpe y penosa historia, la juez no era el brazo y la boca de la ley, sino un inconsciente juguete en manos de la banda armada; un atrabiliario e insensato azote de honestos agentes del orden. (Gobierno y *Abc* *dixerunt*).

Por fortuna, primero la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, y ahora la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, han puesto definitivamente a cada quien en su sitio. Confirmando a María Elisabeth Huerta en el que nunca había dejado de estar: el de la Constitución y la ley. Pero ¿y mientras? ¿Cuál habrá sido el efecto de toda la subcultura jurídica antidemocrática vertida tan irresponsablemente en aquellos días? Y ¿quién la habrá capitalizado?

El «caso Linaza», no pudo llegar a ser, a pesar de los esfuerzos apuntados, el *caso Huerta*; sino uno más de los muchos que en este periodo han puesto de manifiesto que la tendencia a la absolutización del poder político es, *siempre y en general*, difícilmente resistible. Uno de esos casos que encierran

—aunque sea en negativo— una luminosa lección de constitucionalismo democrático: no hay, no puede haber razón, para contemporizar con la violación de los derechos humanos, para compadrear con los torturadores. Y no existe poder tan bueno *per se* como para que pueda estar justificado en algún caso bajar, frente a él, la guardia, abatir las garantías. Porque es precisamente la vigencia efectiva de éstas el único medio capaz de asegurar —y la experiencia indica que nunca del todo— *cierta bondad* en el ejercicio de la violencia legítima.

El caso *Linaza*, aunque sea «con renglones torcidos» ha contribuido sensiblemente a escribir una de las mejores páginas de la parca cultura democrática sobre el poder judicial que ha producido este país. Frente al pragmatismo sin principios de quienes se le opusieron entonces colaborando objetivamente al encubrimiento de un delito de tortura del que había vehementes indicios, la juez Huerta concentró en su actuación diamantina *toda la legitimidad* del Estado de derecho.

Pero no acaba aquí la lección, que no debe ser empobrecida confinando el supuesto que le sirvió de base en el mundo de lo inusual. Porque la propensión a la huida del derecho, la tendencia a la transgresión del límite, permea también a lo largo y a lo ancho de su cotidianeidad el ejercicio de cualquier clase de poder. Incluido, faltaría más, el de los jueces.

Por eso sigue siendo tan necesario, tan necesario como cuando lo escribió Montesquieu, que «el poder frene al poder». Y, en el caso del judicial, que sea ejercido —y *gobernado*— por gentes que se deban únicamente a la ley cuya observancia les legítima. Por gentes que, como la juez Huerta en el «caso *Linaza*», no tengan miedo al *conflicto*, sino que, cuando éste resulte ineludible para la defensa de los derechos, sean capaces de moverse en él con la autoridad y la naturalidad que confiere la certeza de que se está del lado de la razón y dando vida a un imperativo constitucional de obligado cumplimiento.

# 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, 2ª - 28006 Madrid.



Diccionario  
Jurisprudencia  
Penal

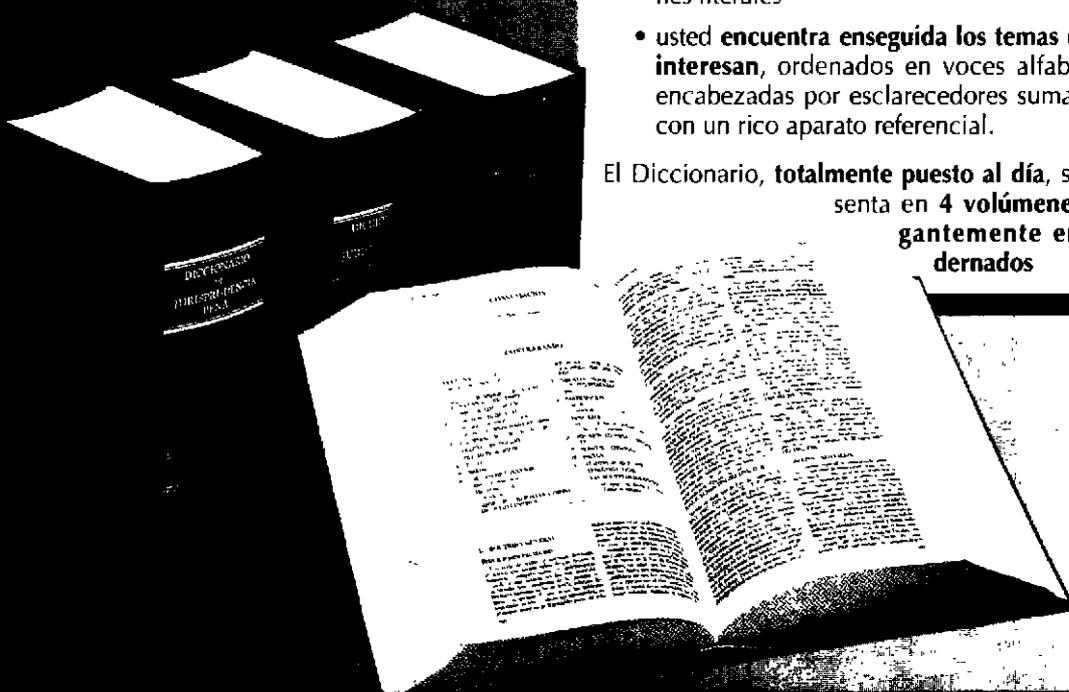
una joya necesaria en su  
biblioteca de trabajo

# La obra de Derecho Penal que necesita todo jurista

Este Diccionario es muy útil a todo profesional del Derecho, porque es el modo más fácil y rápido de llegar al **conocimiento y solución de cualquier problema jurídico** desde la óptica del **Derecho Penal**:

- usted **accede a 123 años de jurisprudencia criminal vigente** –a nivel de TS y TC– estudiada y presentada en amplias transcripciones literales
- usted **encuentra enseguida los temas que le interesan**, ordenados en voces alfabéticas encabezadas por esclarecedores sumarios y con un rico aparato referencial.

El Diccionario, **totalmente puesto al día**, se presenta en **4 volúmenes elegantemente encuadernados**



ahora en condiciones excepcionales

solicite más información: por tfno. (948) 33 02 26, o por fax (948) 33 09 19

## «Perseverare diabolicum» (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)

Fernando PANTALEON

Tras un intenso ejercicio de autoconvencimiento en el poder de la razón crítica frente a las absurdas tradiciones que se aceptan y perpetúan sólo por serlo, y en la esperanza, ya tibia, de que acaben por ser escuchadas las voces que muchas veces han clamado en el desierto, me he decidido a escribir de nuevo, y en tono fuertemente combativo, sobre la regulación la mal llamada responsabilidad civil «derivada de delito».

Digo «mal llamada» porque debería ser claro (al menos desde E. Gómez Orbaneja, «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado* 1949, págs. 185-212), que no es el delito su fundamento, y el mero ilícito civil el fundamento de la responsabilidad civil que se regula en los artículos 1.902 a 1.910 del Código Civil. El fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño —aunque haya delito, si no causa daño, no hay responsabilidad civil—, atribuible al sujeto civilmente responsable —que puede no ser el, en su caso, responsable criminal (cfr. arts. 21 y 22 CP)— mediante alguno de los criterios de imputación de responsabilidad civil —el dolo o la culpa pero también el riesgo—; con absoluta independencia de que, además del supuesto de hecho de una norma de responsabilidad civil, la conducta dañosa integre, o no, el supuesto de hecho de una norma penal. Son razones de economía procesal en favor de las víctimas de los delitos las que pueden justificar que nuestro ordenamiento jurídico (a diferencia, p. ej., de los del *common law*) haya habilitado a los Tribunales penales para que puedan pronunciarse sobre esa cuestión puramente civil; y como regla plenamente congruente —de la que es reciente excepción el último párrafo del art. 20 CP—, sólo cuando la sentencia penal sea condenatoria. Únicamente razones de economía procesal —insisto—, y no que se trate de una responsabilidad de naturaleza, fundamento u objetivos diferentes a los de la regulada en el Código Civil.

Sentado lo anterior, se comprenderá de inmediato cuál es el que considero el más grave defecto conceptual y práctico de la Parte General del Proyecto de Código Penal de 1992: *reincidir en el distate de contener una regulación sobre la responsabilidad civil «derivada de delito», en lugar de una simple norma de remisión a las normas sobre responsabilidad civil contenidas en Código Civil* (o en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); que es lo que incluía el Borrador de 1990, y lo que han venido reclamando todos los juristas que han escrito sobre la materia

en los años recientes, sin excepción alguna de suficiente autoridad [v. entre muchos, A. Cabanillas, en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales Edersa*, XV-1, Madrid 1989, págs. 217-222; Yzquierdo Tolsada, «El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, II, Madrid 1990, págs. 2109-2135, especialmente, págs. 2133-2135; J. M. Miquel, en *Prólogo a la monografía* de E. Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid 1992, págs. 13-14; y la propia autora, págs. 120-121, con exhaustiva referencia]. Añadiré aquí que *ni siquiera una norma de remisión haría falta en el Código Penal: bastaría redactar adecuadamente el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; también, para que no hubiera que leer que la acción civil puede «nacer del delito o falta» y para que atribuyese competencia al Tribunal penal para pronunciarse sobre cualesquiera responsabilidades civiles resultantes del evento dañoso causado por el hecho delictivo, *aunque generadas por conductas concurrentes no tipificadas como delito o falta*.

En un esfuerzo por explicarme el empecinamiento en el error de mantener en el Código Penal una disciplina de la responsabilidad civil, se me ocurren varias posibles «razones», a las que responderé brevemente. Pero diré de antemano que entre ellas no se encuentra el Derecho Comparado: *en ningún Código Penal de ningún Estado de nuestra tradición político-cultural puede hallarse una regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por los hechos en él tipificados*; tampoco, por supuesto, en los de aquellos Estados, como Italia o Francia, cuyos ordenamientos jurídicos asignan competencia en la materia a los Tribunales penales. Se trata de una desgraciada peculiaridad patria, a cuyas causas me referiré más adelante.

Frente a la propuesta que aquí mantengo, se han levantado o podrían levantarse las cinco objeciones siguientes:

a) Los Tribunales penales deben seguir teniendo competencia en materia de responsabilidad civil derivada de delito.

No discutiré ahora la premisa, aun cuando no sea indiscutible: en otros ordenamientos jurídicos la jurisdicción penal no tiene dicha competencia, que sin duda ha provocado entre nosotros una espúrea utilización del proceso penal con miras puramente indemnizatorias. Es sencillamente obvio que *el mantenimiento de tal competencia no exige en modo alguno una regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal*; salvo para quien incurra en el la-

mentable error de creer que los jueces penales sólo pueden aplicar el Código Penal.

Mas no resisto la tentación de indicar que *es precisamente en un artículo del Proyecto de Código Penal de 1992 donde se pretende eliminar la competencia de los Tribunales penales en un ámbito de extraordinaria importancia práctica: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.* ¿Que significa, si no, el pasmoso, el decididamente imprevisible párrafo segundo del artículo 122 del Proyecto? ¿No es evidente que ese «procedimiento establecido en su legislación propia» es el que regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que reserva la competencia exclusiva a la Administración y la vía jurisdiccional contencioso-administrativa? O se suprime con carácter general la competencia de la jurisdicción penal en materia de responsabilidad civil —lo que, como he dicho, es una alternativa a considerar, aunque seguramente no defendible hoy— o se mantiene con carácter general. Proponer ahora una norma como la del artículo 122.11 del Proyecto de Código Penal es como pedir a gritos esta dura pregunta: ¿a qué concretos funcionarios se pretende proteger de un modo indirecto, pero patente, desincentivando su persecución penal, pues en ella no podría conseguirse la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado; a los del Ministerio del Interior? Y no se me responda que se trata sólo de que los Tribunales de lo contencioso-administrativo son los «Tribunales naturales» de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas, aunque sea por delitos de sus funcionarios, sin meditar cuidadosamente que se contestaría a quien rearguyera que son los Tribunales civiles los «Tribunales naturales» de la responsabilidad civil de las sociedades mercantiles titulares de empresas privadas, también si de vigilancia o seguridad, aunque sea por los delitos de sus empleados o dependientes.

Nótese, además, que la propuesta defendida aquí aumentaría la competencia en materia de responsabilidad civil de los Tribunales penales en un sentido muy racional: *tal competencia vendría a estar delimitada exclusivamente de forma objetiva —por el evento dañoso causado por el hecho delictivo—, resultando liberada del rígido corsé que supone una lista cerrada de responsables civiles:* la de artículos 19 a 22 del Código Penal, o los artículos 119 a 123 del Proyecto. De la rigidez de dicho corsé suministró ya una buena prueba la historia de la legitimación pasiva en el proceso penal de los aseguradores de responsabilidad civil, no resuelta satisfactoriamente hasta la década de los ochenta. Pero piénsese en un caso como el siguiente, extraído de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Un dependiente del dueño de un pequeño negocio de venta de carbón, al que éste había encomendado la entrega a domicilio de un pedido, cruzó descuidadamente una calle con la carretilla del carbón, cuando pasaba un autobús cargado de viajeros; cuyo conductor, para evitar atropellar al dependiente, efectuó una maniobra brusca que provocó una colisión del autobús, con varias víctimas entre los pasajeros. A la indemnización de los daños sufridos por éstos fueron condenados el dependiente, responsable penal por delito de imprudencia sim-

ple, y como responsable civil subsidiario, el dueño de la carbonería. Pero a mí siempre me ha parecido insatisfactorio que, en un supuesto como éste, por el simple hecho de que la conducta del conductor no fuera delito o falta, el Tribunal penal sea incompetente para pronunciarse asimismo sobre la responsabilidad civil del titular de la empresa de autobuses; condenándola, en su caso, solidariamente con el dueño de la carbonería. Cuando, además de las razones de economía procesal, es obvio que el referido evento dañoso fue realización de un riesgo mucho más típico de una empresa de transporte de viajeros que de una carbonería; de un riesgo, en consecuencia, mucho más razonable o eficientemente asegurable por aquella empresa que por ésta.

b) Si se eliminase la regulación de la responsabilidad civil del Código Penal —rezaría la posible segunda objeción—, se estaría dando la negativa impresión de que el legislador penal no se preocupa por las víctimas de los delitos.

Se estaría dando dicha impresión —contestaría yo— a alguien que no supiera el Derecho suficiente para saber (y al que fácilmente podría explicársele) que tal eliminación no significa en modo alguno, ni que las víctimas de los delitos no puedan seguir pretendiendo sus indemnizaciones en el seno de los procedimientos penales, ni que el Ministerio Fiscal deje de ejercitar las acciones civiles en su interés. Lo único que cambiaría es la «localización codicial» de las normas a aplicar: estarían, y estarían sólo, en el Código que corresponde a su naturaleza. Porque supongo que a nadie se le ocurrirá argumentar que la mal llamada responsabilidad civil «derivada de delito» tiene función punitiva: ¿acaso no se cuantifica de acuerdo con la entidad del daño causado, en lugar de graduarse con arreglo a la gravedad de la conducta y del reproche que merezca su autor?; ¿acaso no es transmisible a los herederos del responsable? (v. art. 105.1 CP; comp. art. 112.1º); ¿acaso no es asegurable?; ¿acaso no puede imponerse a las personas jurídicas?; ¿o acaso rige respecto de ella una reserva de Ley orgánica? No se olvide, en fin, que una cosa es que el Ministerio Fiscal deba ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias (algo, por cierto, absolutamente privativo de nuestro Derecho, pero que no parece tampoco conveniente poner en cuestión en este momento), y otra muy distinta que, si el Ministerio Fiscal no ejerciera su oficio al respecto, tuviese el Tribunal penal que investigar y pronunciarse de oficio sobre la responsabilidad civil «derivada de delito»; lo que hay que negar con la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, pues el principio dispositivo juega sin duda aquí.

En fin, lo que un legislador verdaderamente preocupado por las víctimas de los delitos tendría que hacer es, siguiendo el ejemplo comparado (y patrio sobre las víctimas de los delitos de terrorismo), constituir un Fondo de Garantía para aquellas víctimas, que cubriera cuando menos —y cuando más, también, en un Estado Social en crisis financiera— los daños a las personas causados por delitos dolosos.

La argumentación tendría quizá que proseguir frente a algún partidario acérrimo de ver en la llamada «*Wiedergutmachung*» una nueva finalidad del Derecho penal; pero no es éste lugar apropiado para profundizar en el debate. Advertiré únicamente que

a ninguno de los teóricos alemanes de esa pretendida nueva finalidad se le ha ocurrido jamás mantener que sea el Código Penal el que contenga la disciplina de la responsabilidad civil por daños causados por hechos delictivos.

c) Los preceptos a los que el Código Penal habla de limitarse a remitir, los artículos del Código Civil relativos a la responsabilidad extracontractual —rezaría la tercera de las posibles objeciones— han quedado trasnochados y superados por la jurisprudencia.

Mi respuesta es evidente: *lo que hay que hacer, entonces, es reformar los artículos 1.902 a 1.910 (y los malhadados arts. 1.092 y 1.093) del Código Civil, actualizándolos en el sentido que muestra la avanzada jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda de nuestro Tribunal Supremo y avala la enseñanza del Derecho comparado; una reforma, que bien podría coincidir en el tiempo con la promulgación del nuevo Código Penal. Y ocurre que la Sección Civil de la Comisión General de Codificación tiene preparada precisamente esa reforma, en un Anteproyecto de Ley elaborado, cabalmente, desde la premisa de la supresión de las normas sobre responsabilidad civil del Código Penal, todavía prevista en 1991, cuando se iniciaron los trabajos.*

Y parece necesario mencionar aquí que:

En el proyectado artículo 1.902.1 del Código Civil, a diferencia de en el artículo 112 del Proyecto de Código Penal, se distinguen los conceptos de causalidad e imputación objetiva, llevando lógicamente al campo de la responsabilidad civil una exacta distinción dogmática ya aceptada, para la teoría del delito, por la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo.

En el proyectado artículo 1.903 del Código Civil se regula, no sólo la responsabilidad civil del incapaz de entender y querer o del por otra causa (por su edad o sus condiciones personales) civilmente inimputable, y la del que actuó en estado de necesidad o con miedo insuperable, sino también la del que actuó en la errónea creencia de que concurría una causa de justificación. Se trata, así, de una norma más completa que el proyectado artículo 120.1 del Código Penal; en el que además se reincide en el grave error —subproducto de la idea absurda de que se está regulando un verdadero «efecto del delito»— de parificar a efectos de la responsabilidad civil a todos los menores de dieciséis años, siendo así que un joven normal de quince años de edad, bien que penalmente inimputable, es perfectamente capaz de culpa civil: perfectamente condenable a indemnizar, solidariamente con sus padres en su caso, la totalidad del daño.

En el proyectado artículo 1.904 del Código Civil se contempla la responsabilidad de quienes tienen el deber de vigilar a un menor o incapaz de una manera más completa y clara (en materia de carga de la prueba de la culpa) que en la regla 1ª del proyectado artículo 121 del Código Penal. Ahora bien, si lo que se intenta —tanto en esta regla como en la 1ª del artículo 120.1— es imponer al perjudicado la carga de probar la culpa de los padres o tutores, mi crítica habrá de ser muy dura; y más, si se ha hecho en la convicción, absolutamente peregrina, de que juega igualmente en este ámbito la presunción de

inocencia (baso mi inquietud en una comparación con la regla 1ª del art. 123 y la regla 2ª del art. 125 del Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1984). Crítica aquélla, a la que habría de añadir a *la que en todo caso merece haber configurado como meramente subsidiaria la responsabilidad de los padres o tutores.*

Frente a la verdadera exhibición de complicación innecesaria que representan las reglas 3ª a 5ª del proyectado artículo 121 del Código Penal —cuyo más grave defecto es, con todo, el retroceso que el inciso final del párrafo primero de la regla 4ª significa frente a la progresiva jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el vigente art. 22 CP—, se alza la nitidez con que el proyectado artículo 1.905 del Código Civil hace responsable a todo titular de un establecimiento o empresa, prescindiendo de cualquier negligencia por su parte, de los daños que sean realización de los riesgos típicos de su actividad empresarial y, en particular, de los causados por sus empleados o dependientes en el desempeño o con ocasión de tareas a ellos encomendadas. Responsabilidad ésta directa o principal; y no, como en el Código Penal vigente y en el Proyecto (salvo lo dispuesto en el art. 214.II; ¿por qué sólo esa excepción?) subsidiaria: *lo que es absurdo desde el punto de vista de la distribución económicamente racional de la carga dañosa, porque no es tal, sin duda, concentrarla en todo caso en el patrimonio del empleado o dependiente causante inmediato del daño.*

El proyectado artículo 1.906.1 del Código Civil es, en fin, más completo y técnicamente correcto (pues no asigna la responsabilidad al «titular(?)» sino a «quien de manera no meramente ocasional esté en condiciones de decidir en interés propio sobre el tipo y forma de utilización y conservación» de un vehículo de motor) que la regla 6ª del proyectado artículo 121 del Código Penal. Lo que también puede predicarse de los proyectados artículos 1.908 (sobre culpa y riesgo concurrente), 1.909 (sobre pluralidad de agentes y de responsables) y 1.910 (sobre resarcimiento *in natura*; en forma de renta; del daño moral) del Código Civil, frente a los proyectados artículos 117, 126 y 127, y 112 a 116, respectivamente, del Código Penal, que mantienen la tan trasnochada como ociosa diferenciación entre «reparación del daño» e «indemnización de perjuicios».

d) ¿Y qué ocurriría con la «restitución de la cosa»?; podría ser una cuarta objeción.

Y mi respuesta sería muy sencilla: no cambiaría nada. Que los Tribunales penales seguirán siendo competentes al respecto seguirá resultando del artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; un precepto que, sin embargo, convendría modificar para que hablase, en términos más amplios, de «restitución del estado de cosas previo al delito o falta». Y la disciplina de tal restitución seguirá hallándose, como siempre, en el Código Civil o, en su caso, de Comercio.

e) Una mera remisión al Código Civil —rezaría la última de las eventuales objeciones— obligaría a prescindir de normas del vigente Código Penal o del Proyecto de 1992 que se estiman necesarias.

En mi criterio, esto sólo puede considerarse cierto respecto de lo previsto en los artículos 118, 120.2

y 131 del Proyecto de Código Penal (dejo aquí a un lado lo llamativo de que el autor del art. 120.2 haya olvidado otras causas de exención de la responsabilidad penal, como que concurra una excusa absoluta; o de que en el art. 131 la multa, con responsabilidad personal subsidiaria, siga manteniéndose en el 5º puesto). Pero tan cierto, como estimo que *la ubicación lógica de esos artículos, al igual que la de los artículos 124 y 125, es la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ley ésta, necesitada de una seria puesta al día, que muy razonablemente podría coincidir en el tiempo con la promulgación del nuevo Código Penal. El artículo 128 es claramente superfluo, salvo para quien crea que todavía es posible confundir la responsabilidad civil con la pena. Y el lugar adecuado para una regla como la del párrafo segundo del artículo 129 —cuyo alcance debería, en mi opinión, limitarse a los delitos dolosos, y exclusivamente a los responsables criminales de los mismos— sería el artículo 1.200.I del Código Civil (v. § 393 BGB). *No es presentable hacer del Código Penal una suerte de «cajón de sastre» de toda norma en cuyo supuesto de hecho aparezca la palabra «delito»*. En fin, ¿qué falta haría una regla como la del artículo 129.III del Proyecto existiendo el artículo 1.969 del Código Civil?

Respecto al «novedoso» párrafo segundo del artículo 119 del Proyecto, me limitaré a preguntar: ¿se pretende con él disponer algo diferente de lo que ya prescribe el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro?; ¿se me puede explicar qué, o se trata sólo de lograr que «los jueces penales tengan todas las normas que tienen que saberse en un solo codigullo»? Y pediré a quien ha creído necesario reiterar en el artículo 123.1 del Proyecto el vigente artículo 108 del Código Penal (al que yo siempre he tenido por un residuo de la época de la intransmisibilidad pasiva de la *actio legis aquiliae*) que me explique en qué hipótesis ha pensado para su aplicación: ¿se trata, acaso, de una acción pauliana?; ¿sin el requisito de la insolvencia del deudor? Mis preguntas al autor de la «novedad» que prevé el apartado 2 del mismo artículo 123 serían éstas: ¿ha querido prescribir algo distinto a lo que ya resulta de combinar el artículo 119.I del propio Proyecto con los que dedica al delito de receptación?; ¿por qué «en la cuantía que determine (sin precisar los criterios) el juez o Tribunal», en vez de «en la cuantía del daño o perjuicio que haya contribuido a causar a la víctima del delito»?; ¿se trata de que responda aunque no haya contribuido a causar daño alguno?

Y se comprenderá que me resista a estimar necesarias reglas en mi opinión tan insensatas como las innovaciones previstas en los artículos 116.2 ó 130 del Proyecto de Código Penal. ¿A qué «jurista» se le ha podido ocurrir la peregrina idea de que para determinar el importe de las indemnizaciones deba tenerse en cuenta, además de «la entidad del perjuicio», «las necesidades de la víctima»? ¿Se trata acaso de la Seguridad Social? ¿Y lo de tener en cuenta, también, «el beneficio obtenido por la comisión del delito»? Cuando ese beneficio haya sido obtenido a costa de un bien del dañado, le corresponderá *por entero* con base en las normas sobre *enriquecimiento sin causa*. Y cuando no haya sido así, ¿por qué habría que tenerlo en cuenta al determinar

la indemnización: para enriquecer sin causa al dañado? ¿No será lo sensato prever simplemente el *comiso* de tal beneficio? En fin, ¿qué idea tiene de la naturaleza del crédito de indemnización de daños y de los poderes que sensatamente pueden atribuirse a los Tribunales en materias jurídico-privadas el autor de una regla como la contenida en el artículo 130 del Proyecto? Ante la dureza de mis comentarios, habré de indicar que las referidas «perlas de incultura jurídica» aparecieron ya en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1984.

Tratamiento separado merece, en fin, el párrafo primero del artículo 129 del Proyecto de Código Penal. Es obvio que se pretende solamente codificar un reiterada jurisprudencia en tal sentido de la Sala Primera del Tribunal Supremo; por cierto, prefiriéndola a la de su Sala Segunda, para la que la acción para exigir la responsabilidad civil nacida de delito o falta no puede prescribir hasta que prescriba el delito o la falta. Pero precisamente la aludida jurisprudencia de la Sala de lo Civil ofrece el mejor ejemplo de lo nefasto de la existencia de la doble regulación que aquí se critica. Ante esta pregunta: en los casos de extinción de la responsabilidad penal (p. ej., por muerte del autor) antes de dictarse sentencia condenatoria, o de suspensión del procedimiento criminal (por rebeldía o enajenación sobrevinida del encausado), y ejercitada entonces la pretensión indemnizatoria ante la jurisdicción civil, el plazo de prescripción ¿será el de quince años, pese a la falta de declaración de la existencia de un delito o falta por un juez o Tribunal penal?; ¿o será el de un año del artículo 1.968.2º del Código Civil, con la pasmosa consecuencia de que, por hechos por completos ajenos al perjudicado por un delito o falta, su pretensión indemnizatoria podrá durar catorce años menos? Pues esa pregunta ha provocado a lo largo de este siglo una tan notoria como criticable división en nuestra jurisprudencia civil (referencias en Pantaleón, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid 1991, pág. 1.976) que, sin embargo, no podrá extrañarnos: así planteada la cuestión, ninguna de las dos alternativas resulta satisfactoria. En mi opinión —que comparte también la generalidad de la doctrina que se ha pronunciado al respecto (vid. por todos, R. de Angel, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, pág. 972)—, no hay razón alguna sensata para mantener dos plazos de prescripción diferentes para la pretensión de responsabilidad civil, según que el hecho dañoso sea o no un delito o falta. Ciertamente, el plazo de un año del Código Civil resulta demasiado breve; pero cabalmente por eso, el antes referido Anteproyecto preparado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación propone modificar también el número 2º del artículo 1968 del Código Civil para elevar a tres años, en la línea del Derecho Comparado, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. *Una regla como la prevista en el artículo 129.I del Proyecto de Código Penal sólo puede provenir de alguien que sufre una crasa ignorancia sobre el «galimatías jurisprudencial» al que tal duplicidad de plazos de prescripción ha dado lugar entre nosotros.*

Y no me resta ya sino concluir. Normas sobre responsabilidad civil aparecieron en los Códigos Pena-

les del XIX por el único motivo de que, en España, la codificación penal precedió a la civil; lo que los comentaristas de dichos Códigos solían advertir, indicando que tales normas desaparecerían cuando la responsabilidad extracontractual tuviese su regulación en el Código Civil. Pero se equivocaron en esto, porque alguien anónimo, a quien no puede calificarse sino de «patán jurídico integral» —el autor de los artículos 1.092 y 1.093 del Código Civil y del último párrafo de la Base 21 de la Ley de 11 de mayo de 1888—, no entendió nada: creyó que la ubicación de aquellas normas en el Código Penal obedecía a su especial naturaleza. Y de ahí todo lo demás, entre lo que se halla también que, según una jurisprudencia sólo recientemente (y contradictoriamente) superada, el perjudicado por la conducta de un sujeto de diecisiete años, es decir, penalmente imputable pero menor de edad civil, resultaba menos protegido si la conducta era delito, que si no lo era, porque sólo en el segundo caso entraba en juego la responsabilidad civil de los padres; y todo por la divergencia entre la regla 1ª del artículo 20.1 del Código Penal y el artículo 1.903.II del Código Civil [v. el comentario de Gómez Calle, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 24 (1990), págs. 1025-1030], ¿No habrá manera de impedir que el garrafal error cometido en 1889 vuelva a cometerse a estas alturas del siglo XX, tras las tan reiteradas como unánimes advertencias y peticiones de la doctrina? «*Errare humanum est, perseverare diabolicum*».

Con razón se ha escrito (por E. Ruiz Vadillo, en *Comentarios a la legislación penal Edersa*, V-1º, Madrid 1985, pág. 393) que las divergencias entre las normas sobre responsabilidad civil del Código Civil y el Código Penal resultan «extraordinariamente perturbadoras y atentan a un elemental principio de seguridad y justicia». Nótese bien que *cualquiera de ellas es apta para dar lugar a un «galimatías jurisprudencial» como el del doble plazo de prescripción*. Imagínese un caso en el que un dependiente de cierto empresario causa daño a un tercero mediante una acción aparentemente delictiva, a resultas de la cual el propio dependiente resulta muerto. Y supóngase que la norma sobre la responsabilidad del empresario por los hechos de los dependientes del Código Penal viene a resultar, en un caso así, más rigurosa

—conduciría a la condena del empresario— que la del Código Civil, que conduciría a la absolución. El Tribunal civil que hubiera de conocer de dicho asunto, ¿asumiría la tarea de pronunciarse sobre el carácter delictivo de la conducta del dependiente, el único efecto de poder declarar civilmente responsable al empresario, o afrontaría la de tratar de explicar al perjudicado que la única razón por la que no será indemnizado es la muerte del dependiente dañante? A quienes simpatizan con la primera solución, pues las víctimas suelen suscitar simpatía, les pido que recuerden que tanto el vigente artículo 22 del Código Penal, por su remisión al artículo 21, como el artículo 121 del Proyecto de Código Penal, requieren literalmente la existencia de un responsable criminal. Y que mediten asimismo esta posible variante: en lugar de muerte del dependiente, rebeldía del mismo; el Tribunal civil declara que el dependiente cometió delito, a fin de condenar al empresario; y después, presentado el dependiente, el Tribunal penal declara que no cometió delito alguno. O ésta: en lugar de muerte del dependiente, sobreesimiento provisional; el Tribunal civil desestima la pretensión de responsabilidad civil deducida contra el empresario con el argumento de que la conducta del dependiente no constituyó delito; mas reabierto el caso, el Tribunal penal declara que sí. Y para terminar, supóngase que, por el contrario, fuera la norma del Código Civil la más rigurosa, que condujera a la condena como responsable civil del empresario del dependiente fallecido, y la del Código Penal a su absolución. E imagínese el espectáculo del empresario tratando de convencer al Tribunal civil de que la conducta de su dependiente fue constitutiva de delito, mientras el perjudicado afirma que quien mejor sabe que en modo alguno fue un delito es él.

Si se tiene claro que ningún homenaje a una tradición surgida de un error puede justificar la creación de situaciones como las que acabamos de describir, si hay que rechazar, entonces, que concurren dos regulaciones divergentes de la responsabilidad civil, ¿no resulta obvio que la regulación ha de ser única, y hallarse en el Código Civil o, en su caso, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas? El que responda que no, coja la pluma y explique por qué. Pero si la respuesta es afirmativa, *quousque tandem?*

# En torno a la cultura de la legalidad\*

Eligio RESTA

«El abuso y la desobediencia de la ley no puede ser prevenido por ninguna ley»

G. Leopardi, *Zibaldone*, p. 229

## 1. EL CONTINENTE Y EL CONTENIDO

Cuando hablamos de legalidad, incluso en el lenguaje cotidiano o en el lenguaje del intercambio político, nos referimos a dos procesos diferentes. El primero, contempla la legalidad como base de criterios normativos que son autónomos en relación a las formas de la conducta social; el segundo, por el contrario, es el resultado de la conformidad de la conducta social con las disposiciones de la ley.

En el primer caso, la legalidad puede ser contemplada en la naturaleza como un posible continente; en el segundo, tiene las características del contenido. Si en el primero existe un exceso de polaridad metonímica, en el segundo se manifiesta un exceso de polarización metafórica. Cuando la conformidad de la conducta social prescrita por la ley es racionalmente motivada y dirigida hacia el contenido, entonces los dos sentidos coinciden y la simple obediencia a la ley puede ser identificada como la «cultura de la legalidad».

Este argumento ya fue reconocido en la reflexión weberiana que distinguía entre legalidad y legitimación racional legal del poder, pero pienso que puede ser útil recapitular sobre esto hoy en día, por dos tipos de razones. El primero, concierne a la naturaleza y nombre del estado legal, esto es, al tipo de organización política que está fundada sobre la legalidad. El segundo, por otra parte, concierne a la interpretación de formas de conducta social que evitan, eluden, engañan a la legalidad en tanto que su definición formal no queda afectada.

Estos tipos de razones son diferentes pero, al mismo tiempo, están conectados y ambos son importantes. Realmente, el Estado legal, fundado sobre la legalidad, en tanto que opuesto al «Estado ético», no impone el consenso de los que se hallan dentro de él, sino que demanda exclusivamente respeto por sus reglas de procedimiento, dejando a los ciudadanos libres para escoger entre ajustarse a las provisiones normativas o infringirlas y arriesgarse a sufrir (afrontar) las sanciones impuestas. La obediencia requerida es puramente jurídica, no moral; el consenso es requerido por las reglas del juego, pero internamente los juegos son todos libres y posibles. Aquí el nexo entre los dos aspectos se hace más enfático.

Los comportamientos que en semejantes sistemas eluden, engañan y evitan la legalidad, plantean cuestiones más difíciles y complejas como asimismos problemas de interpretación. Nos enfrentamos no a una desobediencia deliberada, pública y formal, sino a algo completamente diferente; la evasión y el engaño van mucho más allá de la conducta manierista.

Mientras públicamente la necesidad y validez de las reglas de juego son reafirmadas, privada y subrepticamente las propias reglas son alteradas. La palabra «público» (como lo ha observado Bobbio) está, de hecho, en equitativo contraste con «privado» y con «secreto» y el tipo de modelo democrático del Estado legal asciende, por consiguiente, al «gobierno en la perspectiva pública de los asuntos públicos».

## 2. LA CONEXION SOCIAL

El problema que llama a una profunda consideración es el siguiente: la conducta ilegal en un Estado legal, ¿pone en litigio sólo la obediencia a la ley? ¿O se convierte en un síntoma de desintegración de la conexión legal, o de lo que J. Elster ha definido como *el cemento de la sociedad*? ¿Cuándo ocurre esto y qué frenos y estímulos comporta el proceso? Y —sobre todo— ¿qué se ha de hacer acerca de esto?

Estas cuestiones determinan muchos resultados, no menos que la habilidad de las ciencias sociales para interpretar y organizar estos fenómenos, derribando vallas que colocan fronteras demasiado próximas en los jardines disciplinarios.

Estos fenómenos han aparecido en Italia (y no sólo en Italia) por doquier para verlo de manera macroscópica, con dimensiones tan extendidas y enraizadas como para sugerir la figura de una costumbre cultural. La extensión de los confines de la vida pública a las áreas más privadas y cotidianas fabrica una conducta ilegal, únicamente protegida por la ley, como el más manifiesto ejemplo de una casi total ausencia de una cultura de la legalidad.

El objeto de reflexión se convierte entonces en la «cultura» de la ilegalidad; cómo ésta se manifiesta, cómo se extiende, y cuál es su grado de compati-

\* Este trabajo y el siguiente, de R. Bergalli son ponencias presentadas al seminario celebrado el 29 de agosto de ese año en Courmayeur Mont Blanc (Valle de Aosta, Italia), por el *Internation*

*tional Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme.*

lidad con un modelo de «sociedad bien ordenada». «Cultura» presupone entonces en su complejidad, un «segundo aspecto», una observación más metódica y menos confortable por parte de los intérpretes; cultura es algo que concierne a la ausencia de la ética pública, pero que necesita una comprensión sociológica certera.

Este parece ser el verdadero cambio cualitativo de la sociedad italiana, que ha de ser analizada de cerca, en caso de una voluntad de sacrificar el progreso cualitativo que, desde este punto de vista, tiene poco significado. Se ha dado una definición de la ilegalidad como un mar que se alarga horizontalmente a través de todos los sistemas de la sociedad, lo que podemos definir como una ausencia de identificación con el texto normativo.

Una reflexión sobre la cultura de la ilegalidad podría tomar entonces como su punto de partida, este núcleo que nosotros definimos en breve como «crisis de normatividad»; y sabemos que cada modelo normativo de la sociedad está basado sobre una antropología precisa de las relaciones sociales y los cambios.

### 3. REGLAS CIERTAS PERO INVISIBLES

Hemos identificado en la tipología de la cultura de la ilegalidad una actitud en la que el reconocimiento formal está armonizado con la normativa universal pública, pero entonces esto es lo que se esquivo de un modo sinuoso. Esto presupone un doble nivel de cambio social; abierto y público por una parte, oculto y privado por otra. Se piensa generalmente sobre el fenómeno de la corrupción política, con un sentido técnico, sobre los mecanismos de los votos camuflados, sobre los procedimientos de cooptación que simulan genuinamente elecciones evaluativas, tal como sucede en la concesión de contratos o nominaciones por los ministerios, o incluso en favoritismos y recomendaciones que vician las decisiones imparciales por razones burocráticas (*sine ira ac studio*) en evasiones fiscales, o, en otro sentido, en la privatización de los derechos sociales como resultado de la mala función pública. Por supuesto que aquí la fantasía de lo social va siempre muy por delante de la teoría.

La conexión entre los niveles de legalidad e ilegalidad no es accidental, sino indivisible. Uno existe porque el otro existe. Esto significa que semejante cultura de la ilegalidad puede sobrevivir sólo si una proporción de la sociedad «legal» permanece constante e inalterada. El pícaro puede sobrevivir sólo en tanto en cuanto el opuesto, el honesto, permanece siéndolo. Como en la descripción de Hobbes, si todos vivieran y actuaran como «pícaros», la falta de diferenciación se haría insostenible y sería necesario experimentar otras vías para escapar del estado natural (otro soberano, otra ley, otra espada).

Ahora, es precisamente la indivisibilidad del vínculo y la necesaria contemporánea co-existencia de estas dos culturas lo que debe atraer nuestra atención.

### 4. LA RACIONALIDAD DEL ASTUTO

Los modelos interpretativos sugeridos por las ciencias sociales se incardinan todos en esta dialéctica. No se trata del caso en que tras una decadencia merecida de las tesis del familismo amoral, las ciencias sociales vuelven hacia interpretaciones de la conducta ilegal como la llave para el «egotismo racional». La elección de la conducta ilegal reproduciría la lógica del *free riding*, en la que la racionalidad egotística presiona hacia la máxima ventaja, reduciendo de nuevo los costes a cero. Pero, la conducta de la deserción del *free riding* es posible cuando y si otros cooperan; por ejemplo, la evasión fiscal o la apropiación de dinero destinado a obras públicas son formas de conducta que presuponen que otros pagan sus tasas o que las obras públicas se llevan a cabo de alguna manera usando otros recursos. El problema radica en que los costes generados siempre se cargan sobre espaldas ajenas. Esta es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la identificación de qué constituye una conducta ilegal y qué una conducta legal.

### 5. «COSÌ FAN TUTTI»

El recurso al modelo del egotismo racional deja irresueltos muchos problemas que conciernen a los factores que favorecen o entorpecen la ilegalidad. Ante todo, todas las capacidades de evasión de los *free riders* (*francotiradores*) deben superar:

- a) el riesgo de sanciones, amparado en la ineficiencia de las mismas, en sus retrasos o en sus connivencias. Pero esto pertenece a la bien conocida historia de los mecanismos de control formal, y tan es verdad esto que en referencia a los infames episodios de corrupción política uno puede hablar de una genuina «cuestión penal» más que de una sugerente «cuestión moral»;
- b) control social de miembros-grupos (familia, partido, comunidad) en la suposición de que no están en total connivencia con él. Pero, debería analizarse el tejido de connivencia con sus elementos constitutivos (privacidad/secreto, asuntos secretos directos/indirectos, fuerte control de militancia, seguridad de las posiciones de poder e influencia);
- c) neutralización del conflicto y rivalidad (visible donde se han de distribuir recursos públicos, como en la Región del Sur de Italia, evitando la competencia de mercado). Semejante estrategia necesita trabajar con mecanismos precisos de inclusión y exclusión en base a una «confianza» que sustituye a otros mecanismos de selección: no es la persona capaz o merecedora la que asegura la inclusión, sino la de confianza;
- d) neutralización del «coste moral», aunque sea bajo, de cualesquiera recursos que se desvían de partidas públicas a manos privadas. El «*così fan tutti*» es un acelerador social potente que se acepta o se rechaza de acuerdo con sus fuentes, su estabilidad temporal o sus medidas de resistencia para permanecer im-

punes. Por ejemplo, cuando los que detentan la autoridad no «demuestran» que ellos están practicando (como algo opuesto a la mera reclamación) una «virtù» capaz de dirigir los recursos públicos hacia el bien público, los costes morales de la ilegalidad alcanzan un punto tan bajo como para no suponer simplemente ningún coste.

## 6. CIRCULOS VICIOSOS

Estos elementos conducen a otros grandes problemas que podemos identificar en la estructura normativa:

- a) falta de universalismo en el contenido de la legalidad (parcialidad legislativa, neo-corporativismo, inflación de derechos, insuficiencia de la cesta de la compra del ama de casa, vuelta al mercado libre y un contratante genuino en los sectores en los que un proyecto de ley «correctivo» o «neodistributivo» fue introducido;
- b) lazos cada vez más abarcadores entre la declaración y la práctica de derechos de modo que se desplace discrecionalmente el poder donde la legislación ha intervenido para contenerlo (intervenciones bancarias, burocracias de «Salud y Bienestar»;
- c) falta de interiorización del contenido normativo por parte del sistema social. Esto puede ser visto tanto en la práctica legislativa (oscuridad y confusión en las provisiones, e.g. en el área fiscal, pero no sólo allí), como en el sector «público» donde, por supuesto, diferentes modelos normativos continúan manteniéndose.

## 7. LA RACIONALIDAD DEL POLLO

Ahora bien, todavía debe ser analizado otro elemento importante: si el egotismo racional, incluso con sus manifiestos límites, consigue explicar la defección desde la legalidad, ciertamente no puede explicar su reafirmación. Si esto explica las «razones» del *free rider*, no explica las del hombre honesto o las del «no-pícaro». En otras palabras, no toma en cuenta que la conducta (co-existente-racional-simétrica a la primera) que puede caracterizar a cualquiera que haya interiorizado la cultura de la legalidad.

Podemos denominar a esto como la *Racionalidad del Pollo*, igual que en el conocido juego, la cual induce a la gente a tomar parte con su conducta en una utilidad pública y en la existencia de una esfera infra-subjetiva (*zwischen*) que trasciende el egotismo individual.

Esta esfera ha sido confiada en el mundo moderno a la legalidad, con la tarea de sustituir la vieja ética de la *virtù* y trasladando la idea del «bien común» a la de «bien público». Invertir en legalidad es de este modo sinónimo a invertir en la parte del bien común que es todavía posible.

---

La sugerencia de un debate y un seminario de estudio sobre la cultura de la legalidad (tratando no sólo de su crisis sino también de su reafirmación) puede ayudar a que miremos un poco más allá de los límites impuestos por una cerrada cultura criminológica.

La discusión, basada en el concepto de «cultura», exige entonces participantes de una diversidad de disciplinas (filósofos, sociólogos, juristas, expertos políticos). Este seminario preliminar exploratorio, ayudando a definir los temas, puede conducir entonces a ulteriores estudios no restringidos a una base de términos irrazonablemente empobrecidos.

# Protagonismo judicial y cultura de los jueces

Roberto BERGALLI

## I. UN FENOMENO SOCIO-JURIDICO QUE AFECTA AL SISTEMA POLITICO

Desde hace algún tiempo se presencia un fenómeno que, con mayor o menor propiedad —tanto en lenguaje periodístico como en ciertos niveles de estudio— se denomina como *protagonismo judicial*. El fenómeno consiste en una aparente hiper-actividad de la acusación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquéllas están predisuestas. En algunos casos, de manera exagerada, el fenómeno ha dado pie para que se lo denomine como «gobierno (o República) de los jueces».

La cuestión parece más aguda en países pertenecientes a la cultura legal del derecho continental, sobre todo a los ubicados en la Europa del Mediterráneo norte y a algunos del área de América latina. Pero también es de una llamativa importancia en otros enmarcados en la cultura del *common Law*. En todo caso, el fenómeno parece estrechamente vinculado con las transformaciones que se vienen produciendo en el interior de los sistemas políticos las cuales, a su vez, se revelan como consecuencias inmediatas de cuanto está aconteciendo en la economía planetaria (cfr. Bergalli 1993). Sin embargo, lo que realmente interesa destacar aquí es que, una vez más, a través del fenómeno aludido, se demuestra con claridad algo que para una cultura crítica es por demás obvio, pero que en muchos otros ámbitos de cierta tradición jurídica existe resistencia en reconocer; esto es, la íntima relación que subyace entre el derecho y las esferas política y económica de cualquier sociedad.

Más, cuanto acaba de decirse no es sólo materia de discusión académica; también puede verificarse en el terreno de la praxis jurídica. Ejemplos de ello

<sup>1</sup> Cito aquí, sólo como recordatorio de ejemplos concretos, los tiempos y los modos a través de los cuales el Parlamento italiano convirtió en ley el recordado decreto antimafia (o decreto Martelli-Scotti n.º 306/92, precedido por las sentencias de la Corte costituzionale, la 24.254 y 24.255 de 1992, en materia de formación de la prueba), hace ahora precisamente un año —según una importante parte de las críticas que se oponía a su conversión en ley y con las cuales se pretendía defender el sistema procesal de tipo acusatorio instaurado por el nuevo Codice di Procedura Penale (cfr. Comitato per la difesa e il rilancio della costituzione, reunido en el Hotel Bologna el 8 julio 1992, v. C. Bonini, Tra efficacia e garanzie. No al decreto antimafia. Ma, quale processo penale? Un incontro di giuristi a Roma, en «Il Manifesto», 9, agosto 1992) se alcanzó la dimostrazione di una inquietante sinergia volta a distruggere il nuovo codice e a capovolgere il rapporto che lega principi costituzionali e leggi ordinarie in materia processuale y dejó establecido un procedimiento penal especial para los ciudadanos que entran en el circuito del «proceso por mafia» a quienes, la única vía de salida que queda es la delación o *pentitismo*

se cuentan hoy por millares y, para no ir más lejos puede destacarse el caso italiano más reciente. Así puede comprobarse hasta qué punto ciertas áreas de la legislación penal han sido últimamente puestas en cuestión, se las ha pretendido reformar o han sido reformadas bajo la fuerte presión que ejercen los fenómenos de criminalidad económica organizada, deslegitimación de buena parte de la clase política y de un sector del empresario italiano, estos últimos implicados en múltiples investigaciones judiciales por situaciones de corrupción y financiamiento ilegal de partidos políticos, cuando no de enriquecimiento ilícito<sup>1</sup>.

## II. LECTORES DE LA LEGALIDAD O INTERPRETES CRITICOS DE ELLA

Con lo dicho hasta ahora me parece que se han suministrado algunos elementos para reflexionar acerca de un aspecto central del problema de que se trata. Si la cultura de la legalidad (sobre la cual discurre el *Paper* del prof. E. Resta) nace de la distinción weberiana entre legalidad y legitimación racional del poder, quizá sea oportuno comenzar a pensar si el protagonismo judicial del cual me ocupo aquí forma parte o de verdad representa un papel importante en esa tentativa de recomposición de la identificación entre el comportamiento social y la normatividad —entendida ésta como la expresa el derecho positivo (racionalidad formal)—, al parecer, hoy en crisis y expandida en muchas zonas del mundo capitalista.

El problema que aquí se pretende proponer es el de saber hasta qué punto la jurisdicción puede intervenir, provocando una disminución en la elección de conductas ilegales, al demostrar que la racional-

(v. T. Maiolo, *Codice di guerra en «Il Manifesto»*, 6 agosto 1992) Lo propio está ocurriendo en los días que se escriben estas líneas, en relación a la reforma de la prisión preventiva (*custodia cautelare*), impulsada por la situación creada con motivo de dos *suicidi eccellenti*. Con el proyecto de reforma se ha venido a demostrar que se pretende *creare di fatto e no di diritto una normativa speciale per gli indagati di Tangentopoli* (ha dicho Franco Ippolito, segretario dell'Associazione nazionale magistrati ANM a C. Bonini, v. «Vogliono un diritto speciale», en «Il Manifesto», 31 julio 1993) sin aparentemente advertirse que *Non sono in discussione, ovviamente, i meriti storici acquisiti dai giudici con le loro inchieste sulla corruzione del nostro sistema politico. Sono in discussione da un lato le pessime norme sulla carcerazione preventiva, varate dal parlamento nella stagione dell'emergenza e ancora di recente difese dall'Associazione nazionale magistrati, e gli spazi sconfinati di discrezionalità che esse consentono agli inquirenti* (v. L. Ferrajoli, *Il difetto è nella legge*, en «Il Manifesto», 24 julio 1992).

lidad del egoísmo (o la lógica del *free riding* de la que habla el *Paper* del prof. Restá) no puede seguir orientando el comportamiento social. Un motivo para que esto no haya sido resuelto hasta hace poco en la cultura jurídica tradicional radica en el apego que ella ha demostrado a esa racionalidad formal.

Pero, la respuesta al problema que se propone no se puede satisfacer si no se analizan los motivos del propio comportamiento de los jueces. Una actitud frontal, como la asumida por un relevante sector de la clase judicial italiana, frente a los fenómenos de criminalidad organizada, corrupción política y complicidad de una vasta franja del empresario (también esto está acaeciendo, aunque en menor medida, en los ámbitos español y francés), ha sido sólo posible por la revalorización del papel del juez como intérprete de la legalidad que ha tenido lugar en la cultura jurídica. Puede decirse, entonces, que efectivamente la respuesta que se pretende debe buscarse en el plano de la cultura, aunque en un sector específico de ella como lo es la cultura jurídica y en particular la de los jueces.

El tema es central en el debate socio-jurídico contemporáneo pues estas dos últimas culturas, se han alimentado tradicionalmente de unas concepciones sobre el derecho, sus procesos de creación y aplicación, que lo ha entendido de forma instrumental e idóneo para el desarrollo de un único modelo social actualmente cuestionado por ser éste una fuente de desequilibrios y de injusticias, de crecientes separaciones entre el Norte y el Sur del mundo, de miseria y de hambre para inmensas masas de hombres y de pueblos, de peligros de guerra y de catástrofes ecológicas.

Como se sabe, entonces, la deslegitimación del modelo social ha acarreado la del sistema político y así, la de los aparatos de Estado. El punto más agudo de esta crisis se verifica en la caída de representación que afecta a los actores de la mediación entre el nivel de la sociedad civil y el del Estado. La jurisdicción y los jueces, según la tradición de la cultura política y jurídica de derecho continental, no tienen asignadas tareas de representación pero son severamente cuestionados cuando en cierta manera, requeridos por una función de representación suplenente, toman decisiones en asuntos de entidad más política que en otros. Es en este punto, en consecuencia, en el cual convergen la crítica a la cultura jurídica con la crítica al papel funcional que los jueces cumplen si ellos mantienen y prolongan el paradigma de la interpretación del derecho, asentado en una *racionalidad formal*.

### III. LA AMBIGÜEDAD DEL DERECHO MODERNO Y LA INTERPRETACION JUDICIAL

Es perfectamente correcta la denuncia de la falsa igualdad de las personas ante el derecho penal y la cobertura que ella ofrece a las desigualdades reales, como al papel de dominadores y explotadores que cumplen los sujetos socialmente más fuertes. De la misma manera lo es la acusación de legitimación ideológica de las situaciones existentes llevada a cabo hasta ahora por el falso universalismo de los

«valores» (bienes) jurídicos que protegería el derecho penal.

La alta complejidad y el elevado nivel de conflictividad alcanzado en el campo de las relaciones sociales contribuyen sensiblemente a que el derecho no pueda alcanzar el grado de *racionalidad substancial* que le permitiría mediar entre partes desiguales. De este modo, se marca con evidencia el carácter *ambiguo* en el que se mueve la cultura jurídica tradicional; aún más, esta ambigüedad es, desde siempre, la connotación no sólo del derecho sino de toda la cultura occidental de la modernidad. Esta última ha construido una dimensión axiológica universal que se ha prestado a ser empleada y aplicada a objetivos parciales e instrumentalizada como máscara de las finalidades de conquista, de atropello y de explotación. Todo esto lo ha enseñado Marx y sería absurdo olvidarlo. La conciencia expresada por los «valores» occidentales —respeto por la vida humana, propiedad, honor, justicia, derecho, derechos del hombre y del ciudadano—, transferidos al derecho penal como bienes jurídicos dignos de protección, han podido transformarse en falsa conciencia. Mas, sin embargo, esta es la ambigüedad que ha sido desde siempre propia del derecho, por lo cual ella se plantea como un terreno de lucha no sólo en lo que respecta a su producción sino también en lo que atañe a los usos y a las instrumentalizaciones que con él pueden ser realizadas las que, por cierto, necesitan ser contrastadas.

No obstante, de vez en cuando, esta ambigüedad del derecho penal ha podido ser aplicada con sentido progresivo, dependiendo ello no sólo de las relaciones de fuerza sino también del rol —más avanzado que subalterno, de transformación antes que de conservación— desempeñado por la filosofía política y por la cultura jurídica. Dentro de esta última, la cultura crítica de los jueces cumple un papel descolante pues su tarea es hoy, sin duda, la de disolver semejante ambigüedad, asumiendo el derecho «en serio» (Dworkin 1977), aun cuando se tenga certidumbre que ella no será jamás totalmente disuelta y que la falsa conciencia continuará siempre acompañando y minando la conciencia moral e intelectual de los juristas.

¿Cómo pueden la jurisdicción y los jueces colaborar en la disolución de tal ambigüedad? La tarea es quizá hoy más sencilla que en el pasado. En efecto, si bien es apropiado seguir denunciando la dicotomía entre *racionalidad formal* y *racionalidad substancial* —de la cual ha sido víctima hasta ahora la cultura jurídico-penal y en general todo el sistema penal—, sin embargo, tal dicotomía puede ser superada por el paradigma de la interpretación constitucional (cfr. Zagrebelsky 1992, esp. 199-203) en la cual ha tomado lugar la racionalidad substancial, bajo la forma de los derechos fundamentales y las garantías individuales. De esta manera, los conflictos entre moral y derecho, entre valores y hecho, entre normatividad axiológica y eficacia concreta, entre idealismo y realismo; finalmente, entre racionalidad substancial y racionalidad formal se convierten en antinomias jurídicas entre normas positivas e interpretación de ellas por los jueces, en las cuales resalta el proceso de formación en el que tuvo origen el Estado democrático de derecho (Ferrajoli 1992).

En virtud de esa penetración de la racionalidad substancial, bajo la forma de la interpretación constitucional del derecho penal positivo, la ambigüedad que caracteriza a éste cambia de naturaleza. Es verdad que existe un fuerte temor por una temida «explosión» subjetivista de la interpretación, pero ese temor está alentado por la parcialidad que representa la comunidad de los juristas adheridos al simple formalismo. Cuando los principios constitucionales dejan de ser externos al ordenamiento jurídico y se convierten en una fuente de legitimación de todo el sistema penal, la hermenéutica jurídica tradicional sufre un rudo golpe. De tal forma, asimismo, pierde veracidad la tesis kelseniana según la cual la validez de las normas es un hecho puramente formal que depende sólo del modo de la producción normativa. La validez, en efecto, se convierte en un hecho también substancial el cual, al mismo tiempo, depende de las decisiones de la jurisdicción que resultan inválidas cuando se revelan en contraste con los valores constitucionales, incorporados al sistema penal por la interpretación jurisprudencial.

En ese sentido, la idea de racionalidad sobre la que se ha sostenido la modernidad y, en consecuencia, el derecho moderno, observado éste a la luz de una cultura de la legalidad, bien pueden estar agotados como lo están las grandes narraciones que caracterizaron a la cultura moderna. Por esto se explican las búsquedas de arraigo a un nuevo concepto de racionalidad y, en consecuencia, la amplia aceptación que comenzaron a tener ciertos modelos interpretativos del sistema social los cuales, en una visión sistémica del mismo, entienden la legitimación del sub-sistema jurídico pero desplazando la consideración del hombre.

De este modo, una forma de proponer la legitimidad de la legalidad en esta perspectiva no es más la de describirla como la verdad reconocida de las demandas de validez, sino como la de alcanzar la integración de dos procesos de aprendizaje diferentes, a saber: a) el de quien toma las decisiones (el juez) acerca de cuáles son las estructuras cognitivas de esperanzas de comportamiento social que el derecho positivo acoge y sobre las que puede decidir y b) el del afectado y otros terceros que aceptan la decisión (del juez) porque con ella se legitiman sus esperanzas respecto del comportamiento de terceros (Luhmann 1972-2, 261).

Mas, esta propuesta de Luhmann se enmarca en la más general que le permite entender el sistema social como un «sistema de acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido» y al hombre como «ambiente problemático del sistema mismo» (1971, 26 y ss.), la cual, sin embargo, adolece de una obvia inconsistencia lógica. En efecto, si por un lado se niega que el hombre haga parte del sistema social, por el otro, sin ninguna preocupación, se considera que las relaciones sociales del hombre, vale decir sus acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido son, en cambio, fundamentales partes constitutivas del mismo sistema social. Esto hace muy difícil entender cómo el hombre, de un golpe convertido en ambiente, sea capaz todavía de desempeñar funciones de ambiente problemático del sistema. Sin embargo, detrás de

esta inconsistencia se esconde una teoría sobre la reducción de la complejidad en la cual los procesos jurídicos juegan un papel descolante, pero con la que se evitan las interferencias de los individuos en los procesos decisionales. Desde este punto de vista, con seguridad, es ideal tener al hombre fuera y no dentro del sistema social (Maldonado 1992, 162), lo cual contradice una tradición de la teoría social.

#### IV. UNA CONCEPCION POST-MODERNA DEL DERECHO Y LA CULTURA DE LOS JUECES

Lo expuesto hasta ahora ha pretendido traducir una manera de reconstruir los fundamentos racionales sobre los que se ha basado la cultura jurídica moderna. Pero, tal como ha sucedido en otros ámbitos de la cultura occidental, particularmente artísticos, ¿puede hablarse también en el terreno jurídico de una quiebra de la racionalidad que el discurso post-modernista ha introducido en el debate cultural?

Si este discurso post-modernista se ha gestado evidentemente en torno a la credibilidad de la «modernidad» en sí misma, como una auto-denominación de la civilización occidental, bien industrial o post-industrial, bien capitalista o post-capitalista, ello implica que los atributos auto-adscriptos, contenidos en la idea de modernidad, ya no se sostienen hoy día y quizá tampoco se sostenían ayer. El debate post-modernista se concentra alrededor de la auto-conciencia de la sociedad occidental y de los fundamentos (o la ausencia de ellos) de tal conciencia.

No muchos estudios han sido realizados acerca de una concepción post-moderna del derecho. En todo caso, en algunos destaca como rasgo central el carácter declinante del derecho como medio de integración social lo cual se generaría por variados motivos, según los autores, pero que en general se produciría por una creciente intervención del Estado. Esto es lo que Habermas denomina como *crisis de racionalidad* (cfr. 1979, 87 y ss.) que emergen porque el Estado toma prestado para satisfacer sus funciones; por consiguiente, de esta manera crea una gravosa inflación y una crisis financiera. Así nace la crisis de racionalidad porque los problemas están arraigados en la incapacidad del Estado para reconciliar los diferentes y conflictivos intereses del capital privado. La irracionalidad básica es la que los marxistas denominan usualmente como la «anarquía del mercado»; o sea, la idea de que puede ser construida una sociedad ordenada fuera de los intereses privados en conflicto.

En el nivel de la integración social, la crisis de racionalidad aparece como una *crisis de legitimación* (Habermas op. cit., 96 y ss.). En efecto, si el Estado no puede encontrar las estrategias correctas para reconciliar los intereses en conflicto que trata de regular, entonces pierde legitimidad a los ojos de los ciudadanos; falla en su tarea y la justificación de su existencia se hace confusa.

Pero, si la crisis de racionalidad puede ser reconducida en el subsistema político, entonces la escena cambia hacia el subsistema socio-cultural y puede surgir el tercer tipo de crisis: la *crisis de motivación* (Habermas op. cit., 106 y ss.). Por lo tanto, si

la crisis económica es una crisis de integración del sistema, y la crisis de racionalidad es una crisis del sistema y de integración social, entonces la crisis de motivación es una crisis de integración social únicamente.

Ahora bien, ¿cómo incide esta perspectiva —que supone el resumen de variados enfoques sobre las diferentes crisis que atraviesan en la actualidad al Estado democrático— sobre la racionalidad del discurso jurídico? Evidentemente, con una caída de legitimación de la legalidad y del sistema jurídico.

Pero, dicha perspectiva se asienta en una única dimensión de la comprensión del derecho como derecho estatal, lo cual constituye una de las características básicas de la cultura jurídica moderna. Este es el punto de partida de la construcción de un «nuevo sentido común jurídico» (de Sousa Santos 1992, 23), pues como resultado de la llamada «re-contextualización» del derecho emerge el reconocimiento de espacios y tiempos como contextos de producción jurídica: *doméstico* (relaciones sociales entre los miembros de la familia), *de producción* (relaciones en el ámbito del/en el trabajo), *de ciudadanía* (relaciones sociales en la esfera pública, entre los ciudadanos y el Estado) y *mundial* (relaciones económicas internacionales y entre Estados nacionales).

En este cuadro está el germen para el reconocimiento del *pluralismo jurídico*, lo cual se revela como el concepto clave en una visión post-moderna del derecho. Pero, no se habla aquí del pluralismo legal de la tradicional antropología jurídica en la cual los diferentes órdenes legales son concebidos como entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político. Por el contrario, se alude a la concepción de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrados, que de forma mezclada actúan en las mentes como sobre las acciones humanas, en ocasiones a saltos cualitativos o provocando tanto crisis en las trayectorias vitales cuanto sobre la obscura rutina de las vidas cotidianas. Se vive, entonces, un tipo de porosidad legal o de legal porosidad por la coexistencia de múltiples redes de órdenes legales, los cuales impulsan a las personas a constantes transiciones y trasposos de uno a otro. Por tanto, la vida legal de la post-modernidad está constituida por una intersección de diferentes órdenes legales; esto es, por la *interlegalidad* que así resulta ser el complemento fenomenológico del pluralismo legal y, en consecuencia, el segundo concepto clave de una concepción post-moderna del derecho (de Sousa Santos 1987, 298).

Mas, la interlegalidad constituye un proceso de elevado dinamismo a causa de que sus diferentes espacios legales no operan de modo sincrónico, lo cual genera unas mezclas inestables de códigos legales, en sentido semiótico. De tal manera, la ampliación del espacio legal, hacia una escala mundial o planetaria, puede provocar la aparición de nuevos particularismos y nuevos personalismos, lo cual evoca el renacimiento de privilegios o corporativismos de las diferentes profesiones jurídicas. Evidentemente, este aspecto constituye un cierto aliento al *protagonismo* judicial aunque este mismo ya no sea el propio que puede emerger en el marco de consi-

deración de un mundo legal policéntrico, en el cual el único referente es el derecho del Estado, lo que sigue siendo un factor político decisivo.

De todas maneras, los ciudadanos están más cerca de los órdenes legales que afectan a sus realidades cotidianas y se sienten alejados de los que no las rozan, por lo cual y por razón de las formas de socialización y aculturación que imperan en la sociedad industrial, la legalidad a la cual se adscribe el comportamiento social es la dictada por el orden del Estado nacional. No obstante, puede decirse que la vida en la sociedad post-industrial está de verdad regida por órdenes legales supra-(ONU, Comunidad Europea, Acuerdos de Schengen, Grupo de Trevi) e infra-estatales (ámbitos *doméstico* y *de producción*) que poco a poco han minado el concepto de derecho estatal e, incluso, el principio de la soberanía. Esto es lo que ayuda a configurar un *nuevo sentido legal común* como el tercer concepto clave en la concepción post-moderna del derecho, la cual, en esencia, se presenta como un sentido común pluralista.

Pero, una semejante concepción está todavía en fase inicial de elaboración. Para que la cultura jurídica que depende férreamente del derecho estatal acepte ese sentido común pluralista, deberán todavía vencerse muchos de los fetichismos que la alimentan y habrá de aceptarse que la *cultura de la legalidad* no podrá entenderse más como la conformidad del comportamiento social prescrito por el derecho. En efecto, el pluralismo jurídico supone que las prácticas jurídicas incluyen siempre algunos momentos de ilegalidades, pues la porosidad de los diferentes órdenes legales que atraviesan la realidad de la sociedad post-moderna obligan a constantes transiciones y transgresiones.

Estas últimas reflexiones no sólo traducen un desafío para la cultura de los jueces quienes, de aceptar las propuestas de la concepción post-moderna del derecho, asumirían otro tipo de *protagonismo*, cuestionador de valores y bienes jurídicos tradicionales. Constituyen también, sin duda, una puesta a prueba de ciertos principios que alientan particularmente la ética profesional de los jueces penales, en cuanto éstos deben someter sus convicciones morales por los vínculos de estrecha legalidad a aplicar o no aplicar exactamente las leyes. En este caso, una nueva hermenéutica jurídica, orientada por los parámetros constitucionales, debe guiar a los jueces a valorar su obligación jurídica de someterse a la ley, dentro de espacios inevitables de autonomía moral y de responsabilidad política (Ferrajoli 1989, 969).

## BIBLIOGRAFIA

- Bergalli, R. (1993): «Protagonismo judicial y sistema político (Una espina clavada en el corazón del capitalismo)», en: *No hay derecho*, año IV, n.º 10, Buenos Aires (en prensa).
- Dworkin, R. (1977): «Taking Rights Seriously», Clarendon, Oxford; hay versión en castellano, *Los derechos en serio* (trad. M. Gustavino), Ariel, Barcelona 1984; versión en italiano, *I diritti presi sul se-*

rio (trad. G. Rebuffa), il Mulino, Bologna 1982.  
Ferrajoli, L. (1989): *Diritto e ragione (Teoria del garantismo penale)*, Laterza, Roma-Bari; 2ª ed. 1, 1990; versión en castellano (en curso de publicación), editorial Trotta, Madrid.  
Ferrajoli, L. (1992): «La conquista dell'America e la dottrina della sovranità esterna degli Stati» en: *Sessione del Tribunale Permanente dei Popoli sul V. Centenario della Conquista dell'America*, Padova-Venezia 5-9. ottobre; hay versión en castellano (trad. R. Bergalli y H. Silveira), en: R. Bergalli/E. Resta (coords.) *La soberanía: aspectos metodológicos, jurídicos y políticos* (en curso de publicación), editorial Trotta Madrid.  
Habermas, J. (1979): *Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 5ª ed.; 1ª ed. 1973.  
Luhmann, N. (1971): «Komplexität und Demokratie»,

en: *Politische Planung*, Wstdeutscher Verlag, Opladen.  
Luhmann, N. (1972): *Rechtssoziologie 2*,rororo Studium 580-Rowohlt Taschenbuch Verlag. Reinbek bei Hamburg.  
Souza Santos, B. de (1987): «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern conception of Law», en: *Journal of Law and Society*, vol. 14-Num. 3, Autumn, Basil Blackwell-Oxford, 279-302.  
Souza Santos, B. de (1992): «O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum jurídico», en: R. Bergalli (coord.), *Sentido y razón del derecho (Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática)*, colec. Sociedad-Estado n.º 9-Hacer editorial, Barcelona, 3-36.  
Zagrebelsky, G. (1992): *Il diritto mite (Legge diritti giustizia)*, Einaudi Contemporanea 14-Giulio Einaudi editore, Torino.

**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

# El jurado, algo más que una ley

José Antonio ALONSO

A diferencia de otros estados, donde esta institución acompañó, de modo natural, a los procesos generales de conquista de participación en el ejercicio del poder y control del mismo por los ciudadanos<sup>1</sup>, la experiencia española fatigó el tortuoso camino del siglo XIX y la fractura definitiva de la Guerra Civil de 1936<sup>2</sup>; por ello, a nadie deberá extrañar que la implantación del jurado en nuestro país haya de ser, en estos momentos y en cierto modo, traumática, en la medida en que lo es en general la propia conquista del derecho como condición de libertad, por más que esa tarea sea una bendición y no un castigo. Junto a esta, cierta, frustración histórica, no puede olvidarse que el entorno infraestructural de la administración de justicia es todavía, y a pesar de los esfuerzos sostenidos de los últimos tiempos, bastante débil, situación de principio en la que habría de instaurarse toda la maquinaria que posibilite un razonable desenvolvimiento «físico» de la figura. De otro lado, sería necio desconocer la presencia de otro entorno, esta vez emocional por así decirlo, sustentado por un no escaso sector de la ciudadanía en el que, no hay que engañarse, es harto frecuente la reivindicación pública y el desprecio privado del jurado, de forma que todos quieren en apariencia el nacimiento definitivo de esta institución, casi nadie está dispuesto a formar parte de un eventual jurado y, menos, a ser enjuiciado por él. Por consiguiente, nada peor para los cálculos de éxito del jurado, en la praxis que seguirá al diseño legal, que desconocer estos referentes de inestabilidad previa, y derivar hacia posturas situadas normalmente en las posiciones ideológicas de un despotismo de nuevo cuño, en general democrático y bienintencionado, pero desconocedor de lo que debe ser la auténtica vértebra de esa democracia: el control del ejercicio del poder.

La idea ilustrada de la concurrencia de los hombres, a partir de un estado de la naturaleza —sea ello lo que sea, si es que existió<sup>3</sup>— a la sociedad en pacto con sus semejantes para la consecución del objetivo político de la felicidad, del bienestar individual y colectivo, a través del inevitable reconocimiento de ciertas instancias de gobierno representativo (como mal menor), pero también, y sobre todo, de control del poder cedido, creó las condiciones ob-

jetivas de nacimiento de las instituciones democráticas, entre ellas las del Jurado, percibido, entonces, desde el punto de vista del aspecto obligacional de los derechos, quedando configurado en tesis general, como el derecho/obligación a la participación (y control) en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y como el derecho/obligación del sujeto social, en el aspecto pasivo, a ser enjuiciado por un cuerpo representativo, compuesto por aquellos de sus conciudadanos llamados al referido control del gobierno de las cosas, en este aspecto concreto. A partir de ese encaje conceptual, puede analizarse la institución desde diferentes puntos de vista, si bien en este momento será más conveniente destacar las cuestiones relacionadas con aspectos de análisis no convencional, al tener en cuenta que se está gestando la ley de desarrollo del artículo 125 CE, a partir de la cual deberá producirse la ingeniería teórica, al uso entre los juristas.

## EL MODELO DE RELACION JUEZ-JURADO

Las clásicas posiciones antijurado enraizan con una idea, persistente en buena parte de la historia del pensamiento político, desde Platón en adelante, según la cual el pueblo es incapaz para autogobernarse, en los diferentes aspectos del verbo, y necesita, consiguientemente, el auxilio de custodios para ello; a su vez, el papel del gobernante, del juzgador en el caso, queda reforzado a partir de una pretendida superioridad en el conocimiento del asunto del poder, al que se le supone un carácter «científico», asequible únicamente al titular de la meritocracia. De ahí que, siendo inevitable la creación del jurado en el proceso de profundización del control del poder, se intente desviar la figura, mediante la constitución técnica de una relación genérica de tutela<sup>4</sup> por parte del juez profesional hacia el juez jurado, extrema en el caso del escabinado y más débil en el supuesto del jurado puro. Desde luego, el enjuiciamiento no constituye una ciencia, no únicamente porque para nada recoge la metodología empírica de éstas (el método de la demostración), a pesar de cierta apariencia en tal sentido sino también porque en el seno del proceso no existen, una vez definido el espacio

<sup>1</sup> En el caso extremo, Inglaterra, donde puede estimarse constituido desde 1215, a partir del IV Concilio Laterano.

<sup>2</sup> Desde la ley de 22-10-1820 amparada por la Constitución de Cádiz, hasta el Decreto de 27-04-1931 (y ley 17-06-36), por la Constitución Republicana de 1931.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en Jhon Locke, el «estado de existencia de derechos innatos, absolutos e individuales en que hubo un acomodo de los hombres a la razón, sin ningún superior común con autoridad para juzgarles» (*Segundo tratado*, capítulo VI); menos op-

timistas, Hobbes y Hume, y menos especulativos, algunos antropólogos que hablan de la lucha por el terreno y la comida en las sociedades preculturales, y sugieren que las modernas contienen no son otra cosa que derivaciones perversas de aquéllas (Marvin Harris; *Caníbales y Reyes*, Alianza Editorial, Madrid, 1987).

<sup>4</sup> Robert A. Dahl; *La Democracia y sus críticos* (págs. 83 y ss.); Ed. Paidós, Barcelona, 1992.

ético mínimo que en nuestra cultura constituyen los derechos humanos, juicios de carácter absoluto, sino matices de convivencia necesitada del sentido común, más afilado en cuanto compartido por un grupo representativo y, en tanto que conformado de modo aleatorio desde diferentes procedencias socio-culturales, más alejado de la específica posición de clase del juez profesional, cuya banda o frecuencia de criterios político-vitales es, normalmente, más estrecha que la del grupo. Sin embargo, la apuesta franca por la exclusión del tutelaje y, consiguientemente, del jurado escabinado en favor del puro, no debe hacer olvidar la eventual persistencia, aún en éste, de la tensión característica en la relación juez-especialista/jurado, cuya resolución se constituye en uno de los ejes del buen funcionamiento de la institución. Esa tensión deriva, como es obvio, de la propia composición del jurado por ciudadanos legos en derecho, con quienes habrá de establecerse al menos dos niveles de explicación del contenido, de proceso penal: en el primero, previo a la vista oral, los miembros del jurado tendrán que ser enterados de la función constitucional a que son llamados, a partir de la básica descripción de la presunción de inocencia, de la igualdad y contradicción, y del significado primordial de la prueba y valoración de principio de la misma<sup>5</sup>; en este nivel, esencial para lograr la deseable fluidez del juicio, la relación de atrapamiento puede considerarse «débil», en cuanto referida sólo a valores constitucionales abstractos; es en el segundo nivel, al término del juicio, antes de que el jurado se retire a deliberar, donde la vinculación puede considerarse «fuerte», ya que la relación juez/jurado se referirá al contenido concreto del proceso realizado. Al respecto, existen dos modelos básicos de tratamiento, según se confiera el papel activo al juez o se confiera al jurado; es decir, dependiendo de que sea el juez que dirigió el juicio quien, a través usualmente de la formulación de preguntas, indague el relato de hechos probados, o se deje en manos del jurado la formulación del relato histórico. Del encaje teórico de la institución a que antes se ha hecho referencia, se desprende que es el segundo de los modelos el óptimo para garantizar la función participativa y de control, así como el específico sentido de la independencia que exige el repudio del tutelaje. Cierto es, por otra parte, que este modelo introduce una complicación añadida cual es el vértigo paralizante del enjuiciamiento, algo que los jueces profesionales conocen bien, pero que normalmente controlan al haber estructurado emocionalmente la prohibición del «non liquet», pero que puede ocurrir con cierta frecuencia a los ciudadanos jurados, al encontrarse sin saber qué hacer ante el material procesal (probatorio y valorativo) que el juicio les ofrece, bien porque las explicaciones del primer nivel no han sido suficientes, bien por consecuencia de la propia complejidad del juicio en concreto. En tal caso la opción debe decantarse por dos

subniveles teóricos dependientes, de nuevo, de la cesión al juez o al jurado del papel activo, de modo que será aquél quien haga una explicación sucinta del contenido del proceso (*summing up*)<sup>6</sup> o éste quien la recabe en los aspectos dificultosos, pareciendo más conveniente a la tan aludida finalidad jurídico-política, el descarte de la primera en favor de la segunda. Sea como sea, la profundización democrática del jurado deberá considerar una prohibición legal genérica, dirigida al juez, de inmiscuirse en lo posible en el espacio procesal correspondiente al jurado, y la subsiguiente creación de un recurso anulador específico, por desconocimiento de esa prohibición y consiguiente vulneración del derecho al juicio justo, tal y como lo describe el artículo 24.2 CEE.

## EL JURADO Y EL CONFLICTO

Como se sabe, el jurado está llamado a cumplir su función en referencia, fundamentalmente, a la cuestión de hecho del proceso, dejando el papel aplicador del derecho al juez. Sin embargo, hay ocasiones en las que el legislador, representante a la postre del pueblo, sanciona penalmente conductas o transgresiones que carecen en absoluto de contenido antijurídico, o lo tienen muy diluido por la presencia, junto al supuesto valor que teóricamente se quiere proteger, de otros percibidos, e incluso formalizados constitucionalmente, con más rango; así, la legislación penal cuenta con un catálogo de delitos de pura desobediencia, extraordinariamente contestados por amplios sectores del pueblo representado en las propias instancias de creación de la ley. En su vertiente jurisdiccional, ofrecen, a menudo, la particularidad de no ser discutidos en la dimensión fáctica de la conducta, de modo que el transgresor acepta plenamente haber realizado el hecho que se le imputa, convirtiendo en centro de la contienda, el conflicto abstracto, con el acarreo a sede judicial del contencioso político en estado puro, lo que deja, en manos de los titulares de la misma una resolución que probablemente no les pertenece. Si la titularidad en cuestión es compartida por el jurado, el mecanismo de respuesta puede ser sorprendente, en la medida en que éste se sienta legitimado para ventilar aquel conflicto abstracto, mediante la ejecución de un curioso salto cualitativo, desde su papel de elaborador del relato de hechos.

Se recordará que en la guerra de las Malvinas el crucero argentino «General Belgrano» fue hundido por un submarino británico, acción cuyos pormenores fueron incluidos por el gobierno británico en una ley de secretos oficiales (*Official Secrets Act, 1911*); la vulneración de la misma constituiría delito, enjuiciable, en aquel sistema, por un jurado. Lo cierto es que un funcionario traspasó a un miembro del Parlamento, Tom Dolyell, documentos referentes al hundimiento del buque, de lo que se derivó un pro-

<sup>5</sup> En una experiencia que realicé en 1993 pude comprobar que se explica y se entiende bien la presunción de inocencia; no así las demás cuestiones.

<sup>6</sup> En el Derecho Inglés, aplicable en Inglaterra y Gales (*Juries Act, 1974*), el juez resume los hechos, pruebas y argumentos de

las partes, y explica sumariamente al jurado las cuestiones relativas a la carga y estándar de la prueba, les define el delito y los hechos que deben acreditarse antes de un veredicto de condena (*conviction*), así como les indica cómo ha de valorarse genéricamente la prueba que también les resume.

**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

**LAS INDEMNIZACIONES 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

**LA TECNICA DEL PRECEDENTE Y LA  
ARGUMENTACION RACIONAL**

Marina Gascón Abellán

**LA SUCESION EN LOS TITULOS  
NOBILIARIOS**

M.ª Dolores Cervilla Garzón

**EL TRABAJADOR INTERINO**

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

**LA PRUEBA POR MEDIO DE LOS  
MODERNOS AVANCES  
CIENTIFICO-TECNOLOGICOS EN EL  
PROCESO CIVIL**

Lotario Vilaboy y Esther González

**EL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» Y  
LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS  
SOCIEDADES MERCANTILES**

Carmen Boldó Roda

**IGUALDAD SALARIAL POR RAZON DE  
SEXO**

Alfredo Montoya y Alberto Cámara

**LA SUSPENSION DE LIQUIDACIONES  
TRIBUTARIAS EN LA REPOSICION Y  
EN LA VIA**

**ECONOMICO-ADMINISTRATIVA**

José María Lago Montero

**PRIVILEGIOS SALARIALES E  
INDEMNIZACIONES POR CESE**

Bartolomé Ríos Salmerón

**tecno**

**EDITORIAL TECNOS**

Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID

Tel. 320 01 19

De venta en las principales librerías.

Solicite catálogo al aptdo. 14632

Ref. D. de C. 28080 MADRID.

Comercializa:

**GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.**

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

ceso penal (caso Pointing)<sup>7</sup>, resuelto por el jurado con un veredicto de inocencia, a pesar de la claridad de los hechos y de la insistencia del juez en tal sentido, posiblemente porque aquel jurado interiorizó el conflicto político primando, aún fuera de su competencia de principio, el derecho de la ciudadanía a saber sobre el derecho de sus representantes a callar.

Una lectura apresurada de ello ofrecerá un argumento antijuradista en dos tonos expresivamente complementarios, que sumarán a la ignorancia —perversa o prevaricadora, se dirá— por parte del jurado de su específica función, la posibilidad de que pueda hacer lo mismo en otros supuestos si dotados de antijuridicidad indiscutible desde el punto de vista de la Constitución del país, aparte del reproche de invasión del espacio que, también por Constitución, corresponde al legislativo. Permitaseme, en tal caso, que introduzca un motivo de reflexión, siquiera a través del recurso a una eventualidad improbable.

La respuesta de la ley reguladora del jurado, o de la que reforme las leyes procesales, encajándole en ellas, sólo puede ser, en supuestos de veredicto de inocencia y subsiguiente absolución, la de un absoluto respeto a la decisión del jurado, por exigencias lógicas del proceso penal y porque en caso contrario se desnaturalizaría la esencia de la institución, que nacería deslegitimada si se crease una alzada con capacidad de revisión de los hechos, con lo que la decisión, también en supuestos como el ejemplificado, debe ser inaleplable. Si, por el contrario, se configurase un mecanismo específico para los casos de desviación funcional, la posibilidad no es otra que la de anulación y repetición del juicio, pero puede ocurrir que el nuevo jurado vuelva a dar un veredicto de inocencia, y justamente por idéntico motivo. Sin necesidad de seguir reduciendo al absurdo, se ve con total claridad el papel, a menudo oculto, del jurado como colegio representativo, el ejercicio de la conciencia comunitaria, la función de participación y al tiempo de control del ejercicio del poder. Y, precisamente, por el camino de la disensión, a reivindicar en la medida en que marca el carácter de una democracia e introduce una reflexión inevitable, en éstos y en cualesquiera tiempos, sobre lo que significa tal sistema de gobierno.

## MOTIVACION Y DECISION

Es cierto que el proceso debe ser, entre otras cosas, el espacio en el que el ciudadano pueda usar de la palabra, negada en otros ámbitos de la vida pública, y también el lugar donde ha de recibirla; donde, interesado en uno u otro aspecto, ha de recabar el porqué de la decisión que gobierne su vida. Caracterizado de esa manera, como terreno de civilidad, el proceso necesita normalizar el lenguaje, haciéndolo inteligible a los sujetos en él inmersos, al público en general y, desde luego, al jurado, una de cuyas fundamentales pautas de éxito o fracaso gi-

rará en torno a esa exigencia. Pero, en el juego de contrapesos que contiene el proceso penal en sus diferentes niveles, no estará de más exigir al jurado el cumplimiento de la obligación derivada, la explicación del «porqué» del contenido de su decisión, la motivación explícita de la valoración que haga de la prueba, algo orillado a menudo en el actual estado de cosas. Aparte de constituir una exigencia constitucional, a nada que se profundice en el artículo 24 de la CEE, esa obligación, explícitamente exigida, concretaría, como debería ocurrir con los juicios vistos por jueces profesionales en exclusiva, un estado de autocontrol en el ejercicio del poder jurisdiccional, deseable en la medida en que suaviza el problema de controlar al controlador e invierte la técnica de irresponsabilidad del titular del poder, consistente en no explicar cómo lo ejerce.

Por lo demás, en ello está comprometida una antigua cuestión típica del jurado; si las deliberaciones de éste deben tener el absoluto carácter de secretas; las clásicas razones a favor de ello aluden a la necesaria libertad del debate del jurado, a la seguridad de sus miembros, a la protección de su estima pública en el caso de veredictos impopulares y a la protección general de la institución a la que, se supone, no concurrirían los ciudadanos del buen grado necesario, si se expone públicamente su deliberación; en contra, se arguyen las cuestiones teóricas ya referidas, además de un efecto potencialmente educativo para la comunidad y un reflejo añadido sobre el rigor con que los jurados ejecutan su trabajo; pero además se pueden sumar todos los argumentos en favor del secreto, contemplados desde el prisma del proceso garantista y desde la consideración del jurado como institución realmente democrática.

Será la ley que desarrolle el artículo 125 CE la que decida esa cuestión en un sentido u otro, como habrá de pronunciarse sobre la eventual quiebra del principio de unanimidad en la adopción del veredicto de culpabilidad; en nuestro entorno, la cuestión viene siendo generalmente tratada, lo que quizá sea inevitable, a través de ciertos modismos que refieren a la «fehaciencia probatoria» (requerida para enervar la suposición constitucional de inocencia), entendiéndolo por tal la acreditación del hecho «más allá de la duda razonable», abstracciones asumibles por el juez unipersonal que conoce de los hechos y aplica el derecho, pero no por los actuales tribunales colegiados, donde se finge, sin más, que la mayoría concreta la ausencia de duda y, mucho me temo, incompatibles con el principio de mayorías en un juicio por jurados, donde no se va a entender el trato de la culpabilidad (e inocencia), por cuotas o porcentaje referido en exclusiva al relato histórico salvo que se haga una ficción análoga, dudosamente compatible con el sistema general de presunción de inocencia, y se obligue a los miembros del mismo a motivar su decisión, en el ya expresado sentido, lo que, de todos modos, no abortará los problemas que surjan en la praxis, de adoptarse el sistema mayoritario.

<sup>7</sup> *The Modern English Legal System* (pág. 814); Bailey And Gunn; Ed. Sweet And Maxwell. Londres, 1992.

## UNA CUESTION MAS

El ciudadano jurado lleva su ideología al proceso, exactamente igual que lo hace el juez profesional, y ello debe ser asumido en principio; la cuestión es que parece conveniente que sólo traiga sus convicciones, no las creadas en ocasiones por un embotamiento de algunos episodios puntuales; T. W. Adorno llamaba «universo represivo» al configurado por los *media* en su proceso de producción, nada inocente en términos de sistema, de objetos/sensaciones de consumo para él, también producido, hombre genérico, despersonalizado, fungible<sup>8</sup>; el hecho es que ese estado genérico de robo de las libertades alcanza, con ocasión de algún acontecimiento convenientemente vendido, niveles hipercrí-

ticos incompatibles con la racionalidad que exige la función jurisdiccional. Naturalmente, los antijuradistas esgrimen la eventual influencia que ello pueda tener en el ciudadano como uno de los motivos de oposición o descafeinamiento de la institución, suponiendo a los jueces profesionales una mayor resistencia ante tales envites; con la suposición contraria, los partidarios del jurado invocan el argumento inverso. Tiene ello que ver con la previsión normativa de aislamiento de los miembros del jurado, si la hay, una vez que el juicio ha comenzado y la sanción correlativa a la exposición del jurado a influencias externas. Por el momento, sin ley vigente y sin estudios de cierta solvencia sociológica y estadística al respecto, sólo me atrevo a plantear la cuestión.

<sup>8</sup> N. Bobbio cita como formas actuales de no libertad, el tema de la manipulación de la opinión de masas por los media, identificado con la teoría crítica de la escuela de Francfort, el tema

marxista de la alienación, y el weberiano de la burocratización. En *Igualdad y Libertad* (págs 144 y ss). Ed. Paidós, Barcelona, 1993.

# De juris-imprudencia

Federico BELLO LANDROVE

## PROLOGO

Cualquiera que —por motivos profesionales— se vea obligado a la lectura frecuente de sentencias penales españolas, me concederá que algunos magistrados confunden la jurisprudencia creadora con el alarde doctrinal innecesario, y aprovechan a veces la fundamentación del fallo para faltar a la consideración debida para con las partes discrepantes de sus tesis. Y si ello se hiciera, sólo, cuando se pisara un sólido terreno fáctico y jurídico, y hasta se contara con el respaldo de valores generalmente reconocidos, podría tener algunas atenuantes. Desgraciadamente, la verborrea, el lanzamiento a tumba (jurídica) abierta, o el varapalo al justiciable, corren a veces parejos con la resolución muy discutible, los valores más que dudosos y el legítimo dolor de las víctimas. Conviértese entonces el «exceso» en el punto más flaco de la sentencia, y propicia la justa crítica de la misma, no tanto por su decisión, cuanto por sus malas formas.

No se crea, por lo que llevo dicho, que no comprendo la dificultad de la labor sentenciadora, ni que pretendo la exquisitez, formal en el mundo judicial. Pero hay veces que la falta de sensibilidad y el componente de peligro que encierran ciertos «fundamentos de derecho» son, en verdad, preocupantes.

Valga este preámbulo, como puesta en situación para unas breves consideraciones, a propósito de la sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, de fecha de 8 de julio de 1993 (ponente, Sánchez del Río y Sierra), que juzgo un buen ejemplo para reflexionar sobre Jurisprudencia y juris-imprudencia. Merece la pena una lectura completa de tal sentencia, aunque sólo sea para soslayar la inevitable subjetividad de mi comentario<sup>1</sup>. Por ahora, siguiendo el modelo del teatro clásico, baste con exponer mi referencia, en tres «actos» (el prólogo concluye aquí).

## EXPOSICION

Por razones que no me constan, un sargento (profesional) del Ejército de Tierra fue sancionado disciplinariamente por el general Gobernador Militar de su Plaza y Provincia y, por razones que dicho sargento sabrá, se metió en una dinámica —perfectamente legal, por cierto— de recurso «administrativo» y contencioso-militar contra la sanción, de la que salió con una segunda (esta vez, impuesta por el capitán general de su Región Militar) de treinta días de

arresto en Unidad, los cuales cumplió inmediatamente, antes —¡ay!— de que el general jefe del Estado Mayor del Ejército acordara dejar sin efecto tal sanción.

Dicho arresto constituía —aparentemente— una sanción injusta, hasta tal punto, que fue reprobada posteriormente por cuantos jueces, fiscales y autoridades militares tuvieron que opinar sobre ella, motivando la petición de que se abriera al capitán general un expediente disciplinario por su imposición. Hasta la misma Sala de lo Militar del TS sugirió en la sentencia que comentamos, que el sargento podría tener derecho a una indemnización, con base en el artículo 469 de la Ley Procesal Militar.

Pero el sargento «quería más», y denunció al capitán general de autos por delito de abuso de autoridad (art. 103 del Código Penal Militar). El juez instructor de la causa que por ello se abrió decidió finalmente archivarla, con base, al parecer, en los artículos 20 y 103 del citado CPM, en relación con el artículo 16 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, entendiendo que no se había acreditado, ni el dolo del denunciado, ni perjuicios graves del denunciante (supuesto que la sanción correspondía a falta leve), requisitos ambos esenciales para la existencia del delito... Y el sargento recurrió en apelación contra el auto de archivo, ante la Sala de lo Militar del TS.

## NUDO

La Sala 5.ª del TS, en su meritada sentencia de 8-7-93, desestima el recurso de apelación interpuesto, con base en fundamentos análogos a los del auto recurrido, en especial, el de entender que no se había acreditado que el sargento experimentara un grave perjuicio con su injusto arresto leve de treinta días en Unidad. Y ello impulsa a la Sala, en el espectacular «Fundamento de derecho tercero» de la sentencia (folio y medio), a construir un razonamiento que contiene, entre otros, los siguientes períodos<sup>2</sup>:

— La distinción entre las sanciones de arresto restrictivo de libertad y arresto privativo de libertad no es una construcción artificialmente creada por el Instructor: aparecen literalmente en los artículos 14 y 16 de la LO de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Existen entre ambos tipos de arresto dos diferencias esenciales: el lugar en que se cumplen y los

<sup>1</sup> He manejado una copia literal de la sentencia, facilitada por el servicio de telefax de «Cóllex». En este momento (noviembre de 1993), también es accesible la versión reducida de «Actualidad Penal», n.º 40/93 (1 a 7 de noviembre), referencia 696. En cuanto a la sentencia del Caso Engel (que no Engels, como literalmente cita la sentencia que comentamos), dictada por el Tri-

bunal Europeo de Derechos Humanos en 8-6-1976, puede consultarse, en español, el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 4 (1981), págs. 292 a 320.

<sup>2</sup> He procurado, con mínimas correcciones gramaticales, recoger literalmente lo transcrito. No obstante, por elementales razones de prudencia, prefiero prescindir del entrecorrellado.

efectos que producen... el arresto por falta leve (un día a un mes), restrictivo de libertad, se cumple en domicilio o Unidad, con posibilidad de salida para prestar los servicios propios de la profesión militar... Es claro que el daño que pueden producir —el dolor afectivo que causan— es radicalmente distinto y, por tanto, esencialmente graduable...

- ... la medida precisa para desestimar la cantidad de dolor afectivo que supone una restricción de libertad no puede ser idéntica en el recurrente que en otras personas, porque el recurrente, por su propia y libre decisión, pertenece a un grupo social en el que la jerarquización y la disciplina no son sólo dos elementos organizativos formales, sino dos elementos integrantes de la esencia del grupo... No es casualidad, por tanto, que incluso constitucionalmente se admita en las Fuerzas Armadas la legitimidad de imponer sanciones administrativas (disciplinarias) que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad... riesgo que no se produce nunca entre la población civil... y que por la necesidad de su inmediatez, pueden resultar equivocadas o extremosas, con el correspondiente perjuicio para el afectado.
- Pero no se puede hablar de perjuicio grave, ni puede admitir reacciones desorbitadas en quienes lo sufren, salvo que lo pretendido fuese asestar un golpe al propio elemento disciplinario esencial para la subsistencia del grupo. La Ley otorga los correspondientes medios de defensa contra la arbitrariedad: el propio recurrente actual los usó con resultado favorable.
- La utilización errónea de facultades disciplinarias nunca puede producir un resultado de naturaleza penal. Pero incluso si se usa torticera y voluntariamente, el abuso es delictivo (sólo) cuando el perjuicio es grave... la intensidad del daño o del dolor moral exigible para que el delito del artículo 103 se produzca debe ser de tal naturaleza, que sólo excepcionalmente y por la concurrencia de circunstancias personales y sociales fuera de lo común, pueda decirse que quien sufrió una sanción soportó una carga injusta, por inhumana.
- El cumplimiento de un arresto leve por un militar profesional es ciertamente una molestia. Puede ser también una injusticia... Pero calificar aquel hecho, casi cotidiano en la vida de la colectividad castrense, de perjuicio grave, sólo es indicio de desconocimiento de la realidad o de deseo de perturbar las relaciones disciplinarias, lo que sí sería verdaderamente grave.
- Es imposible admitir que el arresto sufrido —injustamente sufrido, debemos añadir— haya producido en el perjudicado, que se vio satisfecho en sus pretensiones en vía de recurso, impacto tal que pueda calificarse de perjuicio grave, pues de así hacerlo, habríamos de admitir con carácter general que todo

arresto posteriormente dejado sin efecto en vía disciplinaria o judicial, implicaría perjuicio grave y estaríamos abriendo la puerta a la indisciplina.

- Obtenida tal tutela, la propia lógica jurídica exige poner punto final a lo que no pasa de ser un desagradable incidente en persona que, volvamos a repetirlo, no es militar a la fuerza, sino por su propia voluntad y que, por tanto, voluntariamente aceptó participar en cuantas consecuencias derivan de su condición.

## DESENLACE

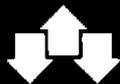
No quiero extraer conclusiones de un solo fundamento jurídico de una única sentencia, la cual, en el fondo de su fallo, no deja de tener apoyatura jurídica. No quiero definirme en términos técnicos, que un corto artículo de «debate» no permite fundar profundamente, ni matizar. No quiero, en suma, afirmar más de lo que en el prólogo queda expresado. Pero sí ofrezco a los lectores de esta acogedora revista una batería de preguntas, a modo de sugerencias reflexivas, dejando así el desenlace abierto, al gusto de cada espectador:

- ¿Vale la pena el esfuerzo de tantos juristas por construir la libertad como bien jurídico uno, indivisible y fundamental, mientras existan Tribunales tan sutiles como para disertar y apoyar convencidamente sus tesis sobre distinciones tales, como la de arresto restrictivo de libertad y arresto privativo de ella?
- ¿Está el militar profesional hecho de tal «pasta», que deba resistir impasible la injusticia de las sanciones y la ruptura por hasta un mes de su vida personal y familiar? ¿Hay alguna norma, escrita o implícita, a no sentirse herido moral y gravemente, por arrestos de treinta días en Unidad, aunque luego (¡y tan luego!) se declare la injusticia de la sanción?
- ¿Puede permitirse un Estado de Derecho que se invoque la justa disciplina castrense en un caso puro y duro de arbitrariedad sancionadora? ¿O que se repunte trivial y cotidiano en nuestro Ejército la existencia de arrestos injustos, porque sean de los restrictivos de libertad hasta 30 días?
- ¿Se corresponde con nuestra época y nuestro Derecho que se califique un arresto injusto de treinta días de molestia, o que se exija, para juzgarlo generador de un perjuicio grave, que suponga una carga inhumana?
- Finalmente, ¿es justo que el recurrente, sufridor del arresto injusto, se vea tildado por el tribunal de asestador de golpes al elemento disciplinario, esencial para el ejército, o de desconocedor de la realidad castrense, o de que desea perturbar las relaciones disciplinarias, lo que sí es (para la Sala) verdaderamente grave?

... Aunque, en el fondo, es posible que todas estas preguntas se reduzcan a una, mucho más superficial: ¿puede existir jurisprudencia, si no se hace, antes que nada, ejercicio de prudencia?<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Por cierto, el desenlace del «drama» queda abierto, también por otra razón: ignoro si fue disciplinariamente sancionado, o no,

el capitán general de la sanción leve. La prolijidad de la sentencia comentada no ha llegado hasta ahí.



## COLEX Constitución y Leyes

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

### ■ DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA PENAL

EDITORIAL COLEX 1981-1993

Edición cerrada en abril de 1993.

Más de una década de jurisprudencia en un solo volumen.

Toda la doctrina penal del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en más de 12.700 sentencias y autos, dictadas en los últimos doce años y recogidas por orden sistemático y cronológico. Ordenadas alfabéticamente por voces principales desde "ABANDONO DE FAMILIA" a "VOTO RESERVADO", incorporando en cada voz su respectivo índice, además, voces derivadas con una sistemática y exhaustividad que agiliza la consulta.

Cada resolución lleva incorporada la oportuna cita cronológica y referencia editorial, por si fuere preciso un texto íntegro.

**Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella**

Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial

**M<sup>a</sup> Dolores Márquez de Prado y Noriega**

Fiscal Juez excedente

2.544 págs.

39.000 ptas.

### ■ LA RECONVENCIÓN EN EL PROCESO CIVIL

La institución de la reconvencción suscita importantes consecuencias en la defensa de los derechos materiales de las partes, ofreciéndose desde esta obra cada uno de los problemas que se plantean en torno a la misma, así como las líneas generales, doctrinales y jurisprudenciales, que inciden en esta materia desde el prisma que proyecta el derecho a la tutela jurisdiccional que ampara el art. 24 de nuestra Constitución.

**Juan Damián Moreno**

Catedrático Derecho Procesal

104 págs.

1.300 ptas.

### ■ LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional, el autor efectúa en esta obra un profundo análisis del régimen jurídico de las distintas medidas cautelares previstas en la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, con una especial atención a los numerosos pronunciamientos emanados del Tribunal Constitucional.

**Javier Vecina Cifuentes**

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha

312 págs.

3.500 ptas.

### ■ EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El libro constituye un análisis del domicilio desde la perspectiva constitucional sin limitarse a la mera consideración del dato físico sino atendiendo a su incidencia en el desarrollo integral de la persona.

Se destaca de forma especial la protección que dispensa la Constitución al Derecho a la Inviolabilidad Domiciliaria, por lo que las últimas páginas contienen un estudio crítico de las consecuencias del artículo 21 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

**Angel Luis Alonso de Antonio**

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense.

176 págs.

2.000 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 específica y codificada— han decido 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 págs.

1.950 ptas.

### ■ CODIGO CIVIL

SEXTA EDICIÓN 1993

Comentarios y amplia jurisprudencia.

Se recogen las innovaciones introducidas en el articulado del Código Civil, así como detallada referencia a la normativa específica de las propiedades especiales. Las citas de jurisprudencia incluyen las sentencias más importantes de la Sala I del T.S., hasta la publicación de la presente edición. Índice analítico actualizado.

**Francisco Hernández Gil**

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**Antonio de la Esperanza**

**Martínez-Radio**

Notario jubilado

**J. M<sup>a</sup> Fernández Rodríguez**

Magistrado Secretario Judicial excedente

**J. de Castro García - A. Sánchez Jáuregui - J. Santos Briz**

**J.M. Gómez de la Bárcena**

Magistrados jubilados del Tribunal Supremo. Sala I

864 págs.

5.950 ptas.

# ESTUDIOS

---

## Izquierda y legalidad\*

Paolo FLORES D'ARCAIS

La legalidad no es, por cierto, el primer amor de la izquierda, ese que nunca se olvida. Más bien lo contrario. Frente a la legalidad la izquierda ha practicado toda la gama de las actitudes posibles, pero nunca ha sentido una atracción fatal, no ha experimentado, ni en la teoría ni en la práctica, la pasión irresistible de una afinidad electiva.

Por otra parte, existían buenísimas razones para esa hostilidad o apatía.

En síntesis, para el propietario o el burgués, legalidad significaba una doble garantía para su poder y sus bienes: desde luego, contra cualquier atentado individual o subversión colectiva que pusiera en discusión el orden constituido de la distribución de la riqueza. Pero también frente al posible abuso de sus representantes y la prevaricación de su gobierno. E incluso frente al riesgo de un poder excesivamente autónomo en el ejercicio de sus tareas de garante de la autonomía ya realizada del *bourgeois*, el hombre de la renta y de los tráficos en el marco de la sociedad civil. Para este individuo *acomodado* (bien lejano, pues, del *cualquiera*), la legalidad tenía el contenido y el aroma de toda una existencia positiva independiente, y por tanto *propia*, ya dada.

Algo bien distinto para el proletario, privado de toda vida autónoma que defender y garantizar, y propietario a la fuerza, en cambio, de necesidades vitales elementales que satisfacer recurriendo a la *dependencia*, cada vez más anónima e impersonal, de la propiedad ajena. Para el proletario, la idea de una autonomía que representar, y con ello garantizar, habría sonado a quimera si no a burla, puesto que estaban aún por conquistar las precondiciones materiales mínimas de la misma en términos de comida, casa, salud. Había un largo camino por recorrer, de lucha *contra* la ley, a menudo.

La legalidad no podía por menos de aparecer a la mayoría como una pantalla para cubrir la opresión. Las leyes vigentes pisoteaban cualquier criterio de justicia para *individuos*, es decir para *cada* individuo sin excepción alguna, aunque tronasen desde las sedes de una ideología individualista. Y puesto que la legalidad se presenta a los ciudadanos a través de las diversas leyes concretas, durante mucho

tiempo la izquierda atribuyó a la legalidad en cuanto principio y lógica una función de mistificación y opresión que, sin embargo, correspondía a las leyes singulares (como, por lo demás, y del mismo modo, responsabilizó al individuo y a su primacía de las deformaciones debidas a la *ideología* individualista, la misma que traicionaba y desconocía —no obstante toda la retórica— a los individuos *concretos*, todos). Por eso, demasiado a menudo, en el movimiento obrero incluso revisionista y reformista (con la excepción inglesa) la función de opio de los explotados fue considerada inherente a la legalidad, *estructural* en suma, incluso cuando se renunciaba a la revolución y se optaba por la vía del gradualismo y el *instrumento* de la legalidad.

En otros términos: el movimiento obrero vió estructura donde había *descarte*, cromosomas donde había engaño, inextricable compacidad y destino de una formación histórico-social donde había, en cambio, incoherencia con los valores, y se abría, pues, un espacio para las transformaciones incluso radicales. En efecto, la coherencia social del privilegio está ya virtualmente en oposición con la coherencia lógica de los derechos, y la legalidad se convierte en la palanca y el horizonte para que se cumpla (se aproxime) la *autonomía* de cada cual, es decir la individualidad prometida.

Por lo demás, las buenas razones de *antan* para tener bajo sospecha a la legalidad han quedado atrás hace ya tiempo. Sólo la ideología (y el modo de producción totalitario, y la razón de Estado de las respectivas nomenclaturas) las ha mantenido artificialmente vivas, mucho tiempo, demasiado tiempo. Con los alucinantes costes bien conocidos. Sí el aclamado hundimiento del socialismo data sólo de un reciente ayer, un precocísimo antesdeayer de anarquistas y otros herejes había ya evidenciado (en el 17 y antes) la catastrófica iniquidad de un socialismo del arbitrio. Sin embargo, en esto, es decir, en no darse cuenta de que el implicado en la tragedia era el socialismo *tout court*, y precisamente por su hostilidad o a lo sumo indiferencia *estructurales* hacia la legalidad, también fallaron las herejías. La legítima y doble sospecha frente a la apologética burguesa y los triunfalismos leninistas no tuvo la lu-

\* Artículo publicado en *Questione giustizia*, n. 2 de 1993.

cidez de interpretar la modernidad como descarte, y no como alienación, y condenándose así a la complicitad por omisión o a la impotencia. Cuando de lo que se trataba era de perseguir las libertades y la igualdad *sin* socialismo, fuera de su perspectiva, pero no por ello de forma más condescendiente. Al contrario.

## 1. LEGALIDAD Y JUSTICIA SOCIAL

En todo caso. Desvanecidas social y políticamente las buenas razones y las obligadas sospechas de un tiempo, sobreviven como un mero y vicioso residuo ideológico, y hoy constituyen para la izquierda un handicap autolesivo que la hace incapaz de asumir la legalidad como *estrategia* y contenido *primero* de la propia política de libertades (en plural) y de igualdad. Que la hace ciega frente a la cada vez más estrecha conexión, al verdadero y propio *isomorfismo*, entre la legalidad tomada en serio (es decir, practicada coherentemente, en todo el espectro de sus condiciones, implicaciones y consecuencias lógicas) y los valores de la izquierda, incluidos los sociales.

Naturalmente, la legalidad no es la justicia social. Pero hoy muchas injusticias *sociales* se disipan, apenas la ilegalidad de los poderes, de los poderosos y los prepotentes de cualquier tamaño resulta perseguida de manera sistemática, tanto en las grandes prevaricaciones excelentes como en las mínimas imposiciones de la violencia y la humillación cotidianas. La izquierda no lo entiende. Y su crisis se convertirá en una espiral irreversible si, rechazando el hilo de Ariana de la legalidad como estrategia, continua girando en el obsoleto laberinto de las socialdemocracias y de la política como oficio.

De esta ceguera forma parte el hecho de no comprender que la actual oleada de derecha si bien se sirve de la legalidad como bandera, en su actuar, a menudo, la hace añicos, perpetuando y evidenciando el *nada liberal* «liberalismo» de Occidente, su lado oscuro. Y atención. Si la derecha puede ocultar la antinomia entre valores proclamados y principios practicados, es también porque la izquierda con su masoquismo le ha regalado la custodia ideológica del territorio de tales valores, en lugar de afianzarse en la denuncia de ese descarte. Denuncia que, evidentemente, exige de la izquierda la previa asunción de aquellos valores sin restricciones mentales, como irrenunciables y *proprios*, es decir constitutivos de su propia identidad.

En otros términos y para retomar el hilo. Hoy la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder. Podría incluso afirmarse lo siguiente: que la revolución no ha amado nunca la legalidad, pero que una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables (y sin prejuzgar si no habría que desear que sea también la última) por ser previa a cualquier otra.

La ley que va antes del poder. El poder que debe obedecer a la ley. Es justo esta *abstracción* lo que estamos deshabituados a poner a examen y hacerla objeto de nuestra atención, por considerarla ya

realizada, tomando así la *fata morgana* de la ideología por el oasis de la realidad. Por el contrario, y precisamente, se trata de *pensar* aquella abstracción, en toda la extensión de sus implicaciones. Entonces, el *primero* e irrenunciable sentido de la legalidad sonará así: la responsabilidad y la culpa por la violación de la ley, el *vulnus* inferido a la convivencia y por consiguiente a *todos* los ciudadanos, aumentan al aumentar el poder de quien ha cometido la violación. En consecuencia, la sanción habrá de ser más dura e innegociable. El poder es guardián, no simplemente habitante de la norma. Y menos todavía patrono. Por eso, la culpa crece en progresión geométrica y exponencial respecto al crecimiento aritmético del poder de cualquier género, político, económico, judicial (y hoy mediático).

Es por tanto inherente al principio de legalidad una más «vindicativa» intransigencia hacia aquellos que disponen de dosis crecientes de poder. Exactamente lo contrario de lo que normalmente sucede, sobre todo, en las democracias realmente existentes. Esta sensibilidad de intransigencia hacia los poderes es el ethos difuso de la legalidad que debe ser estimulado y alimentado en los ciudadanos. Sólo la práctica de esta intransigencia hacia los poderes podrá promover la conciencia de los propios deberes individuales. Tales son las dos caras *inseparables* del sentido del Estado ante cada uno. Hoy está de moda tachar de lloriqueo cualquier reivindicación de derechos, invitando al ciudadano a la «virilidad» del cumplimiento del deber. Pero la llamada a la primacía de la responsabilidad personal y de los deberes, sólo asumirá deseables tonalidades «protestantes» y evitará constituir una moda cómoda y un nuevo arrogante conformismo, cuando sea la otra cara de la crítica implacable de todo abuso de poderes y poderosos, por actos u omisiones.

Es verdad que se impone una revolución de las conciencias, de manera especial en los países que no han conocido Reforma y Revolución (o cuyo influjo genético ha ido apagándose y perdiendo color, como en casi todas partes). Pero la necesidad de un cambio radical y generalizado en la cultura y en el comportamiento medio no puede ser enarbolada como coartada para una genérica denuncia de corresponsabilidad (todos somos culpables o cómplices, somos nosotros quienes hemos votados a los corruptos, cualquier ilegalidad ha sido cometida por todos y todos han obtenido alguna ventaja de ella: el que esté libre de pecado que tire la primera piedra), preludio de una general absolución para los crímenes de los poderes. Hay, necesariamente, un antes y un después si no se quiere que la inercia de la corrupción y la deriva de las degradaciones de la libertad y de las prevaricaciones reanuden su marcha. Y el cambio de las conciencias, de la cultura difusa, de los comportamientos medios, tendrá que *seguir* la transformación política e institucional, los comportamientos judiciales y (se espera) políticos que golpeen las culpas y las omisiones de los integrantes del *establishment*, según la jerarquía de los poderes reales, comenzando por arriba.

A estas alturas ya no hay espacio para el equívoco no desinteresado del que pretenda criticar como cesión burguesa una estrategia de la legalidad confundiendo con las políticas de *law and order*. En

efecto, la perentoriedad de esta segunda jaculatoria ha disimulado siempre tras de ideales inobjetables, una práctica tejida de manipulación sistemática y desatención a la legalidad en beneficio de los poderosos, grandes y pequeños, por más miserable que pudiera ser el fragmento del privilegio (el pobre sudamericano en relación con el más pobre *negro*). En suma, *law and order* para garantizar el orden del *establishment* en todos los matices de su degradación, también frente a la ley. El catálogo de las violaciones es tal como para hacer pequeño por sus dimensiones el (mucho más *allegro*) de don Juan en Alemania y en España.

La historia es poco más que el registro de los crímenes, las locuras, las desgracias de la humanidad, decía Gibbon, y la historia de la modernidad podría ser contada también como historia de las violaciones de la legalidad en nombre de *law an order* por parte de los diversos sectores del *establishment*.

## 2. EL PODER DE LOS SIN PODER

No es una casualidad. La legalidad aplicada coherente y sistemáticamente es, en efecto, un bien *material* por excelencia para los sin poder. Irrenunciable y quizá el *más* precioso. Como prueba de ello, una sumaria fenomenología. Donde la criminalidad organizada campa por sus respetos, infiltra con sus hombres los aparatos del Estado, y se asocia a un poder político, financiero y empresarial connivente, la restauración de la legalidad quiere decir pura y simplemente rescate de una situación de esclavitud y radical puesta a punto de la dignidad, allí donde la «opción» se daba entre la humillación de la sumisión absoluta a la lógica de las *coscas* o la precipitación en el heroísmo, insensata en una realidad hobbesiana. Pero sin llegar tan lejos: cada premio a la corrupción y a la prevaricación es una privación, una *explotación* del sin poder. Desde el enfermo tratado como estorbo o como cobaya, al marginado que no encuentra en el policía seguridad pública sino una amenaza más, al imputado (inocente salvo prueba en contrario) que halla en el juez un lotófago de sus derechos, a la víctima sin santos en el cielo que descubre en el juez acomodaticio o *routinier* un instrumento de denegación de justicia, al trabajador al que el empresario impone, con la ciega complicidad de las instituciones, condiciones leoninas de trabajo, al ciudadano que ve destruido por la arrogancia de la especulación y la indolencia de las autoridades ese tesoro de monumentos y de verde que es también suyo, al automovilista que respeta el código, perjudicado y ofendido por el guardia urbano que otorga impunidad con desprecio de la ley, al empresario que no llegará nunca a ser tal, no obstante weberianas propensiones y cualidades, porque se siente incapaz de pagar a administradores felones, banqueros complacientes y funcionarios encargados de la bolsa que no controlan. Tras de cada uno de estos comportamientos se realiza una materialísima injusticia y un daño para los sin poder. En cambio, la represión de tales comportamientos y la restauración de la legalidad, supondría para ellos un enriquecimiento real.

Por consiguiente, de nuevo y sin desmayo: la le-

galidad es el poder de los sin poder, puesto que constituye la única forma real de la autonomía de *cada uno*, en sustitución de esa autonomía de unos pocos ligada al agio de la riqueza y que, obviamente, no es universalizable. Lo que quiere decir, tén-gase en cuenta, que la universalización de la autonomía se encuentra confiada a un doble proceso: el enriquecimiento de cada uno asegurado por el disfrute de la legalidad y la circunstancia de com-partir el poder (com-partido, en el doble sentido a que me he referido en mi trabajo «El disincanto tradito», en *Micromega*, 2/1986), pero también la *esterilización* del poder de la riqueza desde el punto de vista civil y político. Aquí se anuncia prepotente e ineludible la conexión —que no desarrollaré, pero que debe ser enunciada y tenida *in mente*— entre legalidad e igualdad de *chance*, esta última lógica ampliación e incluso corolario de la primera, que está probablemente destinada a la degradación y a la disgregación, de no ejercitarse como instrumento de activa aproximación a la segunda.

Pero no sólo es eso. Sin rigurosa legalidad incluso el consenso electoral se desvanece haciéndose una farsa, puesto que se vería sustraído al imperativo de «un hombre un voto». La aplicación de la ley no puede convertirse en una *apuesta* en el conflicto entre los contendientes políticos sin que con ello éste se distorsione y desfigure irremediamente. El consenso se refiere a la opción de la ley, pero no debe desempeñar ningún papel en cuanto a su aplicación (o incumplimiento). Si ésta se convirtiera (como demasiado a menudo ha sucedido) en la devastadora *Grundnorm* del ordenamiento, resultarían favorecidos por la búsqueda del consenso precisamente los gobernantes escasamente propensos a la legalidad, prestos a promulgar incluso leyes draconianas, pero como si de *bandos* manzonianos se tratase, decididos a hacer de su inaplicación una mercancía de cambio por el voto, compactando así el sistema de la connivencia y de la *omertà* hasta los estratos más profundos del tejido social. Es precisamente en esta inclinación a anteponer el consenso a la legalidad y a cambiarlo por ésta, donde radica el paso del «mero» malgobierno, incluso el más extendido, al verdadero y propio *régimen*.

Por tanto, no es el consenso *lo primero* que hace la democracia. Pues, la figura irrenunciable de la vida democrática no es el que consiente, sino el *disidente*. El consenso es un principio decisivo, pero *segundo*, porque sólo vale en el horizonte de una legalidad rigurosa. Que reclama, al mismo tiempo e indisolublemente, *reconocimiento* para el disidente e *intolerancia* con el que viola la ley, tanto mayor cuanto más grande sea su poder. La legalidad, por consiguiente, no se identifica con el conformismo, no excluye en efecto la desobediencia civil. Al contrario. Esta última constituye el homenaje más auténtico que el disenso ofrece a la legalidad pues, frente a una ley que reputa injusta, la desobediencia pide una nueva ley para hacerla respetar, y por ella corre abiertamente el riesgo de la represión, en la convicción de que la vieja resulta escandalosa por obsoleta para la conciencia de la mayoría, y representa incluso un ultraje a aquellos principios que, si se tomasen en serio al individuo, tendrían que estar constitucionalmente garantizados. De este modo, la de-

sobediencia civil puede ser incluso instrumento de legalidad frente a la ley concreta que desconoce los presupuestos de igualdad sin los que la legalidad no puede ser sólidamente argumentada.

Con esto se ha dicho lo suficiente para que caiga en el ridículo cualquier objeción que pretendiera sostener que llamando a la izquierda a hacer de la legalidad su propio sextante, se limitase a invocar el *monstrum* de una izquierda que asume los valores de la derecha. En definitiva, apropiación indebida o concesión oportunista, según que la observación proceda de la vertiente reaccionaria o de la orilla revolucionaria, en cualquier caso en curiosa sintonía. La derecha, en efecto, no ha sido nunca *esta* legalidad, si se excluye la más desenfrenada agiografía de historiadores edificantes, charlatanes electorales y plumas de régimen. La derecha, como hemos visto, más bien ha proclamado *law and order*, es decir el rigor con los débiles y no frente a todos. La liturgia de la legalidad para negar la carne de la legalidad, y por tanto también su espíritu.

### 3. REALISMO POLITICO Y MORALISMO

Así las cosas, la honestidad de los administradores y funcionarios públicos no es un *optional* en el curso de una democracia, sino la condición esencial de su funcionamiento. Por el contrario, el pretendido realismo político, que hace burla de cualquier reclamo en este sentido, tachándolo de «moralismo», es incapaz de captar el carácter taxativo de tal instancia precisamente desde el punto de vista analítico: a la degeneración política «se opone, sin embargo, la evolución del funcionariado moderno, que se va convirtiendo en un conjunto de trabajadores intelectuales altamente especializados mediante una larga preparación y con un *honor* estamental muy desarrollado, cuyo valor supremo es la integridad. Sin este funcionariado se cernería sobre nosotros el riesgo de una terrible corrupción y una incompetencia generalizada, e incluso se verían amenazadas las realizaciones técnicas del aparato estatal, cuya importancia para la economía aumenta continuamente y aumentará aún más gracias a la creciente socialización». La moralidad del funcionario público, su *integridad*, como bagaje técnico y *técnicamente insustituible* para que la mera *routine* del mecanismo estatal no vacile: lo cuenta el docto realismo de Max Weber (*El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid 1967, pp. 101-102).

Así pues, por este motivo, el clientelismo y la corrupción resultan monstruosos, precisamente y sobre todo desde el punto de vista de la autonomía de la política, una vez que ésta quede comprendida en el horizonte de los vínculos democráticos. Es otro el punto débil del análisis de Max Weber: su «ingenuidad». Que consiste en la ilusión de presentar como un dato de hecho históricamente consolidado la que, en cambio, era una condición imprescindible para la democracia, pero aleatoria y frágil. La facilidad con que los aparatos se plegan a esa suprema infidelidad a la legalidad que es la «fidelidad» a un régimen totalitario sobrevenido, y el progresivo enfeudamiento de los funcionarios en los contingentes intereses de partido en las democracias de pos-

guerra (el caso italiano es sólo la punta de diamante de un proceso que ahora también franceses, españoles, belgas, alemanes, se ven obligados a reconocer como *proprio*), se habrían encargado de hacer añicos la hipótesis de que una administración pública eficiente y leal, *íntegra*, es ya una adquisición histórica.

Pero el nexo individualizado por Max Weber, entre el binomio *inescindible* competencia/honestidad y el mero funcionamiento técnico de la política (y la democrática *a fortiori*), sigue siendo más cierto y vinculante que nunca. Simplemente debe ser ahora asumido de modo aún más riguroso e intransigente, si cabe, por el político que de hecho nombra al funcionario y tiene influencia sobre él. En efecto, sin ambos aspectos de aquel binomio, y de la honestidad, es decir de la lealtad a la ley, más aún que de la competencia, la democracia formal degenera sin más en democracia *ficticia*. Es formal sólo porque —y en tanto que— la forma, o sea la ley, gobierna por encima y contra el interés personal o de parte del funcionario. El clientelismo restablece en cambio la relación de interés basada sobre la dependencia y la fidelidad personales que caracteriza a la época premoderna y que es letal para el ordenamiento democrático porque uno y otro se excluyen recíprocamente.

En consecuencia: cuando se tiene que ver con episodios de corrupción, deslealtad y cualquier ilegalidad del político y del funcionario, una indignación pública sistemática e inflexible, y la máxima intransigencia en el rigor sancionatorio, lejos de ser explosiones moralistas o excesos puritanos, constituyen el irrenunciable abc del mantenimiento del Estado democrático mínimo. Para conjurar o frenar la transformación de la democracia en algo distinto de ella misma. Es por lo que, desde el punto de vista de la gravedad, no hay distinción posible entre la violación de la legalidad por parte de un empresario y la de un administrador público, un ministro, un secretario de partido. La primera se concreta en corrupción y hurto, pero la segunda, más aún, en corrupción y hurto de *democracia*, incluso en el supuesto de que el político lo hubiera entregado todo al partido.

No cabe en este punto eludir el escollo de lo que representa la debilidad constitutiva de la democracia: su condición de sistema *circular* de legitimidad, garantías y controles, que no encuentra nunca fundamento. No lo es el consenso, como ya se ha puesto de manifiesto. Y, sin embargo, a pesar de las más sofisticadas construcciones institucionales para «garantizar» un autónomo *ubi consistan* a los procedimientos democráticos, del consenso electoral, que es pues el segundo, y pasando por todos los controles de legalidad y constitucionalidad, se torna al consenso en la forma de *ethos* público y difuso. No hay otro «fundamento». De manera que, si la apatía fente a la legalidad prevaleciera entre los ciudadanos, ningún mecanismo institucional podría impedir aventuras autoritarias y disgregaciones «sudamericanas». Entiéndase bien, en nombre de «ley y orden», y previsiblemente con mayúsculas.

La democracia se encuentra obligada a realizar lo que no fue posible al barón de Münchhausen, mantenerse a sí misma suspendida por la coleta del et-

# NOVEDADES

## ALIANZA EDITORIAL

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

### CIENCIAS SOCIALES

LUIS GARRIDO MEDINA  
Y ENRIQUE GIL CALVO  
**Estrategias familiares**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

PEDRO SCHWARTZ, CARLOS RODRÍGUEZ  
BRAUN Y FERNANDO MÉNDEZ IBISATE  
**Encuentros con Karl Popper**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

RAMÓN TAMAMES  
**La Unión Europea**  
ALIANZA UNIVERSIDAD TEXTOS

### LITERATURA

GERALD DURRELL  
**La selva borracha**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

EDUARDO GALEANO  
**Amores**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

ELENA FORTÚN  
**Cuchifritón el hermano de Celia**  
LIBROS SINGULARES

ELENA FORTÚN  
**Matonkiki y sus hermanas**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

**Poesía antiguo-nórdica**  
Antología (siglos IX-XII)  
ALIANZA TRES

AMIN MAALOUF  
**La roca de Tantos**  
ALIANZA CUATRO

### CIENCIA

JEAN HEIDMAN  
**La vida en el universo**  
EL LIBRO DE BOLSILLO

LORENA PRETA  
**Imágenes y metáforas  
de la ciencia**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

### FILOSOFÍA

JULIAN MARÍAS  
**Mapa del mundo personal**  
LIBROS SINGULARES

### GASTRONOMÍA

LOURDES MARCH  
**La cesta de la compra**  
LIBROS SINGULARES

### MÚSICA

JUAN JOSÉ REY Y ANTONIO NAVARRO  
**Los instrumentos de púa  
en España**  
ALIANZA MÚSICA

### HISTORIA

PETER BURKE  
**Formas de hacer historia**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

OTTAVIA NICCOLI  
**La mujer del Renacimiento**  
LIBROS SINGULARES

CÉSAR VIDAL MANZANARES  
**Los documentos del Mar Muerto**  
LIBROS SINGULARES

CARLOS MARTÍNEZ SHAW (DIRECCIÓN)  
**Sevilla siglo XVI**  
El corazón de las riquezas  
del mundo  
LIBROS SINGULARES

N. G. WILSON  
**Filólogos bizantinos**  
ALIANZA UNIVERSIDAD

### ECONOMÍA

DIEGO AZQUETA Y ANTONIO FERREIRO  
**Análisis económico y gestión de  
recursos naturales**  
ALIANZA ECONOMÍA

Comercializa:  
Grupo Distribuidor Editorial  
Tel. 361 08 09

hos difuso, y no puede perderse de vista que la apatía de los ciudadanos suena ya como un resignado abandono de éste. Pero puesto que sobre tal ethos influye de modo decisivo la moralidad pública (es decir, la legalidad) media de los gobernantes, dos son las profesiones que se revelan como estratégicas y cruciales para la democracia, el juez y el periodista. El juez, porque el circuito de los controles de legalidad sólo puede cerrarse con el autogobierno de los magistrados. Volveremos sobre ello. Y el periodista porque la presión última sobre el juez está confiada a la opinión de un «público» catalizado, unificado y formado por lo que los *mass media* deciden que sea «noticia», y por lo que permiten difundir como opinión relevante.

Por eso, debería aplicarse, todavía con más rigor, a los modernos *mass media* lo que Jules Michelet consideraba esencial para el periodista de su tiempo: perseguir «la misión extraordinariamente útil, grave y fatigosa, de una continua censura sobre los actos del poder». Condición imprescindible para una democracia digna de ese nombre, y también vocación y virtud de la que el periodismo realmente existente es demasiado a menudo anoréxico. El vigente pluralismo de *establishment* está lejos de satisfacer este requisito, sin el cual, sin embargo, el mismo principio de legitimidad se hace claudicante y vacilante.

#### 4. LEGALIDAD Y DINERO

Ya hemos visto que la izquierda, precisamente para permanecer fiel a sus valores, debería invertir su actitud tradicional respecto al nexo legalidad/consenso. Igualmente, y de manera aún más pronunciada, tendrían que ir las cosas en lo que se refiere a otro nexo crucial en la democracia moderna, el de legalidad y mercado. La izquierda, en efecto, aunque la circunstancia pueda sonar a paradoja, no se ha irritado o indignado gran cosa frente a las ilegalidades capitalistas. Las consideraba estructurales, por lo demás. La fundación de un banco superaba en infamia a cualquier robo en el mismo, como repitieron con Brecht generaciones de militantes. Y también la izquierda que rechazando la versión revolucionaria había optado por la vía del gradualismo, se mostraba bastante más interesada en «esquilar» el beneficio del capitalista mediante la redistribución de la renta, aproximando el objetivo de un relativo y generalizado bienestar de los trabajadores, que en evitar zancadillas y trucos recíprocos entre los capitalistas. Con tal de que la máquina productiva funcionase...

Pero, si la ilegalidad se prolonga y extiende, aquélla no funciona. El mercado no constituye la condición natural y espontánea de la vida económica, sino que es una construcción artificial altamente sofisticada, que implica relaciones jurídicas «extravagantes» y tanto más rigurosamente necesitadas de respeto cuanto más complejo es el actual mercado capitalista con respecto a los tiempos de la feria de ganado y del estrecharse la mano. Puede sonar desconcertante, pero hoy una de las primeras tareas de

la izquierda debería ser la de hacerse garante de las reglas del capitalismo. O, más exactamente, de un capitalismo de las reglas capaz de exaltar las ventajas del mecanismo de la competencia y de impedir las disipaciones del monopolio, de los capitalistas «corsarios», de las connivencias complacientes con los negocios sucios de los políticos (que después se prolongan, *via* tráfico de armas y droga, hasta la criminalidad organizada).

Represión de los empresarios que explotan el trabajo negro (hoy a menudo en una doble acepción) y lucha sin cuartel a los evasores fiscales (comenzando por los más grandes y descendiendo progresiva y sistemáticamente): bastaría que estas dos reglas, absolutamente capitalistas, fueran aplicadas, para producir un aumento inmediato de riqueza real en beneficio de los trabajadores. Súmense aquéllos de que podrían gozar como consumidores, respecto a los precios y a los *horarios* (el tiempo es dinero ¿no es cierto?) sólo con que se hiciera limpieza en el trastero de permisos, concesiones, licencias, que son lo opuesto a las reglas claras y «objetivas», que mantienen atrasado el sistema distributivo y constituyen el caldo de cultivo de la perversa mixtura negocios/política. Piénsese en lo que puede significar para los pequeños accionistas la certeza de los controles sobre la Bolsa, y para los pequeños empresarios una distribución del crédito sustraída a la cábala de las protecciones políticas. Sin hablar de la redistribución del *welfare*, que sólo es tal en condiciones óptimas de legalidad/eficiencia (en los hospitales a merced del clientelismo el trabajador/paciente sólo obtiene prestaciones de lazareto). Y para concluir con esa regla irrevocable de la democracia (y por consiguiente del capitalismo de las reglas) que veta la convertibilidad entre dinero, voto, influencia política, y que por tanto enriquece con un bien materialísimo a los no propietarios.

La falta de perspectiva en la visión de la izquierda, que no ha captado la trascendencia revolucionaria de una estrategia de *simple* legalidad, esto es de crítica activa y de hecho devastadora de los *establishment* (como lo demuestra ampliamente la operación «manos limpias», que por lo demás está lejos de haber descubierto toda la parte sumergida del *iceberg*), tiene también correspondencia entre los jueces demócratas y progresistas. Estos, muy a menudo, han teorizado la necesidad de una suerte de «forzamiento» en la interpretación de las leyes y de la legalidad, otorgando a sus colegas conservadores y reaccionarios el título, completamente inmerecido y abusivo, de custodios de aquéllas. Un error de planteamiento de sabor masoquista, sobre todo, porque vehículo de sospecha frente al juez demócrata, y de canonización para el reaccionario, una y otra opuestas a la verdad. Y es que, en efecto, en las salas de justicia sucedía todo lo contrario: en general, eran los jueces demócratas los más atentos y rigurosos en la aplicación imparcial de las leyes y en la defensa de la autonomía del poder judicial de interferencias partidistas, y los reaccionarios los más implicados y conniventes con las exigencias de los políticos, los más sensibles a los intereses «entretejidos» de los poderes, los más dispuestos a trans-

formar en «puerto de las nieblas»\* para las investigaciones incómodas cualquier fiscalía estratégica. Por tanto, lo que sucedía era algo bien diverso de lo proclamado por los reaccionarios, pero también de lo que algún demócrata sin previsión teorizaba (y por fortuna no hacía). El último y costoso peaje de una izquierda autolesiva que por menosprecio ideológico de una legalidad que, en cambio, respetaba más que nadie, ha regalado al *establishment* político —y a los vértices judiciales más comprometidos— el monopolio retórico de la legalidad. En efecto, la crítica democrática a la «justicia del Palacio» en vigor en tantos órganos judiciales, resultaba neutralizada precisamente avanzando sospechas de extremismo, ideologismo antijurídico, sesentayochismo (aún se sigue intentando, por lo demás) contra los jueces que formulaban aquellas sacrosantas críticas. Sospechas que las ya evocadas teorizaciones sobre el papel de los «forzamientos» interpretativos ayudaban a hacer plausibles. El *establishment* hace de ellas un instrumento más para ocultar y garantizar la impunidad de las violaciones cada vez más sistemáticas perpetradas por una trama de poder que se afianza progresivamente en el camino del régimen.

## 5. LA CIENCIA JURIDICA COMO COARTADA

Se plantea aquí, como telón de fondo de las precedentes consideraciones, un decisivo y delicado problema teórico, que sólo cabe sugerir, y que fue usado también como soporte por las teorías del «forzamiento». Me refiero a la idea ampliamente difundida en la —en cuanto tendencialmente antiapologética— mejor doctrina, de que la certeza del derecho es en todo caso una quimera, que la ley es siempre e inevitablemente nada más que interpretación, al extremo de existir sólo en aquellos «forzamientos» que son de hecho todas las sentencias. El juez, más que obedecer la ley, la *hace*, nos guste o no nos guste. El resto sería sólo una ilusión que la ciencia jurídica no puede consentir. En consecuencia, legalidad sería sólo el nombre del mutable lugar geométrico de todas las sentencias efectivamente pronunciadas.

Ahora bien, una descripción que se pretenda científica no puede por menos de dejar constancia de que el derecho vigente, en realidad, no es otra cosa que el conjunto de las sentencias. Ni más ni menos. Pero este vínculo avalorativo de la ciencia del derecho es también su antinomia insuperable, que debería poner en discusión la misma posibilidad del derecho como ciencia (el resultado autodestructivo pero muy coherente de la empresa de Kelsen tendría que ser algo más que un indicio al respecto). Y en efecto, si ciertamente la legalidad de un país no está dada en libros llamados códigos sino por el conjunto de las sentencias, sería más exacto decir que

la misma consiste en el conjunto de las penas efectivamente expiadas. En otras palabras, si quien *hace* la ley es quien la interpreta, no se ve por qué la cadena tendría de detenerse en el juez, en vez de llegar hasta la interpretación definitiva del carcelero o del verdugo. Si realismo y positivismo jurídico exigen que se describa el deber ser de la ley tal como es y no como *debe ser*, los últimos e irrevocables intérpretes de la *efectivamente* vigente no podrían ser más que el carcelero y el verdugo. Y así es de algún modo.

Pero si sólo fuera así, tendríamos que decir que la ley no es sino lo que se hace en su nombre. No podríamos decir de una pena, de una sentencia, de una persecución en su ejecución, que son jurídicamente injustas, a menos que sus autores fueran a su vez penalmente sancionados. Con ello caeríamos en el nihilismo jurídico, que es la acusación efectivamente dirigida a los realistas y a los positivistas, pero desde insostenibles posiciones de «derecho natural», frente a las que la crítica kelseniana es aún una mortífera cuchilla de Ockham. Sin embargo, si sólo es ilegal lo que está sancionado (comprendida una culpa inexistente), está del todo justificado (en el sentido de coherente) que el realismo jurídico se lance a considerar tarea de la «ciencia» la determinación fáctica de la probabilidad de una sentencia, y nada más. Criticar lo sucedido, juzgar una sentencia, poner de manifiesto su antijuridicidad, sería anticientífico porque superpondría una consideración prescriptiva a la mera «científica» descripción.

La cuestión es, no obstante, que toda «ciencia» que tenga que ver con normas no puede, a pesar de todos los esfuerzos, ser «pura» y descriptiva, sino que está constreñida a *asumir*, es decir a *escoger* un elemento primero prescriptivo y normativo. Ineludible y responsablemente, porque es un peso que hay que soportar. Este elemento *elegido* ¿puede no ser puramente arbitrario, o estamos autorizados para hacer uso de un subjetivismo desenfrenado? En esta segunda hipótesis, como es obvio, tendremos, sobria y desesperadamente, que reconocer en la ley su carácter de burla, su naturaleza de rito fetichista que adorna de solemnidades y arañazos puros y brutales relaciones de fuerza.

El hecho de que en la realidad las cosas hayan sido (y sean todavía) a menudo de ese modo, de que una terrible pantomima tejida de elaboradas citas tomadas de volúmenes encuadernados que se llaman códigos confirme decisiones apriorísticamente adoptadas por relaciones de fuerza extrajurídicas, no hace en modo alguno más realista una doctrina que, en nombre del deber descriptivo de la ciencia, asuma y teorice esta andadura. Al contrario, una teoría de ese género se destruye a sí misma precisamente en cuanto teoría, puesto que se reduciría a reproducir acríticamente, paso a paso, lo sucedido hasta la última maldad o el último privilegio vividos por el condenado, en una superflua duplicación de una realidad ya registrada en actas y crónicas. Aún

\* «Puerto de las nieblas», tomada del título de una película, es una expresión acuñada en el argot forense para referirse a ciertos órganos judiciales en los que los asuntos se perdían fácilmente. Es la razón de que en ocasiones se buscara a través de artemañas procesales el desplazamiento de la competencia a tales

sedes, para provocar la paralización del trámite en procesos de trascendencia política gestionados inicialmente por magistrados incómodos, a los que se quería sustraer el conocimiento de los mismos. Paradigmática al respecto fue durante años la fiscalía (*procura*) de Roma. (N. del t.).

más, esa aparente objetividad descriptiva, al reconocer la calidad de jurídicos y legales a los actos que se definen como tales, en la práctica santifica plenamente el arbitrio, y pasa subrepticamente a integrarse en los procesos de legitimación que *constituyen* un determinado sistema normativo. Algo bien distinto de la objetividad y la avaloratividad.

Si el realismo jurídico en su sacrosanta campaña contra las ilusiones del derecho natural estuviera destinado a sancionar lo existente, y a reconocer como jurídico todo lo que se proclama tal, al menos hasta llegar a disponer de la fuerza para hacer valer esa pretensión, el mero *hecho consumado* habría establecido su dominio incontestable sobre esa estratégica clave de bóveda de la convivencia humana constituida por la palabra justicia. La llave maestra de la «ciencia» y de la crítica radica así en *elegir*, ya que resulta algo inevitable, un presupuesto de valor, pero elegirlo *coherentemente*. En el caso de la legalidad, tomar en serio el discurso que ésta hace sobre ella misma, los presupuestos y las consecuencias. Y, por tanto, la ley igual para todos, la certeza del derecho, la generalidad de los ciudadanos como sujeto soberano de la elaboración de la ley, y la intangibilidad de aquellos derechos (civiles, es decir ¡artificiosísimos, y no naturales!) sin los que un individuo quedaría excluido de esa generalidad (como resultaría virtualmente excluida por depuraciones sucesivas de «disidentes» la mayoría, y acabaría siendo anulada la misma generalidad/sujeto). Y a partir de estas coherentes asunciones, juzgar los hechos que reclaman para sí la categoría de jurídicos, y la medida de la validez de esta pretensión. Dos ejemplos: una norma cuanto más clara y unívoca sea, tanto más facilitará sentencias uniformes, «geométricas», y por tanto la *certeza* que es ingrediente constitutivo de lo jurídico. Y viceversa, cuanto más alejada se encuentre de aquel modelo tanto menos tendrá de norma, al estimular y «justificar» la arbitrariedad de las interpretaciones. O lo que es lo mismo: el comportamiento de la policía será tanto más próximo al criterio de la legalidad cuanto más científicamente se desarrollen sus investigaciones, es decir, sin consideración del *status* y el poder de nadie, sea quien fuere, y con respeto de los derechos y las garantías de todo el mundo. Y podría seguirse con los ejemplos.

## 6. JUECES POLITIZADOS Y JUECES IMPARCIALES

Hay pues un ideal prescriptivo pero no arbitrario de la juridicidad, aunque no sea posible (y ni siquiera deseable) *deducir* de él cuáles deban ser las nor-

mas, los ordenamientos, las políticas de la justicia. Semejante ideal actúa sin embargo (*debe* actuar, si se quiere hacer ciencia jurídica, es decir análisis crítico y no trabajo apologético) en la valoración de todos aquellos ámbitos. Y no es arbitrario, a pesar de que no pueda sustraerse a la controversia, por hallarse vinculado al principio de coherencia con respecto al concepto, en toda su extensión.

En suma: la muerte de Sacco y Vanzetti permanece como una violación y no una aplicación del derecho, y lo mismo la de los Rosenberg. Y no en nombre de un inencontrable derecho natural, sino del derecho vigente, si se toma a éste con sus presupuestos. El formalismo del derecho moderno (la ley es igual para todos), exactamente como el formalismo democrático (un hombre un voto), está bastante más lleno de vinculantes indicaciones de contenido, *sustanciales*, de lo que se quiere admitir.

Concluamos la digresión teórica (que, es obvio, exigirá mucho mayor desarrollo). Volvamos a la tan evocada e invocada circunstancia histórico-política. En Italia, a veces, algún juez demócrata, con las mejores intenciones y una rara honestidad intelectual, ha contribuido a regalar el valor «legalidad» a los sectores de la magistratura menos independientes de los otros poderes. En definitiva, a jueces poco o nada «sujetos exclusivamente a la ley». De este culposo *qui pro quo* fueron también víctimas los pretoros de asalto. Que en realidad no asaltaban nada de nada, sino que comenzaban a impartir justicia conforme a la ley, es decir la Constitución, en un país donde regularmente en nombre de ella y del pueblo italiano se distribuían demasiado a menudo prestaciones diferenciadas, según censo y poder, *status* y amistades. En suma: en Italia, muchos jueces de la más elevada posición jerárquica, que no han perdido ocasión de lanzar dardos envenenados de hipocresía contra la politización (de otros), han estado politizados, o más exactamente «partizados». Mientras que el rigor de la independencia ha caracterizado siempre a los jueces de las corrientes democráticas «politizadas» (aunque no sólo a ellos, por fortuna), es decir a los jueces «incómodos» por no ser obsequiosos con los poderes. Por desgracia, a estos jueces no se les ocurrió teorizar lo que en realidad estaban desarrollando sin descanso: el compromiso de una aplicación imparcial de las leyes.

De ello se han derivado equívocos, paradojas, debilidades. Y también alineamientos entre los jueces y la opinión pública que, vistos con criterios ideológicos, podrían parecer extravagantes. Ambrosoli\*, Livatino\*\*, y tantísimos otros héroes civiles o jueces muchachitos\*\*\* (policías leales o periodistas curiosos), tuvieron que esperar que «extremistas» como

\* Giorgio Ambrosoli, abogado milanés encargado de liquidar el banco de Michele Sindona, asesinado en 1979 por un gánster americano contratado por el financiero. El caso ha sido tratado por Corrado Stajano en *Un eroe borghese*, Einaudi, Turin, 1991. (N. del t.).

\*\* Rosario Livatino, ejemplar magistrado de Agrigento (Sicilia), asesinado por la mafia en 1990, que respondía de este modo a sus reveladoras investigaciones sobre la misma. Ha sido biografiado por Nando Dalla Chiesa en *Il giudice ragazzino*, Einaudi, Turin, 1992. (N. del t.).

\*\*\* Juez muchachito (*giudice ragazzino*): expresión utilizada

despectivamente por el entonces Presidente de la República Italiana, Francesco Cossiga, irritado con las actuaciones profesionales, políticamente incómodas para él o su partido, de ciertos jueces jóvenes, cuya legitimidad trataba de cuestionar, precisamente en razón de su juventud y de carecer, a su juicio, de otro mérito que el de haber aprobado un examen. Nando Dalla Chiesa hará uso de la expresión al titular el libro a que se ha aludido, para denunciar la miserable actitud de Cossiga, que contrasta abiertamente con la entereza moral y profesional del juez asesinado. (N. del t.).

Corrado Stajano y Nando dalla Chiesa les hicieran justicia, frente al contubernio de políticos, hombres de negocios sin escrúpulos y mafiosos que decidieron su muerte y la mayoría aplastante del *establishment* que, con actos u omisiones, impidió aquella. Es obvio que había un método un tanto absurdo. Los gobernantes, también por esto encaminados al régimen, cultivaban y premiaban como «imparciales» y ejemplares a los jueces *cómodos*, mientras sus vates mediáticos acusaban de «politización» a los jueces que más coherentemente trataban de tomar en serio esa invocada y pisoteada legalidad.

Es claro por tanto donde están las culpas y los méritos en lo que se refiere al valor legalidad. Y nunca estos últimos encontraron verdadera hospitalidad junto a las fuerzas del gobierno. Sin embargo, a los magistrados de izquierda les faltó audacia para reconocer todo lo que el coraje de muchos de ellos proclamaba en concreto: que el apoliticismo del juez cuando ejerce como juez, es decir la neutralidad, la imparcialidad, la objetividad de su modo de actuar, es la más coherente e incluso la *única* política progresista en los palacios de justicia. Por lo demás, no es casualidad que, flor de ciudadanos y coherentes en la legalidad, los jueces antimafia, hayan sido puntualmente acusados de comunismo y de subversivos «excesos», precisamente por su empeño en prescindir de las lejanísimas coloraciones ideológicas, con idéntica intransigencia y firmeza.

Ya hemos apuntado que la asunción del simple formalismo no se produce sin consecuencias sustanciales para las políticas. He aquí la prueba: el principio del juez sujeto únicamente a la ley, si se articula con coherencia, debe llevar hacia la obligatoriedad de la acción penal, la autonomía de cada juez (comprendido el que ejerce la acusación) respecto del poder político, la prohibición de intervenciones jerárquicas para avocar procesos, la imparcialidad del automatismo en la asignación de la competencia, y otras medidas inspiradas en la misma filosofía, por otra parte indicadas con precisión por Magistratura Democrática durante estos años. Todas las innovaciones dirigidas a incrementar la eficiencia y la coordinación resultarían viciadas por el riesgo de una justicia política y de parte, si tuvieran que entrar en colisión con tales orientaciones. La misma superprocura antimafia fue una pésima opción, contestada por todos los jueces comprometidos del sector (cierto que salvo Falcone, pero incluido Borsellino).

## 7. «MANOS LIMPIAS» Y «PUERTOS DE LA NIEBLA»

La exaltación instrumental del sistema judicial americano, hoy bastante de moda entre huérfanos, reciclados y protectores del viejo régimen partidocrático, no tiene otro objetivo que poner en discusión precisamente las mejores características del sistema italiano, que tendrían que ser potenciadas y garantizadas incluso constitucionalmente. Si, como es irrenunciable, la legalidad no puede ser sometida a consenso, ni su imparcialidad quedar subyugada por las tendencias y los humores de las mayorías, no se ve dónde pueda estar la superioridad de un *attorney* americano de nombramiento político o in-

cluso de elección popular, cuando en cambio se intuyen, o mejor se conocen, sus riesgos. El sistema americano privilegia demasiado a menudo la uniformidad social, el conformismo, bastante más que la imparcialidad y la certeza del derecho. Si acaso, valdría la pena introducir el rigor con que en los Estados Unidos se castiga toda mentira o reticencia en el curso de una declaración testifical (y es muy difícil sustraerse al deber de prestarla), mientras que entre nosotros la sanción para este difundidísimo delito no pasa de ser una aleatoria excepción (hágase la prueba de imaginar un proceso de «manos limpias» en un clima conforme a este perfil americano, y el rasgarse las vestiduras de todos nuestros falsos garantistas). Entonces, seguramente no es casual, que en Europa los jueces más comprometidos miren hoy al modelo italiano.

A éste no cabe oponerle más que una objeción fuerte: durante demasiados años demasiados jueces han sido cómplices, por acción o por omisión. Han estado confortablemente distraídos, callados, pasivos, o han prestado su voz al coro del conformismo conservador, y por esto han sido también apreciados por sus colegas, votados por el Consejo, ascendidos.

La objeción es válida. Pero de ella se sigue que se trata de valorizar y *radicalizar*, antes que circunscribir o suprimir, las características peculiares del sistema italiano. Precisamente en la dirección opuesta a la pretendida por los ministros socialistas en un recientísimo y desgraciado ayer, y a las propuestas actuales de los seguidores de Pannella. Sin olvidar, después de todo, que la «revolución» italiana (entrecorrida porque todavía en buena parte por hacer, y ya a merced de las sirenas del gatopardismo y otras Alianzas) no ha sido iniciada por la rebelión electoral de los ciudadanos, y ni siquiera por gloriosas investigaciones periodísticas, sino por algunos magistrados, después de que en años pasados otros magistrados hubieran intentado la misma «revolución de la legalidad» con menor éxito y con altos costes personales. En aquel entonces, Giulio Andreotti resultaba ser, con Alberto Sordi, el más amado por los (y de los) italianos, y en algunas fiscalías cruciales era aún más amado y obedecido. Por eso debe reconocerse a los jueces haber sido el único grupo capaz de dar inicio al cambio, a pesar de los retrasos, la lentitud, las contradicciones. Poniendo en discusión también sus propios vicios y equilibrios corporativos. Con el nombramiento de Caselli ha caído, en efecto, el ilegal tabú que impedía de hecho a los jueces de izquierda acceder a posiciones clave. Los magistrados conservadores renunciaron entonces, esperemos que para siempre, a las discriminaciones ideológicas. Y con el nombramiento de Cordova en Nápoles se encontró el modo de reparar, aunque sea parcialmente, la escasa energía y dignidad demostradas en años pasados en las relaciones con el presidente Cossiga y el ministro Martelli.

Repitémoslo, pues, ya que hoy es la línea de separación entre lo nuevo y lo viejo, entre el régimen autoritario que no se resigna y la innovación coherentemente democrática: es preciso lograr que el clima de la magistratura sea siempre el de «manos limpias», y nunca el del «puerto de las nieblas». Todas

las reformas deberán ser funcionales a ese objetivo. Todas las medidas. Y no deberían ser las últimas las dirigidas a evitar «poner en la tentación», mediante prohibiciones como las de ejercer cargos extrajudiciales retribuidos, frecuentar a los poderosos y a quienes están en boca de todo el mundo, o inscribirse en logias. Pura y simplemente, un juez no puede ser un notable, no debe formar parte del *establishment*. En efecto, porque debe *controlarlo* es decir vivir y ser vivido como un defensor cívico de los ciudadanos, de *todo* ciudadano.

Algo se mueve en esta dirección. Y por eso asusta la acusación dirigida a *estos* jueces, de invasión de ámbitos de poder que competen a otros, cuando en cambio, por vez primera, parece que gracias a la difusión de su ejemplo, el ordenamiento judicial puede en Italia sustraerse a la asfixiante e inconstitucional tutela de los patrones de la política y comenzar a practicar *sistemáticamente* «el derecho tomado en serio». Decir que Italia corre el riesgo de un «gobierno de los magistrados» es puro embuste, y fruto puro y simple de la dehonestidad. Antes bien, lo cierto es lo contrario: que la justicia italiana ha sufrido durante decenios el abusivo «gobierno de los políticos del gobierno», y se está liberando. Los falsos garantistas están tratando de cambiar las cartas sobre la mesa con la desvergüenza más vil, y no es casualidad que muchísimos de ellos hayan descubierto una irresistible vocación al «garantismo» (ese interesado y falso «garantismo»), sólo cuando las esposas han hecho presa en muñecas excelentes hasta ahora engreídas de segura impunidad. Mientras se trató de ciudadanos cualquiera, por el contrario, los «garantistas» de hoy (salvo raras excepciones) votaban alegremente cualquier prolongación de la prisión preventiva y trataban de subversivos a los garantistas *tout court*.

## 8. ¿EXAGERAN LOS MAGISTRADOS?

Por consiguiente, lo que se imputa a los magistrados, cuando se les acusa de extralimitarse en el ejercicio de sus propios poderes y de invadir esferas ajenas, es en realidad el haber dejado de sufrir, aceptar, cubrir el exceso de poder y la invasión de la esfera de la justicia protagonizada durante decenios por nuestros malgobernantes partitocráticos. Por eso, el *garantismo* debe permanecer como la irrevocable estrella polar de toda política judicial que no puede ser mutilada y desfigurada según convenga. Garantismo significa, así, no sólo riguroso respeto de los derechos del imputado (y la media de la población carcelaria en espera de juicio vivirá un mejoramiento indiscutible, si sus derechos resultasen cotidianamente reconocidos en la medida que lo son los de los «perseguidos» de *tangentopoli*), sino también certeza de que han dejado de existir ciudadanos «excelentes», de que ninguno está «más garantizado» que los demás, que las garantías son como las leyes: iguales para todos. A incrementar y mejorar, desde luego, pero para todos.

El mismo discurso sirve para las condiciones de vida en las cárceles, demasiado a menudo inmundas y bestiales. Y puesto que es absolutamente cierto que el grado de civilidad de un país se puede me-

dir por la realidad de su sistema carcelario, la que Italia debe emprender es una verdadera y propia revolución de mentalidades, costumbres, arquitecturas. Pero debe servir tanto para el corruptor multimillonario como para el ladronzuelo toxicodependiente, para el exministro como para el pequeño delincuente extracomunitario. Y debe comenzarse por considerar que garantismo quiere decir *antes de nada* que las cárceles dejen de ser lugar de violencia y abuso de poder para serlo, cuando menos, de legalidad cierta puesto que coactiva y controlada. ¿Quién sino los políticos del gobierno pueden ser responsables de la violencia sexual, de la violencia pura y simple, del tráfico de drogas, que infectan y oprimen la vida en esos lugares por definición controlados y controlables que son las cárceles patrias? ¿Por qué no se empieza por garantizar a cada recluso la seguridad frente a tales opresiones? ¿Cuántas veces la administración carcelaria no encuentra más cómodo que quienes se encarguen de «garantizar el orden» sean precisamente las relaciones de fuerza entre los reclusos, es decir, las jerarquías de criminalidad y violencia de hecho vigentes?

Vamos llegando a la conclusión. Legalidad quiere decir reconocimiento de una jerarquía entre lo crímenes absolutamente *no-natural*, y por eso a imponer con tanta más energía, rigor, sistematicidad sobre todo. El crimen más «natural» es a menudo el más inexcusable, desde el punto de vista de ese artificio que es la civilización (tanto más artificiosa y *contra natura* cuanto más avanzada), y por tanto el que con más cuidado debe reprimirse: el delito «de honor» es más grave que el robo, porque no es ni siquiera utilitarista, porque es «instintivo». Expresa, incluso, la más inadmisibles de las mentalidades, según la cual una persona (en este caso la mujer) puede ser considerada *propiedad*. Pero esta mentalidad circula todavía hoy ampliamente, y manifiesta repulsivos sobresaltos de vitalidad, porque resulta de hecho estimulada cada vez que se reconoce a la violencia una «atenuante», si y porque motivada por sentimientos posesivos. Lo que sucede muy a menudo en la jurisprudencia italiana, y por consiguiente en la crónica negra.

En las propuestas de revisión del código penal formuladas por los magistrados democráticos, y por lo demás meritoriamente, desde hace tiempo, no hay conciencia y ni siquiera sospecha de la gravedad y urgencia de este problema. La pequeña violencia, la violencia cotidiana, la lesión no grave, incluso la amenaza, porque aquélla es «mi mujer», y por tanto como «lo intentes» tengo el derecho (el masculino «deber» incluso) de golpearla, no debe ser despenalizada, como no debe serlo toda la gama de violencias «derecho/deber» ligadas a «honor», «pertenencia» y otras naturalísimas pulsiones (de las que el «ha insultado a mi equipo» es simplemente la versión metropolitana). Estos comportamientos deben ser sancionados de manera más cierta y severa, precisamente porque son «espontáneos» y porque gozan socialmente de una privilegiada comprensión. Salvo que se esté dispuesto a aceptar que es justo que los que administren derecho sean padres patronos, celos de novio, juramentos de bandas juveniles, y toda la gama de normas que circulan de hecho, es decir, los poderes fácticos, *contra* los que en

cambio la legalidad no puede dejar de practicar su laica e incansable ordalía. Mejor sería reconocer en acepción bastante más amplia que el actual el derecho de legítima defensa, ante el que tanta izquierda y tantos magistrados demócratas manifiestan en cambio paralizantes cautelas, temiendo en cada uno de nosotros a un potencial «justiciero de la noche» (hace algunos años una mujer mató con algunos golpes de azada a un hombre que intentaba violarla y del que pretendía defenderse. Tal defensa fue *justamente* considerada legítima en primera instancia, pero *inicuamente* sancionada con algunos años de cárcel en apelación. Ahora bien, una legítima defensa, para tener *chance*, debe siempre poder ser «excesiva», y usar la pistola frente al cuchillo y el cuchillo frente al puño. Y es obvio que esto vale contra cualquier violencia, no sólo sexual, y prescindiendo de la edad, sexo o raza).

En fin, y volviendo más directamente a la política y la izquierda. Las reformas electorales, por más que provisionales y destinadas a no lejanas ulteriores modificaciones, impulsan decididamente hacia una política más ligada a las personalidades individuales (y a los *lobby*) que a los aparatos y a los partidos. Estos últimos (y otras grandes organizaciones de masas y burocráticas, como los sindicatos nacionales) garantizaban a sus afiliados, aunque de manera deforme, el goce de algunos derechos. Prescindamos del dato de que éstos acababan a veces por convertirse en privilegios irregularmente distribuidos y de los que se excluía a los no afiliados. Queda el hecho de que estas formas de disfrute colectivo e indirecto de derechos están destinadas a debilitarse. Una izquierda de la legalidad, en el ámbito de la reforma institucional que propondrá al país, debe plantearse el problema de formalizar la posibilidad personal y directa de acceder al disfrute de aquellos derechos. Con todos los problemas que esta impetuosa juridificación del conflicto y de la reivindicación social (cada vez más fragmentada) lleva consigo. Este es sólo uno de los numerosos contrapesos que deben ponerse rápidamente a punto para impedir que la augurada caída del régimen partidocrático vaya acompañada de una posterior sustracción de poder y de derechos a los ciudadanos individuales,

y en consecuencia «garantice» sólo nuevos (o viejos) poderes fuertes, fuertes corporaciones, y autoritarismos de todo tipo.

## 9. EL ESPECTRO DE LA DEPURACION Y LA REALIDAD DEL REMORDIMIENTO

Pero esto no puede en modo alguno implicar actitudes blandas frente al régimen y sus hombres, a pesar de que precisamente la izquierda manifieste constantemente esa tentación y perseverare incomprendiblemente en ella. Permitir el reciclaje de los personajes menos desacreditados del viejo régimen, en nombre de un necesario transbordo no traumático de aquél al nuevo, es realismo de suicidas, que regala a la Liga del norte la legitimidad y el monopolio del futuro. Por el contrario, es preciso tener claro que la legalidad tomada en serio, y elevada a estrategia, exige de inmediato una ruptura radical con el pasado y sus hombres de gobierno, *todos*. Porque hombres de régimen han sido los *cheerleader* (hombres y mujeres) del craxismo televisivo, aun cuando fueran «buenos» profesionales (más todavía).

Depuración suena mal, y por eso no debe pronunciarse ni hacerse. Pero la izquierda, si quiere tener un futuro no marginal, deberá declarar y defender en su actuar cotidiano un adiós definitivo a la lógica del remordimiento, según la cual el pecado imperdonable es haber tenido antes razón, y los últimos (en comprender y en «romper») serán los primeros (en poder presentarse como paladines de lo nuevo).

Y entonces. La legalidad, ciertamente, no basta para hacer una política libertaria y reformista de igualdad. De izquierda en definitiva. Pero la legalidad es hoy, tomada por lo que quiere decir y sin «forzamiento» alguno, bastante más que forma. O mejor: precisamente porque forma de la convivencia, regla de las relaciones entre los individuos, constituye la sustancia primera, la experiencia y la materialidad de la calidad de vida de cada uno. De nuestra *única* vida.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

# Tendencias político-criminales en materia de drogas<sup>1</sup>

José Luis DIEZ RIPOLLES

En los últimos años se ha generalizado la impresión de que la política sobre drogas hasta ahora desarrollada estaba resultando un fracaso y que exigía correcciones importantes<sup>2</sup>. Ello ha dado nuevo impulso a dos tendencias contrapuestas que han estado presentes desde el inicio, a principios de este siglo, de la política represiva del tráfico y consumo de drogas: La primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los negativos resultados obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que destacan recientemente razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales, y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos.

El presente trabajo pretende analizar algunos de los últimos esfuerzos realizados en ambas direcciones, decantándose finalmente por una concreta alternativa despenalizadora.

## 1. UNA OPCION FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRESION: LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988

La Convención, que tiene su origen en las Resoluciones 39/141, 39/142 y 39/143 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptadas el 14 de diciembre de 1984<sup>3</sup>, muestra ya sus diferencias respecto a los anteriores Convenios internacionales de 1961 y 1971 desde su mismo Preámbulo:

Mientras los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad<sup>4</sup>, la última Convención modifica significativamente el énfasis: Sin abandonar las referencias a la salud,

complementada con el término más genérico de bienestar y con una especial preocupación por los efectos de tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se reconoce que la capacidad económica y organizativa desarrollada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales, financieras y de todo tipo de naciones enteras, y afectando ya de modo directo a la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados.

Tales daños adicionales, sobrevenidos a consecuencia de la prohibición, en ningún caso motivan a las Naciones Unidas a cuestionarse la corrección del modelo seguido desde los Convenios de 1961 y 1971, centrado en el control de la oferta y cuya garantía básica es la punición del tráfico ilícito. Por el contrario, nos encontramos por primera vez ante una Convención sobre drogas que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales, con el propósito confesado de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos para cubrir ámbitos hasta ahora descuidados<sup>5</sup>. Analicemos cuáles sean los «avances» en esa línea<sup>6</sup>.

### A. Objeto material de estos delitos

Lo son ante todo los *estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. La Convención ha desoido finalmente las pretensiones de documentos preparatorios de ampliar en su art. 1 el concepto de cannabis de la Convención de 1961, por la vía de incluir sus semillas y hojas no unidas a las sumidades, o de abarcar en general sustancias meramente análogas a las fiscalizadas sin esperar a la inclusión en su correspondiente lista. En contrapartida se ha negado a realizar cualquier tipo de distinción entre las diversas sustancias según su mayor o menor nocividad<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> El presente trabajo constituye una reelaboración y actualización, concluidas en la primavera de 1993, del publicado en 1992 en la revista *Cuadernos de política criminal* con el título «Alternativas a la actual legislación sobre drogas».

<sup>2</sup> No creo necesano insistir sobre el particular Véase una amplia consideración de opiniones nacionales e internacionales al respecto en Diez Ripollés. «La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales Evolución reciente». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*. 1987. Págs. 347 y ss; del mismo: *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Tecnos. 1989. Págs. 11-58, 126-132.

<sup>3</sup> Sobre todas las actuaciones que desencadenaron estas Resoluciones, así como sobre el proceso de elaboración de la Convención, véase Diez Ripollés. *Ibidem*.

<sup>4</sup> Véanse los Preámbulos de la Convención única de 1961 en sus apartados 1 y 3, y del Convenio de 1971 en sus apartados 1 y 2., en *Legislación sobre drogas*. 2.ª Edición. Tecnos. 1990. Págs. 223-224, 289-290.

<sup>5</sup> Véase el Preámbulo de la Convención en *Legislación sobre drogas*. *Op.cit.* Págs. 1354-1355.

<sup>6</sup> Nos vamos a ocupar exclusivamente de sus previsiones de naturaleza penal, dejando al margen las administrativas.

Un análisis de la incompatibilidad de determinados preceptos de la Convención con nuestra Constitución se encuentra en un documento elaborado para una reunión de trabajo del grupo signatario del Manifiesto de Málaga por Carbonell Mateu - Diez Ripollés - Maqueda Abreu. Inédito.

<sup>7</sup> Véase al respecto los documentos previos, así como las propuestas del Plan amplio y multidisciplinar de actividades futuras

Pero la Convención realiza una primera ampliación del objeto material cuando incluye en el concepto los *precursores químicos* precisos para elaborar ciertos estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a cuyo fin se crean dos listas de sustancias que merecen esa consideración y se prevé un procedimiento de ampliación o restricción de su número<sup>8</sup>. A ellos se añaden en segundo lugar los *equipos y materiales* destinados a fines de cultivo, fabricación, o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas<sup>9</sup>. La desmesurada extensión del objeto material que tales preceptos suponen constituye un adelantamiento inadmisibles de la punición, que rompe cualquier freno político-criminal de cara a ulteriores avances en esa línea. Por otro lado el concepto de precursor puede dar lugar fácilmente a una ampliación sin fin de las listas a ellos alusivas, y los de equipos y materiales, al no constituir un catálogo cerrado, permiten abarcar cualquier cosa a partir exclusivamente de la siempre problemática referencia subjetiva.

Como objeto material hay que considerar igualmente, dados los delitos de receptación incluidos, a los *bienes* obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades de tráfico, por lo que se entiende activos de cualquier tipo así como los instrumentos legales que acrediten derechos sobre dichos activos<sup>10</sup>.

## B. Conductas delictivas básicas incluidas.

En primer lugar está el grupo constituido por las conductas de *tráfico* de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También aquí se producen ampliaciones importantes: Se castiga el cultivo de adormidera, arbusto de coca y planta de cannabis con finalidades productoras, aunque no sean necesariamente de tráfico; se mantiene la referencia a actividades no mercantiles, ampliándola con la mención a «oferta» y a «entrega en cualesquiera condiciones». Algunas restricciones son sólo aparentes, como la limitación inequívoca del concepto de «posesión» y «adquisición»<sup>11</sup> a conductas de tráfico y no de consumo personal, que se ve en la práctica anulada por la inclusión entre las conductas de tráfico de la «oferta» o «entrega en cualesquiera condiciones» y, so-

bre todo, por la punición, más adelante, de las conductas encaminadas al consumo personal<sup>12</sup>.

En efecto, novedad importante de la reforma es haber considerado conductas punibles el cultivo, la adquisición y la posesión para el *consumo* personal, cerrando el paso a partir de ese momento a interpretaciones de los Convenios anteriores que estimaban que el consumo y los actos con él relacionados no estaban penados<sup>13</sup>. Tal opción político-criminal se pretende asegurar con una definición del concepto de «tráfico ilícito» abarcadora inequívocamente de las actividades dirigidas al consumo<sup>14</sup>. La no punición directa del propio consumo es irrelevante, al incluirse la fase ineludiblemente previa de la posesión para consumo<sup>15</sup>.

Tal actitud político-criminal resulta inadmisibles: Implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud, de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos de nuestra Constitución<sup>16</sup>; supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de última ratio que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención que taxativamente establece que las medidas tendentes a eliminar o reducir la demanda ilícita deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano<sup>17</sup>.

## C. Comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación

Deben considerarse en primer lugar la *fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos* con conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas<sup>18</sup>. A mi juicio se trata de una tipificación específica de actos preparatorios de una participación en el delito de tráfico de drogas. La misma calificación técnica merece otro supuesto conectado al anterior pero tipificado de modo independiente y consistente en la *posesión de equipos, materiales o precursores químicos* con conocimiento de su utilización actual o futura con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos<sup>19</sup>.

en materia de fiscalización del uso indebido de drogas aprobado en la Conferencia de Viena de 1987, en Díez Ripollés «La política...». *Op.cit.* Pág. 349; del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 15-17

<sup>8</sup> Véanse arts. 1, 3.1.a).iv, 12 y Anexo de la Convención de 1988 en *Legislación...*

<sup>9</sup> Véanse arts. 3 y 13 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

<sup>10</sup> Véanse arts. 1, 3.1.b) y c).i, y 5 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

<sup>11</sup> Concepto este último más amplio que el anterior de «compra».

<sup>12</sup> Véase art. 3.1.a) de la Convención de 1988. *Ibidem.*

<sup>13</sup> Véase art. 3.2 de la Convención de 1988. *Ibidem.* Sobre las interpretaciones en España de las anteriores Convenciones Internacionales en relación con el consumo, véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 383-384.

<sup>14</sup> Véase el art. 1 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

<sup>15</sup> La referencia en la Convención a que la punición de estas conductas debe hacerse respetando los principios constitucionales y conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico es una sal-

vedad de muy relativo valor en un contexto internacional en el que los países que lideran la cruzada contra la droga utilizan toda su capacidad de influencia para modificar políticas criminales nacionales que no se ajusten a sus designios, de lo que es buena prueba el caso de España. Véase al respecto Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 361-362, 370, 389, 400; del mismo. «Los delitos...». *Op.cit.* Págs. 32-34, 52, 55.

<sup>16</sup> En especial los principios de libre desarrollo de la personalidad y dignidad personal considerados como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10 de la CE

<sup>17</sup> Véase art. 14. 4 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

<sup>18</sup> Véase art. 3.1.a).iv de la Convención de 1988. *Ibidem.* El texto definitivo se diferencia de los últimos borradores en que por un lado se ampliaron las conductas, incluyendo los precursores, y por otro se restringieron al exigir la referencia subjetiva, inicialmente no prevista. Véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 350, 354, 394-395, del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 18-19.

<sup>19</sup> Véase art. 3.1.c) ii de la Convención de 1988. *Ibidem.*

Asimismo se castiga de modo específico la *instigación o inducción públicas, asociación y confabulación* para cometer, no sólo las conductas básicas, sino cualesquiera de las conductas hasta ahora expuestas o que se van a exponer con posterioridad<sup>20</sup>. A mi juicio ello podría llegar a ser considerado técnicamente como una tipificación específica de comportamientos preparatorios incluíbles en los conceptos de conspiración o provocación.

Igualmente se tipifica expresamente la *tentativa* de comisión de todas las conductas de referencia del supuesto anterior<sup>21</sup>.

Probablemente la pretensión de asegurar la punición de supuestos problemáticos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria ha llevado a tipificar de modo independiente los comportamientos de autoría y participación consistentes en la *organización, gestión o financiación* de las conductas básicas, así como del primer tipo específico de conductas preparatorias aludido en este apartado<sup>22</sup>.

Supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de *participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento* en la realización, tanto de las conductas hasta ahora expuestas, como de las que se expondrán a continuación<sup>23</sup>.

Se castigan asimismo un buen número de supuestos de *encubrimiento* referidos, sea a las conductas básicas, sea a las del primer tipo específico de conductas preparatorias, sea a las del primer tipo específico de comportamientos de autoría y participación, sea a actos de participación en alguna de estas figuras. En concreto se trata de: a) *conversión o transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, o de ayudar a eludir consecuencias jurídicas a los delincuentes por sus acciones*; b) *ocultación o encubrimiento de tales bienes*; c) *adquisición, posesión o utilización de los bienes conociendo su origen en el momento de recibirlos*<sup>24</sup>. Afortunadamente, y a diferencia de los trabajos previos, se ha dejado de utilizar el concepto de «blanqueo» reconduciéndolo a conceptos más cercanos a los propios del encubrimiento y se ha introducido la referencia subjetiva al conocimiento de los bienes por el encubridor<sup>25</sup>.

Estamos en todo momento ante supuestos de receptación, sustitutiva o no, a excepción del segundo inciso de la primera variante que es un caso de favorecimiento real. Dada la redacción de todas las modalidades se abarca en todo momento tanto el aprovechamiento para sí como el aprovechamiento para tercero, aunque en la tercera variante parece

pensarse fundamentalmente en lo primero. Se incluye también el encubrimiento de partícipes. La primera variante admitiría una interpretación como conducta preparatoria de un acto de receptación o favorecimiento real.

El análisis de todas las conductas aludidas en este apartado nos muestra en primer lugar que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: Se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico-penales de intervención mínima y de seguridad jurídica<sup>26</sup>. Baste para ello con destacar que de la combinación de los preceptos anteriores resultan punibles conductas consistentes en actos preparatorios de actos preparatorios del tráfico<sup>27</sup> realizados estos últimos en grados de autoría o participación, incluido el encubrimiento; o que se castigan no sólo la autoría sino también la participación, incluido el encubrimiento, en actos preparatorios de actos preparatorios; o que es delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

La pretensión de romper las construcciones conceptuales acabadas de expresar alegando que en los delitos de drogas no se dan estas categorías de ejecución imperfecta o de participación<sup>28</sup>, o que la tipificación independiente de los diferentes estadios del *iter criminis* o de las formas de participación las hacen improcedentes, es una forma como otra cualquiera de tranquilizar su conciencia el jurista olvidando la auténtica naturaleza conceptual de los comportamientos aludidos por encima de subterfugios, en el sentido peyorativo del término, «formales»<sup>29</sup>.

#### D. Conductas agravadas

Se deberán elevar las penas si se usa *violencia o armas*; se utiliza a *menores* o son éstos las víctimas; se realizan las conductas en *centros penitenciarios, educativos, asistenciales* o en sus inmediaciones, o en *lugares con actividades educativas, deportivas o sociales* concurridas por estudiantes; se cometen por *funcionarios públicos* en actividades relacionadas con su cargo; el delincuente está integrado en la *delincuencia organizada*, sea para realizar estas actividades delictivas, sea para realizar otras actividades delictivas internacionales; el delincuente realiza *actividades delictivas adicionales facilitadas* por la ejecución de estos delitos; se da la *reiteración nacional o internacional*<sup>30</sup>.

<sup>20</sup> Véase arts. 3.1.c) ii, iv de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>21</sup> Véase art. 3.1.c) iv de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>22</sup> Véase art. 3.1.a).v de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>23</sup> Véase art. 3.1.c).iv de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>24</sup> Véanse arts. 3.1.b).i,ii, y 3.1.c).i de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>25</sup> Sobre estos extremos véase Díez Ripollés. «La política...». Op.cit. Págs. 350, 354, 395; del mismo. «Los delitos...». Op.cit. Pág. 18.

<sup>26</sup> Este último encuentra además claro amparo en los arts. 25.1 y 9.3 de nuestra Constitución.

<sup>27</sup> No se olvide que, aun el concepto estricto de tráfico de la Convención, es decir, el del art. 3.1.a) i, ii, iii, abarca la mera oferta o entrega en cualesquiera condiciones. Vid. *supra*.

<sup>28</sup> Asumir la afirmación del texto acabada de citar resulta difícilmente compatible con el uso por la propia Convención de estas categorías conceptuales, como vimos hace un momento.

<sup>29</sup> Se podría aludir igualmente a los llamativos defectos técnico-jurídicos que se aprecian, por más que otros muchos fueron eliminados a lo largo de la elaboración de la Convención y que no se puede pretender que un tratado internacional refleje una estructura conceptual que, aunque muy extendida, no es patrimonio de todos los países. Así, se hace una definición especialmente incorrecta de los supuestos de conspiración y provocación, se tipifican expresamente de modo innecesario determinados supuestos de autoría y participación, se mezclan hipótesis de favorecimiento real y receptación... Vid. *supra*.

<sup>30</sup> Véase art. 3.5 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

Cuando menos llaman la atención dos agravaciones: La consistente en la mera pertenencia a una delincuencia organizada sin relación con estos delitos ni suponer una mayor facilidad en la comisión de éstos, que parece que viola el principio de culpabilidad, y la posibilidad de transformar la reincidencia internacional en una reiteración internacional, lo que parece una medida excesiva.

## E. Penalidad

En cuanto a las penas, y a diferencia del mayor rigor de los trabajos previos, la Convención se conforma con insistir en que las sanciones estén en consonancia con la gravedad de estos delitos, lo que debe implicar la imposición de penas privativas de libertad y pecuniarias, además de la del *comiso*<sup>31</sup>.

Esta última pena pasa a desempeñar un papel fundamental como instrumento de menoscabo del poderío económico del narcotráfico, y viene reforzada por la posibilidad de imponer la medida procesal previa de *embargo*, tanto en su aspecto de inmovilización de los bienes como en el de su aprehensión y depósito en poder de la autoridad. Se admite, incorrectamente, que ambas, medida y pena, puedan dictarse por autoridad judicial no penal o por autoridad administrativa, si bien ello se deja en función de las exigencias del derecho interno<sup>32</sup>.

En cuanto al objeto del embargo y comiso lo son en primer lugar los estupefacientes, sustancias psicótropas, equipos, materiales e instrumentos, siempre que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal. Sorprende que no se aluda expresamente a los precursores químicos, que no parece puedan incluirse en el uso que hace la Convención del término «materiales». Asimismo se echa en falta una cláusula de proporcionalidad en relación con los instrumentos del delito que limite la posibilidad de embargo o comiso cuando su valor no guarde proporción con la gravedad del delito cometido<sup>33</sup>.

Por otra parte serán también objeto del embargo o comiso los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal, mereciendo tal tratamiento asimismo los que resulten de la transformación o conversión de aquéllos, o los obtenidos de fuentes lícitas que se hayan mezclado con aquéllos hasta el valor estimado de

<sup>31</sup> Véase art. 3.4.a) y b). Sobre las propuestas más duras de los trabajos previos, véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 351-352., 355, 396-398; del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 20-22.

<sup>32</sup> Se han eliminado disposiciones inadmisibles contenidas en documentos previos, como la posibilidad de que el embargo pueda dictarse antes de formularse la acusación, o que el comiso pueda afectar a bienes de personas no condenadas ni procesadas si sabían el origen de los bienes; bien es verdad que esto último se ha resuelto ampliando el concepto de receptación de forma que tales personas han pasado también a ser criminalizadas y por consiguiente susceptibles de comiso.

<sup>33</sup> Véase al respecto el art. 48 de nuestro Código penal.

<sup>34</sup> Véase lo dicho en Nota 25.

ellos. Podrán igualmente embargarse o decomisarse los ingresos o beneficios obtenidos de todos ellos.

Más discutible es la inclusión entre los bienes susceptibles del embargo y comiso de aquellos cuyo valor equivalga a los obtenidos o derivados de tales conductas, sin mayores exigencias, pues permite afectar bienes de origen lícito sin contacto con los de origen ilícito, violando el principio de culpabilidad. También causa preocupación desde la perspectiva de la seguridad jurídica<sup>34</sup> la excesiva vaguedad en la delimitación de los bienes vinculados de algún modo a los obtenidos directamente del delito, así como la amplitud del retroceso de unos bienes a otros.

En todo caso deben salvaguardarse los derechos de terceros de buena fe<sup>35</sup>.

A pesar de su ausencia en la mayoría de los documentos previos<sup>36</sup>, finalmente se han previsto *medidas complementarias o sustitutivas a las penas* por más que en un contexto muy restrictivo. Así, aunque se acepta en los casos de infracciones leves o si el delincuente es toxicómano la suspensión del fallo o la remisión condicional vinculadas a medidas de reinserción y tratamiento, o en los casos de conductas orientadas al consumo personal la aplicación de tales medidas tanto como complemento de la pena como en el marco de la suspensión del fallo o de la remisión condicional<sup>37</sup>, se recuerda que en ningún momento la adopción de tales medidas debe hacer peligrar el fundamental efecto preventivo disuasorio a conseguir con la punición de estas conductas y se aconseja un uso muy limitado de la remisión condicional y de la libertad condicional<sup>38</sup>.

## F. Medidas procesales

Resulta correcta, pero inquietante en el contexto fuertemente represivo de la Convención, la explícita alusión a que los diversos *elementos subjetivos* incluidos en los tipos pueden inferirse a partir de las circunstancias objetivas del caso concurrentes<sup>39</sup>.

Inadmisibles de todo punto es la recomendación de invertir la *carga de la prueba* respecto al origen ilícito de los bienes sujetos a decomiso<sup>40</sup>.

Se fomenta de modo cuestionable las figuras del *delator* y *arrepentido* al admitirse la suspensión de toda actividad policial o judicial contra testigos o peritos que consientan trasladarse a otro país para colaborar en una investigación o actuación judicial por los actos delictivos realizados con anterioridad en el

<sup>35</sup> Véase sobre todo esto los arts. 1 y 5 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>36</sup> Véase al respecto Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 351, 355, 397; del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 20-21.

<sup>37</sup> Véanse arts. 3.4. c) y d) de la Convención de 1988. *Ibidem*. En la letra b) del mismo artículo se admite de modo general la posibilidad de imponer medidas de seguridad como complemento de la pena.

<sup>38</sup> Véanse arts. 3.6 y 3.7 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>39</sup> Véase art. 3.3 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>40</sup> Véase art. 5.7 de la Convención de 1988. *Ibidem*. Su aceptación en nuestro país supondría un inequívoco ataque al principio de presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 de nuestra Constitución.

país donde testifican o peritan hasta que hayan tenido oportunidad de abandonar tal país<sup>41</sup>.

Asimismo se acuerda establecer plazos de *prescripción* prolongados para estos delitos<sup>42</sup>.

### G. Medidas de cooperación internacional en la persecución de estos delitos

Se introduce el mecanismo de la *entrega vigilada*, consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de contener sustancias prohibidas salgan, atraviesen o entren en el territorio de uno o más países con el conocimiento de sus autoridades y la finalidad de identificar a las personas involucradas en la operación delictiva. La concepción absolutizadora de la represión se muestra de nuevo al incluir entre las sustancias susceptibles de este mecanismo a unas hasta ahora no aludidas en el texto internacional, a saber, las que sean sustitutivas de las incluidas en la Convención<sup>43</sup>.

Las disposiciones sobre *tráfico marítimo* abren el paso a todo tipo de abusos sobre la soberanía de otros países por parte de los más poderosos militar y económicamente. Así se admite la posibilidad de abordar o inspeccionar naves con matrícula o pabellón ajeno sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito, o de adoptar medidas adecuadas respecto a ellas, personas o carga a bordo si se descubren pruebas de su implicación en el tráfico, en las siguientes condiciones: Si el Estado requirente obtiene autorización del requerido; en cualquier lugar donde se esté haciendo uso de la libertad de navegación según el derecho internacional, es decir, en alta mar o incluso en aguas territoriales del pabellón de la nave sospechosa o del de cualquier país; si se respetan los derechos de los Estados ribereños; si tales actuaciones las realizan buques o aeronaves militares o debidamente identificadas como al servicio del control de drogas de un Estado. Además la Parte interviniente podrá declararse competente para enjuiciar los delitos incluidos en la Convención salvo los de consumo personal cometidos en la nave si la autorización obtenida incluye el embargo de la nave y la Parte requerida no se opone<sup>44</sup>.

Al margen del supuesto acabado de aludir hay otras reglas tendentes a ampliar la *competencia* o facilitar la *extradición* o, en su defecto, asegurar el enjuiciamiento y el cumplimiento de la condena por parte del delincuente: Entre ellas destacan que una Parte podrá declararse competente respecto a con-

ductas de participación, conspiración o tentativa realizadas fuera del territorio de soberanía pero con el fin de perpetrar en él uno de los delitos incluidos en la Convención salvo los dirigidos al consumo personal, y que cabe la posibilidad de cumplir la condena impuesta por país extranjero en el país de su nacionalidad en el caso de que no se pueda entregar legalmente a su nacional<sup>45</sup>.

## 2. OTRA OPCION FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRESION: LA REFORMA DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL POR L.O. 1/1988 DE 24 DE MARZO

Puede parecer sorprendente que nos dispongamos a analizar a continuación un texto legal que precedió en el tiempo a la Convención de 1988 acabada de estudiar. Sin embargo, es una realidad aceptada por las propias instancias oficiales que la reforma española de 1988 se formuló y se acompasó a tenor de los sucesivos borradores de la Convención de 1988, de la que aspiró a ser un hijo aventajado, cuando menos en el tiempo<sup>46</sup>. Este hecho, así como el que ya haya realizado en otro lugar un estudio detenido de la reforma española<sup>47</sup>, aconseja limitar ahora el ámbito de nuestras consideraciones a observar el grado en que el legislador español atendió a las nuevas exigencias represivas de los órganos de Naciones Unidas<sup>48</sup>.

Ya la Exposición de Motivos de la L.O. 1/88 muestra un alto grado de sintonía con las propuestas internacionales: Se considera básicamente la criminalidad de las drogas desde la perspectiva de su transcendente entidad económica y su capacidad para dar lugar a fenómenos de delincuencia organizada y se atribuye a la reforma la finalidad primordial de aumentar la eficacia preventivo-general de los preceptos penales en esta materia por la vías de aumentar las penas y ampliar los tipos agravados. Al decir del legislador, es la necesidad de atajar esos beneficios económicos lo que motiva la considerable elevación de las multas, la introducción de reglas específicas para su determinación, la considerable ampliación de la figura de comiso en estas conductas, y la incorporación al Código de un delito de receptación específico orientado a perseguir el blanqueo de dinero.

Sólo la introducción de un supuesto particular y muy limitado de remisión condicional para drogodependientes, con fines preventivo-especiales, se aparta de tal orientación, por más que se enfatiza

<sup>41</sup> Véase art. 7.18 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>42</sup> Véase art. 3.6 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>43</sup> Véase art. 11 de la Convención de 1988. *Ibidem*. Se adopta el criterio de decidir caso por caso, a diferencia de textos previos más generosos, véase Díez Ripollés «La política...». *Op.cit.* Págs. 353, 354-355, 398-399.

<sup>44</sup> Véanse arts. 17 y 4.1.b).ii de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>45</sup> Véase al respecto arts. 4 y 6 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

<sup>46</sup> Véase al respecto los datos suministrados en Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 32-34, 52, 55.

<sup>47</sup> Véase Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 51-125, con amplias referencias bibliográficas. De entre los ulteriores análisis

de la reforma destaca el detenido estudio llevado a cabo por diversos autores, coordinados por Rey Huidrobo, en *Comentarios a la legislación penal* Tomo XII. Edersa. 1990.

<sup>48</sup> En ese análisis nos va a resultar muy ilustrativo un documento que, en aras a la discreción propia de todo trabajo científico, nos vamos a limitar a calificar como «sorprendente». Me refiero al informe de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilegal de drogas relativo a la necesidad de adecuar la actual legislación penal a las prescripciones de la Convención de 1988, reproducido en la Memoria de la Fiscalía general del Estado de 1990. Véase *Memoria elevada al Gobierno de S.M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Leopoldo Torres Boursault*. Madrid. 1990. Págs. 219 y ss

que ello no debe afectar a los efectos preventivo-generales pretendidos ni prestarse a abusos<sup>49</sup>.

Si atendemos ahora a los contenidos concretos de la ley, se aprecia respecto al *objeto material* cómo nuestro legislador persiste dentro de una actitud moderada dentro de lo que es la opción represiva al mantener la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no, en contraposición con las propuestas de Naciones Unidas, las cuales tampoco sigue por lo que respecta a la inclusión de los precursores químicos, equipos y materiales destinados a ser utilizados en el tráfico de drogas<sup>50</sup>. Sí que incluye, sin que quepa hacer objeciones, a los bienes o ganancias obtenidos con la comisión de estos delitos.

Esta actitud se abandona sin embargo a la hora de describir las conductas de tráfico en donde se crea un tipo extraordinariamente abierto, en especial debido a la expresión «de cualquier modo», que atenta frontalmente contra los principios de legalidad y seguridad jurídicas dando lugar a una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición: Puede decirse que se ha querido abarcar cualquier contribución, por mínima que sea, al consumo y lo que es más importante, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no. En realidad tal formulación puede fácilmente llevar a interpretaciones, quizás queridas por el legislador, que incluyan por esta vía la fabricación, distribución o venta de precursores, materiales o equipos destinados al tráfico de drogas *stricto sensu*, con lo que la contención del objeto material aludida en el párrafo anterior sería sólo aparente<sup>51</sup>. Estamos por consiguiente ante una fiel acomodación a las demandas internacionales, en claro contraste con la regulación española anterior<sup>52</sup>.

El legislador no da sin embargo el paso ulterior demandado por Naciones Unidas, esto es, la punición de las conductas orientadas al *consumo* personal, que siguen siendo impunes. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/92 sobre Protección de la Seguridad ciudadana ha introducido una serie de infracciones administrativas graves entre las que cabe destacar el consumo en lugares públicos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas así como su tenencia ilícita aunque no estuviera destinada al tráfico<sup>53</sup>.

En cuanto a la pretensión de Naciones Unidas de adelantar las barreras de protección penal para abarcar de forma inusitada los más diversos supues-

tos de *ejecución imperfecta* en relación con cualesquiera comportamientos de *autoría y participación* el legislador español no ha procedido con la tosqueidad que lo ha hecho la Convención, pero ello no debe llevar a engaño: La redacción del tipo básico en conexión con su naturaleza de peligro abstracto permite castigar sin mayores problemas interpretativos comportamientos muy alejados de la lesión al bien jurídico protegido, con más razón si se piensa que la reforma en este punto supone una carga de profundidad contra el dificultoso asentamiento, a partir de la redacción anterior a 1988, de una línea jurisprudencial que pretendía ir distinguiendo diferentes grados de ejecución y participación en este delito<sup>54</sup>.

En relación a las hipótesis de encubrimiento, hay que decir que la redacción del supuesto de receptación específica del art. 546 bis f) es, desde una perspectiva técnica y garantista, notablemente superior a lo que han terminado proponiendo los órganos de Naciones Unidas. Ante todo el legislador español se adelanta a este organismo en la no utilización directa del concepto de «blanqueo», remitiéndolo al concepto dogmático correcto de receptación, y en el establecimiento de la exigencia subjetiva de conocimiento en el autor. Por otro lado, consigue encontrar una fórmula que elimina el exagerado casuismo de la propuesta internacional, introduce alguna mejora técnica que sería deseable para toda receptación, como es el incluir en el tipo el aprovechamiento para tercero, y expresa adecuadamente la pretensión de penar la receptación sustitutiva; asimismo no contempla ninguna hipótesis de favorecimiento real que, además, estaría fuera de lugar en este precepto.

Pero ello no puede hacer olvidar que, aun cuando pudiera estar justificado un precepto específico de receptación para estas conductas, su necesaria vinculación al tipo del art. 344 da como resultado una ampliación desmesurada del 546 bis f), en línea con las propuestas de Naciones Unidas: La obligada conversión en conductas de autoría de lo que conceptualmente no son más que actos preparatorios y de participación en el art. 344 implica que se va a tener que aceptar la receptación en relación con comportamientos que pueden llegar a ser hasta sólo de participación en actos preparatorios. De hecho la amplia redacción típica del art. 344 hace incluso innecesario todo el art. 546 bis f) ya que los compor-

<sup>49</sup> Un análisis más detallado de los fines de la reforma, más allá de lo que dice la Exposición de Motivos de la ley, en Díez Ripollés. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 51-58.

<sup>50</sup> Véase, con todo, *infra*.

La Fiscalía Especial, en el informe supra citado, aboga por un reforma que incluya entre los objetos materiales de estos delitos a los precursores y los equipos y materiales. *Op.cit.* Págs. 221-222, 223-224.

<sup>51</sup> Así lo estima la Fiscalía especial, por más que eso no le parece suficientemente asegurado, de ahí que propugne una modificación legal que contemple expresamente la punición de las conductas de fabricación, transporte y distribución de los precursores, equipos y materiales, sin olvidar proponer la tipificación, pese a no tener carácter obligatorio en la Convención, de la posesión de todos esos objetos con fines de tráfico. *Op. cit.* Págs. 221-222, 223-224.

<sup>52</sup> Véase más ampliamente sobre esto Díez Ripollés *Los delitos... Op.cit.* Págs. 58-66.

<sup>53</sup> Véase art. 25.1 de la citada ley, que ofrece la posibilidad de suspender la sanción, que puede llegar hasta los cinco millones de pesetas, si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación. La ley también castiga la tolerancia del consumo o tráfico en locales públicos y la falta de diligencia en impedirlo por parte de los responsables de ellos (art. 23.h), y el abandono en lugares públicos de los útiles o instrumentos utilizados para su consumo (art. 25.1 inciso final).

<sup>54</sup> Véase más ampliamente al respecto Díez Ripollés *Los delitos... Op.cit.* Págs. 62-66.

La fiscalía especial considera con todo insuficiente la situación actual, y propone reconsiderar la conveniencia de crear unas figuras autónomas de apología, de asociación para cometer algunos de estos delitos, o de organización de estas actividades delictivas, aun reconociendo que todas ellas se pueden considerar incluidas en los tipos actuales, y que la primera y tercera de ellas no son de obligatoria inclusión en el derecho interno según la Convención. *Op.cit.* Págs. 220-221, 224-225.

tamientos que abarca caben perfectamente en la omnicompreensiva redacción del art. 344. Dado esto último aún resulta más sorprendente el hecho de que las penas del 546 bis f) en ocasiones sean más graves, y en otras más leves, que las del art. 344, dependiendo de la nocividad de la droga y/o los tipos agravados<sup>55</sup>.

La reforma ha cumplido sobradamente las demandas internacionales de creación de *agravaciones*. No sólo se han mantenido todas las existentes anteriormente, por lo general ampliando su ámbito de punición, sino que se han creado otras nuevas. Además se han establecido dos niveles de agravación acumulativos, con diferencias muy significativas de penalidad.

El número de agravaciones supera ampliamente a las propuestas por la Convención. En cuanto al contenido de las que sustancialmente coinciden, su amplitud en la ley española es mayor o menor, según los casos, a la que tienen en la propuesta internacional<sup>56</sup>. En cualquier caso nuestro Código contiene dos agravaciones palmariamente atentatorias a la seguridad jurídica, cuales son la de que la cantidad de drogas implicada sea de notoria importancia, y la que alude a la extrema gravedad de la conducta para justificar una agravación de segundo nivel<sup>57</sup>.

Nuestro legislador presta una especial atención a la propuesta internacional de elevar las *penas* en estos delitos, lo que hace de una manera extraordinaria. Baste decir que a pesar de encontramos ante un delito de peligro abstracto para el bien jurídico y que el tipo propicia un adelantamiento de las barreras de protección penal tan exagerado difícilmente se impondrán penas inferiores a la de prisión menor y se puede llegar fácilmente a imponer penas de prisión superiores a las del homicidio<sup>58</sup>. Lo primero se

agrava porque el arresto sustitutorio, dados los mínimos tan altos de la pena multa, resultará habitual en los casos menores.

En efecto, la pena de multa alcanza igualmente una entidad exagerada, pues establecido el mínimo en 500.000 ptas pudiéndose llegar con los tipos agravados a los 225 millones, no debe olvidarse que el art. 344 bis d) permite en la cuantificación de la multa atender, no sólo a los beneficios económicos que ha obtenido o hubiera podido obtener, sino igualmente a los que no obtendría en ningún caso pero se iban a producir en los sucesivos escalones del tráfico hasta que la droga llegara al consumidor<sup>59</sup>.

También atiende aplicadamente nuestro legislador a lo que demandan las instancias internacionales respecto a la pena de comiso y a la medida previa de embargo. Su redacción técnica elude, no obstante, importantes defectos de la propuesta internacional, haciendo una correcta identificación de las personas competentes para decretar el embargo e imponer el comiso, eludiendo la inclusión de bienes de origen ilícito, meramente equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico, y no admitiendo la inversión de la carga de la prueba<sup>60</sup>. Pero ello no impide que la referencia a las sucesivas transformaciones de los bienes sea extremadamente vaga, sin aparente límite en el retroceso de unos bienes a otros, y que esté ausente para todos los objetos susceptibles de decomiso la referencia a la proporcionalidad entre el valor de lo decomisado y la naturaleza y gravedad de la infracción. Esto último incidirá de modo especialmente significativo sobre los bienes y efectos instrumentales, algo que parece haberse buscado conscientemente dadas las menciones expresas a ciertos instrumentos que se hacen<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Véase más ampliamente Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 90-99, 101-102.

Nuestra Fiscalía especial, por el contrario, rechaza que deba integrarse el concepto de blanqueo en el de receptación, estimándolo más amplio en línea con la propuesta de la Convención, y considerando que aún no ha sido introducido, como demanda la Convención y la Fiscalía apoya, en nuestra legislación. Concluye abogando por la introducción de un «delito genérico de blanqueo y/o receptación» no limitado a los delitos de drogas. *Op.cit.* Págs. 222-223.

<sup>56</sup> La Fiscalía especial, tras reconocer la amplitud de nuestras figuras agravadas, considera, sin aludir a una previa supresión de nuestras agravaciones no contempladas en la Convención, que deben añadirse, por estar incluidas en la Convención y no en nuestro derecho interno, las de recurso a la violencia o empleo de armas, victimización o utilización de menores, comisión en centros asistenciales, participación en actividades delictivas internacionales organizadas aun sin relación con drogas o en actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. *Op.cit.* Págs. 226-227.

<sup>57</sup> Véase un análisis de los tipos agravados en Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 66-90.

<sup>58</sup> No se olvide igualmente la incongruencia que supone que, dada la ausencia de una cláusula limitadora en el 546 bis f), se puede llegar a imponer penas por conductas de receptación superiores a las de las conductas de autoría del 344.

<sup>59</sup> La Fiscalía especial propone que se reforme la ley admitiendo elevaciones aún mayores de la pena de multa, como alternativa a las dificultades constitucionales que provoca la posible introducción de la carga de la prueba respecto a los bienes objeto de comiso (véase Nota siguiente). *Op.cit.* Pág. 234.

<sup>60</sup> La Fiscalía especial propone incluir en el comiso los bienes de origen ilícito equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico.

Además lamenta la consideración en nuestra legislación del comiso como una pena, aunque sea accesorio, sometida por tanto a los principios de legalidad, personalidad e irretroactividad y pudiendo acordarse sólo en un proceso judicial: Tal consideración como pena impide soluciones «modernas», como la posibilidad de que el comiso recaiga sobre bienes de un tercero cuando éste ha facilitado el hecho con una actuación imprudente. En todo caso, propugna que la Fiscalía especial tenga facultades para acordar el comiso provisional, entendido como medida cautelar durante la investigación preliminar de actos de blanqueo, con independencia de su confirmación por la autoridad judicial en una fase ulterior.

Por otra parte, tras analizar los inconvenientes constitucionales a la propuesta de inversión de la carga de la prueba hecha por la Convención, ofrece dos soluciones para eludir materialmente tal obstáculo: Una de ellas consistiría en una nueva elevación de las penas de multa, unida a un agotamiento de las posibilidades ofrecidas por el art. 344 bis d). La segunda residiría en la imposición, junto a las penas correspondientes, de «una medida de seguridad de carácter económico que abarcara todo el patrimonio del condenado adquirido por éste durante un determinado número de años anteriores a la comisión del hecho punible objeto de la condena»; al condenado se le daría «oportunidad de demostrar el origen lícito de los bienes de los que se le ha privado legítimamente por sentencia»: Al decir de la Fiscalía especial, siendo tal medida postdelictual y tener como presupuesto una sentencia condenatoria, siempre que no se estime contraria al principio de proporcionalidad que, por lo demás, no constituye un derecho fundamental, no se violaría la presunción de inocencia por la presunción *iuris tantum* de que el incremento patrimonial procede del delito. *Op.cit.* Págs. 227-230, 232-235.

<sup>61</sup> Por otra parte el término «efectos» se utiliza de un modo técnicamente incorrecto y confuso, lo que se acentúa al comparar su uso en el comiso y el embargo.

Todo ello muestra que el legislador ha abandonado nitidamente el principio de proporcionalidad de las penas en estos delitos. Por otra parte, de los efectos combinados de la pena de multa y de comiso se deduce que con relativa frecuencia se va a llegar a una situación práctica de confiscación general de bienes<sup>62</sup>.

En cuanto a *sustitutivos de la pena* nuestro legislador ha introducido con retraso una regulación específica que ya venía demandada por los Convenios internacionales anteriores y había sido incumplida<sup>63</sup>. Pero coherente con las ideas que inspiran la última Convención, la regulación específica de la remisión condicional que se introduce contiene tantas cautelas que ha dado lugar a una regulación equívoca respecto a su carácter más beneficioso frente a los preceptos genéricos de remisión condicional<sup>64</sup>.

No se han producido modificaciones procesales en la línea establecida por la Convención pero existen ya propuestas oficiales, objeto de estudio, relativas a la concesión de beneficios penales a los delinquentes *delatores*<sup>65</sup>.

El cumplimiento de las *medidas de cooperación internacional* previstas en la Convención se verá facilitada por la creación de una Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas que tiene, como una de sus funciones específicas la de «promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas»<sup>66</sup>.

## 2.a. Los problemas del alumno aventajado: La reforma del Código penal español por L.O. 9/92 de 23 de diciembre

La recién vista extremada aplicación del legislador español cara a los organismos internacionales, propia de un alumno que quiere adelantarse a las explicaciones del profesor adivinando su pensamiento, no ha impedido que las autoridades españolas se hayan considerado obligadas a realizar una

nueva reforma penal. Con ella el legislador ha pretendido introducir en nuestro Derecho los pocos contenidos de la Convención de Viena que se le habían pasado por alto en su solícita reforma de 1988<sup>67</sup>.

A tal efecto no ha dudado en trasplantar de modo literal a nuestro Código penal diversos preceptos de la Convención. Con este propósito ha renunciado sin empacho a cualquier elaboración acorde con nuestros conceptos jurídicos de las conductas que la Convención propone incriminar, por más que ésta utilice necesariamente formulaciones ambiguas para contentar a la variedad de los ordenamientos jurídicos de los países signatarios. Es más, en su apresuramiento y fidelidad a la Convención, nuestro legislador incluso se ha «olvidado» de preceptos por él mismo introducidos en 1988 y que ya incluían, y de un modo técnicamente mucho más correcto, ciertas conductas, que ahora son abarcadas por partida doble en preceptos diversos. Por si fuera poco, la defectuosa técnica legislativa utilizada en unos casos, o una voluntad consciente en otros, ha llevado a que en realidad el ámbito de la punición supere en estos momentos en nuestro ordenamiento jurídico al que viene exigido por la Convención de 1988 o por la Directiva de la Comunidad europea<sup>68</sup>.

En primer lugar, la ley 8/92 ha ampliado las *agravaciones* del art. 344 bis a): La nueva agravación 8, cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas, supera el ámbito de lo propuesto en la Convención ya que ésta exige que tales actividades se realicen en el ámbito internacional<sup>69</sup>, y viola el principio de culpabilidad<sup>70</sup>. A su vez la nueva agravante 9, consistente en que el culpable participe en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito, por seguir el tenor literal de la Convención incluye también actividades ilícitas aunque no sean ilícitas penales, lo que amplía desmesuradamente el tipo<sup>71</sup>. Por su parte la nueva agravante 10, si los hechos del art. 344 se realizan mediante menores de 16 años o utilizándolos, incluye el contenido del art. 3.5.f. de la Convención que faltaba<sup>72, 73</sup>.

En segundo lugar, el legislador con la introducción

<sup>62</sup> Véase ampliamente sobre todo lo anterior Díez Ripollés. *Los delitos...* Op.cit. Págs. 99-112.

La impresión aludida en texto se refuerza tras leer las propuestas hechas por la Fiscalía especial y recogidas un poco más arriba.

<sup>63</sup> Véanse arts. 36.1.b) y 22.1.b) de la Convención de 1961 y de la de 1971, respectivamente, en *Legislación sobre drogas...* Op.cit.

<sup>64</sup> Véase un análisis detenido al respecto en Díez Ripollés. *Los delitos...* Op.cit. Págs. 112-125.

<sup>65</sup> La Fiscalía especial propone introducir una regulación similar a la actualmente existente para los delitos relacionados con bandas armadas en el art. 57 bis b), que permite una considerable atenuación e incluso remisión total de la pena. Op.cit. Págs. 235-237.

<sup>66</sup> Véase art. 3º de la Ley 5/1988 de 24 de Marzo. Sobre las medidas de cooperación internacional propuestas véase, desde la perspectiva española, asimismo Díez Ripollés. «La política...». Op.cit. Págs. 398-399.

<sup>67</sup> El cotejo entre el Informe de la Fiscalía especial, recogido en sus puntos esenciales en las notas a pie de página del apartado anterior, y la reforma que ahora vamos a estudiar, resulta ilustrativo de cara a averiguar a quien deben imputarse los «méritos» de ésta.

Por lo demás, y como en el apartado anterior, el análisis que ahora sigue no aspira a otra cosa que a confrontar sumariamen-

te los contenidos de la reciente reforma con las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas y la Directiva de la CEE.

<sup>68</sup> Se alude a la Directiva de la CEE sobre blanqueo de capitales 91/308 de 10 de Junio.

Sobre todas estas afirmaciones véase *Infra*.

<sup>69</sup> O, en su defecto, que la organización en que se integra el culpable se dedique, al menos parcialmente, al tráfico de drogas (más estricto incluso Queralt Jiménez. *Derecho penal español. Parte especial*. Puesta al día L.O. 8/92... Bosch. 1993. Pág. 9). Véanse arts. 3.5.a y b de la Convención.

<sup>70</sup> Véase lo dicho supra apartado 1.D.

<sup>71</sup> Véase también Queralt Jiménez. Op.cit. Pág. 9, proponiendo una interpretación restrictiva, y señalando de lo contrario una violación del principio de proporcionalidad.

<sup>72</sup> El resto ya está inserto en el art. 344 bis a.1º del Código. La duplicidad de términos «mediante» y «utilizándolos» sólo puede tener sentido si se quiere diferenciar entre actuaciones conscientes o no de los menores (véase Queralt Jiménez. Op.cit. Pág. 10), pero dada la irrelevancia de su consentimiento es una distinción superflua.

<sup>73</sup> Probablemente un defecto de técnica legislativa explica que el art. 344 bis b) no se haya modificado para incluir en el segundo inciso del primer párrafo a los incluidos en las agravaciones 8 y 9, junto a los que se incluyen en la 6. Véase Queralt Jiménez. Op. cit. Pág. 9.

del art. 344 bis g) ha querido evitar toda duda respecto a la punición del tráfico de precursores químicos, equipos y materiales destinados a utilizarse en el tráfico de drogas<sup>74</sup>.

Aunque su dicción es a primera vista prácticamente idéntica a la de los arts. 3.1.a).iv y 3.1.c).ii de la Convención, una lectura más detenida permite concluir que nuestro legislador de nuevo va más allá de lo que le exige la Convención: Ante todo incluye el castigo de la «posesión», algo que no viene necesariamente obligado por la Convención<sup>75</sup>. Asimismo, no se conforma con aludir a los precursores químicos incluidos en las listas de la Convención, o con sumar a éstos los que se añadan en el futuro a tales listas según el procedimiento en la Convención previsto<sup>76</sup> sino que, ampliando la de por sí peligrosa técnica de la ley penal en blanco hasta límites desconocidos hasta ahora, incluye también aquellos «productos» que se adicionen «en otros futuros Convenios o Convenciones ratificados por España»<sup>77</sup>.

La acrítica fidelidad al texto de la Convención da lugar a otros defectos de técnica legislativa: Se reiteran de un modo incongruente las exigencias subjetivas en un mismo tipo respecto a unas mismas conductas, primero la posibilidad de cometerse con dolo eventual («a sabiendas») y luego con dolo directo de primer grado («para estos fines»); y consecuentemente se castiga, de un modo poco realista, la posesión en supuestos de dolo eventual<sup>78</sup>.

Por otro lado, pese a encontramos ante conductas constitutivas de actos preparatorios de una participación en el delito de tráfico de drogas<sup>79</sup> la pena prevista es superior a las conductas de autoría del art. 344 si se trata de drogas blandas, y sólo se encuentra parcialmente por debajo de la pena de prisión, no así de la de multa, si se trata de drogas duras, lo que viola claramente el principio de proporcionalidad<sup>80</sup>.

Los defectos se acentúan a la hora de analizar las conductas de encubrimiento introducidas en los arts. 344 bis h), i) y j):

<sup>74</sup> Véase lo dicho en apartado anterior.

<sup>75</sup> La adición además del término «comerciare», no mencionada en la Convención, es una cautela innecesaria pues es un concepto subsumible en los precedentes.

<sup>76</sup> Véase art. 12 de la Convención.

<sup>77</sup> Para Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 11 toda adición de nuevas sustancias deberá realizarse de modo específico a través de Ley orgánica.

<sup>78</sup> Por lo demás, el uso del artículo determinado «los», en relación a equipos y materiales además de a las sustancias, parece dar a entender que los equipos y materiales también están enumerados en las listas de la Convención de 1988, lo que evidentemente no sucede. De ahí que haya que hacer una interpretación teleológica para comprender el defectuoso precepto.

<sup>79</sup> Véase *supra* apartado 1. También Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 10.

<sup>80</sup> Todo ello, naturalmente, si es que se mantiene aún la pretensión de distinguir entre grados de ejecución y participación en el marco del art. 344, lo que no es nada fácil dada la dicción legal de éste. En caso contrario en realidad sobra el recientemente introducido art. 344 bis g), pues todo cabe en el art. 344.

Véase una opinión no coincidente respecto a lo acabado de decir en texto, en Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 10-11.

<sup>81</sup> Cotejense los arts. 3.1.b).i y ii, y 3.1.c).i de la Convención con los arts. 344 bis h).pp.1 y 2 y 344 bis i) del Código tras la reforma que analizamos.

<sup>82</sup> A mi juicio, en una primera aproximación y a salvo los supuestos de imprudencia a los que luego aludiré, los nuevos pre-

ceptos sólo añaden las siguientes conductas a las ya castigadas en el art. 546 bis f): 1. La posesión o uso de los bienes siempre que con ello se esté beneficiando exclusivamente quien los detenta y no simultáneamente un tercero (que puede ser el autor de los delitos de tráfico) 2. Casos de encubrimiento consistentes en favorecimiento real. 3. Comportamientos preparatorios de receptación o favorecimiento real. 4. Casos de receptación de comportamientos de participación en delitos de tráfico.

Ante todo, se renuncia a todo intento de formular los conceptos de acuerdo con las instituciones propias de nuestro ordenamiento jurídico, como sin embargo se había hecho, con apreciable acierto, en la reforma de 1988 a través del art. 546 bis f). Se procede a una copia casi literal de los preceptos de la Convención que, con una detestable técnica jurídica, están llenos de reiteraciones, casuismo y conceptos indeterminados<sup>81</sup>. Más grave aún que esto último es que el legislador demuestre una palmaria ignorancia del propio derecho español vigente, de forma que se introducen estos preceptos sin apreciar que la mayor parte de las conductas ya estaban incluidas en el art. 546 bis f)<sup>82</sup>, el cual ni se deroga ni se modifica para acomodarlo a los nuevos preceptos, originándose una incomprensible doble regulación al respecto<sup>83</sup>.

Por otro lado, el abandonismo legislativo llega al extremo de copiar mal la Convención, dando lugar a determinados resultados sin duda no deseados por el legislador, como el castigo, en el marco de conductas preparatorias del favorecimiento real o de la receptación (art. 344 bis h) 1 inciso primero), de determinadas conductas de participación propia en los delitos de tráfico de drogas o de precursores (art. 344 bis h) 1 inciso segundo). En realidad lo que pretendía la Convención era castigar las conductas preparatorias del favorecimiento real o de la receptación con independencia de si se encubría a autores o a partícipes de los delitos de tráfico de drogas o de precursores, pero no una absurda nueva punición de estos partícipes<sup>84</sup>.

Con seguridad no obedece al descuido sino a la voluntad del legislador el que en otros lugares se amplíe la punición más allá de lo demandado por la Convención: Así, se castigan conductas no obligadas por la Convención, como es el caso del art. 344 bis i)<sup>85</sup> el cual, además, va referido también a las conductas de posesión de precursores, equipos y materiales, en ningún caso aludidas en la Convención<sup>86</sup>. Mucho más significativo es que se castiguen

ceptos sólo añaden las siguientes conductas a las ya castigadas en el art. 546 bis f): 1. La posesión o uso de los bienes siempre que con ello se esté beneficiando exclusivamente quien los detenta y no simultáneamente un tercero (que puede ser el autor de los delitos de tráfico) 2. Casos de encubrimiento consistentes en favorecimiento real. 3. Comportamientos preparatorios de receptación o favorecimiento real. 4. Casos de receptación de comportamientos de participación en delitos de tráfico.

Ahora bien, no debe olvidarse que la amplísima redacción del art. 344 permite sin problemas incluir en él todas las conductas aludidas, y que, si no se quiere hacer un uso tan extensivo del art. 344, una leve modificación del actual artículo 546 bis f) hubiera permitido incluir en él sin problemas las conductas aludidas en 1, 4 y parcialmente en 3.

Véase sobre el contenido del art. 546 bis f), así como su relación con el 344, Díez Ripollés. *Los delitos relativos...* *Op.cit.* Págs. 90-99.

<sup>83</sup> En el mismo sentido Queralt Jiménez. *Op.cit.* Págs. 13 y 15, quien intenta, en vano, establecer alguna distinción entre el 546 bis f) y estos preceptos, desistiendo al final de ello y abogando por la derogación del art. 546 bis f).

<sup>84</sup> Véase art. 3.1.b).i de la Convención, y art. 344 bis h) 1 inciso segundo.

Sintomáticamente la Directiva de la CEE sobre blanqueo de capitales no cae en ese error.

<sup>85</sup> La Directiva de la CEE también incluye estas conductas.

<sup>86</sup> Véase art. 3.1.c). i) y ii) de la Convención.

la mayor parte de todas estas conductas de recepción y favorecimiento real cuando se cometan por negligencia o ignorancia inexcusables, algo que no prevén ni la Convención ni la Directiva de la CEE<sup>87</sup>.

En sentido contrario, también descuidos del legislador deben explicar que, en contra de lo que se deduce de la Convención, tanto las nuevas agravantes del art. 344 bis a) como las que ya existían en él no resulten aplicables, en la medida que sean pertinentes, a los arts. 344 bis g) a i)<sup>88</sup>, para los que sí se ha previsto la nueva agravación del art. 344 bis j).

Se mantienen las mismas incongruencias de penalidad entre estos preceptos y el art. 344 que ya existían entre este último y el art. 546 bis f), sólo que acentuadas por la mayor variedad de conductas incluídas. A tales incongruencias se añaden además las existentes a partir de ahora entre estos preceptos y el art. 546 bis f) y relativas al diferente número de agravaciones o al diferente efecto de una misma agravación en ambos grupos de delitos<sup>89</sup>.

Las modificaciones que se producen en la pena de *comiso* del art. 344 bis e) superan holgadamente las exigencias de la Convención o de la Directiva de la CEE y resultan difícilmente compatibles con los postulados de un Estado de Derecho: Así, se extiende el comiso a los precursores químicos<sup>90</sup>; se amplía el comiso a bienes de personas *no responsables del delito* siempre que no puedan ser consideradas como terceros de buena fe<sup>91</sup>; se permite, *sin mediar sentencia condenatoria*, la utilización provisional de los bienes, efectos o instrumentos embargados por la policía judicial encargada de la represión del tráfico de drogas, previa autorización judicial<sup>92</sup>.

El nuevo párrafo 3º del art. 344 bis e), así como el nuevo art. 344 bis k) alteran profundamente la tutela debida a los perjudicados por estos delitos, sean o no precisables. En efecto, la obligación de adjudicar al Estado los efectos decomisados, y la alteración del orden de prelación de las *responsabilidades civiles* derivadas de delito anteponiendo el pago de la multa, generalmente muy elevada, a las costas del acusador privado, fomentarán que ya no existan bienes para indemnizar con ellos a la víctima ni para atender a las costas del acusador privado. Menos aún para atender a las restantes costas procesales, entre ellas las de la defensa del procesado<sup>93</sup>.

Finalmente el mecanismo de cooperación interna-

cional de la *entrega vigilada* se formula de un modo difícilmente compatible con las prerrogativas judiciales en la persecución de los delitos: La autorización para la entrega vigilada, pese a que su concesión está limitada a aquellos casos en que su necesidad a los fines de la investigación concuerde con la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia de la partida, podrá ponerse en marcha por una autoridad administrativa, sin necesidad de previa autorización judicial. Tal autoridad administrativa sólo está obligada a ponerlo en conocimiento inmediato de la Fiscalía especial de drogas, debiendo además comunicarlo al Juez de instrucción competente sólo si hay procedimiento judicial abierto<sup>94</sup>.

### 3. UN DESARROLLO DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: LA PROPUESTA DE LEY DEL PARTIDO RADICAL ITALIANO

Los diputados radicales italianos presentaron el 15 de diciembre de 1988 en la Cámara de Diputados italiana una elaborada Propuesta de ley<sup>95</sup> que, con la finalidad expresa de expulsar a las organizaciones criminales del tráfico de drogas, pretendía una regulación legal de todas las sustancias psicoactivas<sup>96</sup>.

La Propuesta parte del fracaso de la actual política prohibicionista que, además de no conseguir su propósito, ha dado lugar a efectos indeseables muy graves, como el aumento de consumidores de heroína y cocaína, el crecimiento de las muertes por abuso de drogas, el defectuoso control de la extensión del SIDA, el aumento de la violencia y la ilegalidad para financiarse el consumo, y el desarrollo de un imperio del crimen organizado capaz de corromper individuos y Estados. Sus autores consideran que debe irse a una legalización progresiva de la fabricación y distribución de estas sustancias en un marco internacional. El documento por ellos presentado se limita a proponer un nuevo modelo de represión del mercado ilegal de sustancias psicoactivas, sin ocuparse de los aspectos asistenciales o de los problemas estructurales de naturaleza social o sanitaria, para evitar contaminaciones éticas en el tratamiento de los diversos temas; con todo, se comprometen a atender esos otros aspectos en otra propuesta de ley<sup>97</sup>.

<sup>87</sup> Véase art. 344 bis h).3. A lo más puede encontrar apoyo en el art. 6.3.a) de la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo de dinero de 8 de noviembre de 1990, si bien allí se deja bien claro que la decisión de penar tales conductas imprudentes queda al arbitrio de las partes. También críticamente Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 14.

<sup>88</sup> Por el contrario sí se ha previsto la aplicación a los nuevos preceptos de la agravante del art. 344 bis c).

<sup>89</sup> Véase art. 546 bis f) p. 2 y el art. 344 bis j).

<sup>90</sup> Nótese su no inclusión en el art. 5.1 de la Convención.

<sup>91</sup> Del art. 5.8 de la Convención no puede deducirse un efecto tan amplio del comiso, como se prueba por los trabajos previos de la Convención, donde sí se hicieron propuestas más amplias, luego desechadas. Véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 351-352.

<sup>92</sup> Medida tampoco contemplada en la Convención. Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 6 destaca que ello supone una «vuelta a la premoderna figura del premio por captura o derecho de botín».

<sup>93</sup> También críticamente, con propuestas interesantes para

cuando la víctima sea indeterminada, Queralt Jiménez. *Op.cit.* Págs. 6-7.

<sup>94</sup> Véase también críticamente Queralt Jiménez. *Op.cit.* Págs. 7-8.

<sup>95</sup> Véase Proposta di Legge d'iniziativa dei deputati Teodori, Stanzani. . . Camera dei Deputati. N.3461. Atti parlamentari. X Legislatura. Disegni di legge e relazioni. Documenti. Págs. 1-22.

La Propuesta pretende ser una alternativa a la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 22 de diciembre de 1975, hecha antes de que experimentara la profunda reforma de 26 de junio de 1990, reforma con una orientación radicalmente contraria a la defendida en la Propuesta de ley que pasamos a estudiar. Véase la ley, antes de la citada reforma, en Conso *Manuale per le udienze penali*. Giuffrè editore. 1985, y la ley de reforma en *Gazzetta Ufficiale* de 26 de junio de 1990. Supplemento ordinario.

<sup>96</sup> Véase art. 1 de la Propuesta.

<sup>97</sup> Véanse todos estos argumentos en la Exposición de motivos de la Propuesta. *Op.cit.* Págs. 1-3.

La Propuesta, que opta por la elaboración de una ley especial que abarque tanto los aspectos administrativos como los penales, procede en primer lugar a identificar el *objeto material* de ella. Al respecto, se sustituyen los términos «estupefacientes» y «psicótrpos» por el de «sustancias psicoactivas», que se estima más riguroso científicamente y que les va a permitir una coherente enumeración de las sustancias abarcadas. En efecto, se establece que todos los preparados que contengan esas sustancias deberán agruparse por las autoridades administrativas correspondientes en nueve listas enumeradas en orden decreciente de riesgo y peligrosidad de la sustancia, de la forma siguiente:

Lista I, sustancias de tipo anfetamínico; lista II, derivados triptamínicos, lisérgicos y feniletilamínicos con efectos alucinógenos o de distorsión sensorial; lista III, opiáceos y todos sus derivados, así como aquellas otras sustancias que produzcan dependencia física o psíquica igual o superior; lista IV, la hoja de coca y todos sus derivados; lista V, el tetrahidrocannabinol y sus análogos; lista VI, ansiolíticos o sedantes productores de dependencia física o psíquica; lista VII, bebidas con graduación alcohólica superior a 20°; lista VIII, tabaco y sus derivados; lista IX, cannabis y sus derivados, excepto los indicados en lista V<sup>98</sup>.

En cuanto a la *regulación administrativa* del tráfico de todas estas sustancias, se proponen tres regímenes diversos:

1. Sustancias anteriores, excepto opiáceos, hoja de coca, bebidas alcohólicas, tabaco y cannabis<sup>99</sup>. Un Comité interministerial determinará anualmente la cantidad de esas sustancias que puede ser fabricada y vendida; se concederán autorizaciones anuales para su fabricación, bajo determinados requisitos, y sin que la autorización alcance a su venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas y sustancias necesarias para la fabricación así como sobre todo el proceso de elaboración; los laboratorios farmacéuticos que empleen tales sustancias precisarán de autorización para obtenerlas, autorización que no abarcará la venta de los preparados obtenidos; se precisará igualmente autorización específica para el comercio al por mayor con esas sustancias.

Su distribución sólo podrá realizarse en farmacias, con receta y previa identificación personal, debiéndose anotar en la receta los datos identificativos que permitan evitar duplicaciones y abusos; los médicos podrán recetar hasta tres dosis diarias de tales sustancias, informando al requirente sobre su carácter, efectos y riesgos, y debiendo anotar identidad y dosis, así como teniendo derecho a obtener del requirente una declaración exoneradora de responsabilidad.

2. Opiáceos, hoja de coca y derivados: Todas

las fases de tráfico quedan sometidas a régimen de monopolio, quedando prohibido el tráfico de sucedáneos de tales sustancias; su fabricación queda reservada al servicio farmacéutico militar según un programa aprobado anualmente por un Comité interministerial, quien también determinará la cantidad que se puede poner en venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas, sustancias necesarias para la fabricación, así como sobre todo el proceso de elaboración; rigen los mismos preceptos que en las sustancias anteriores respecto a autorizaciones a laboratorios farmacéuticos que precisen tales sustancias, así como respecto al comercio al por mayor, a su distribución en farmacias y a su prescripción por los médicos.

El Comité interministerial citado fijará anualmente los precios mínimos de estas sustancias, de modo que la dosis diaria de opiáceos cueste al menos diez veces, y la dosis diaria de coca al menos veinte veces, lo que cuesta un decilitro de aguardiente, aplicándose en todo caso el IVA; los consumidores habituales y dependientes de estas sustancias, previa comprobación de su condición por un médico autorizado, podrán disponer de una cartilla de aprovisionamiento, válida al menos durante noventa días y renovable, con la que podrán acudir diariamente a la farmacia para obtener la dosis diaria indicada.

3. Bebidas alcohólicas, tabaco y cannabis: Sometidas al mismo régimen de autorizaciones anuales para la fabricación que las sustancias del grupo 1, aunque sin límites en cuanto a la cantidad susceptible de fabricarse o ponerse en venta; también sometidas al mismo régimen de control en cuanto a materias primas, sustancias necesarias para la fabricación y todo el proceso de elaboración, y en cuanto al comercio al por mayor; un Comité interministerial fijará anualmente los precios máximos del cannabis y sus derivados, de modo que no pueda ser superior al del tabaco elaborado de la Tabla A del Decreto de 2 de agosto de 1988, aplicándose en todo caso el IVA<sup>100</sup>.

Se prohíbe la publicidad de todas las sustancias psicoactivas, debiendo incorporar todos sus preparados, de modo inequívoco y evidente, indicaciones sobre los efectos que producen y los riesgos consiguientes.

Los datos de identificación obtenidos al expender sustancias psicoactivas con receta o con cartillas de aprovisionamiento serán confidenciales, no pudiendo suministrarse a particulares ni a la administración pública. Los datos estrictamente referidos a la distribución de sustancias, sin referencia a la identidad de las personas, podrán ser recopilados con fines estadísticos por el Ministerio de Sanidad<sup>101</sup>.

En cuanto a la *regulación penal*, se sigue muy de cerca la vigente en los momentos en los que se formula la Propuesta<sup>102</sup>, en primer lugar, por lo que

<sup>98</sup> Véase Propuesta. *Op.cit.* Págs. 2, 7-9.

<sup>99</sup> Se prefiere aludir directamente a las sustancias, en lugar de a las listas en que se encuentran, para hacer más ilustrativa la exposición, pero en todo caso el lector debe acudir a ellas para precisar los conceptos, y aun mejor al texto de la Propuesta legal pues también nosotros hemos simplificado la enumeración de los contenidos de cada lista.

<sup>100</sup> Se ha intentado realizar una exposición sistemática de la

regulación, un tanto compleja, que se encuentra contenida en los arts. 5 a 18 de la Propuesta de ley. Véase Propuesta de ley. *Op.cit.* Págs. 2-3, 9-18.

<sup>101</sup> Véanse arts. 14 a 16 y 18 de la Propuesta en Propuesta de ley. *Op.cit.* Págs. 3, 16, 18.

<sup>102</sup> Se utiliza como punto de referencia la regulación penal existente al formular la Propuesta, por ser la situación legal a la que ésta pretendía ofrecer una alternativa. No debe olvidarse, con

respecta a los *tipos básicos*. Así, se pena la realización de cualquier actividad de tráfico sin autorización o superando ésta, con referencia a todas las sustancias psicoactivas con la excepción de anxiolíticos o sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco o cannabis, lo que supone una novedad respecto a la exclusión de los sedantes y el cannabis.

Naturalmente se elude toda punición del *consumo*.

Se crea un *tipo privilegiado* que sustituye, tanto a los formulados en función de las sustancias implicadas, como al que castigaba el tráfico con cantidades módicas, refiriéndose ahora a si determinadas conductas de tráfico ilícito se realizan con una cantidad, de las sustancias acabadas de aludir, inferior a tres dosis diarias.

Se mantiene la totalidad de las *agravaciones* entonces existentes añadiéndose una, aún más intensa, si las sustancias se han mezclado o disuelto de forma dañosa o peligrosa.

Se mantienen igualmente la serie de *tipos específicos* alusivos a conductas de inducción y favorecimiento, así como, a salvo de su castigo por delito más grave, la infracción de la prohibición de publicidad de todas las sustancias psicoactivas.

No obstante se elimina el tipo específico relativo a la asociación para delinquir.

Se crea un nuevo delito que castiga la provocación de crisis de abstinencia a efectos diagnósticos para obtener la cartilla de aprovisionamiento.

En cuanto a las *penas*, se mantiene para los tipos básicos un límite mínimo de cuatro años de prisión, así como la posibilidad de llegar hasta los 18 años, y las de multa se reducen, pudiendo llegar hasta 100 millones de liras. El tipo privilegiado supone pena de prisión hasta tres años y multas hasta 20 millones de liras. Los efectos de las agravaciones sobre los tipos básicos pueden dar lugar, como hasta entonces, a penas extremadamente elevadas, lo que se acentúa notablemente con la nueva agravación.

En las *penas accesorias* no hay variaciones significativas.

Frente a la anterior referencia al derecho a un tratamiento de detenidos y presos drogodependientes, se reconoce el derecho de preventivos y penados al régimen de cartilla de aprovisionamiento o de dispensación por médico<sup>103</sup>.

La propuesta radical italiana tiene muchos méritos: Se puede considerar, ante todo, como el primer intento de desarrollo integral de la alternativa de legalización controlada. Las discrepancias que podamos mostrar con ella deben entenderse como una mera disparidad de opiniones dentro de una profunda coincidencia en sus ideas inspiradoras.

En cuanto al objeto material es digno de alabanza la introducción del término de sustancia psicoactiva y, sobre todo, la apertura del concepto a todas las sustancias que realmente merecen tal calificativo, con independencia de su aceptación social, así

como la ilustrativa graduación de todas ellas en función del riesgo de su abuso para la salud.

Descendiendo a su regulación administrativa es de apoyar igualmente la minuciosa introducción de un régimen, cuando menos, de comercio controlado para las sustancias psicoactivas, así como su atenuación, e incluso su exclusión de él en el momento de la expendición de la sustancia, respecto al cannabis, que se equipara al alcohol y el tabaco. También acierta en lo relativo a la prohibición de propaganda y a la exigencia de publicidad negativa, o en relación a la confidencialidad de los datos de identificación personal obtenidos en determinados momentos.

Sin embargo discrepo, en primer lugar, de la decisión de crear una norma específica para el tratamiento legal de las sustancias psicoactivas, sin haber agotado antes las posibilidades que pudiera ofrecer la regulación genérica sobre medicamentos. Si fuera posible insertar en ella a estas sustancias se obtendrían probablemente resultados de control similares a los propuestos en la ley específica, con la ventaja de integrarlas en el lugar de donde nunca hubieran debido salir, privándoles de esa peculiaridad que facilita su demonización por la sociedad, además de posibilitando una correcta definición de lo que debe entenderse por medicamento. Quizás ello exigiera renunciar a tratar conjuntamente con ellas el alcohol y el tabaco, pero valdría la pena.

Tampoco comparto la introducción de un régimen de monopolio respecto a opiáceos, hoja de coca, y derivados: Es dudoso que la severidad y falta de flexibilidad de tal régimen, unido a las limitaciones en la expendición de esas sustancias, supongan un golpe decisivo al tráfico ilícito; por lo demás, no parece que haya razones vinculadas a la mayor peligrosidad de estas sustancias, a juzgar por la propia jerarquización de éstas por los autores de la Propuesta, para excluirlas del régimen de comercio controlado aplicable a la mayoría.

Noto igualmente una excesiva medicalización del problema, tanto por la exigencia de receta y la consiguiente intervención del médico, como por la posibilidad de cartillas de aprovisionamiento. Se ha de asumir que un adulto debidamente informado ha de poder obtener sustancias susceptibles de causar un bienestar corporal o mental sin necesidad de que medie el consentimiento de un médico. Por otra parte, la cartilla de aprovisionamiento supone una inequívoca estigmatización de su beneficiario y no es seguro que tenga mucho éxito; los efectos de control médico pretendidos no serán superiores a los obtenidos a través de las ofertas de tratamiento voluntario, a no ser que la cartilla suponga la obtención gratis de droga, algo que no aclara la propuesta.

En sentido contrario, me parece un poco precipitado el establecer desde un principio una absoluta libertad de expendición al por menor del cannabis, en situación semejante al tabaco o a las bebidas al-

todo, que entre las profundas modificaciones experimentadas en la reforma de 26 de Junio de 1990 destacan especialmente las de contenido penal, con un enfoque claramente expansivo de la vía represiva, mereciendo resaltarse, entre otros muchos aspectos, la punición en último término del consumo. Véanse arts. 70

y ss de la ley de estupefacientes y sustancias psicotrópicas tras reforma de 1990. *Op.cit.*

<sup>103</sup> Véanse arts. 14, 18, 19 a 25 de la Propuesta de Ley. *Op.cit.* Págs. 3, 16, 18-21, así como arts. 71 y ss. de la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en su formulación anterior a 1990. *Op.cit.*

cohólicas. Aunque sin duda debe caminarse en esa dirección, debe producirse un acercamiento mutuo, es decir, también el tabaco y las bebidas alcohólicas deben estar sometidos a un régimen de expendición más controlado del que ahora, al menos en España, tienen en la práctica.

La regulación penal propuesta debe interpretarse teniendo en cuenta el régimen de comercio controlado o monopolio introducidos, de modo que, aun manteniéndose una dicción legal similar a la actual, las conductas básicas abarcadas serán bastantes menos. Sorprende, sin embargo, que se haya mantenido la ausencia de referencias a la *gravedad* de la infracción al régimen administrativo en cuestión, exigencia típica vinculada al principio de intervención mínima en Derecho penal, y coherente con la nueva orientación político-criminal.

En lugar de ello, los autores de la propuesta han avanzado en la restricción de los tipos penales por otra vía, a saber, la de excluir, de entre las sustancias objeto material de las conductas delictivas, aquellas consideradas menos peligrosas, como ansiolíticos, sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco y cannabis<sup>104</sup>. Esta decisión resulta acertada.

Por otra parte se sigue echando en falta, al igual que en la regulación administrativa, una más estrecha vinculación, en este caso en cuanto a descripción de conductas y cualidad y cantidad de las penas, a los delitos referentes a medicamentos o incluso a sustancias alimenticias<sup>105</sup>.

Asimismo se ha desaprovechado la Propuesta para perfeccionar técnicamente la regulación italiana, de modo especial la pluralidad innecesaria de tipos básicos, la descripción demasiado prolija y redundante de las conductas en ellos incluidas, y la variada y confusa formulación de supuestos específicos de inducción y favorecimiento, no siempre claramente delimitables entre sí.

Tampoco se ha querido depurar la técnica empleada en el establecimiento de las circunstancias de agravación, apreciándose en especial que se repiten innecesariamente las agravaciones referidas a menores o a hipótesis de prevalimiento, con formulaciones parcialmente coincidentes. El número de agravantes, por lo demás, parece excesivo, de modo particular respecto a los tipos básicos, y algunas de ellas, como la cantidad ingente de droga, son muy problemáticas<sup>106</sup>.

Uno de los aspectos más sorprendentes es la elevada penalidad prevista, que ya se da en los tipos básicos, y que llega a cotas desmesuradas en algunas hipótesis agravadas. En este punto la Propuesta vuelve a vincularse en demasía a la regulación italiana entonces vigente, rebajando únicamente las penas de multa, con alguna excepción. Ello es, a mi juicio, incoherente con la aproximación que se debe

de dar entre las penas de estos delitos y los restantes contra la salud pública<sup>107</sup>.

La Propuesta se mantiene reacia a la introducción de los nuevos instrumentos punitivos en este ámbito como la receptación, en especial de las ganancias, y la ampliación, también a éstas, de la pena de comiso.

La ausencia de sustitutivos penales no parece justificarse en el anuncio de una nueva propuesta de ley para atender, entre otras cosas, los aspectos asistenciales, pues los temas estrictamente penales debieran tratarse aquí.

#### 4. OTRO DESARROLLO DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: UNA PROPUESTA ESPAÑOLA

Un destacado grupo de juristas españoles, en una reunión celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el 2 de diciembre de 1989, fueron capaces de elaborar un Manifiesto en el que no sólo sintetizaban la mayor parte de los argumentos utilizados para mostrar las nefastas consecuencias de una política sobre drogas fundada en la represión, sino que, saliendo al paso de la habitual crítica a estas posturas, iniciaban la concreción de lo que podía ser una alternativa basada en una despenalización controlada, simultánea a enérgicas acciones en el ámbito de la prevención de la demanda y de la asistencia a los consumidores.

El documento expresa acertadamente los contenidos esenciales de la que se ha dado en llamar alternativa despenalizadora y, dada su moderada extensión, considero procedente transcribirlo en su totalidad sin necesidad de ulteriores comentarios, no sin antes mostrar mi total acuerdo con su contenido<sup>108</sup>:

«Los abajo firmantes, juristas preocupados profesionalmente por la problemática de la drogadicción, desean llamar la atención de la sociedad española en general y de los poderes públicos en particular sobre el fracaso que ha obtenido la acentuación de la política represiva producida en los últimos años.

1. Ante todo, no se han logrado las metas supuestamente perseguidas: Erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas. Pese a la frecuencia de los decomisos se acepta de modo generalizado que el porcentaje de droga interceptada es mínimo respecto al cada vez mayor que se pone a disposición de los consumidores. Tal aumento de la oferta está en consonancia con el continuado incremento de la demanda por parte de los consumidores.

2. Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro, dados los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido. Esto ha originado, en primer lugar, la aparición de poderosas organizaciones de traficantes

<sup>104</sup> Los ansiolíticos, el alcohol y el tabaco tampoco estaban incluidos en la regulación, entonces vigente. *Ibidem*.

<sup>105</sup> Véanse arts. 439 a 448 y 452 del Código penal italiano en Conso. *Op.cit*.

<sup>106</sup> Véase respecto a la agravante similar española de «notoria importancia», Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit*. Págs. 82-84.

<sup>107</sup> Sin ninguna duda la reforma de la ley italiana que ha tenido lugar en 1990 se aleja aún más que el texto legal previo a la

reforma de todas las demandas aquí mencionadas. Véanse en especial arts. 70 y ss. *Op.cit*.

<sup>108</sup> El Manifiesto ha sido publicado en muy diversas revistas nacionales y extranjeras, así como en un volumen del Grupo de Estudios de Política Criminal titulado *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*. 1992. Págs. 9 y ss., y entre sus signatarios o adheridos posteriores se encuentran 25 catedráticos de Derecho Penal, 13 profesores titulares de Derecho penal, y 21 magistrados, jueces y fiscales.

con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad y que en sus niveles medios y superiores eluden fácilmente la persecución penal. En segundo lugar, causa o agrava la marginación social de una buena parte de los consumidores que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir la droga, lo que les obliga a realizar actividades asociales o a caer en la delincuencia.

3. Consecuencia de lo anterior es que los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas. Del mismo modo, el aumento de la población reclusa a que esa criminalidad está dando lugar empeora notablemente las condiciones de habitabilidad de las prisiones, dificulta aun más la aplicación de la Ley General Penitenciaria y refuerza las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos.

4. Las negativas repercusiones sobre la población en general son evidentes: Ella es la que sufre directamente el inusitado aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga. Ella es asimismo la que padece medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia poco respetuosas con los principios de un Estado de Derecho, como las redadas masivas o los reconocimientos anales y vaginales.

5. El Estado de Derecho está siendo conmovido igualmente desde otros puntos de vista: Ante todo, la acentuación de la vía represiva ya ha mostrado que no se detiene ante los principios garantistas del Derecho Penal, habiéndose creado figuras delictivas que violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas. Por otra parte, el poderío económico de los traficantes de medio y alto nivel les permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras.

6. En otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con semejantes preceptos resulta notablemente distorsionada. En primer lugar porque, a diferencia de lo que suele ser habitual en nuestra sociedad entre ciudadanos adultos, no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, porque es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el consumidor en cada caso, lo que es origen de daños tan importantes a la salud como las muertes por sobredosis, SIDA, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias. A su vez, la regulación represiva, al suponer una mayor marginación del consumidor, lejos de obtener la tutela de la libertad de autodeterminación del ciudadano, produce un efecto pernicioso para la misma.

7. Los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: Se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última. Por otra parte, la necesaria expansión de los principios de Derecho internacional se realiza en clave represiva y en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles.

8. La actual política básicamente represiva tiene nefastos efectos sobre los imprescindibles esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad personales. Por una parte fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud. Por otra, permite eludir las responsabilidades de la propia

sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos.

9. Por otro lado, la actual política represiva se limita a la adopción de una intervención asistencial centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados—, impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones personales, familiares y sociales, y privilegia la confusión entre asistencia y control con efectos claramente perniciosos.

Ante esta situación, creemos que es hora de frenar la tendencia hacia el aumento de la represión, cuyos ejemplos últimos son la reforma española de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas del mismo año, manifestándonos asimismo rotundamente en contra de cualquier intento de penalización del consumo. Se ha de reflexionar seriamente sobre el posible desarrollo de otras alternativas que alteren el actual énfasis puesto en las medidas represivas penales.

La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Sólo una intervención preventiva basada en mensajes positivos, realizada por los cauces y agentes normales de la intervención educativa y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos derivados del consumo puede tener una razonable esperanza de éxito.

No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos; antes bien, éstos deberían tener la posibilidad de acceder legalmente a la posesión de las mismas.

Es preciso un análisis normalizado de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas que lleve a su tratamiento en consonancia con los principios que rigen en Derecho penal respecto a comportamientos similares.

Nadie duda que debería existir un estricto control administrativo de su producción y venta, con especial atención a la calidad de la sustancia, y que las infracciones más graves de tal control pudieran constituir delito, a semejanza de lo que sucede con los productos alimenticios o con medicamentos u otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud.

También debería merecer consideración por parte del Derecho penal el suministro de drogas a menores de edad o a personas carentes de modo evidente de capacidad de decisión autónoma, del mismo modo que sucede en relación con otros ámbitos vitales.

Las dificultades de aplicación de los preceptos penales en los dos sectores citados terminarían siendo semejantes a las actualmente existentes en los ámbitos que se toman como modelo, donde tales dificultades se consideran socialmente aceptables. La probable persistencia del tráfico ilícito en esas esferas no debe hacer olvidar que el mercado ilegal, con sus secuelas ya conocidas, habría sufrido una sustancial restricción.

Adoptadas las vías penales anteriores, parece lógico pensar que se produciría una notable disminución del poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes: el volumen de tráfico ilícito se reduciría de modo decisivo, y el margen de beneficios de este tráfico, o del lícito si se readaptaran a él, sería mucho menor. En cualquier caso, sus persistentes comportamientos ilícitos debieran tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico.

La dimensión internacional es básica para la efectividad de estas propuestas. Las esferas oficiales españolas deben, sin embargo, dejar de utilizar este hecho como una coartada: en el plano nacional rechazan entrar en el debate político-criminal alegando que éste debe situarse en un nivel supranacional, y simultáneamente, cuando acuden a los foros internacionales correspondientes, los representantes oficiales españoles adoptan actitudes claramente promotoras de la represión o, cuando menos, tendentes a rehuir el debate y absolutamente receptivas a las nuevas propuestas endurecedoras de la punición.

Por todo lo anterior, los abajo firmantes instan a los poderes públicos a que fomenten abiertamente un debate en la sociedad española en los términos antedichos, abandonando actitudes de descalificación hacia la denominada alternativa despenalizadora, y haciendo llegar estas inquietudes a las instancias oficiales internacionales. Del mismo modo los signatarios de este documento se comprometen a aunar esfuerzos de cara a concretar progresivamente la alternativa esbozada».

Sus firmantes, consecuentes con el compromiso asumido en el citado Manifiesto y tras una serie de reuniones preparatorias, aprobaron en Sevilla el 9 de febrero de 1991 un extenso documento donde exponen detenidamente una detallada alternativa a la actual situación exasperadora de la represión, en línea con los rasgos básicos contenidos en el citado Manifiesto<sup>109</sup>.

Su misma existencia demuestra una vez más que ya no se puede continuar diciendo que las propuestas de legalización controlada no son más que buenas intenciones incapaces de concretarse en algo aplicable a la actual realidad social. Aquí hay un texto cuyo contenido merece consideración, y que ha recogido numerosos apoyos profesionalmente cualificados<sup>110</sup>.

Principios inspiradores de la alternativa que a continuación pasaremos a describir sumariamente son los siguientes:

1. El texto en cuestión decide normalizar el trato con las drogas, de lo que es buena muestra su decisión de integrar su régimen, con las mínimas salvedades necesarias, en el general propio de los medicamentos.
2. Se opta por el desarrollo en el ciudadano adulto de pautas de uso responsable de sustancias susceptibles de causar bienestar corporal o mental, más allá de sus posibles indicaciones estrictamente terapéuticas. Ello permite partir de un modelo no medicalizado de consumo de tales sustancias.
3. Se descarta el régimen de monopolio defendido por algunas propuestas despenalizadoras, optando por el de comercio controlado.
4. La regulación penal propuesta, no sólo pretende acomodar al modelo anterior la reacción punitiva, sino que además pretende corregir los defectos —fundamentalmente vinculados a la falta de respeto a determinados principios constitucionales y penales, y a una defectuosa técnica jurídica—, de los actuales tipos penales.

El contenido de la Propuesta está formulado en función de las actuales realidades normativas del ordenamiento jurídico español, a las que ofrece un modelo legal alternativo. Su estructura responde a lo que podría ser un proyecto legal de reforma del de-

recho español vigente en materia de drogas, de forma que si hubiera la correspondiente voluntad política, con unas levisimas modificaciones podría presentarse para su discusión y eventual aprobación en las Cortes españolas.

La Propuesta alternativa se divide en dos grandes bloques, el primero de los cuales pretende realizar una profunda reforma de la legislación administrativa, y el segundo aborda la modificación de la legislación penal.

Por lo que se refiere a la *legislación administrativa*, la reciente promulgación de una Ley del Medicamento<sup>111</sup> ha facilitado extraordinariamente la pretensión de aplicar a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el sistema de control administrativo propio de los medicamentos, en especial por tres razones:

a) La consideración inequívoca de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como medicamentos en la propia ley<sup>112</sup>. b) El afán del legislador por elaborar una norma exhaustiva, abarcadora de todo el proceso, desde la fabricación hasta la dispensación, e incluso su uso, respecto a estas sustancias y productos. c) La generalizada necesidad de adaptación a esta norma de prácticamente toda la legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dada su vigencia también para ellos<sup>113</sup> lo que, unido a lo anterior, elimina considerablemente el riesgo de crear lagunas jurídicas a través de una solicitud de derogación de la legislación específica actualmente vigente.

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

Todas las modificaciones propuestas a la ley se explican en función de 9 ideas:

1. Supresión de toda referencia a la persistencia de una legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas<sup>114</sup>. En consecuencia, la elaboración y distribución de tales sustancias deberán acomodarse, a salvo de las peculiaridades que se expondrán a continuación, al minucioso régimen general aplicable a los medicamentos.
2. Ampliación del ámbito de actuación de los medicamentos, más allá de la indicación terapéutica o análogas, a la extraterapéutica consistente en la obtención de un determinado bienestar corporal o mental, por lo demás ya recogida esencialmente en el propio concepto de medicamento de la ley<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> Véase Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas* 1992. Págs. 21 y ss.

<sup>110</sup> La Propuesta Alternativa la han suscrito como signatarios originales 25 catedráticos de Derecho Penal, 20 profesores titulares de Derecho Penal, y 59 magistrados, jueces y fiscales.

<sup>111</sup> Véase Ley 25/1990 de 20 de Diciembre (BOE de 22 de diciembre).

<sup>112</sup> Véanse, entre otros preceptos, los arts. 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b), y en especial la definición de medicamento dada en el

art. 8.1: «Medicamento: Toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos...».

<sup>113</sup> Véase lo dicho en art. 41.

<sup>114</sup> Lo que se logra a través de seis modificaciones de la Ley, que en la Propuesta llevan los números 1, 7, 11, 13, 15 y 20.

<sup>115</sup> Lo que se logra con tres modificaciones de la Ley, concre-

3. Eliminación de alguna referencia, demasiado estricta incluso para medicamentos en general, a los riesgos que pueden asumirse<sup>116</sup>.
4. Desarrollo de un sistema controlado de dispensación sin receta, distinguiendo entre el cannabis y sus derivados, y los restantes estupefacientes y psicótopos.

En concreto para las sustancias no derivadas del cannabis se establece el siguiente procedimiento de dispensación a través de oficinas o servicios de farmacia: «Art. 34.1 bis p.1.: En todo caso los medicamentos estupefacientes o psicótopos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico podrán ser dispensados sin receta en dosis única, previa identificación personal y siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida».

A su vez respecto a los derivados del cannabis se propone lo siguiente: «Art. 42.1.: No obstante, la planta de cannabis y sus mezclas y preparados, en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico, podrán ser dispensados fuera de las oficinas y servicios de farmacia en lugares de venta especialmente autorizados para ello, siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida»<sup>117</sup>.

5. Exclusión de la publicidad de estas sustancias y productos y advertencia inequívoca de sus posibles riesgos. Así, se propone una reforma del art. 31.5 que, además de prohibir la publicidad de estas sustancias, establezca lo siguiente: «Las unidades de venta al público de estos medicamentos en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico deberán llevar en lugar visible y destacado información fácilmente comprensible y reglamentariamente regulada sobre los riesgos que implica el abuso del citado estupefaciente o psicótopo»<sup>118</sup>.
6. Confidencialidad de los datos personales legalmente obtenidos de los usuarios de estas sustancias y productos a tenor de las exigencias de dispensación antes aludidas. Se admite únicamente su uso anonimizado con fines estadísticos<sup>119</sup>.
7. Especial atención al desarrollo de programas y actuaciones específicos de cara a la formación de profesionales e información, educación, prevención y deshabituación de los usuarios y público en general<sup>120</sup>.
8. Establecimiento de un sistema de precios mo-

deradamente desincentivadores y exentos en todo caso de ayuda o financiación públicas. Respecto a lo primero, se añade un segundo párrafo al art. 100.3 que establece el procedimiento de determinación del precio de venta al público de los medicamentos, con el tenor siguiente: «Art. 100.3 p.2: En los medicamentos estupefacientes y psicótopos utilizados socialmente para obtener un bienestar extraterapéutico podrá establecerse un precio de venta al público superior, hasta un 50%, al resultante de los agregados anteriores. El citado incremento será destinado íntegramente a atender las actuaciones y programas específicos de educación sanitaria, prevención y deshabituación relativos a esos medicamentos y avalados por las Administraciones públicas».<sup>121</sup>

9. Garantizar a los drogodependientes el consumo de la sustancia bajo especial atención médica y propiciar su deshabituación a medio plazo.

Así, el adicionado art. 31.4 bis p.2 establece lo siguiente respecto a las sustancias no derivadas del cannabis: «Asimismo, a través de la pertinente reglamentación sanitaria, se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de las sustancias anteriores, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médicas, sin que ello deba condicionarse a la aceptación de un tratamiento de deshabituación»<sup>122</sup>.

Por último, y en lo referente al consumo, se señala la conveniencia de promover una equiparación entre el régimen vigente para algunas drogas ampliamente utilizadas y oficialmente aceptadas como el alcohol y el tabaco, y el de estupefacientes y psicótopos<sup>123</sup>. La equiparación se propugna también, en un primer momento, a la dispensación del cannabis para más adelante ampliarse a todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico de esta sustancia y sus derivados<sup>124</sup>.

En lo que concierne a la legislación penal, se pretende acomodarla al sistema de legalización controlada propuesto en la legislación administrativa. Ello implica una aproximación notable al régimen penal vigente para los medicamentos, si bien también aquí parece conveniente mantener algunas peculiaridades.

Se castigan fundamentalmente dos grupos de conductas:

En primer lugar, y en relación exclusivamente con los estupefacientes o sustancias psicotrópicas calificadas como drogas duras (es decir, «susceptibles de causar graves daños a la salud»), las conductas de tráfico que se realicen sin estar debidamente au-

tamente las que la Propuesta numera como 3, 4 y 5. Importante es la número 3, por la que se añade un art. 8 bis en el que se dice lo siguiente: «Equiparación: En esta ley toda referencia a efectos terapéuticos se entenderá que abarca también los extraterapéuticos ligados a la obtención de un determinado bienestar corporal o mental».

<sup>116</sup> Se sustituye en art. 26.i la referencia a riesgo previsible por riesgo inaceptable. (modificación 6 de la Propuesta).

<sup>117</sup> Véanse las modificaciones 2,8,12 y 16 de la Propuesta.

<sup>118</sup> Véase modificación 9 de la Propuesta.

<sup>119</sup> Véanse las modificaciones 10 y 19 de la Propuesta.

<sup>120</sup> Véanse las modificaciones 14 y 18 de la Propuesta.

<sup>121</sup> Véanse modificaciones 17 y 18 de la Propuesta.

<sup>122</sup> Véase modificación 8 de la Propuesta.

<sup>123</sup> La Propuesta se formuló antes de que, en línea opuesta a ella, pasara a constituir infracción administrativa el consumo de estupefacientes o psicótopos en determinadas condiciones.

<sup>124</sup> Véase punto 4 del texto de reforma de la legislación administrativa de la Propuesta.

torizado para ello o bien infringiendo de modo grave las formalidades legales<sup>125</sup>. Se crean dos tipos privilegiados, uno cuando la conducta, sin caer en el supuesto anterior, consista en la promoción del consumo con fines mercantiles de creación o ampliación de mercado, y otro para los consumidores que trafican a pequeña escala para subvenir así a sus propias necesidades<sup>126</sup>.

En segundo lugar, y sin perjuicio de las responsabilidades anteriores, se pena a quien facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos abusando de su situación<sup>127</sup>.

Se mantienen exclusivamente dos figuras agravadas, sea por pertenecer a una organización dedicada total o parcialmente a realizar las actividades delictivas anteriores, sea por omitir o alterar las exigencias reglamentarias sobre composición, calidad o información de tales sustancias, o por traficar con ellas conociendo tales omisiones o alteraciones, incrementando el posible daño a la salud de los consumidores. Se admite una agravación de segundo grado si concurren ambas circunstancias de agravación o nos encontramos ante alguien con funciones de responsabilidad en las organizaciones aludidas<sup>128</sup>.

Las conductas de receptación se mantienen estructuradas de modo sustancialmente similar a como resultaron de la reforma del Código penal español de 1988<sup>129</sup>, si bien, de cara a asegurar el principio de proporcionalidad de las penas, se introduce la importante modificación consistente en que en ningún

caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto<sup>130</sup>.

La entidad de las penas privativas de libertad se reduce, en coherencia con el sistema de legalización controlada en que se insertan las conductas delictivas. En cualquier caso se mantienen las penas privativas de libertad para la totalidad de los comportamientos.

La pena de multa sigue manteniendo unos niveles altos, que se acentúan en relación con el primer tipo básico, en cuanto que se establece en función de múltiplos de las ganancias obtenidas o susceptibles de obtenerse, aunque rechazando la insostenible pauta del valor final del producto<sup>131</sup>.

La pena de comiso se acomoda a los principios propios de un Estado de derecho, eliminando las desmesuradas previsiones contenidas en la reforma de 1988, exasperadas aun más en 1992<sup>132</sup>.

Se amplían notablemente las posibilidades de remisión condicional de la pena para los drogodependientes, o personas en situación equivalente, rehabilitados o en proceso de rehabilitación<sup>133</sup>. Del mismo modo se prevé la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación, siendo computable para la pena finalmente impuesta el periodo en él transcurrido en régimen de internamiento<sup>134</sup>.

Por último, y como regla aplicable a cualesquiera delitos, se prevé una exención completa o incompleta para aquellas personas que cometan delitos bajo el influjo del síndrome de abstinencia<sup>135</sup>.

<sup>125</sup> Se incluyen dentro del concepto de tráfico todas las fases de la actividad mercantil

<sup>126</sup> En concreto el propuesto art. 344 diría lo siguiente: «El que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas susceptibles de causar graves daños a la salud sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del duplo al quintuplo de la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, sin que pueda bajar de 500.000 pesetas.

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

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

<sup>127</sup> El propuesto art. 344 bis a) diría lo siguiente: «Sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar por las conductas expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor el que facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de 18 años, o a disminuidos psíquicos permanentes o transitorios abusando de la situación de éstos».

<sup>128</sup> Véase propuesto art. 344 bis b).

<sup>129</sup> La Propuesta se formuló antes de la reforma del Código penal español de 1992, a la que ya hemos aludido.

<sup>130</sup> Véase el propuesto art. 546 bis f).

<sup>131</sup> Véanse arts. 344, 344 bis b) p.2 y 546 bis f) propuestos.

<sup>132</sup> Véase el propuesto art. 48 y la eliminación del art. 344 bis e) así como la remisión a él del art. 546 bis f).

<sup>133</sup> El propuesto art. 93 bis diría lo siguiente: «Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes:

1º Que el condenado hubiera delinquido por razón de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación.

2º Que en el momento de la condena el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación.

3º Que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso.»

<sup>134</sup> Véanse arts. 33 del Código penal y 505 de la LECrim. propuestos.

<sup>135</sup> El propuesto art. 8.1 p.2 diría lo siguiente: «Asimismo el que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anule por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir».

Los párrafos segundo y tercero de ese artículo pasarían a ser los párrafos tercero y cuarto.

# Los fines de la casación en el proceso civil<sup>1</sup>

Nicolás GONZALEZ-CUELLAR SERRANO

## I. INTRODUCCION

El recurso de casación civil puede ser definido como un medio de impugnación de carácter extraordinario, cuyo conocimiento se atribuye a la Sala 1ª del Tribunal Supremo como más alto órgano jurisdiccional integrado en el Poder Judicial (y excepcionalmente a las Salas de lo Civil y Penal de algunos Tribunales Superiores de Justicia), el cual puede ser interpuesto únicamente contra las resoluciones expresamente previstas por la ley y por los motivos taxativamente establecidos en ella, y cuya existencia tiene como fin esencial proteger el derecho de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica.

La doctrina, sobre la base de remotos antecedentes situados en el Derecho romano de la época imperial, conviene en otorgar a la casación una doble finalidad: la protección del *ius constitutionis* y la defensa del *ius litigatoris*<sup>2</sup>. Generalmente se concede a la primera función mencionada, la salvaguarda del Derecho objetivo, mayor relevancia que a la segunda, la tutela de los derechos de las partes, considerada frecuentemente como la «artimaña» de la que se sirve la Ley para la satisfacción de los verdaderos fines de la casación, constituidos por la nomofilaxis y la uniformidad de la jurisprudencia<sup>3</sup>. Algunos autores, sin embargo, no aceptan que los derechos de las partes sean situados en una posición subordinada respecto del Derecho objetivo y defienden el valor de la casación como el último recurso mediante el cual los particulares pueden tratar de obtener la tutela de sus derechos subjetivos<sup>4</sup>.

Pero en la actualidad es muy dudoso que la distinción entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* pueda mantener su sentido tradicional en el ámbito del recurso de casación y es igualmente discutible que pueda diferenciarse con nitidez entre la finalidad nomofiláctica y la uniformadora de la jurisprudencia. Sobre la base de la Constitución y dentro del marco de una reforma global del proceso civil puede afirmarse que la finalidad de la casación habría de ser la unificación de la jurisprudencia, así como

la protección de los derechos constitucionales y la depuración de los vicios procesales causantes de nulidad de actuaciones. Como se habrá advertido no he mencionado la función nomofiláctica. Veamos por qué.

## II. LA EVOLUCION DEL RECURSO DE CASACION

Es innegable que en sus orígenes históricos el fin de la casación podía ser considerado «nomofiláctico», como advirtió Calamandrei. Impregnados por la teoría del contrato social de Rousseau y decididos a organizar el Estado según la teoría de la división de poderes de Montesquieu, los revolucionarios franceses crearon el Tribunal de Casación con la misión de proteger la ley, para evitar la rebelión de los jueces procedentes del Antiguo Régimen frente a la nueva legalidad, por medio de la anulación de las sentencias que contuvieran «una contravención expresa del texto de la ley» y sin posibilidad de enjuiciar el fondo del asunto, que había de ser sometido nuevamente a conocimiento de un juez del mismo rango que aquél que había dictado la sentencia casada por medio de un instrumento peculiar, el reenvío<sup>5</sup>.

Para los revolucionarios la casación no podía poseer una finalidad uniformadora de la jurisprudencia, pues en realidad pensaban que la jurisprudencia, institución que detestaban, no debía existir. «En el Gobierno republicano —había dicho Montesquieu— es propio de la naturaleza de la Constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual pueda interpretarse ninguna ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida»<sup>6</sup>. Pero el abandono de los postulados más ingenuos del positivismo jurídico radical impulsó la evolución histórica del recurso de casación que paulatinamente fue convirtiéndose en un instrumento apropiado para lograr la uniformidad de la jurisprudencia. La posibilidad de motivar las decisiones del tribunal de casación, su publicación en el Boletín Oficial y la necesidad de que, tras el segundo reenvío, el juzgador

<sup>1</sup> En este trabajo se recogen algunas de las ideas expresadas por el autor en el libro *Apelación y casación en el proceso civil* (con José Garberí Llobregat), Ed. Colex (en prensa).

<sup>2</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*. T. I, Buenos Aires, 1945, págs. 70 y ss.

<sup>3</sup> Entre los defensores de tal postura destaca en la actualidad Taruffo, quien considera la tutela de la ley en el caso concreto un efecto colateral (*side-effect*) del recurso de casación, cuyo fin sería la unificación de la jurisprudencia a través de la creación de precedentes. «La Corte di cassazione e la legge», *RTDPrC*, 1990, 2, pág. 379.

<sup>4</sup> Así, Condomines Valls, *El recurso de casación en materia ci-*

*vil*, Barcelona, 1977, págs. 29 y 38 a 49; Vázquez Soleto, «Rasgos definidores de la casación civil española», *ADP*, 1974, págs. 925 y 926; Serra, «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (obra colectiva, coordinada por Valentín Cortés Domínguez), Madrid, 1984, pág. 785.

<sup>5</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*. T. I, cit. pág. 25; Satta, *Comentario al Codice di Procedura Civile. Libro Secondo. Processo di cognizione. Parte Seconda*, Milán, 1959, 1962, págs. 175 a 179.

<sup>6</sup> *El espíritu de las leyes*, Madrid, 1971, Libro VI, Cap. III, pág. 100.

de instancia acatara el punto de vista jurídico del tribunal, establecida por la Ley francesa de 1 de abril de 1837, constituyen algunos de los hitos más importantes de una evolución del recurso<sup>7</sup> que todavía en nuestros días no puede considerarse concluida.

En efecto, aún precisa la casación desprenderse del lastre de su pretendida finalidad nomofiláctica, cuya superación permitiría desechar la idea de que cualquier transgresión normativa cometida por los tribunales de instancia se encuentra llamada a ser corregida a través de dicho medio de impugnación. No existe ninguna razón que nos obligue a mantener, como reliquias del pasado, las particularidades de un recurso creado hace más de doscientos años si no son útiles para resolver los problemas de la sociedad contemporánea. La evolución que ha sufrido la institución del reenvío en los países de la Europa continental constituye un claro ejemplo de ello<sup>8</sup>.

En España tradicionalmente se ha considerado que la función primordial de la casación consiste en lograr la uniformidad jurisprudencial<sup>9</sup>, aunque por influencia de la clásica obra de Calamandrei, suele hacerse alusión a la «función nomofiláctica»<sup>10</sup>. No se repara, sin embargo, en que cuando se emplea tal expresión no se hace alusión sólo a la «protección de la norma». La «nomofilaxis», referida a la casación, se halla cargada de un contenido semántico más concreto. Si no fuera así, como desde la perspectiva de las llamadas «teorías objetivas» sobre los fines de la jurisdicción<sup>11</sup> la actuación de todo órgano judicial tendría como meta la protección del Derecho objetivo —en definitiva, de las normas—, la actuación de cualquier Juez de Primera Instancia o de cualquier tribunal de apelación podría ser calificada también como nomofiláctica.

### III. LA REDIFINICION DE LA NOMOFILAXIS

Es obvio que cuando se emplea el término «nomofilaxis» para describir el fin de la casación se pretende hacer alusión a algo distinto. Concretamente, a la tarea que desempeña el tribunal de casación, como órgano que ocupa la cúspide de la organiza-

ción judicial, en la corrección de los errores de interpretación jurídica cometidos por los órganos inferiores<sup>12</sup>. Más que la norma, lo que protegería la casación sería la «exacta observancia de la ley», por emplear las palabras utilizadas por el art. 65 del *Ordinamento Giudizario* italiano. Interesa destacar que la redacción de este precepto, que data de 1941, ha sido muy criticada por la doctrina, que ve en ella, como afirma Taruffo, una clara influencia de la concepción clásica de la casación formulada por Calamandrei y de una visión «burocrática y autoritaria» del recurso de estilo fascista<sup>13</sup>. «El interés de la ley de que se habla comunmente en materia de casación —decía Calamandrei— no quiere decir, pues, otra cosa que el *interés público en la exacta interpretación del significado abstracto de la ley*, absolutamente distinto del interés público en la actuación de los preceptos nacidos de la norma abstracta exactamente interpretada»<sup>14</sup>.

Pero el propio Calamandrei, aunque sostenía que la interpretación conforme a la ley sólo podía ser una, era consciente de la imposibilidad teórica de identificarla con exactitud y defendía, en consecuencia, la relatividad de los conceptos de verdad y falsedad en el contexto de la interpretación normativa, la cual, basada —a su juicio— en «un razonamiento que puede ser más o menos persuasivo» nunca conduciría a una «certeza absoluta e irrefutable». Entendía Calamandrei que «para mantener la certeza y la igualdad del Derecho» es oportuno «considerar oficialmente como interpretación verdadera de la ley la que se elige por el órgano unificador de la jurisprudencia como interpretación única»<sup>15</sup>.

En la actualidad, sin embargo, prevalece la idea, intuida por el profesor florentino, de la inexistencia de una única interpretación de la norma que pueda considerarse jurídicamente correcta, pues una norma puede ser objeto de más de una interpretación razonable<sup>16</sup>.

Recientemente la doctrina italiana ha dirigido sus esfuerzos hacia la redefinición del concepto de *nomofilaquia*, que, siguiendo a Borré, habría de entenderse de modo diferente y más complejo, como procedimiento que permitiría llegar a la unidad a partir de la diversidad<sup>17</sup>. En palabras de Brancaccio, en la

<sup>7</sup> Cfr. Prieto-Castro, *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, T. II, Pamplona, 1985, págs. 102 y ss.

<sup>8</sup> La concepción de los revolucionarios franceses del *tribunal de cassation* como una «jurisdicción negativa» que, casada la sentencia, debía remitir la decisión sobre el fondo a un órgano judicial del mismo nivel que aquél que hubiera dictado la resolución impugnada, a través del llamado «reenvío», pervivió durante decenios, hasta fechas muy recientes, en países como Francia e Italia. En ambos países, sin embargo, la legislación ha evolucionado finalmente y se permite al tribunal de casación, al igual que sucede en Alemania (556 ZPO) y en Austria (510 ZPO), fallar sobre el fondo sin reenvío cuando los hechos han sido suficientemente constatados y apreciados por los jueces de instancia y permitan al tribunal aplicar la regla de derecho (art. 627 CPC francés, redactado por el Decreto num. 79/941, de 7 de diciembre de 1979) o, en palabras del Código italiano, cuando no son necesarias ulteriores investigaciones sobre los hechos (art. 384 CPC, reformado por la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353).

<sup>9</sup> Vide Fairen, «La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, págs. 198 a 235; Laso Gaite, «Evolución histórica de la casación civil en España», *RDPIB*, 1971, 1, págs. 127 a 183; Vázquez Sotelo, «Rasgos definitorias de la casación civil es-

pañola», cit., págs. 859 a 926; del mismo autor, *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona, 1979.

<sup>10</sup> Me refiero a *La Cassazione civile*, publicada en 1920 en Turín en dos tomos. Ha sido traducida al castellano por Sentis Melendo en dos volúmenes, que son los que han sido citados con anterioridad. Vide también el trabajo de Calamandrei, «Cassazione civile», en *Nuovo Digesto Italiano*, Turín, 1937, págs. 1061 y ss. (Trad. por Sentis Melendo y Ayerra con el título *Casación civil*, Buenos Aires, 1959), actualizado posteriormente por Furno (*Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1958, págs. 1054 y ss.).

<sup>11</sup> Vide Prieto-Castro, *Derecho de los Tribunales*, Pamplona, 1986, págs. 85 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*, T. II, cit., págs. 29 a 36, 116 a 118 y 178 a 180.

<sup>13</sup> «La Corte di cassazione e la legge», cit., págs. 350, 351 y 373.

<sup>14</sup> *La casación civil*, T. II, cit., pág. 118.

<sup>15</sup> *La casación civil*, T. II, cit., págs. 106 a 111.

<sup>16</sup> Cfr. Taruffo, «La Corte di Cassazione e la legge», cit., pág. 370.

<sup>17</sup> Borré, «Verso un ruolo più significativo del giudizio di legittimità», en «Dibattito su: La cassazione e il suo futuro», *Questione Giustizia*, 1991, 4, pág. 820.

nomofilaxis «encuentra el modo de expresarse el pluralismo ideológico, puesto que la certeza del derecho, que constituye el fin de la nomofilaxis, resulta así redefinida, en el sentido que ella se presenta no como un valor absoluto y abstracto, sino como un valor tendencial, correlativo al debate que ha precedido a la decisión»<sup>18</sup>. De este modo, —advierte Taruffo con acierto— la nomofilaxis no se apoyaría en los postulados de las teorías formalistas de la interpretación y en la «autoridad jerárquica» del tribunal de casación, sino en la «autoridad de las buenas razones» que el más alto tribunal ha de exteriorizar a la hora de aceptar o rechazar nuevos puntos de vista jurídicos adoptados por los órganos judiciales inferiores<sup>19</sup>.

La nomofilaxis se presenta así enlazada con la idoneidad de la casación como instrumento al servicio de la evolución de una jurisprudencia que pueda considerarse «coherente y responsable»<sup>20</sup>, que permita someter las decisiones innovadoras de los tribunales inferiores ante el tribunal de casación, con el fin de que dicho órgano enjuicie su legalidad y haga públicos los motivos de su rechazo o admisión, de forma que la sentencia pueda servir como precedente para la resolución de otros asuntos posteriores<sup>21</sup>. La nueva perspectiva de la función nomofiláctica nos conduce, por tanto, a la cuestión de la aptitud del recurso para lograr la uniformidad de la jurisprudencia.

#### IV. LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

En realidad nadie duda que la misión esencial de la casación radica en lograr la uniformidad jurisprudencial, si bien frecuentemente se afirma que el citado recurso tiene como finalidad la defensa del *ius litigatoris*. Y es cierto que más que a la protección del *ius constitutionis* la casación debe orientarse hacia la tutela de los derechos de los ciudadanos. Ahora bien ¿qué derechos? No es difícil dar respuesta al interrogante planteado cuando se constata la ap-

titud de la casación para salvaguardar los derechos de las personas a la igualdad y a la seguridad jurídica<sup>22</sup>, los cuales expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, de rango constitucional<sup>23</sup>. En este sentido la función uniformadora de la jurisprudencia es consecuencia de la protección del *ius litigatoris*.

El principio de igualdad, constitucionalmente proclamado en los arts. 1 y 14 CE, no sólo exige la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley efectuada por los órganos jurisdiccionales. En situaciones iguales la jurisdicción debería pronunciar decisiones iguales, siempre que no concurrieran razones objetivas y razonables que justificaran el trato desigual o, en otras palabras, la evolución de la jurisprudencia. Como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/92, de 21 de diciembre, «no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante».

Pues bien, para garantizar la eficacia del principio de igualdad en la aplicación de la ley nuestro Derecho cuenta con dos instrumentos que podrían emplearse de forma complementaria con gran eficacia: me refiero al recurso de casación y al recurso de amparo.

Por su posición institucional, al carecer el Tribunal Constitucional de competencia para pronunciarse sobre cuestiones de mera legalidad ordinaria, su doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley ha sido necesariamente restrictiva, en ocasiones en exceso. A grandes rasgos, el Tribunal Constitucional afirma que el art. 14 de la Constitución no resulta infringido cuando las resoluciones contradictorias emanan de distintos órganos judiciales y sostiene que sólo se produce la vulneración de dicho precepto cuando la contradicción se produce entre resoluciones de un mismo órgano judicial que, además, no haya motivado suficientemente su cambio de criterio, en la sentencia impugnada o con anterioridad en decisiones precedentes<sup>24</sup>. El Alto tribu-

<sup>18</sup> «De la necessità urgente di restaurare la Corte di Cassazione», en «La cassazione civile», *Foro italiano*, 1988. V, pág. 462.

<sup>19</sup> «La Corte di cassazione e la legge», cit., pág. 384; Borrè, op. cit., págs. 821 y 822.

<sup>20</sup> Borrè, op. cit., pág. 822.

<sup>21</sup> Algunos autores italianos, en contra de la doctrina mayoritaria que coincide en su crítica a la caótica situación actual de la casación en aquel país, principalmente por su incapacidad para lograr la uniformidad de la doctrina legal (las distintas posturas pueden encontrarse en Fanelli, «La funzione nomofilattica de la Corte di Cassazione», en *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1989, núm. 23, págs. 42 y 43), han defendido el valor de las contradicciones jurisprudenciales, aunque se manifiestan en sentencias dictadas en un corto espacio de tiempo por el tribunal de casación, e incluso aunque los contrastes adopten la forma de una jurisprudencia pendular, con argumentos tales como el carácter heterogéneo de la sociedad, el valor de la diversidad en un mundo en permanente mutación y la independencia de los magistrados de la *Corte di Cassazione* (véase Senese, «Funzione di legittimità e ruolo di monofilattica», *Foro italiano*, 1987, V, pág. 264; Franceschelli, «Nomofilattica e Corte di Cassazione», *Giustizia e Costituzione*, 1986, págs. 39 a 41. La definición de la nomofilaxis como el «valor tendencial» o «metodológico» al que se ha hecho referencia no implica que deba com-

partirse semejante punto de vista (Denti, «A proposito di Corte di Cassazione e di nomofilattica», en *La cassazione civile*, cit., págs. 417 y ss; Chiarloni, «La cassazione e la norme», *Riv. Dir. Pr.*, 990, 4, págs. 993 y ss.). Antes al contrario, aunque la evolución de la jurisprudencia deba partir necesariamente de la diversidad, de las inevitables discrepancias entre los órganos judiciales de instancia, la misión de la casación ha de ser la de dotar al sistema de una coherencia interna que permita alcanzar la seguridad jurídica (Moneta, «Contrasti nella giurisprudenza della Cassazione civile», *Rivista Contratto e impresa*, 1990, 3, pág. 1017), cierta previsibilidad del resultado de un proceso, y un tratamiento igual de los ciudadanos ante los tribunales.

<sup>22</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*. T. II, cit., pág. 81; De la Plaza, *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 22; Gimeno, «La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, núm. 1448, pág. 1741.

<sup>23</sup> Aunque el artículo 1.1 CE no menciona la seguridad jurídica entre los valores superiores del ordenamiento, Peces-Barba Martínez considera que posee tal carácter, por su conexión con la justicia y la igualdad. «Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española» en *Funciones y fines del Derecho. Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista* Separata, págs. 247 a 245.

<sup>24</sup> SSTC 63/84, de 21 de mayo; 48/87, de 22 de abril; 66/87,

nal ha llegado a afirmar incluso que dos Secciones de una misma Sala constituyen órganos judiciales distintos (SSTC 134/91, de 17 de junio; 183/91, de 30 de septiembre...) y que el término de la comparación es el precedente, entendido no como decisión aislada, sino como línea jurisprudencial que constituya una doctrina ya consolidada, de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza (STC 28/93, de 25 de enero).

Pero que el recurso de amparo no sea un instrumento adecuado para lograr la uniformidad jurisprudencial no implica que, con base en el art. 14 de la Constitución, no pueda reclamarse del legislador la instauración de un sistema de recursos que impida la discriminación en la aplicación de la ley, como sostuvo GIMENO en su Voto Particular al Auto del Tribunal Constitucional 76/91, de 7 de marzo. Precisamente es mediante una adecuada regulación de la casación como puede lograrse la plena efectividad del principio de igualdad en la aplicación de la ley. La existencia de un Tribunal Supremo, al que el art. 123.1 de la Constitución considera «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional, permitiría que la doctrina contenida en cualquier sentencia que se separara de precedentes anteriores pudiera ser sometida al control de un único órgano encargado de unificar la jurisprudencia. Las resoluciones de dicho Tribunal que resultaran contradictorias con su propia doctrina habrían de exteriorizar las razones del cambio de criterio, los motivos conducentes al abandono de una postura y la asunción de otra que en el futuro servirá como presente, pues la ausencia de tal motivación justificaría la interposición de un recurso de amparo ante el TC con fundamento en el art. 14 de la Constitución.

Así, junto con el principio de igualdad resultaría fortalecida la seguridad jurídica, pues el contenido de la sentencia en el caso concreto sería más fácilmente predecible. Como afirma Chiarloni una práctica inspirada en el respeto a los precedentes permite a las personas prever las consecuencias de sus acciones, reduce la conflictividad judicial y dota al tráfico jurídico de mayor seguridad y posibilidades de programación<sup>25</sup>.

## V. PROPUESTA DE REFORMA

Hoy por hoy, sin embargo, en nuestro proceso civil, el recurso de casación no satisface los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Y no lo hace fundamentalmente por dos razones:

- a) La primera, referida al ámbito de las resoluciones recurribles, consiste en la arbitraria exclusión de ciertas materias sobre las cuales

el Tribunal Supremo no puede pronunciarse, unida a la existencia, con carácter general, de elevados límites económicos para acceder al recurso;

- b) La segunda, atinente a los motivos de impugnación, consiste en el abundante número de recursos que, a pesar de todo, llegan hasta el Tribunal Supremo. Acertadamente manifiesta Taruffo que «la autoridad de las resoluciones de un órgano es, o tiende a ser, inversamente proporcional al número de veces que el mismo se pronuncia» y también es trasladable a nuestro país su diagnóstico sobre la situación italiana, cuando afirma que en los repertorios de jurisprudencia es posible hallar sentencias favorables a cualquier posición que se quiera defender<sup>26</sup>.

Pero ¿cómo resolver la paradoja planteada? ¿cómo puede extenderse la posibilidad de interponer el recurso frente a todas las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales sin que ello suponga el colapso de la Sala 1.ª del TS? La única manera de conseguirlo es a través de la restricción de los motivos de impugnación de la sentencia recurrida.

Aunque para reducir el volumen de trabajo del Tribunal Supremo, la medida más sencilla que podría implantarse es la propuesta por Cappelletti<sup>27</sup>, que consiste en la concesión al tribunal de casación de la posibilidad de seleccionar los recursos sobre los que considerara conveniente pronunciarse, como hace el Tribunal Supremo norteamericano, la traslación de dicha técnica a nuestro Derecho resultaría muy problemática. En España, al igual que en los países de nuestro entorno europeo continental no rige el principio del *stare decisis* y los tribunales no se sienten tan vinculados a los precedentes como en los países del *common law*. Por ello, dado que las resoluciones contradictorias son muy frecuentes, parece necesario dejar expedita a los ciudadanos la vía de acceso al Tribunal Supremo, órgano que está obligado a restablecer el derecho a la igualdad en todos los casos en los que haya sido infringido. Es sintomático que en Alemania, cuyo ordenamiento permite al tribunal de casación rechazar los recursos que carezcan de «importancia fundamental» (aunque la *summa gravaminis* alcance los 60.000 marcos requeridos con carácter general), se entiende cumplido el requisito de la relevancia cuando la sentencia impugnada sea contradictoria con la jurisprudencia<sup>28</sup>.

No obstante, lo que sí resulta conveniente es la instauración de filtros de acceso que permitan rechazar anticipadamente los recursos claramente infundados. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ha modificado el art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su regla tercera autoriza

de 21 de mayo; 185/88, de 14 de octubre; 115/89, de 22 de junio; 201/91, de 28 de octubre; 202/92, de 28 de octubre; 42/93, de 3 de febrero...

<sup>25</sup> «Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza», *RTDPrc*, 1989, 1, pág. 121.

<sup>26</sup> «La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y la de instancia», en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pág. 550 (Trad.

Marco Villagómez Cebrián); «Linee per una riforma della Cassazione Civile», *Revista Critica del Diritto Privato*, 1987, núm. 5, págs. 207 a 209.

<sup>27</sup> «Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano» en *Proceso, ideologías, sociedad* (Trad.: Sentis Melendo), Buenos Aires, 1974, pág. 280.

<sup>28</sup> Cfr. Albers, *Zivilprozessordnung*. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, München, 1991, pág. 1269.

al Tribunal Supremo a dictar auto de inadmisión «cuando el recurso carezca absolutamente de fundamento o cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales». La norma, que tiende a dotar de eficacia al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, tiene sus antecedentes en los arts. 50.1 c) y d) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el art. 885.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en los arts. 197, 210 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral. Exige que se otorgue al recurrente audiencia y que la decisión sea unánime. Con ello se satisface el derecho de defensa y se conjura el peligro de una cristalización de la jurisprudencia<sup>29</sup>.

Pero volvamos a la necesidad de salvaguardar los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Decía antes que sólo mediante la restricción de los motivos de impugnación pueden solventarse los problemas que aquejan a la casación. Obviamente dicha restricción deberá ser consecuente con la que hemos manifestado que es la finalidad esencial del instituto: la uniformidad de la jurisprudencia.

Si la función nomofiláctica no puede ser considerada una función desvinculada de la uniformadora de la jurisprudencia, puede afirmarse sin dificultad que tanto la función nomofiláctica como la uniformadora resultarían satisfechas si la fundamentación de la casación en el motivo de la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia» —el actual motivo 4º del art. 1692— sólo pudiera realizarse en aquellos supuestos en los cuales la sentencia que se pretendiera impugnar resultara contradictoria con precedentes anteriores dictados por el mismo tribunal u otro tribunal del mismo o superior grado. Únicamente en tales supuestos resulta vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley y defraudadas las expectativas de seguridad jurídica. Sólo en estos casos resulta indispensable, en definitiva, la intervención del Tribunal Supremo.

Un primer paso en la dirección propuesta lo han dado la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, con el antecedente del antiguo motivo de revisión establecido por el ya reformado art. 101.1 b) de la última Ley citada, han creado un «recurso de casación para la unificación de doctrina» que sirve de complemento al recurso de casación ordinario en el proceso laboral y en el proceso administrativo.

En el proceso civil, con la reforma que proponemos, la sentencia que no se apartara de los precedentes anteriores no podría ser recurrida en casación, a no ser que se hubiera infringido algún derecho fundamental o que a lo largo del proceso hubiera sido cometido algún vicio determinante de la nulidad de las actuaciones. Y ello porque la protección de los derechos fundamentales y la depuración de los vicios causantes de nulidad han de ser consideradas finalidades adicionales de la casación.

Los derechos fundamentales gozan en nuestro or-

denamiento de una posición preferente que se concreta en un cúmulo de cautelas que la Constitución establece para lograr su más eficaz defensa y que atañen, entre otras cuestiones que ahora no interesa destacar, a su protección jurisdiccional reforzada, que puede ser solicitada ante los tribunales ordinarios y también, por medio del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional. Precisamente con la atribución de la tutela de los derechos fundamentales a este último órgano jurisdiccional, situado fuera de la organización propia del Poder Judicial, se aseguró la efectividad de los preceptos constitucionales, frente al riesgo de la degradación de su contenido normativo por parte de ciertos sectores de la judicatura, acostumbrados a aplicar al Derecho al margen de una verdadera Constitución democrática. Pero simultáneamente, y porque, como no podía ser de otra manera, el Poder Judicial se halla sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, se concedió a los órganos judiciales la primera palabra frente a la vulneración de los derechos fundamentales y se atribuyó carácter subsidiario al recurso de amparo.

Pues bien, la posición preferente de los derechos fundamentales y el carácter subsidiario del recurso de amparo, derivado de los arts. 53.2 de la Constitución y 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, exigen que la tutela de los derechos fundamentales sea considerada uno de los fines de la casación. Así, en todos los supuestos en los que los órganos judiciales de instancia los infrinjan o no remedien su vulneración debería quedar expedita la vía de acceso al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, con objeto de lograr su restablecimiento. Es obvio que con con ello se aliviaría la carga de trabajo que gravita sobre el Tribunal Constitucional, lo que redundaría en beneficio de la rapidez en la tramitación de los procesos constitucionales.

Actualmente, el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite fundamentar el recurso de casación en los preceptos constitucionales, supuesto en el que atribuye la competencia al Tribunal Supremo, «cualquiera que sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional». En realidad, en lo que concierne al proceso civil, la existencia de dicho artículo no sería necesaria en la actualidad, pues es evidente que la violación de una norma constitucional podría ser denunciada en casación invocando el art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge el genuino motivo casacional de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Además el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lamentablemente, no amplía el ámbito de las resoluciones recurribles, dado que sólo permite la presentación del recurso en los supuestos legalmente establecidos.

A los dos motivos expuestos habría de añadirse, sin embargo, y como he afirmado con anterioridad, un tercero: la existencia de algún vicio causante de la nulidad de las actuaciones.

Aunque, como sostiene Satta, no parece acer-

<sup>29</sup> Muy crítico con las nuevas causas de inadmisión se ha manifestado Serra, «Del recurso de casación» en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Ur-*

*gentes de Reforma Procesal*). Obra colectiva, Madrid, 1983, pág. 269

do afirmar que la casación tenga sus antecedentes históricos en la «querela nullitatis»<sup>30</sup>, es innegable que, con la casación, los revolucionarios franceses otorgaron a la «infracción de ley» tratamiento similar al que se dispensaba a los vicios de nulidad. En España se abandonó pronto la equiparación de la «infracción de ley» a un vicio de dicha naturaleza, pero como el recurso había penetrado en el ordenamiento asimilado a un recurso de nulidad —como llegó a denominarse en un principio a la casación—, la posibilidad de denunciar los defectos procesales causantes de nulidad se consideró consustancial a la naturaleza del recurso, que se estimaba procedente no sólo para denunciar los vicios *in iudicando*, sino también los vicios *in procedendo*.

Desde un punto de vista práctico es muy difícil deslindar las categorías de los errores *in iudicando*, de un lado, y de los errores *in procedendo*, de otro. A juicio de Vázquez Sotelo, «aun cuando la mayor parte de la doctrina acepta que la distinción clásica es útil como base de partida para estudiar los vicios de la sentencia, en torno a su invalidez y a su injusticia, así como para establecer las diversas funciones de la casación respecto de cada una de dichas categorías, no existe absoluto acuerdo a la hora de definir en qué consisten tales vicios». Como advierte el autor citado, la posibilidad de fundar la distinción en la naturaleza material o procesal de la norma infringida debe ser descartada. Basta para ello con comprobar cómo se ha venido admitiendo la posibilidad de denunciar como infracción de ley, con los efectos propios de los vicios «in iudicando», la vulneración de normas procesales como las que distribuyen la carga de la prueba o regulan los requisitos de la sentencia<sup>31</sup>.

En definitiva, la distinción entre ambos grupos de vicios es de nula utilidad práctica si no se enfoca desde la perspectiva de la diferencia entre los defectos que causan la nulidad de actuaciones y los que ocasionan la mera revocación de la sentencia impugnada. Mientras la concurrencia de los primeros impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre el fondo, la estimación de los segundos obliga a dicho tribunal a decidir sobre la fundamentación de las pretensiones deducidas en el proceso, dada la inexistencia en nuestro Derecho del «juicio de reenvío». Y ello tanto si la norma posee carácter material como si ostenta naturaleza procesal (así, por ejemplo, si la sentencia carece de motivación o es incongruente).

Si se comparan los motivos de nulidad de las actuaciones establecidos por los apartados 1º, 2º y 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con los establecidos en los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede comprobarse que

los primeros suponen una concreción de los segundos, los establecidos con carácter general en la Ley Orgánica del Poder Judicial, una de cuyas principales virtualidades, en palabras de Martín de la Leona, fue «la de configurar, por primera vez, para todo el ordenamiento procesal en su conjunto, un marco jurídico común para el tratamiento procesal de las nulidades»<sup>32</sup>.

En resumen, también la nulidad de actuaciones ha de poder ser denunciada en casación. Pero aun así, la propuesta realizada en nuestro trabajo no resultará en modo alguno satisfactoria para quienes defienden la consideración del recurso de casación como el último recurso mediante el cual las partes pueden tratar de obtener la tutela de sus derechos subjetivos.

En muchas ocasiones se alude al *ius litigatoris* en este sentido, para hacer referencia a un supuesto derecho a presentar ante el Tribunal Supremo, como máximo órgano del Poder Judicial, el último recurso, con objeto de que sea dicho órgano el que se pronuncie sobre los derechos en que las partes han fundamentado sus pretensiones deducidas en el proceso<sup>33</sup>. Tal concepción de la casación la convierte en realidad en una tercera instancia, aunque *sui generis*, en cuanto se orienta a la discusión de cuestiones de aplicación e interpretación jurídica de las normas y deja al margen el control de las razones que han conducido a los tribunales inferiores a formar su convencimiento sobre los hechos. Incluso cierta parte de la doctrina defiende el control en casación de las máximas de la experiencia empleadas por el juzgador de instancia en la apreciación de la prueba conforme al principio de libre valoración<sup>34</sup>.

¿En virtud de qué motivos se identifica el derecho a interponer el recurso de casación con el pretendido derecho de las partes a presentar un último recurso?

Como respuesta a esta pregunta no se puede afirmar el derecho a una tercera instancia como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución, pues en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional sostiene que, dentro del ámbito del proceso civil, el legislador ni siquiera se encuentra obligado a instaurar la doble instancia en todo tipo de procesos<sup>35</sup>. Difícilmente, en consecuencia, se puede negar al legislador libertad de configuración para restringir el acceso a la casación, de acuerdo con criterios no discriminatorios. Además, no parece que tres instancias garanticen una mayor justicia en la decisión. Primera instancia y apelación —aun cuando ésta se inspire en criterios restrictivos de la posibilidad de alegación de hechos y proposición de pruebas— son suficientes para asegurar una razonada aplicación del Derecho. Una instancia más provoca lo que Cap-

<sup>30</sup> *Comentario...*, cit., págs. 174 y 175.

<sup>31</sup> *La casación civil...*, cit., págs. 73 y 74.

<sup>32</sup> *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 1991, pág. 123.

<sup>33</sup> Cfr. Serra, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 785.

<sup>34</sup> Prieto-Castro, «Los hechos en casación (líneas generales)», en *Estudios y comentarios para la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, pág. 259; *Tratado...* II», cit., págs. 492 a 495 y 511 a 519; Gordillo, «La casación civil», *ADP*, 1965, 4, págs. 26 a 28; Fai-

ren, «La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del ordenamiento procesal. T. II. Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, Madrid, 1969, págs. 1029, 1030 y 1131 a 1136; Vázquez Sotelo, *La casación civil (revisión crítica)*, cit., págs. 131 y ss.; Serra, «El derecho a la prueba en el proceso civil español», en *Libro-Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, pág. 584; *Comentarios a la reforma...*, cit., págs. 842 a 847.

<sup>35</sup> SSTC 19/83, de 14 de marzo; 54/84, de 4 de mayo; 157/89, de 5 de octubre; 20/91, de 31 de enero...

pelletti ha denominado la «desvalorización del juicio de primer grado y la glorificación de las impugnaciones»<sup>36</sup> y, en definitiva, una considerable pérdida de tiempo.

Realmente los defensores de la visión del recurso de casación como el «último recurso» no suelen fundamentar su posición afirmando la necesaria existencia de una tercera instancia. Salvo excepciones, como la de Dualde<sup>37</sup> o su discípulo Condomines Vals<sup>38</sup>, niegan que la casación constituya una instancia más. No obstante consideran positivo que todo proceso civil pueda llegar hasta el Tribunal Supremo. Como ello resulta imposible, la lógica consecuencia de esta postura es la instauración de filtros de diversa naturaleza. Entre ellos han gozado de gran predicamento en nuestro derecho dos, el primero creado por la jurisprudencia y el segundo establecido por la ley: un exacerbado rigor formal, felizmente superado gracias a la jurisprudencia anti-formalista del Tribunal Constitucional, y el valor económico de la pretensión discutida en el juicio, criterio de agrio sabor clasista que, tras las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha ido gradualmente alejando al Tribunal Supremo de las controversias de menor valor económico.

Es cierto, sin embargo, que entre los partidarios

de la concepción de la casación como el último recurso en el que pueda hacerse valer, sin limitaciones, los derechos subjetivos de las partes, se encuentran algunos autores, como es el caso de Serra, que se oponen al establecimiento de filtros como los que acabo de mencionar u otros, como, por ejemplo, la carga de constituir un depósito de 50.000 pts para recurrir en caso de que al recurrente no le haya sido reconocido el derecho a litigar gratuitamente y de que la sentencia impugnada no sea conforme de toda conformidad con la de primera instancia<sup>39</sup>. Pero dichos autores no aclaran cuál puede ser la forma de evitar el colapso del Tribunal Supremo si a dicho órgano jurisdiccional se le atribuye la tarea de enjuiciar la corrección, desde el punto de vista de la legalidad, e incluso de la valoración de la prueba, de todas las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales.

En definitiva, el problema radica en que el tribunal que tenga atribuido el conocimiento de los recursos de casación, para que tal medio de impugnación pueda cumplir con eficacia el fin de dotar de uniformidad a la doctrina legal, debe ser uno, situado en la cúspide de la organización judicial. Y simultáneamente la existencia de un único tribunal imposibilita que en él converjan todos los procesos civiles que se tramitan ante los órganos judiciales del país.

<sup>36</sup> «Dictamen iconoclastico...», cit., pág. 278.

<sup>37</sup> *Una revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, 1933, pág. 306.

<sup>38</sup> *El recurso de casación en materia civil*, Barcelona, 1977, págs. 95 a 104.

<sup>39</sup> *Cfr. Comentarios a la reforma...*, cit., págs. 789 y 887 a 882.

# Los controles de la legislación delegada

Ignacio GUTIERREZ GUTIERREZ

La legislación delegada, por su carácter fronterizo dentro del sistema de fuentes, entre la Ley y el Reglamento, es un instituto particularmente significativo. Su peculiaridad se refleja de modo especial en los controles que recaen sobre ella; de la detallada regulación constitucional de la legislación delegada, el artículo 82.6 quizá sea la cláusula más problemática. Las dificultades planteadas por tales controles han sido superadas ordinariamente a través de la asimilación del Decreto Legislativo al Reglamento. Entre otros efectos, esta tesis ha llevado a atribuir el control de su validez a los Tribunales ordinarios, y a excluir ciertos controles parlamentarios que se consideran propios del Decreto-Ley. Pero ambas conclusiones son dudosas.

Constituye el objeto directo de este trabajo<sup>1</sup>, de un lado, precisar el alcance de las competencias del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios en el control de los Decretos Legislativos; de otro, identificar, entre los controles adicionales imaginables, cuáles resultan compatibles con el instituto de la legislación delegada. No obstante, también en este limitado ámbito de estudio se reflejan algunos problemas generales del régimen parlamentario, en concreto la tendencia a fortalecer los poderes normativos del Gobierno en el contexto del Estado social y de su crisis. También en los pequeños debates sobre cuestiones quizá marginales se plantean los grandes conflictos.

I. La consideración de la legislación delegada como una de las manifestaciones de la potestad reglamentaria del Gobierno tiene su origen en la doctrina preconstitucional, representada sobre todo por el estudio que García de Enterría publica en 1970. Con esta tesis se procuraba evitar que la legislación delegada gozara de la exención del control jurisdic-

cional, característica entonces de las normas procedentes de la potestad legislativa<sup>2</sup>.

Mas la función práctica de la construcción dominaba sobre el rigor dogmático. Jiménez Campo desarrolla en 1981<sup>3</sup> una crítica ya apuntada en 1974 por Gil-Robles<sup>4</sup>; de acuerdo con ella, la tesis mencionada encierra una petición de principio. La legislación delegada tendría rango reglamentario si se constatará en ella un exceso respecto de la Ley delegante, el llamado *ultra vires*. Esta constatación es el resultado eventual de un enjuiciamiento, para el cual sólo es competente la jurisdicción ordinaria si la norma tiene, ya antes, rango reglamentario. Uno de los posibles resultados del juicio aparece, pues, como presupuesto necesario para el juicio mismo.

La Constitución permite eludir la alternativa entre la ruptura de la lógica y la exención del control. La solución consistiría en atribuir al Tribunal Constitucional el control de los Decretos Legislativos *ultra vires*. En efecto, la infracción de la Ley delegante produce una verdadera y propia invalidez; sólo a través de la constatación de tal invalidez la norma delegada pierde su eficacia<sup>5</sup>. Y el *monopolio* del Tribunal Constitucional para rechazar la validez de las normas con rango de Ley es un dato suficientemente singularizado en nuestra Constitución<sup>6</sup>. Por esta razón, tampoco cabe invocar la pretendida escisión entre los controles de ilegalidad y de inconstitucionalidad para fundar el control de la jurisdicción ordinaria en materia de *ultra vires*<sup>7</sup>. Tal distinción no está reconocida en nuestro ordenamiento, al menos para las normas con rango de Ley; y, por lo demás, se enfrentaría con objeciones sustanciales.

En definitiva, la Constitución parece imponer que la relación de los jueces con los Decretos Legislativos posteriores a la Constitución sea idéntica a la que los vincula a las Leyes. Podrían sólo interpretarlos y aplicarlos al caso concreto. Si los estimaran

<sup>1</sup> Resume la Tesis doctoral del mismo título, dirigida por A. López Pina y defendida el pasado 30 de septiembre, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ante A. Nieto, J. De Esteban, J. Asensi, M. A. García Herrera y P. J. González-Treviño. La atención que merecen las ricas sugerencias entonces recibidas no debería demorar en exceso su publicación.

<sup>2</sup> E. García de Enterría, «Legislación delegada y control judicial», en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1970. El prólogo actualiza la edición de 1981, que por lo demás se presenta como «incambiada» (pág. XVII) o «no adaptada» (pág. XX). En su contexto similar, E. Tosato había buscado el mismo resultado a través de una construcción parcialmente distinta (*Le leggi di delegazione*, Padova: CEDAM, 1931).

<sup>3</sup> J. Jiménez Campo, «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos», *RDP*, n.º 10, págs. 84 ss. Cfr. asimismo I. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, págs. 190 ss.; e I. Fernández González,

«El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos», *Poder Judicial*, n.º 24, págs. 34 s.

<sup>4</sup> A. Gil-Robles, «El control de legalidad de las normas con valor de Ley. Notas sobre un criterio jurisprudencial», *REDA*, n.º 3.

<sup>5</sup> Sin embargo, de acuerdo con la reciente sugerencia de J. Jiménez Campo, los jueces ordinarios podrían invocar directamente la ineficacia del Decreto Legislativo *ultra vires* para no aplicarlo («Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad»), en P. Cruz Villalón, J. Jiménez Campo, L. López Guerra, P. Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 33).

<sup>6</sup> Cfr., por todos, M. A. Aparicio Pérez, «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional», *RCEC*, n.º 3, págs. 56 ss.

<sup>7</sup> Argumento utilizado, entre otros, por C. J. Entrena Palomeiro, «La Constitución española y el control de la legislación delegada», en AA.VV., *La Constitución y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, págs. 687 ss.; en I. Fernández González, *op. cit.*, en n.º 3, págs. 32 ss

inválidos, habrían de remitirlos al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, y casi unánimemente<sup>8</sup> por la doctrina, aduciendo un solo argumento. La misma Constitución, al mencionar en su artículo 82.6 a «los Tribunales», en plural, sugiere que corresponde a la jurisdicción ordinaria alguna competencia de control. Su alcance no es definido por la Constitución, ni tampoco por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 27.2 alude a ella menos directamente. Pero, con la interpretación apuntada, el sentido del término *Tribunales* quedaría disminuido hasta límites seguramente inaceptables. Entretanto no se modifique la Constitución, es obligado suponer que los Tribunales ordinarios ejercen sobre los Decretos Legislativos competencias de control diferentes de las que les corresponden frente a las Leyes.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia identifican estas competencias a través de la noción de *ilegalidad*. Oponiéndola a la *inconstitucionalidad*, sería posible, aunque no sencillo<sup>9</sup>, separar las competencias de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal Constitucional. Pero tal separación presentaría indudables inconvenientes prácticos; el Tribunal Constitucional no podría compensar ni corregir el uso indebido de los poderes de control sobre normas con rango de Ley atribuidos a los jueces<sup>10</sup>. Por ello ha de valorarse positivamente que el Tribunal Constitucional, desde la STC 51/1982 a la reciente STC 205/1993, afirme su propia competencia en caso de *ultra vires*, aun en concurrencia con la competencia de los Tribunales ordinarios. La confusión de competencias, sin embargo, también entraña riesgos; la aplicación de algunas propuestas racionalizadoras<sup>11</sup> podría disminuirlos, pero nunca eliminarlos por completo.

Si en la doctrina mayoritaria no se encuentra respuesta sólida para los problemas que plantea el control judicial de la legislación delegada, tampoco la doctrina crítica ha fundado suficientemente una propuesta alternativa. El reto consiste en hallar un sistema de competencias que respete, al tiempo, la lógica de nuestro sistema de justicia constitucional

concentrada y las exigencias derivadas del plural «Tribunales».

II. La crítica a la doctrina mayoritaria remite, si se desarrolla coherentemente, a una cuestión recurrente en los estudios sobre el sistema de fuentes: qué criterios identifican a la Ley.

Si la Ley fuera simplemente el producto de la voluntad de las Cortes Generales expresada a través de un determinado procedimiento, la legislación delegada podría resultar un absurdo constitucional. No tendría sentido una norma producida por el Gobierno como Ley o, al menos, con el régimen de las Leyes. Sin embargo, en la doctrina relativa a la identificación de las fuentes se constatan algunos criterios distintos. Así ocurre con la introducción por parte de Rubio Llorente de elementos materiales en la noción de Ley<sup>12</sup>; o, desde otra perspectiva, cuando De Otto, aun manteniendo los conceptos formales, relativiza la diferencia política entre Ley y Reglamento, al tiempo que sustantiva las respectivas posiciones procesales<sup>13</sup>.

Ambas sugerencias son útiles a la hora de encarinar la legislación delegada en el sistema de fuentes. Mas, antes de progresar por esta vía, conviene precisar algunos argumentos, referidos a la forma de gobierno, cuyo sentido ha cambiado con el transcurso del tiempo. Como fundamento de la aparición de la legislación delegada se invoca el fortalecimiento de la legitimación directa del Gobierno, pues le permite producir Derecho de rango superior al reglamentario. Sin embargo, hoy es posible que la legislación delegada cumpla su función en un régimen rigurosamente parlamentario, ofreciendo a las Cortes instrumentos de dirección efectiva de la actividad normativa del Gobierno<sup>14</sup>.

Los modelos de polaridad entre Gobierno y Parlamento se corresponden con el paradigma franco-alemán de sistema de fuentes. De acuerdo con su imagen más difundida<sup>15</sup>, el ámbito del Reglamento independiente e incluso autónomo y las posibilidades del Reglamento o la materia reservada son los indicadores de la fortaleza del Gobierno, aparte la posibilidad de que éste imponga su voluntad al Parlamento en el curso del procedimiento legislativo. La

<sup>8</sup> Entre las escasas excepciones, cfr. E. Virgata Foruria, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos Legislativos como normas con rango incondicionado de Ley*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, págs. 175 s.; y J. L. Requejo Páges, «El sistema de fuentes», en F. J. Bastida Freijeiro, J. L. Requejo Páges, *Cuestionario comentado de Derecho constitucional. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, Barcelona: Ariel, 1991, págs. 122 ss.

<sup>9</sup> Cfr. las dificultades en J. Jiménez Campo, *op. cit.* en n.º 3, págs. 92 ss.

<sup>10</sup> El camino se abriría tanto para el activismo judicial que teme l. De Otto, *op. cit.* en n.º 3, pág. 193, como para la pasividad de los jueces ante normas cuyo rango de Ley les invita a aplicarlas críticamente.

<sup>11</sup> T. Quadra-Salcedo, «La delegación legislativa en la Constitución», en VV.AA., *Estudio sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. I*, Madrid: Civitas, 1991, págs. 397 s. J. J. Lavilla Rubira, «Consideraciones en torno al ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 113, págs. 311 s.

<sup>12</sup> F. Rubio Llorente, «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de

Ley. (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», en A. Baratta, D. Grimm, F. Rubio Llorente y otros, *Las fuentes del Derecho*, Barcelona: Anuario de la Facultad de Derecho-Estudi General de Lleida, 1983.

<sup>13</sup> l. De Otto, *op. cit.*, en n.º 3, capítulos VII, IX, X y XI.

<sup>14</sup> Cfr. las observaciones concretas de E. Palici Di Suni, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milán: Giuffrè, 1988, págs. 36, 65, 74 ss., 83 s., 103 s. y 115.

<sup>15</sup> Cfr., entre otros muchos, A. Garronera Morales, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 21 ss.; J. Pérez Royo, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en AA.VV., *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona: Diputació de Barcelona, 1985, págs. 97 ss.; R. García Macho, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Barcelona: Ariel, 1988, págs. 29 ss. y 86 ss.; J. M. Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid: Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, págs. 42 ss.

legislación delegada en sentido estricto, que contiene normas gubernamentales con rango de Ley, parece un elemento extraño en este modelo.

Por el contrario, en el régimen parlamentario británico se diferencian los tipos de normas gubernamentales, aunque todas reciban la misma denominación genérica. Y, de modo especial, la práctica del parlamentarismo en Italia, examinada recientemente por Staiano<sup>16</sup>, acredita un desarrollo diferenciado e intensísimo de la legislación delegada, que sirve para que la doctrina más sensible a los equilibrios institucionales se oponga a las tendencias expansivas de la potestad reglamentaria<sup>17</sup>. Este desarrollo está íntimamente vinculado, por cierto, a la atribución exclusiva a la Corte Constitucional del control de validez de los Decretos Legislativos<sup>18</sup>.

No son incompatibles, pues, una noción de Ley adecuada al régimen parlamentario y el fenómeno de la legislación delegada. Es más, la noción de Ley conforme con nuestra Constitución debe tener en cuenta la legislación delegada. Al efecto, puede apoyarse en el rango común a diversos tipos de normas<sup>19</sup>. Dado que resulta imposible vincular el rango unívocamente a un órgano determinado, se debe asociar a una función materialmente definida. Así, el rango de Ley hace referencia a la función materialmente legislativa, desempeñada por el Parlamento o, en su caso, por el Gobierno mediante Decretos-Leyes y Decretos Legislativos<sup>20</sup>.

La función legislativa resulta necesariamente abierta, porque la Constitución no contempla la reserva reglamentaria. Pero contribuye a identificar su contenido la reflexión sobre el más preciso papel atribuido por la Constitución a las normas con rango de Ley producidas por el Gobierno. Si por esta vía es posible atribuir un contenido mínimo a tal función, debe excluirse de su ámbito al Reglamento, aunque sólo sea por evitar duplicidades funcionales<sup>21</sup>. Esta consideración resulta especialmente clarificadora para los debates sobre el sentido del principio de legalidad y sobre la intensidad de la reserva de Ley.

El análisis de los cometidos del Decreto-Ley y del Decreto Legislativo concluye comprendiendo en la función legislativa

- la creación de las normas primarias, eventualmente habilitantes de la potestad reglamentaria, sobre todas las materias, y
- la creación de toda la regulación no ejecutiva en las materias reservadas.

De este modo, el desarrollo de la noción de rango contribuye a sostener tesis, ya defendidas persuasivamente

- acerca de la incompatibilidad del Reglamento independiente en sentido estricto con nuestra Constitución, y
- sobre el alcance llamado *absoluto* de las concretas reservas de Ley que la Constitución contempla.

En el ámbito de la función legislativa, el segmento que no puede cubrir la legislación delegada, sea por estar excluido de delegación<sup>22</sup>, sea por estar reservado a la Ley delegante, constituye la verdadera *reserva del Parlamento*. Al respecto se ha desarrollado una tendencia que diluye los mínimos de regulación impuestos a las Cortes Generales. Pero resulta cuando menos posible una interpretación rigurosa del mandato constitucional que exige a las Leyes de Bases fijar los principios y criterios a los que han de ajustarse los Textos Articulados<sup>23</sup>.

Los motivos prácticos, por sí solos, no pueden desmentir la interpretación propuesta. Sigue siendo momento de postular una «lectura fiel» de los instrumentos contemplados por la Constitución, antes que una lectura condicionada por determinadas «razones de «conveniencia» o de «eficacia»»<sup>24</sup>. Ello es particularmente cierto cuando la pretendida *eficacia* persigue fines extraños a la propia Constitución, mientras ésta mantiene una mayor coherencia entre los objetivos proclamados y los instrumentos articulados al efecto<sup>25</sup>.

III. En este contexto cobra sentido la delegación legislativa. Aunque no procede aquí tratar cada uno de los problemas que plantea, sí conviene retener que la potestad delegada surge con cada delegación<sup>26</sup> y, de acuerdo con la Constitución, puede agotarse, caducar o ser suprimida, pero no perpetuarse. No hay potestad permanente que permita al

<sup>16</sup> S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Nápoles: Liguori, 1990.

<sup>17</sup> Cfr., por ejemplo, E. Cheli, «L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali», *RTDP*, 1959, págs. 518 ss. y 526 ss.

<sup>18</sup> A. A. Cervati, *La delega legislativa*, Milano: Giuffrè, 1972, cierra la obra: «Un mutato regime di sindacabilità dei vizi delle leggi delegate... non può non investire lo stesso istituto della delega legislativa» (pág. 226).

<sup>19</sup> Cfr. F. De Carreras, «La Ley en el constitucionalismo y en la Constitución española», *RFDC*, n.º 15, págs. 316 s.

<sup>20</sup> Cfr., en lo fundamental, E. Espín Templado, «Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española», *RCG*, n.º 6; y también F. Cuocolo «Gli atti dello Stato aventi "forza di legge"», *RTDP*, 1961.

<sup>21</sup> C. De Cabo, «Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español», *REF*, n.º 9, págs. 113, ss., para el Decreto Legislativo. M. Aragón, «La función legislativa de los Parlamentos y sus problemas actuales», en A. Garronera Morales (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid: Tecnos, 1990, pág. 141, para el Decreto-Ley.

<sup>22</sup> Este ámbito comprende y excede la reserva de Ley orgánica. Tampoco cabe delegación en las materias objeto de procedi-

mientos legislativos especialmente tipificados, que incluso pueden romper la identidad del órgano. Otras materias no son susceptibles de delegación por su naturaleza, y existen normas cuya estructura excluye que puedan ser remitidas a la precisión de un Texto Articulado.

<sup>23</sup> Las aproximaciones más precisas a las nociones utilizadas por la Constitución para señalar el contenido mínimo de las Leyes delegantes corresponden quizá a T. Quadra-Saicedo, *op. cit.* en n.º 11, págs. 385 s.; J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho-Administrativo I*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, págs. 661 ss.; y J. L. Villar Palasí, E. Suñé Llinas, «Artículo 82. Legislación delegada. Leyes de Bases. Textos Legales refundidos», en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VII, Madrid: Edersa, 1985, págs. 104 ss.

<sup>24</sup> A. Garronera Morales, *op. cit.* en n.º 15, págs. 13 ss. y 141 s.

<sup>25</sup> La citada interpretación de C. De Cabo, ajustada al texto de la Constitución, está al tiempo orientada hacia fines explícitos, por ejemplo, en su artículo 9.2. (*op. cit.*, en n.º 21, págs. 117 ss.).

<sup>26</sup> En contra de asimilar la delegación a una simple autorización para el ejercicio de una potestad preexistente, casi toda la doctrina italiana a partir de E. Tosato, *op. cit.*, en n.º 2, págs. 18 ss.

Gobierno producir Decretos Legislativos bajo ciertas condiciones, frente al carácter inagotable que es ordinario en las potestades normativas<sup>27</sup>.

Esta construcción arroja luz sobre el problema de los controles judiciales de la legislación delegada. En efecto, hemos aludido a la necesidad de precisar competencias de control en manos de la jurisdicción ordinaria diferentes a las que tiene sobre las Leyes. De Otto sugiere, por motivos prácticos, que estas competencias tengan carácter excepcional, en casos de ausencia de delegación o de desconexión entre ésta y la norma delegada<sup>28</sup>; Balaguer Callejón ha insistido recientemente en la misma idea<sup>29</sup>. Tales propuestas podrían aludir a supuestos en los que el Gobierno *carece* de potestad delegada; y, por tanto, *no existe*, en términos jurídicos, la norma que, sin embargo, ha sido publicada como Decreto Legislativo.

Ya Kelsen aludía a ciertos límites absolutos de la autoatribución de sentido normativo<sup>30</sup>. En España, la publicación de las Leyes se ha considerado condición de existencia de las mismas<sup>31</sup>. En Italia, el ámbito de la inexistencia es definido por Zagrebelsky en términos más amplios: *no existe* una Ley que se presenta como producida por quien *carece* de la potestad legislativa, por ejemplo, una Junta Militar, y esa inexistencia radical permite ignorar radicalmente la pretensión de vigencia de la norma<sup>32</sup>.

Para los Decretos Legislativos, Patrono había desarrollado sobre bases similares la diferencia entre defecto y simple exceso de delegación, pero excluyendo para Italia las consecuencias que podrían derivarse en materia de control judicial<sup>33</sup>. En España, tales consecuencias se amparan precisamente en el plural «Tribunales».

Los Tribunales ordinarios, del mismo modo que ignoran las Leyes no publicadas, pueden ignorar los Decretos Legislativos inexistentes; esto es, producidos sin previa delegación, o con ésta caducada, derogada o agotada; o por órgano distinto del Gobierno, o en *materia* distinta de la mencionada por la Ley delegante.

La categoría de *existencia* integra tal competencia en el sistema de justicia constitucional concentrada, pues corresponde a los Tribunales en términos idénticos a la que tienen sobre las Leyes inexistentes. Pero, además, llena de sentido el plural, porque el alcance de la competencia sobre los Decretos Legislativos y sobre las Leyes es sustancialmente diferente, habida cuenta la peculiar diná-

mica de la potestad delegada, distinta, al respecto, de la permanente potestad legislativa de las Cortes Generales. Es a esta singularidad a la que la Constitución alude con el plural.

Esta tesis podría resultar atractiva para los Tribunales ordinarios también en términos prácticos. De un lado, satisface suficientemente la pretensión, constitucionalmente fundada, de poseer verdaderas competencias de control. Al tiempo, les libera parcialmente de la responsabilidad en el control de adecuación de la legislación delegada a los principios y criterios contenidos en la Ley delegante, que resulta más comprometido, y estimula en este ámbito su colaboración con el Tribunal Constitucional. Otorga certeza, en fin, a las normas materialmente legislativas, que dejan de estar sujetas en caso de invalidez a la llamada inaplicación incidental.

IV. Junto con las competencias judiciales, la Constitución menciona unas «fórmulas adicionales de control», pero sin llegar a identificarlas. Los concretos controles adicionales han de ser impuestos precisamente por cada Ley delegante «en cada caso»<sup>34</sup>.

Si los controles adicionales pueden encomendarse a las Cortes Generales, la cláusula constitucional convierte a las Leyes delegantes en fuente del Derecho parlamentario. Sin embargo, no podrán quebrar singularmente los principios en los que se asienta el Derecho parlamentario español, que enlazan con normas constitucionales. Por su parte, el Reglamento del Congreso de los Diputados regula la materia. Ello no contraviene la *reserva de norma* del artículo 82.6 de la Constitución en la medida en que tal regulación tenga carácter supletorio<sup>35</sup> y se limite a los aspectos que afecten a la organización y al funcionamiento de la Cámara. Pero estas cuestiones, sin duda importantes, no dejan de ser adjetivas respecto de los controles mismos.

Los controles adicionales pueden ser previos o posteriores a la aprobación definitiva de la norma delegada por el Gobierno. Los primeros configuran en cada caso el procedimiento de elaboración de la legislación delegada.

La doctrina y la práctica dan unánimemente por supuesta la aplicabilidad de las normas legales que regulan la producción de Reglamentos, y apenas plantean como problema específico la elaboración de los Decretos Legislativos. Lo cierto es que tal te-

<sup>27</sup> En distintos planos, E. García de Enterría, T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas, 1984, págs. 421; G. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale. I. Il sistema delle fonti del Diritto*, Torino: UTET, 1987, págs. 39 s.; L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las Leyes*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 102 s.

<sup>28</sup> I. De Otto, *op. cit.*, en n.º 3, págs. 193 s.

<sup>29</sup> F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid: Tecnos, 1992, págs. 94 s.

<sup>30</sup> H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1986, págs. 278 s., 281 y 284, muestra que, aun cuando se haya privado expresamente a los Tribunales de examinar «la constitucionalidad de las Leyes que deben aplicar... tiene que otorgárseles un mínimo de competencia». Se someten al Tribunal Constitucional «alle Akte, die subjektiv mit dem Anspruch auftreten, Gesetz zu sein...», vorausgesetzt natürlich, dass

sle jenseits der Grenze absoluter Nichtigkeit stehen» («Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (Auszüge), en P. Häberle (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pág. 84).

<sup>31</sup> Cfr. íntegramente la reciente monografía de P. Biglino Campos, *La publicación de la Ley*, Madrid: Tecnos, 1993

<sup>32</sup> G. Zagrebelsky, *op. cit.*, en n.º 27, pág. 37; y *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1988, págs. 162 ss.

<sup>33</sup> M. Patrono, «Decreti legislativi e controllo di costituzionalità (aspetti problematici)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968.

<sup>34</sup> J. L. Villar Palasí, E. Suñé Llinas, *op. cit.*, en n.º 23, págs. 110 s.

<sup>35</sup> J. R. Montero Gibert, J. García Morillo, *El control parlamentario*, Madrid: Tecnos, 1984, págs. 112 s. y 116 s. E. Virgalla Foruria, *op. cit.*, en n.º 8, págs. 214 s.

sis deriva de la problemática naturaleza reglamentaria de la legislación delegada. Significativamente, incluso algunos críticos de la doctrina mayoritaria, tras admitir que dichas normas se aplican a la elaboración de los Derechos Legislativos, atribuyen a la jurisdicción ordinaria el control de las infracciones que se produzcan<sup>36</sup>. Frente a tal criterio, es necesario aquí identificar los trámites que cada Ley delegante podría imponer como controles en el procedimiento.

Entre estos controles previos se incluye el dictamen de órganos administrativos especializados e independientes, como el Consejo de Estado. En este procedimiento, el Consejo de Estado actúa como órgano más de control que consultivo<sup>37</sup>.

Se comprende también entre tales controles la audiencia preceptiva de los afectados por la norma delegada. La Ley delegante debería especificar quiénes deben ser consultados, definir los ámbitos materiales de su participación, y precisar los procedimientos de consulta, garantizando su publicidad. El contenido de la Ley delegante quedaría, por supuesto, fuera de la discusión, y la norma delegada sería definitivamente aprobada por el Gobierno bajo su exclusiva responsabilidad. En tales condiciones, la legislación delegada permitiría componer intereses sociales diversos a través de su reducción procedimental<sup>38</sup>, sin que la centralidad sustancial de la Ley parlamentaria se viera menoscabada. Podría asumir así este instituto la relevante tarea de encauzar la evolución de los modos de producción del Derecho en el Estado social y en su crisis<sup>39</sup>.

La intervención de una Comisión parlamentaria es, en fin, otro de los trámites que puede imponer la Ley delegante. Como muestra la experiencia del Reino Unido y de Italia, los dictámenes producidos por estas Comisiones pueden alcanzar especial relevancia, en competencia con los controles parla-

mentarios *a posteriori*<sup>40</sup>, con los controles judiciales<sup>41</sup>, e incluso con las determinaciones materiales de la Ley delegante<sup>42</sup>. Lo decisivo es, en todo caso, el equilibrio entre estos elementos. Sólo se conseguirá en España si se supera la desatención hacia los controles parlamentarios.

Algunos autores consideran posible configurar los controles previos como dictámenes vinculantes. El Gobierno debería acomodar a ellos el Decreto Legislativo que produjera, so pena de invalidez. Se defiende especialmente para la intervención de las Comisiones parlamentarias; la norma delegada procedería, en realidad, de la voluntad de dos órganos, Gobierno y Cortes, y prevalecería la de estas últimas<sup>43</sup>. Mas, de este modo, podrían difuminarse las responsabilidades que la propia Constitución se ocupa de asignar<sup>44</sup>; no parece, por ello, deseable tal género de vinculación. Tampoco es necesario; la concurrencia de controles parlamentarios posteriores, si son correctamente entendidos, permite configurar de forma más matizada la intervención de las Cortes.

Sin embargo, los controles posteriores sobre la legislación delegada fueron objeto, durante el proceso constituyente, de progresiva confusión, que culminó en la expresión indeterminada del artículo 82.6 de la Constitución, y cuyas consecuencias aún perduran. La Constitución ofrece posibilidades que cada Ley delegante debe concretar, pero las Cortes no se han decidido hasta ahora a explorar los límites de sus capacidades. Cuando alguna Ley de delegación ha previsto que el futuro Decreto Legislativo se someta a un determinado procedimiento parlamentario de control, no ha atribuido a éste efecto alguno sobre aquél. Esta práctica es avalada por la mayoría de la doctrina, que excluye, ciertamente sin un debate atento, que tales efectos puedan llegar a producirse.

<sup>36</sup> En primer lugar, J. Jiménez Campo, *op. cit.*, en n.º 3, págs. 98 s. Podría parecer semejante la tesis de S. M. Cicconetti, «I limiti "ulteriori" della delegazione legislativa», *RTDP*, 1966, págs. 572 ss.; mas parte de una conexión de problemas completamente distinta, y llega a conclusiones también diversas. Cfr. la crítica de E. Virgala Foruria a la atribución de tal competencia a los jueces ordinarios, *op. cit.*, en n.º 8, págs. 172 ss. Sin embargo, este autor defiende, con un argumento discutible, la aplicabilidad de la regulación en cuestión bajo el control del Tribunal Constitucional. Otro argumento en este mismo sentido, aunque de dudoso valor en España por la citada *reserva de norma* que contiene nuestra Constitución, en E. Palici Di Suni, *op. cit.*, en n.º 14, págs. 157 ss.

<sup>37</sup> Cfr. T. Quadra-Salcedo, sobre la «profunda dimensión de control» del Consejo de Estado, que afecta incluso al «modelo de Gobierno y Administración» diseñado por la Constitución («El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, 1988, págs. 215 ss.).

<sup>38</sup> S. Staiano, *op. cit.*, en n.º 16, por ejemplo, en págs. 20 s., 63, 66, 77 s., 109 (donde alude a «la delega "procedimentaliza-ta"») y 112 ss.

<sup>39</sup> Las citas podrían multiplicarse, de M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza, 1985; a U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin: Wagenbach, 1990. Cfr. sólo los análisis más concretos de A. J. Porras Nadales, *Introducción a una Teoría del Estado postsocial*, Barcelona: PPU, 1988, págs. 124 ss., y J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, en n.º 23, págs. 308 ss.

<sup>40</sup> En el Reino Unido se destaca la incidencia del dictamen

emitido con ocasión de un control *a posteriori* en sucesivos ejercicios de poderes delegados; la doctrina se ocupa de tales dictámenes más que de la resolución parlamentaria final. Esta *conversión funcional*, de los controles posteriores en previos, documenta la importancia decisiva de estos últimos. Cfr. J. D. Hayhurst, P. Wallington, «The Parliamentary scrutiny of delegated legislation», *Public Law*, 1988, pág. 560.

<sup>41</sup> Cfr. C. K. Allen, *Las fuentes del Derecho inglés*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, págs. 808 ss. y 816 ss. J. D. Hayhurst, P. Wallington, *op. cit.*, en n.º 40, esp. págs. 572 s. y 576.

<sup>42</sup> La compensación entre los controles procedimentales y las insuficiencias de la Ley delegante es una de las ideas que guía el estudio comparado de M. Patrono, «Le leggi delegate in Parlamento», *Diritto e Società*, 1981. Cfr. también, además, de S. Staiano, *op. cit.*, en n.º 16, *passim*. M. Siclari, «Il parlamento nel procedimento legislativo delegato», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, págs. 806 y 809 ss.; L. Paladín, «Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali», en VV.AA., *Scritti in onore di Constantino Mortati, vol. II*, Roma: Giuffrè, 1977, págs. 467 ss.; del mismo autor, «Art. 76», en G. Branca (dir.), *Comentario della costituzione La formazione delle leggi, T. II*, Bologna: Nicola Zanichelli, 1979, págs. 23 y 27 s.

<sup>43</sup> J. R. Montero Gibert, J. García Morillo, *op. cit.* en n.º 35, págs. 114 ss.

<sup>44</sup> T. Quadra-Salcedo, *op. cit.*, en n.º 11, pág. 394; E. Virgala Foruria, *op. cit.*, en n.º 8, págs. 192 s. En general, cfr. G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pág. 61; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1988, págs. 192 s.

Frente a esta situación, la analogía permite dotar de sentido al término «control». Algunas fórmulas constitucionales que operan sobre las fuentes del Derecho son consideradas por la doctrina como controles; quizá el supuesto mejor conocido, si bien no el único<sup>45</sup>, sea el control parlamentario del Decreto-Ley<sup>46</sup>. A partir de ellas, y con la ayuda de la categoría de vigencia perfilada por Díez-Picazo<sup>47</sup>, resulta posible esbozar una noción de control político adecuada a este contexto: el control político de una norma elaborada por cierto órgano supone la libre decisión de otro órgano sobre su vigencia.

Así entendida, la noción de control permite recuperar un elemento formal de caracterización de la Ley, que, al comprender las diversas normas con rango de Ley, puede coordinarse con la identificación material de la función legislativa antes ensayada. Las Cortes Generales, además de producir las Leyes en sentido estricto, tienen atribuido por la Constitución el dominio sobre la vigencia de las normas que, sin ser elaboradas por ellas, pertenecen a la función legislativa materialmente entendida y tienen rango de Ley<sup>48</sup>.

No hay razón para no aplicar este criterio a la concreción de la fórmula constitucional aquí considerada. Las Leyes delegantes pueden atribuir a las Cortes Generales, en cualquiera de sus articulaciones (Congreso o Senado, Pleno o Comisiones), la facultad de impedir la entrada en vigor de un Decreto Legislativo ya elaborado, o de una parte sustantiva del mismo<sup>49</sup>. No sería posible enmendar su texto, pues ello confundiría el control con la elaboración de la norma. Tampoco cabe, al menos ordinariamente, interrumpir una vigencia ya iniciada; en tal caso, la norma obligaría provisionalmente desde la entrada en vigor hasta el control, produciendo incertidumbres que sólo excepcionalmente podrán justificarse. Mayores precisiones serán posibles sólo en el futu-

ro, a la luz de una práctica hasta hoy inexistente y que convendría estimular.

V. Es una de las funciones de las Constituciones democráticas estabilizar los modos de creación del Derecho. Sin embargo, éstos están sujetos a transformaciones; también en este punto las Constituciones necesitan combinar con la estabilización una cierta apertura. Los cambios a veces se imponen desde la práctica frente a la Constitución que no los tolera. Cerca de estos lindes se mueven algunas invocaciones a la potestad reglamentaria que desconocen las alternativas ofrecidas por la Constitución misma.

La legislación delegada es el instituto más apto para ordenar, dentro de la Constitución, la actual evolución de las formas de producción del Derecho. Pero su correcto funcionamiento exige la modificación de su tratamiento dogmático y, sobre todo, de su práctica. Las determinaciones materiales de la Ley delegante deben ser precisas. Los procedimientos de elaboración de la legislación delegada necesitan flexibilidad, pero también articulación legal. A las Cortes Generales se les han de atribuir controles significativos sobre los textos resultantes. El control judicial sobre los Decretos Legislativos no puede producir incertidumbres.

La legislación delegada podría cumplir entonces la tarea señalada, y la Constitución mostraría su virtud como cauce para los procesos políticos y sociales. Se salvaría de ese modo el diseño del sistema de fuentes que la Constitución incorpora y, con él, la específica dignidad de la Ley, condición para «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular» (preámbulo y arts. 130.1 y 117. de la Constitución).

<sup>45</sup> Sobre el referéndum en los procesos de reforma constitucional, P. De Vega, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1985, págs. 99 ss. (esp. 107 ss.). J. J. González Encinar, «La Constitución y su reforma», *REDC*, n.º 17, págs. 353 ss., extiende el análisis al referéndum por el que el pueblo ratifica el proyecto de Constitución. Para la intervención de las Cortes en la conclusión de los Tratados, cfr. A. Remiro Brotons, «Artículos 93 y 94. Tratados internacionales» en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas, VII*, Madrid: Edersa, 1985, págs. 436 ss.

<sup>46</sup> Por todos, cfr. P. Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Madrid: Tecnos, 1988, págs. 198 ss.

<sup>47</sup> L. M. Díez-Picazo, *op. cit.*, en n.º 27, págs. 162 ss.

<sup>48</sup> F. Balaguer Callejón, *op. cit.*, en n.º 29, págs. 72 ss. y 107 ss., hace referencia a estos controles como elemento en la identificación de la Ley.

<sup>49</sup> Tal que, por ejemplo, hubiera sido susceptible de ser desarrollada por distintos Decretos Legislativos. Entre otros, J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, en n.º 23, págs. 681 s., admite esta posibilidad, pero sólo en «un sector homogéneo y con identidad propia de la materia delegada, y siempre y cuando no fuera patente la voluntad del legislador de que se produjese necesariamente» un solo texto.

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## La Administración y el ciudadano de buena fe

Eduardo CALVO ROJAS

Quando los Tribunales de Justicia declaran la nulidad de una disposición de carácter general en cuya virtud los ciudadanos se habían visto obligados a abonar a la Administración una determinada cantidad de dinero, no parece descabellado pensar que la propia Administración procediese de oficio al reintegro de aquellas cantidades o, cuando menos, devolviese el importe correspondiente a aquellos que así lo solicitasen expresamente. No es ésta sin embargo la actitud que suelen adoptar nuestras Administraciones Públicas, y, lo que resulta aún más llamativo, su resistencia a devolver las cantidades indebidamente cobradas ha encontrado respaldo en la doctrina del Tribunal Supremo a la que de inmediato haremos referencia.

Abordaremos el problema apuntado en relación con la negativa del Ayuntamiento de Madrid a devolver las cantidades que había cobrado en aplicación de lo dispuesto en diversos preceptos del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 7 de marzo de 1985 (apartados 7.2.4, 7.2.7 y 7.2.8 de las Normas del Plan) reguladores de la denominada «reparación económica en suelo urbano». Sin necesidad de entrar aquí en los detalles de la mencionada normativa urbanística, baste señalar que la misma situaba ante una enojosa alternativa a los propietarios de parcelas de suelo urbano susceptibles de ser edificadas: o se avenían a satisfacer al Ayuntamiento, como requisito previo a la obtención de la licencia para edificar, el importe que a cada uno de ellos se le determinara como «saldo provisional» a cuenta de la denominada reparcelación económica, o quedaban a la espera (y sin poder edificar) hasta que se conociese el «saldo definitivo» una vez concluido el proceso de reparcelación económica.

Como quiera que las determinaciones del Plan General no permitían aventurar cuándo concluiría aquel proceso, y teniendo en cuenta que los interesados tendrían en todo caso que satisfacer el saldo que del mismo resultase, es fácil suponer que fueron muchos los propietarios de suelo que optaron por abonar la cantidad fijada como saldo provisional para de este modo poder obtener la correspondiente licencia de edificación, y ello pese a que las can-

tidades reclamadas no eran precisamente insignificantes (solían ser del orden de varios cientos de miles o incluso millones de pesetas). Un buen número de aquellos propietarios recurrieron aquella exacción tan pronto como habían hecho efectivo su importe, pero fueron muchos los que no tomaron tal iniciativa, sin duda confiados en la legalidad de la actuación municipal.

Los recursos formulados en vía administrativa fueron desestimados, pero aquellos que acudieron a la vía jurisdiccional vieron premiada su perseverancia con sentencias de la Audiencia Territorial o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, todas ellas confirmadas por el Tribunal Supremo, que condenaban a la Administración a devolver las cantidades percibidas por este concepto, por ser contrarios a derecho los preceptos del Plan General que habían servido de fundamento al cobro de las mismas. Paralelamente, también fueron estimándose por los Tribunales diversos recursos dirigidos directamente contra los preceptos del Plan General y no ya contra un concreto requerimiento de pago. Tenemos así que el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la ilegalidad de las determinaciones del Plan General de Madrid relativas a reparcelación económica en suelo urbano, unas veces con ocasión de recursos directamente dirigidos contra dicho Plan General, otras muchas al resolver impugnaciones indirectas promovidas al amparo del artículo 39.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), es decir, formuladas con ocasión de actos singulares de aplicación.

Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos ciudadanos que no recurrieron en su día contra el requerimiento de pago que les formuló el Ayuntamiento? Cuando comenzó a conocerse la doctrina sentada en aquellas sentencias a que hemos hecho referencia, y puesto que el Ayuntamiento de Madrid no adoptó de oficio iniciativa alguna para devolver las cantidades cobradas, muchos de los afectados reaccionaron solicitando formalmente la devolución. Es fácil suponer que la Administración denegó aquellas peticiones (la mayoría de las veces no contestó siquiera, entendiéndose denegadas por silencio).

Iniciados entonces los correspondientes recursos contencioso-administrativos, el Tribunal Superior de Madrid acabó estimando las pretensiones de los dis-

tintos recurrentes por entender que las declaraciones de nulidad de una disposición de carácter general implican siempre la «nulidad de pleno derecho» (artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y que las sentencias que hablan declarado tal nulidad producen efectos «erga omnes» en virtud de lo dispuesto en el artículo 86.2 LJCA.

Tales pronunciamientos del Tribunal Superior fueron inmediatamente recurridos en apelación por el Ayuntamiento de Madrid (aún no se había instaurado el ahora vigente recurso de casación), y seguidamente veremos que la doctrina que en ellos se establece ha quedado desautorizada por el Tribunal Supremo en la sentencia que vamos a comentar. Antes de ello, sin embargo, parece oportuno destacar un aspecto, si se quiere anecdótico pero también ilustrativo, de cuál ha sido el modo de proceder de la Administración en la cuestión que examinamos.

Se trata de lo siguiente: el grupo político que, entonces en la oposición dentro del Ayuntamiento de Madrid, había promovido uno de los recursos directos contra el Plan General y obtuvo de los Tribunales la declaración de nulidad de las normas relativas a reparcelación económica, es el mismo que, detentando ahora la mayoría política y, por tanto, el gobierno municipal, ha denegado la devolución de las cantidades percibidas al amparo de aquellas normas y ha defendido (con éxito) esta negativa en vía contencioso-administrativa. Es claro, por tanto, que las cosas se ven de una determinada manera cuando se está en la oposición y de otra muy distinta cuando se pasa a desempeñar las tareas propias del gobierno municipal.

## II

Pero sigamos con nuestro relato. Ya hemos anticipado que la negativa del Ayuntamiento a devolver las cantidades indebidamente percibidas ha sido finalmente respaldada por el Tribunal Supremo. En efecto, tal es el sentido de la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992, cuya doctrina puede resumirse del modo siguiente:

- Pese a que han sido dictadas diversas sentencias por las que, en recurso directo contra el Plan General, se anulan las disposiciones del mismo que autoriza la determinación de un saldo provisional a efectos de reparación económica y su exigencia como requisito previo a la licencia, y a que en otras sentencias se han anulado, en recurso indirecto contra el citado Plan y tomando como fundamento la nulidad de las determinaciones de éste, actos singulares en los que se fijaba el mencionado saldo provisional y se requería su pago, ello no impide que la pretensión del demandante a fin de que se le devuelva la cantidad ingresada deba ser rechazada.
- A tal conclusión conduce por una parte —señala el Tribunal Supremo— el que, según se desprende de la exégesis del artículo 86.2 LJCA, mientras que las sentencias que en re-

curso directo anulan una disposición general producen efectos «erga omnes», quedando aquella disposición sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulan un acto por ser nula la disposición en que se fundaba sólo los producen en cuanto a los que hubieren sido parte en el pleito respecto de tal pretensión, sin que supongan reconocimiento de la situación jurídica individualizada de quienes no dedujeron tal pretensión en el proceso.

- Por otra parte —añade la sentencia— «... aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho conforme a los artículos 47.2 LPA y 28 y anteriores LRJAE, produzca siempre efectos «ex tunc» y no «ex nunc», es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el artículo 120 LPA en el que, *con indudable aplicabilidad tanto a los supuestos del recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional*, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son «ex nunc» y no «ex tunc», si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general».
- En resumen, las sentencias que anularon actos singulares de requerimiento de pago con fundamento en la nulidad de las disposiciones del Plan General no produce efectos respecto de quienes no fueron parte en el proceso correspondiente. Y las que anularon las determinaciones del Plan en recurso directo promovido frente a éste, si bien en principio son extensibles por la eficacia «erga omnes» de la cosa juzgada, no determinan la ineficacia de actos de aplicación que hubieren devenido firmes. Conjugando ambos razonamientos, la pretensión de devolución termina siendo desestimada.

## III

Aun reconociendo que la solución dada por el Tribunal Supremo encuentra respaldo en los preceptos legales que se citan y que, además, puede ser presentada como una manifestación efectiva del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, creemos, sin embargo, que pueden ser formuladas diversas objeciones al respecto, y no ya sólo desde un punto de «justicia material» (última ratio con la que se suele suplir la carencia de otros argumentos) sino apelando a la misma legalidad aducida en las sentencias que comentamos.

Por lo pronto, no resulta tan incontestable como se pretende la afirmación de que las sentencias en las que se constata la disconformidad a derecho de una disposición de carácter general tienen distinta eficacia subjetiva según hayan sido dictadas con ocasión de recurso directo contra dicha disposición o con motivo de la impugnación de acto singular de aplicación fundado en aquella norma. La distinta eficacia que el artículo 86 LJCA atribuye a las sentencias recaídas en recursos contenciosos se traza sobre la diferenciación entre sentencias que declaran la inadmisibilidad del recurso o lo desestiman (eficacia limitada a los que han sido parte en el proceso) y sentencias que, estimando el recurso, anulan el acto o disposición (eficacia extensiva a todos los «afectados»). Así las cosas, y aun admitiendo que las sentencias que estimaron recursos indirectos contra las determinaciones del Plan General no hacen una formal declaración de nulidad de aquéllas sino que anulan los actos dictados en aplicación de las mismas, lo que resulta indudable es que tales sentencias no contienen pronunciamiento alguno de inadmisibilidad o de desestimación del recurso y sí, por el contrario, de clara estimación, y, en consecuencia, puede sostenerse que el juicio de ilegalidad que las mismas albergan, por más que no se traduzca en una expresa declaración de nulidad, debe producir efectos respecto de todos los afectados por la disposición.

En cualquier caso, el criterio interpretativo que apuntamos no resulta decisivo toda vez que existe otro grupo de sentencias que sí declararon de forma expresa y directa la nulidad de los preceptos del Plan General y, por tanto, la sola invocación de tales resoluciones judiciales nos parece bastante para el razonamiento que seguiremos.

#### IV

Es cierto que, si bien la constatación de ilegalidad de una disposición general comporta siempre la nulidad de pleno derecho de la misma (artículo 47.2 LPA en relación con el artículo 28 LRJAE) con la consiguiente eficacia «ex tunc» de tal declaración de nulidad, el artículo 120 LPA impone un límite a la eficacia de tales pronunciamientos señalando que subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de la norma cuya nulidad se declara. Obsérvese, sin embargo, que tal limitación la establece el precepto citado en relación con las declaraciones de nulidad recaídas en los recursos que la propia Ley de Procedimiento regula, es decir, recursos administrativos. Dicho de otra forma, es claro que según el artículo 120 LPA la declaración de nulidad que dicte la propia Administración al estimar un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general no afectará a los actos ya firmes que se hubieran dictado en aplicación de aquélla, pero no es tan claro que tal limitación sea predicable cuando la declaración de nulidad la emite un Tribunal al estimar un recurso contencioso-administrativo.

La inexistencia de un precepto análogo al artículo 120 LPA en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa permite preguntarse si la aplicación de tal principio limitativo a las declaraciones de

nulidad hechas en sede jurisdiccional es tan «indudable» como afirma el Tribunal Supremo en su citada sentencia de 10-12-1992.

Donde sí se encuentra un cierto paralelismo con el artículo 120 LPA es en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) cuyo artículo 40.1 determina la eficacia de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una norma señalando que las mismas «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (...) salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un proceso sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulta una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». Ahora bien, puesto que la eficacia «ex tunc» de tales sentencias del Tribunal Constitucional sólo se detiene ante procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (y aun ello, con las excepciones que el propio precepto señala), puede sostenerse que el citado artículo 40.1 LOTIC permite que tras la declaración de inconstitucionalidad sean revisados procedimientos culminados por resolución «administrativa» firme.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dista mucho de ser concluyente en lo tocante a la eficacia de sus propias sentencias (pueden verse, entre otras muchas resoluciones, los Autos del TC 232/1982, 106/1983, 136/1983, 236/1983 y las Sentencias 65/1984, 96/1984, 167/1986, 160/1987, 166/1987, 75/1989 y 45/1989), llegando a adoptar en algún caso soluciones que no resultan fácilmente conciliables con el tenor literal de los artículos 39 y 40 LOTIC. Así sucede, en concreto, en la última de las resoluciones citadas—STC 45/1989, de 20 de febrero, sobre el sistema de declaración conjunta en el IRPF— donde el Tribunal ha optado expresamente porque su pronunciamiento de inconstitucionalidad no afecte a procedimientos administrativos firmes. Por ello no constituye una doctrina general contraria a la eficacia «ex tunc» de sus sentencias (que vulneraría lo dispuesto en el citado artículo 40.1 LOTIC) sino mera aplicación de un principio reiterado en su propia jurisprudencia según el cual el Tribunal Constitucional tiene la facultad de «... disponer lo que estimare procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la disposición, resolución o acto anulados» (STC 65/1984). O, como señala la ya citada sentencia relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: «... Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento jurídico» (STC 45/1989).

En definitiva, si el Tribunal Constitucional ha avocado para sí mismo la potestad de modular en cada caso el alcance de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad pese a existir unos preceptos legales que determinan con bastante claridad la eficacia de tales sentencias, mayores motivos existen para que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribu-

nal Supremo haga lo propio respecto de las sentencias que declaran la nulidad de una disposición de carácter general. Obsérvese que lo que aquí se postula no es que a la declaración de nulidad se le atribuya siempre y de forma absoluta una eficacia retroactiva ilimitada, pero sí al menos que exista un margen de ponderación para adecuar el alcance de la sentencia a las circunstancias del supuesto concreto examinado y que, en todo caso, no se adopte de forma automática la limitación derivada de un precepto, del artículo 120 LPA antes citado, que como hemos visto no tiene por objeto determinar la eficacia de las resoluciones judiciales.

Retomando aquí la referencia al artículo 120 LPA podemos concluir que según el mencionado precepto la declaración de nulidad que dicte la propia Administración al estimar un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general no afectará a los actos ya firmes que se hubieren dictado en aplicación de aquélla, pero de ahí no se deriva que esa misma limitación sea predicable cuando la declaración de nulidad se produce en sede jurisdiccional mediante la estimación de un recurso contencioso-administrativo directo contra aquella disposición.

Aún podrá aducirse que las razones de seguridad jurídica que inspiran el citado artículo 120 LPA son perfectamente trasladables a las declaraciones de nulidad dictadas en sede jurisdiccional. Sin embargo, seguidamente veremos que la apelación a la seguridad jurídica no es un argumento concluyente en el caso que nos ocupa.

## V

La invocación del principio de seguridad jurídica a la hora de determinar el alcance de la declaración de nulidad de una disposición de carácter general (y tal naturaleza se reconoce a los planes urbanísticos) tiene sentido por los problemas de diversa índole que puede suscitar la revisión de todos los actos de aplicación que se hubieren dictado al amparo de la norma luego anulada y, también, por la incidencia que tal revisión podría tener respecto de legítimos derechos de terceros.

Ahora bien, precisamente porque son éstas las razones que están detrás de aquella apelación al principio de seguridad jurídica, no parece adecuado sostener una primacía absoluta de tal principio y sí, por el contrario, ponderar su incidencia en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, cuando los actos dictados en aplicación de la disposición anulada afecten a un número de ciudadanos, estando éstos además plenamente identificados, y no existan por lo demás derechos de terceros que pudieran resultar perjudicados por la revisión de aquellos actos, no parece que existan razones serias que impidan que la declaración de nulidad de la norma despliegue en toda su plenitud la eficacia «*ex tunc*» que en principio se le reconoce.

Llevando estas consideraciones al caso que comentábamos, sucede que si bien las normas del

Plan General de Madrid sobre reparcelación económica tenían como «destinatarios» a todos los propietarios de suelo urbano en el término municipal, los «afectados» por tales normas fueron únicamente aquellos propietarios a quienes, con motivo de su solicitud de licencia para edificar, se les requirió el pago del saldo provisional de la reparcelación económica. Resulta ocioso señalar que el número e identidad de tales afectados es perfectamente conocido por la Administración municipal, no sólo porque, como es regla general, tales datos deben figurar en sus archivos sino por la circunstancia añadida de que lo que en su día se les cobró es un «saldo provisional» sujeto a ulterior liquidación definitiva y, por tanto, es obligado concluir que el Ayuntamiento debe conservar los datos necesarios para aquella liquidación final que debería practicarse una vez concluido el proceso de reparcelación económica.

Por otra parte, tampoco parece razonable aducir que la devolución de las cantidades abonadas podría perjudicar a los legítimos derechos de terceros.

En tales circunstancias, una Administración decididamente respetuosa con los pronunciamientos judiciales o menos acuciada por la necesidad de obtener recursos (o ambas cosas a un tiempo) habría acordado de oficio la devolución de todas las cantidades percibidas al amparo de unas disposiciones que de forma reiterada han sido declaradas nulas por los Tribunales, o, al menos, no habría denegado la devolución del importe correspondiente a aquellos propietarios que lo solicitasen. Y, en todo caso, no habiendo procedido el Ayuntamiento del modo indicado, el administrado solicitante de la devolución podía razonablemente esperar que su pretensión merecería el respaldo de los Tribunales. Lejos de todo ello, lo sucedido al perplejo ciudadano es que se le reconoce que el cobro fue indebido, por estar basado en unas disposiciones declaradas nulas, y, sin embargo, se le deniega la devolución aducándose para ello razones de «seguridad jurídica».

El resultado final, aparte de la ya mencionada perplejidad del ciudadano, es la consagración con carácter irreversible de un enriquecimiento injusto en favor del Ayuntamiento. Y bien puede decirse que la solución adoptada no viene en realidad exigida por el principio de seguridad jurídica habida cuenta las circunstancias que han sido descritas.

Por lo demás, el ciudadano puede extraer la siguiente consecuencia: ante cualquier decisión administrativa que comporte una nueva modalidad de tributo o una exacción de cualquier índole no conocida hasta ese momento, le conviene interponer en todo caso los recursos que estén a su alcance, en vía administrativa o jurisdiccional, y ello aunque no tenga razones serias para pensar en la ilegalidad de la actuación administrativa o incluso estando convencido de su legalidad, pues si él no formula la correspondiente impugnación nunca podrá obtener la devolución del importe satisfecho aunque la exacción sea declarada ilegal en recursos promovidos por personas distintas. Tal estímulo a la litigiosidad indiscriminada es lo único que le faltaba a la jurisdicción contencioso-administrativa.

# INTERNACIONAL

## Algunos itinerarios sobre las teorías del derecho de huelga en Italia\*

Lorenzo GAETA

### 1. INTRODUCCION

«El derecho de huelga se ejercita en el ámbito de las leyes que lo regulan»: ésta es la norma fundamental que en Italia regula la huelga, el artículo 40 de la Constitución de 1948. Quizá sea culpa —o mérito— de esta fórmula extremadamente elástica (se ha hecho notar que si fuera una canción podría cantarse lo mismo con música del *tantum ergo* que con la de un himno de los trabajadores) que surjan tal cantidad de problemas reconstructivos y aplicativos ligados a su falta de desarrollo legal si bien, en realidad, el vacío legislativo ha significado de hecho una precisa opción de política del derecho. Por otra parte, la carencia de desarrollo legislativo ha dado lugar a una consecuencia posterior, y es que la huelga se ha visto sometida a una serie de límites trazados por la jurisprudencia. Hoy se podría escribir el artículo 40 de la Constitución como «el derecho de huelga se ejercita en el ámbito de las sentencias que lo regulan».

Intentaré aquí recorrer cuatro itinerarios ejemplares en materia de huelga: en realidad, son viajes de «ida y vuelta», con puntos de llegada muy parecidos —aunque sólo sea por sugestión— a los de partida. Y ello no antes de haber hecho una precisión. Quien recorre los escritos sobre huelga, saca la impresión de que la noción de ésta se ha construido en el laboratorio, sobre la base de la ideología del constructor: la noción de huelga no es el fruto de una investigación específica, sino que la precede. En líneas generales, en vez de moverse entre los textos legislativos o la praxis, el estudioso se presenta con su idea ya formada, prefabricada, la investigación posterior que realiza le sirve para confirmarla.

### 2. LA RECONSTRUCCION DOGMATICA DE LA HUELGA

#### 2.1. De las tesis «nostálgicas» a las «negociales»

Inmediatamente después de la promulgación de

la Constitución se abren paso doctrinas «nostálgicas» del ordenamiento anterior, que pretenden atribuir al régimen diseñado en el artículo 40 de la Constitución un mero valor programático, sosteniendo que el reconocimiento constitucional está subordinado a la promulgación de la ley de desarrollo, y que frecuentemente configuran el ejercicio del derecho de huelga como un ilícito civil. Desde el punto de vista de la teoría general, la huelga no es un derecho, sino un mero «poder jurídico».

Tales reconstrucciones no tuvieron eco. Por el contrario, tuvo una suerte inmensa la teorización de la huelga en términos de «derecho subjetivo potestativo»: el titular puede modificar con su voluntad y con el mero ejercicio de su derecho una situación jurídica de la que forma parte otro sujeto, el empleador, que se somete a las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga.

Consecuencia principal de tal reconstrucción es la de resultar funcional a la individualización de la huelga contractual como único tipo de huelga legítima. «La huelga es la abstención colectiva del trabajo, decidida previamente por un cierto tiempo, que tiene la finalidad de actuar sobre la voluntad del empresario con fines económico-sindicales». De esta forma, a la posición potestativa de los trabajadores corresponde una mera sujeción del empleador; y, por ello, al corresponder tal poder sólo en relación a este último, sólo se puede hacer huelga para obtener lo que el empleador pueda dar. Así pues, quien quiera salir de este apoyo, habrá de abandonar la teoría del derecho potestativo.

#### 2.2. Las tesis «personalistas» de los años 60

En los años 60, se insinúan nuevas tesis «liberales», de cuño prioritariamente público. Se subrayan no tanto el aspecto técnico formal, sino especial-

\* Versión española de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Albacete, en el Curso de Especialista en De-

recho Sindical, el día 17 de febrero de 1993.

mente los motivos que están en la base de la tutela constitucional. Se habla de la huelga como un «derecho de igualdad social», porque tiende a restituir al contratante más débil, el trabajador, la igualdad con el empleador que en el plano de los hechos no existe. Se define así como un derecho de la personalidad del ciudadano trabajador, asumiendo por lo tanto una posición de preeminencia absoluta, la que compete a todos los derechos de la personalidad respecto a aquellos que atañen solamente al patrimonio.

La huelga aparece pues como la proyección de un principio difundido por toda la constitución: la tensión hacia contenidos sociales progresivamente más amplios. Desde esta óptica, hay quien habla de «derecho público de libertad», en el sentido que no puede promulgarse ninguna disposición legislativa, administrativa o jurisprudencial que se oponga al derecho de huelga o que no inhiba al empleador de la posibilidad de realizar actos dirigidos a mortificar el ejercicio del derecho.

Con el pasar de los años, la fórmula del «derecho fundamental de la persona» tendrá mucho éxito, convirtiéndose en un punto de referencia casi obligado en el análisis doctrinal, aunque acabará por perder el sentido progresista que tuvo en sus orígenes; tanto es así que recientemente se ha hecho notar como a menudo los defensores del derecho de huelga como derecho fundamental de la persona son aquellos que invocan intervenciones normativas orgánicas e invasoras, si no represivas a las claras, en el conflicto sindical.

### 2.3. Los últimos años: las nuevas críticas y la diferente recuperación de las teorías civilistas

Después de 1974 la propia jurisprudencia constitucional acaba por superar la concepción «contractual» del derecho de huelga, según la cual su ejercicio estaría exclusivamente dirigido en función de una pretensión (normalmente salarial) dirigida contra el empleador. Se reconoce, en efecto, que la huelga tiene fines más amplios, merecedores de tutela, bien un más amplio interés económico-profesional, bien, más en general, las razones del mundo del trabajo y de sus aspiraciones a una efectiva participación «en la organización política, económica y social del país». Por ello, lo que el trabajador individual hace valer, en la forma de un derecho potestativo respecto de su empleador, es, en realidad, un derecho absoluto de la persona: un derecho público subjetivo de libertad.

Otros hablan por el contrario de «derecho político»: el uso de las categorías del derecho subjetivo, del derecho potestativo, o del derecho público subjetivo representarían el resultado de una operación dirigida a reducir a fórmulas viejas un derecho lleno de estímulos nuevos; por lo tanto, la huelga sólo puede ser reconstruida como el ejercicio de un poder fundado sobre el principio constitucional de soberanía popular.

¿Durante todos estos años se puede considerar que han desaparecido las teorías de tipo civilista? No es así; importantes estudiosos siguen fieles a las

propias reconstrucciones de las décadas anteriores. Y, más tarde, se llegará a descubrir un uso provocador de éstas, cuando se afirme que la tradicional reconstrucción individual de la huelga tendería a configurarse como una especie de nuevo «derecho absoluto», que, por la amplitud de su reconocimiento y por la ausencia de límites impuestos a sus modalidades de ejercicio, parece ser una especie de nuevo derecho de propiedad del estado pluriclase [donde la *preceffazione* (derecho del gobernador imponiendo servicios mínimos) es una especie de «expropiación por causa de utilidad pública», los usuarios de los servicios públicos son los destinatarios de potenciales «actos emulativos» por parte de los titulares del derecho, mientras el debate sobre las nuevas reglas del derecho de huelga es una especie de *actio finium regundorum*].

## 3. MOVIMIENTO SINDICAL Y TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

### 3.1. Versiones post-constitucionales de la titularidad sindical y expansión del sindicato «oficial»

Un segundo viaje puede realizarse recorriendo la funcionalidad de las reconstrucciones en materia de titularidad del derecho de huelga respecto de los desarrollos concretos del movimiento sindical. En efecto, el debate doctrinal sobre este tema no es sino un modo de reproponer la eterna dialéctica entre espontaneidad y organización en las relaciones sindicales.

Una primera fase en el debate, no casualmente típica de los primeros años inmediatamente posteriores a la promulgación de la Constitución, privilegia de forma absoluta el papel del sindicato. En su versión «extremista», el sindicato es visto como el único titular del derecho: la huelga es un poder que pertenece al grupo; la tutela de los intereses de la profesión se confía no a los individuos, sino a la asociación. En una —más conocida— versión intermedia, el sindicato aparece como cotitular junto al trabajador individual: para que su abstención individual configure jurídicamente una huelga, es preciso que intervenga una voluntad externa, es decir, la voluntad colectiva del grupo profesional del que el trabajador forma parte.

Se trata, evidentemente, de doctrinas muy ligadas al momento histórico en el que fueron propuestas, y que pretendían legitimar una fuerte expansión del sindicato oficial, que va imponiendo su reivindicatividad también sobre estas bases. Se pretende fundamentalmente atacar a las huelgas espontáneas, es decir, decididas con independencia de (o contra la) línea estratégica de los sindicatos.

Teorías de este tipo son moneda común durante todos los años 50, aun en su versión «corregida» y mediadora que se rehace en la reconstrucción negociada de la huelga: el individuo es ciertamente el verdadero titular del derecho, pero puede sólo ejercitarlo después de que el sindicato realice un «negocio jurídico colectivo unilateral de autorización». Incluso en plenos años 60 continúan teniendo audiencia tesis que pretenden contener la declaración

de huelga por parte de los agentes no «legitimados»; desde la que estima necesaria la declaración o proclamación colectiva de la huelga, aunque el momento de la ejecución sea de titularidad individual, hasta la que reputa subsistente una verdadera y propia obligación de hacer huelga respecto del trabajador afiliado a la organización convocante, mientras que los no afiliados, aun pudiendo libremente participar en la huelga, incurrirían, si lo hicieran, en responsabilidad frente al empleador, o incluso respecto de la asociación sindical que hubiera ordenado no secundar la huelga convocada por otros sindicatos.

### 3.2. Teorías de la titularidad individual y nueva conflictividad sindical

Las teorías «colectivistas» van debilitándose conforme al esperado desarrollo del artículo 40 Const. aparece cada día más frustrante; e, inversamente, conforme son cada vez más frecuentes las formas de huelga no ligadas al sindicato «institucional». Van abriéndose camino, en consecuencia, las teorías del derecho individual, que forzosamente se deben, sin embargo, medir con la realidad social del fenómeno, esencialmente colectivo; y este momento es recuperado no ya en la fase preparatoria sino en el desarrollo concreto de la abstención del trabajo. Se da vida, en consecuencia, a la teoría del derecho individual al ejercicio colectivo (o titularidad individual y ejercicio colectivo), destinada a encontrar en los años sucesivos un éxito casi unánime.

Esta reconstrucción se alimenta sucesivamente, de un lado, a nivel de las teorías generales, de la liberación de la huelga de las ataduras de las reconstrucciones «negociales» y de la consiguiente reconducción del fenómeno a la categoría de los «actos reales», también llamados «comportamientos de actuación»; por otro lado, a nivel de las relaciones industriales, bajo el empuje de los sucesos a menudo «espontaneístas» del otoño caliente (1969), que conquistan para las reconstrucciones individualistas de la titularidad de la huelga a juristas de muy diversa extracción jurídica.

Releyendo actualmente estos asuntos, se ha subrayado cómo la apuesta en favor de los movimientos libertarios se ha realizado dos veces: en los años 50, para disminuir la legitimación de los sindicatos débiles y aún temidos por los bien pensantes; en los años 60, para legalizar un inesperado ciclo conflictivo y los empujones obreros al sistema dominante.

En los años 60 y sobre todo, evidentemente, en los años 70, la reconstrucción de la titularidad individual al ejercicio colectivo, ligada funcionalmente a los desarrollos del sistema de relaciones industriales de la forma en que se ha dicho, encuentra escasísimas voces en contra. Debe, sin embargo, recordarse que la consolidación de las teorías sobre el derecho individual está siempre relacionada con actitudes globalmente favorables a un control lo más capilar posible por parte del sindicato sobre la gestión del conflicto, bien en términos de una obligación de influencia ejercitada sobre su base para disuadir la de secundar huelgas espontáneas, bien a través de la afirmación de una normativa estatal de apoyo del sindicato «oficial» y de control del «libre».

### 3.3. Las nuevas teorías de la titularidad sindical

En los años 60, sin embargo, el «postulado» de la titularidad individual del derecho de huelga comienza a vacilar, si bien las primeras voces discordantes no parecen responder, en realidad, a una tendencia unívoca ni a idénticas razones de política del derecho, tanto es así que éstas provienen indiferenciadamente tanto de la «derecha» como de la «izquierda». Si, en efecto, se ha querido ver la titularidad individual del derecho de huelga como el último baluarte del «moderacionismo» iuslaboralista, también se ha interpretado por contra la atribución del derecho de huelga a los trabajadores individuales como un momento incoherente respecto del modelo constitucional, suplantado y corrompido por la doctrina dominante y la jurisprudencia, al que se acusa de haber dejado a la huelga a merced de coaliciones ocasionales e irresponsables; y tanto: el reconocimiento del derecho colectivo de huelga se halla ligado a la preocupación de «inducir a los trabajadores individuales a una saludable autorresponsabilidad».

Pero la más importante entrada en crisis del postulado de la titularidad individual del derecho de huelga sucede en estos últimos años, con el emerger de preocupaciones de distinto signo a las que se ha expuesto. El discurso aparece ahora claramente ligado al tema diferente de la representatividad sindical desde hace poco tiempo en el centro del debate iuslaboralista, tras una cierta crisis del sindicalismo confederal unitario.

La teoría del ejercicio individual, ¿es hoy sólo un mito por el que uno se debe dejar condicionar, o por el contrario está enraizada en la constitución material del país, de la que constituye incluso un elemento central en el equilibrio complejo de la misma? Los que han pretendido poner en cuestión el postulado clásico de la titularidad individual del derecho de huelga han debido demoler una opción de política del derecho consistente en que el derecho de huelga constituye un derecho individual de la persona, con la consecuencia, entre otras, de que estamos educados en el pensamiento de que la combatividad espontánea (con objetivos quizá contradictorios y a veces contingentes) es necesariamente una manifestación de vitalidad democrática. Por eso, la titularidad individual entendida como derecho del que no se puede disponer, ni siquiera el sindicato, habría contribuido —se afirma— a deslegitimar a los grandes grupos organizados, introduciendo en el ordenamiento sindical un enorme factor de desestabilización.

Siguiendo esta opinión, se hicieron patentes notables perplejidades sobre el postulado de la titularidad individual por un número cada vez mayor de opiniones, amedrentadas por la fuerte reducción del peso del sindicato en el gobierno del conflicto, así como por el peligro de que la huelga se transformara en un instrumento de prevaricación de ciertos grupitos aunque en ciertos casos contractualmente fuertes. De esta manera se dice que insistir sobre el paradigma tradicional significaría considerar la huelga como la versión extrema de una posición de inmunidad y de privilegio.

El debate, por tanto, parece más bien centrarse sobre la necesidad de un posible apoyo al sindicato «institucionalizado» en un momento de crisis de representación. Se ha subrayado que la verdadera dicotomía, la importante, no es la que se establece entre titularidad individual y colectiva, sino entre titularidad difusa y titularidad sindical, es decir, entre titularidad relativa a los trabajadores individuales de cualquier modo organizados, y titularidad relativa (a los trabajadores reconducidos) a los agentes consolidados del sistema negocial colectivo.

Las razones que están en la base del repentino cambio de perspectiva se refieren al «síndrome del espontaneísmo», más o menos nocivo, que ha afectado a la investigación jurídica sobre el conflictivo colectivo; enfermedad sanada con opciones de política del derecho que buscan privilegiar la controlabilidad de la huelga por parte de los sindicatos con identidad consolidada. A lo que, sin embargo, se ha objetado que una opción de este tipo, que significa (o puede significar) la legitimidad de la atribución del monopolio legítimo de la huelga a las organizaciones sindicales de alguna manera reconocidas, comporta un sindicato que no extrae su fuerza del consenso de los trabajadores, sino de su reconocimiento por el Estado, la ley o el empleador.

A fines de los años 80, la tesis de la titularidad individual aparece como sustancialmente minoritaria. Pero las nuevas teorías sobre la legitimación colectiva del derecho se conjugan con la duda sobre si la tesis individualista puede provocar más daños que cuantas injusticias aquélla pueda remover. La espera de la ley reguladora del derecho marca los «tiempos nuevos» de la reflexión jurídica sobre la huelga.

#### **4. LA DELIMITACION DEL AMBITO DE LA HUELGA-DERECHO**

##### **4.1. Las teorías «definitorias»**

En realidad, cualquier debate desemboca en la ineliminable exigencia de definir el ámbito de licitud de la huelga. Discurso aleatorio y abierto a soluciones diferentes, por el hecho mismo de la inexistencia de una ley en virtud de la cual la realidad económico-social pueda disponerse ordenadamente en categorías de *numerus clausus*.

Durante mucho tiempo, la tipología de la huelga-derecho se venía obteniendo de una definición apriorística que sería lo suficientemente famosa como para convertirse en un inatacado aforismo tanto doctrinal como jurisprudencialmente: aquel según el cual la huelga consistía en una «abstención concertada del trabajo en defensa de un interés profesional colectivo», definición enriquecida además por los corolarios de la plenitud y de la continuidad como circunstancias que acompañan a las modalizaciones de la huelga.

La proposición de tales límites que, con afortunada expresión, se bautizaron como «intrínsecos» al derecho de huelga, sustrae de la tutela constitucional y precipita en la responsabilidad por incumplimiento a aquellas formas que, sobre la base de tal noción, se muestran en cierta forma como «patológicas» o «anómalas». Entre trabajar conforme a la

norma y la abstención del trabajo no hay —se afirma— soluciones intermedias posibles. Así pues, no constituye huelga legal la huelga «articulada» o rotatoria, carente de los requisitos de plenitud (la totalidad de los trabajadores de la plantilla), continuidad y concertación; como tampoco la huelga que se propone componer un litigio «jurídico», y no «de intereses»; la huelga de solidaridad; la que tenga fines diferentes de la estipulación o revisión de un convenio colectivo, o que pretenda revisar un convenio colectivo en vigor; la huelga, en fin, de forma más general, que vaya dirigida a la consecución de una pretensión no disponible por parte del empleador, en primer lugar, la huelga política.

Por ello los años 50 y 60 están dominados por una visión globalmente restrictiva de la huelga, sobre todo jurisprudencial (si bien queda por verificar la función real que la doctrina ha jugado sobre las opciones de los juristas). Se ha hecho observar, prudentemente, que tales críticas sean quizá injustificadas al analizarse con ciertos prejuicios el cuadro global de referencia: una jurisprudencia restrictiva del derecho de huelga demostraba a su modo su solidaridad con el intento común de reconstruir las bases productivas de un país «que aún tenía el polvo de los escombros flotando en el aire».

Las críticas más precisas a estas reconstrucciones se producen hacia finales de los años 60. El alcance práctico de la adopción de tal tendencia metodológica se plasma en la sustitución de una actividad definitoria *a priori* de los términos contenidos en la norma constitucional por una investigación que pretende argumentar caso por caso la subsunción de un hecho en la norma. Conforme a esto, la elaboración de un concepto «jurídico» de la huelga no significa nada más que una construcción doctrinal y judicial, disfrazada, eso sí, de «definición»; lo que lleva a la conclusión de que la abstención no se califica de ilegal por ser causa de la violación de obligaciones contractuales, sino en la medida en que no corresponde a una definición apriorísticamente elaborada.

Se trata, pues —como defendió un conocido análisis—, de una operación de claro signo ideológico-político, guiada por la preocupación práctica de imponer una serie de límites al derecho de huelga, y con el objetivo de confinarlo en ámbitos compatibles con la ordenación del poder productivo existente; doctrina y jurisprudencia consiguen en un corto tiempo reprimir e incorporar a los viejos esquemas un derecho por su naturaleza emergente, modificando su empuje innovador que el marco constitucional le había conferido, reduciéndolo en fin, en el plano técnico-jurídico, a las finalidades moderadas en las que se inspira la política sindical del período.

##### **4.2. Las formas «anómalas» de huelga y el uso de los cánones civilistas**

La distinción entre modalidades «normales» y «anómalas» de ejercicio de la huelga es, por tanto, hija de las definiciones apriorísticas de los años cincuenta. Durante mucho tiempo, para valorar la abstención colectiva de trabajo en casos de modalidades «anómalas» se recurría a las cláusulas genera-

les derivadas del deber de diligencia y del deber de colaboración, así como de las obligaciones generales de la buena fe y la de la corrección en el cumplimiento de la obligación, que tutelan el interés del empleador en la conservación de la organización empresarial y de los bienes que la componen. Lo que sucede es que la huelga, cuyo ejercicio se dirige, por definición, a producir un perjuicio, es un comportamiento que no se presta a ser valorado desde la óptica de las reglas que han sido concebidas para el desarrollo de la relación laboral y que en este caso se revelan enfáticas, inútiles y sustancialmente maniobrables a placer. Pero hay más: de esta manera la progresiva «privatización» de la materia quizá podría conducir especialmente a una llamativa inversión de las posiciones de base, de forma que la premisa de partida la constituiría la consideración de la posición del empleador como sustancialmente más débil y, en consecuencia, merecedora de una protección particular sobre la atribuida al trabajador.

Para valorar la legalidad de la huelga «anómala» se utilizaron, fundamentalmente en vía jurisprudencial, los criterios del «daño injusto» y de la «proporcionalidad de los sacrificios»: en sustancia, se reconoce la inevitabilidad del daño inferido por los huelguistas al empleador, pero se mantiene que éste no podrá ser mayor que el derivado de la abstención de la prestación de servicios, proporcional a la pérdida de la retribución. Una orientación de este tipo tiende a delimitar el área de legalidad de la huelga en relación con la medida del daño producido a la contraparte.

Esta reconstrucción suscita fuertes dudas, en el momento en el que pretende subordinar la legalidad de la huelga a la condición de que con ella sólo se derive para el empleador el cese de la ventaja que éste se prometía con el cumplimiento del ciclo productivo. Resulta singular que el contenido de un derecho subjetivo se identifique por referencia más que a la voluntad de actuar de su titular, por las consecuencias del ejercicio de este derecho sobre el interés del sujeto pasivo. Además, al ser la diferencia entre daño injusto y daño normal meramente cuantitativa y absolutamente aleatoria, la determinación de la licitud de la huelga se confía, una vez más, a la mera arbitrariedad del intérprete. La noción de «proporcionalidad de los sacrificios» presupone, por su parte, una sinalagmaticidad perfecta entre el daño padecido por el empresario y la pérdida de la retribución sufrida por los trabajadores; ambos términos no parecen en absoluto homogéneos: si la pérdida de la retribución es elemento del intercambio, no lo es, sin embargo, la producción de un daño.

Las nuevas lógicas expresadas en el Estatuto de los Trabajadores parecen ser absolutamente incompatibles con teorías como estas, que, sin embargo, proliferan también después de 1970. Cabe pensar, pues, que la desvaloración práctica del derecho de huelga ha venido por muchas vías: entre ellas, por una actitud que más que reconstruir los efectos de la acción colectiva sobre los contratos individuales de trabajo, ha leído aquella a la luz de éstos, no comprendiendo en consecuencia la naturaleza excepcional y transformadora respecto de la teoría del contrato que el derecho de huelga objetivamente reviste.

#### 4.3. La liberalización de las modalidades de huelga

Es fundamental, sobre todo por la aceptación que esta tesis tuvo jurisprudencialmente, el encuadramiento de la problemática a la luz de los principios de la responsabilidad extracontractual. El ejercicio del derecho de huelga, una vez excluido del ámbito de aplicación de las reglas de la responsabilidad (contractual) del deudor, encuentra tan sólo límites externos a los comportamientos que ponen en marcha la obligación: el huelguista es como un tercero cualquiera culpable de un daño cuya injusticia lo hace responsable de un hecho ilícito. En consecuencia, los trabajadores en huelga se ven obligados a respetar también un interés empresarial, que se sustancia, sin embargo, no en el desarrollo de la actividad productiva —destinado fatalmente a sucumbir frente a la huelga— sino en la mera expectativa de conservar la organización de la empresa con vistas a la reanudación de su actividad. El límite no se halla, pues, en el daño infligido a la producción, sino a la productividad, fórmula afortunada, pronto adoptada por la jurisprudencia.

En 1980, en efecto, la jurisprudencia prescinde de las nociones «proporcionalidad de los sacrificios» y «daño injusto»: se derrumba la distinción entre modalidades «normales» y «anómalas», y se reconoce que la huelga no puede encontrar límites «internos», sino siempre las mismas limitaciones «externas», deducibles de su conciliación con otros derechos de igual o mayor alcance constitucional (si bien alguno teme que el control de la huelga mediante la delimitación de los límites externos puede desnaturalizar la función originaria, y resultar un método dirigido a apuntalar su «normalización» en la óptica de la salvaguardia de los valores de la empresa).

Se prescinde además del conocido proceso apriorístico de definición del ámbito de legalidad de la huelga para pasar a un método de investigación de cada supuesto concreto; al no contener el ordenamiento italiano una definición de la huelga, ésta sería rastreada a partir de la que tal palabra tiene en el lenguaje comúnmente adoptado en el ambiente social: «en nuestro ordenamiento, la huelga protegida es la que resulta de la experiencia». La jurisprudencia cumple así un esfuerzo de «institucionalización dinámica del conflicto».

La nueva orientación doctrinal y jurisprudencial parece recuperar una óptica derivada de las ciencias sociales en beneficio del análisis jurídico, y encuentra escasas objeciones, sea de tipo «político» (para las que la nueva reconstrucción significaría que la huelga es paragonable a la Comuna de París, el asalto al Palacio de Invierno y la rebelión de los marineros del Potemkin), sea de tipo «jurídico», en el sentido que el reenvío a los datos de la realidad empírica para identificar un supuesto de hecho del que se derivan efectos jurídicos, puede valer sólo como reenvío recepticio, en una forma que puede cambiar sólo por efecto de una posterior disposición legal.

#### 4.4. El problema de los límites «externos»

¿Cuáles son, a fin de cuentas, los límites «externos» que prevalecen sobre el derecho de huelga?

Si bien hay acuerdo sobre los principios constituidos por la vida y la integridad personal, los problemas comienzan cuando se pasa a valorar el posible límite constituido por la integridad del patrimonio de la empresa. Una respuesta puede consistir en que, mientras que el daño a la producción es siempre legítimo, el daño a la productividad puede dar lugar a responsabilidad a no ser que los trabajadores hagan huelga observando ciertas medidas destinadas a garantizar la seguridad de las instalaciones y la integridad de los bienes y de la persona del empresario y de sus colaboradores.

Las conclusiones son bastante desalentadoras. También aquí parece que se llega al punto de partida. Se observa, en efecto, que cualquier solución que se adopte, resulta, en definitiva, ligada a la opción consumada por una de las partes del conflicto, mientras el artículo 41 de la Constitución (libertad de iniciativa económica) penetra cada vez más profundamente en el interior del artículo 40 (derecho de huelga). Se subraya, así, que a fin de cuentas no hay una diferencia tan grande entre las teorías «definitorias» de la huelga, atentas siempre a cuidar de salvaguardar el beneficio de la empresa, y las teorías dirigidas a garantizar la mera tutela de los bienes de la empresa: las dos líneas teóricas de limitación de la huelga, más allá de las profundas diferencias de instrumentación técnico-jurídica, se hallan estrechamente emparentadas en su inspiración de fondo: el límite se encuentra siempre en la riqueza del empresario, observada ésta bien desde su aspecto dinámico de beneficio, bien en el aspecto estático de propiedad.

## 5. LA «PERCEPCION» DOCTRINAL DE LA HUELGA

### 5.1. Los años de la «guerra», los años de la tradición, los años de la renovación

Para recorrer, sólo en líneas generales, el último de los itinerarios propuestos, el que es un poco el «maxi-sistema», relativo a la forma en la que la función desempeñada por la huelga ha sido filtrada por la investigación doctrinal, puede ser útil partir de una posición bastante común en los años inmediatamente posteriores a la constitución. Derecho de huelga y derecho de guerra —se afirma— tienen el mismo valor. La organización de trabajadores reclama el derecho de huelga de la misma manera que el Estado reivindica el derecho de guerra. El poder de hacer la guerra y sustraerse a las reglas del derecho. Cuando el jurista descubre que la proclamación del derecho de huelga se resuelve en el reconocimiento de una soberanía en el interior del Estado, el legislador puede ver claro que la limitación correlativa de la soberanía del Estado no es admisible sin necesidad, es decir, sólo a condición de que el juicio no pueda ser reemplazado por la guerra como medio para la resolución de los conflictos.

En los años 50 predominan las teorías «negociales». El sindicato de aquellos años, activo todo lo más a nivel de mera asociación reivindicativa de rama profesional, favorece reconstrucciones de este tipo. En una palabra, la huelga se ve como —y en-

cuentra su legitimación en el hecho de ser— la *extrema ratio* de una dinámica reivindicativa, un hecho que se considera casi excepcional: la huelga es el arma final atribuida por el ordenamiento a los trabajadores para la tutela de sus propios intereses.

Un corolario posterior de esta reconstrucción se convierte en dominante durante todo el decenio y, en muchos aspectos, más allá de éste. Ya que el sistema sindical se limita a las relaciones entre las partes colectivas, la huelga, en tal contexto, sólo se toma en consideración en función de la composición del conflicto respectivo. Quiere esto decir que el artículo 40 de la Constitución se lee en estrecha conexión con los párrafos 2 a 4 del artículo 39 de la misma (que prescriben un complejo mecanismo, nunca desarrollado legislativamente, de negociación colectiva de eficacia general, *erga omnes*), y en consecuencia la huelga aparece funcionalizada al convenio colectivo, instrumental al mismo: de los contornos de la huelga, tal como viene asumida y legitimada por el ordenamiento jurídico, estarán ausentes cualquier ribete político o de cualquier forma distinto del que deriva de su estructura contractual.

Los años 60 nacen bajo el signo de la ya famosísima teoría del ordenamiento intersindical: en este campo la huelga es un fenómeno normal de lucha sindical establemente y dinámicamente emprendido en la relación con la contraparte; la huelga se reconstruye incluso más allá de su cualificación como «derecho» por parte del ordenamiento estatal, como sanción típica del ordenamiento intersindical, cumpliendo la delicada función de apuntalar la estructura del mismo: en efecto, existen normas colectivas absolutamente carentes de un contenido accionable ante la jurisdicción estatal y en consecuencia extrañas al ordenamiento jurídico general. Tales normas se hallan por el contrario ligadas a un mecanismo sancionatorio explícito o implícito, que es la huelga, fundamental instrumento de garantía social para el ordenamiento intersindical, cuyo destino sancionatorio es además, en sí mismo, un fenómeno interno a este último.

Evidente, el corolario —para retomar lo que se ha señalado hasta ahora— se encuentra en la correlación entre el artículo 40 y la parte del artículo 39 en la que se consagra la libertad sindical: el reconocimiento del derecho de huelga confiere al principio de la libertad sindical un potente instrumento de efectividad, porque justamente la garantía de la huelga es lo que consiente al sindicato existir y operar en el marco de un sistema económico ampliamente nucleado en torno al mercado y a la iniciativa económica privada.

### 5.2. Los años de la política

Tras las luchas de 1968-69 y una vez aprobado el Estatuto de los Trabajadores, cambia, evidentemente la (predominante) percepción doctrinal de la función de la huelga. En el Estatuto el ejercicio del derecho de huelga, en vez de ser regulado —como solicitaban jueces, empresarios y gobernantes— fue protegido de los atentados empresariales más comunes que había enseñado la práctica de los años anteriores. El Estatuto hará quebrar, en efecto, las

ideologías «paritarias» de la huelga, ligadas a los argumentos contractualistas.

Sería, sin embargo, ingenuo esperar que los diálogos jurídicos en materia de huelga transmitan un pensamiento renovado por entero de golpe. Se necesita trabajo y paciencia —se ha subrayado— para razonar en una perspectiva metodológicamente diferente de la que impone el derecho civil o el derecho penal, quienes no pueden aceptar el conflicto colectivo como un dato. En una palabra, con el sindicato que asume progresivamente un protagonismo en la escena política, la huelga llega a ser proceso constitucionalmente relevante, instrumento de influencia y de participación en la determinación de la política nacional y de la empresa.

A finales de los años 70 afloran cada vez más las teorías que valorizan el momento sindical-político del derecho de huelga, que reconocen las estrechas interconexiones entre sistema político y sistema sindical: la huelga pasa de ser la mera expresión de autotutela en el ámbito de las relaciones económicas a constituir el instrumento, de naturaleza publicista, otorgado a los grupos intermedios de los trabajadores, para integrar y corregir la actividad de gobierno y parlamentaria con el fin de conseguir la plena y efectiva participación de los trabajadores en la organización económica, social y política del país. En la misma línea de intentar un nexo entre el artículo 40 y otras normas constitucionales, tal ligamen se establecería ahora respecto del artículo 3, párrafo 2.º, de la Constitución: el reconocimiento del derecho de huelga se funda sobre la función de garantía por ella desempeñada de la participación de todos los trabajadores en la organización global del país, cooperando a remover las desigualdades que de hecho impiden tal participación.

No faltaron las críticas aquí tampoco: de esta forma —se ha dicho— el sindicato entra en el sistema institucional, pero como uno de tantos interlocutores semi-clandestinos de aquél; los trabajadores no son ya una clase que lucha contra la injusticia del *statu quo*, se convierten en un grupo que tutela sus propios intereses.

### 5.3. Los años del desencanto

Los años 80 proponen en múltiples aspectos una lectura desencantada de la materia. La garantía constitucional del derecho de huelga —se dice— ha demostrado ser una «necesidad inútil». Debía impedir que se formara una representación institucional, verticista y bloqueada de los sindicatos, y no lo ha conseguido. Debía promover la formación de instrumentos de una representación sindical articulada y flexible, auténticamente consensual y de base, y no lo ha conseguido. Debía orientar la evolución de la constitución material de las relaciones industriales corrigiendo sus desequilibrios entre espontaneidad y organización, y no lo ha conseguido.

Parece que se abría una nueva época para la huelga, entre otras cosas porque desde un número cada vez mayor de voces, y no sólo esta vez de la doctrina tradicional, se propone una reconsideración de su función, sobre la base de las cada vez más

alarmantes repercusiones de la huelga sobre la organización social. Se estaba incubando, en suma, la necesidad de una intervención legal que regulara al menos los perfiles socialmente más cargados de repercusiones negativas. Y se debe hacer notar que los dirigentes sindicales se dieron cuenta de que era preciso dejar de lado la medida de la oportunidad como única valoración de las huelgas emprendidas, y comenzar a medir con mayor severidad los efectos destructivos que éstas tienen sobre los intereses públicos.

Cuarenta años después parece casi haberse regresado al debate de inmediatamente después de promulgada la Constitución, a la espera de la ley reguladora que dé vida a una nueva ordenación que reconstruya la huelga. Aunque las partes parecen haberse invertido. Esta vez son los socialistas y los comunistas quienes presentan los proyectos de ley.

## 6. LA LEY Y ADEMAS: UNA VALORACION FINAL

Al final la ley fue aprobada, aprovechando un momento muy «a la italiana», es decir, el comienzo de los campeonatos mundiales de fútbol de 1990, con ocasión de los cuales se quiso dar al público internacional la imagen de un país eficiente y funcional, con los servicios públicos no paralizados por agitaciones en ocasiones puntuales y poco controlables.

Trazando aquí sólo las líneas que más directamente atañen a los recorridos teóricos hasta ahora examinados, puede verificarse que la intervención legal incide en buena medida sobre la «imagen» de la huelga, derrumbando algunas vigas maestras sobre las que hasta el momento esta figura parecía sólidamente edificada. Ante todo, la ley interrumpe una tradición abstencionista ampliamente experimentada y consolidada: como se ha visto con anterioridad, en la exigencia de una intervención legal en materia de huelga no han coincidido en esta ocasión las fuerzas «tradicionalistas» y de gobierno, sino que se ha producido un consenso muy extendido en la opinión pública y especialmente en la conciencia sindical.

La ley, además, no constituye una intervención de carácter general, regulador del derecho de huelga en su conjunto, sino que es «uno» de los desarrollos del artículo 40 Const., al regular tan sólo la huelga en los servicios públicos esenciales. Y, en este orden de cosas, un nuevo pilar que se hunde ha sido el de la lectura de la huelga en términos de represión penal, hasta ese momento no puesta en duda (en lo relativo a los servicios públicos). Se deroga expresamente el aparato represivo del Código Penal (de 1931), aunque ampliamente depurado por la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y se reestructura en un sentido «democrático» la orden gubernativa de designación de servicios mínimos en caso de huelga (la *precettazione*), institución regulada también por una ley de los años 30.

Dos cambios de perspectiva de peso no indiferente, si bien predominantemente dirigidos a destruir algunas «seguridades» sobre el particular. En lo que respecta al resto de temas, en realidad no hay mu-

cho de nuevo respecto a los puntos sobre los que nos hemos ido deteniendo en los recorridos que hemos estado realizando hasta aquí, como lo demuestra el hecho de que los escritos posteriores a la ley son de corte fundamentalmente exegético y no tanto teórico. En efecto, el reclamo a la conciliación del «ejercicio del derecho de huelga con el disfrute de los derechos de la persona tutelados constitucionalmente», alude de manera patente a la ya consolidada perspectiva de los «límites externos» del derecho de huelga, así como a la lectura que quiere excluir las limitaciones que deriven de la contrastación con derechos que no pertenezcan estrictamente a la esfera de la persona, en especial los de tipo económico patrimonial. Además, el papel atribuido en su conjunto por la ley al sindicato refuerza las teorizaciones más recientes acerca de la titularidad colectiva del derecho de huelga, si bien la intervención normativa, reconociendo las más disparatadas formaciones espontáneas, no sostiene al sindicato «oficial» en la forma en que éste habría deseado serlo.

La intervención normativa reúne las características de una «procedimentalización» de la huelga, compensada por ciertos deberes impuestos por la ley (preaviso, indicación de la duración) y deberes confiados a la autonomía colectiva (determinación de las prestaciones indispensables para garantizar en caso de huelga). Se dijo sobre este diseño que más que una verdadera regulación de la huelga, se trataba de una ley sobre las posibles fuentes reguladoras de la misma.

A nivel de recaídas teóricas, no hay por qué hacer excesivo hincapié. De esta ley emerge, más bien, una nueva fuente de ordenación, las decisiones de la Comisión de Garantía, órgano con gran autoridad científica (y no sólo porque esté predominantemente compuesta por profesores de derecho del trabajo), que genera reglas informales y empíricas. Hace justo cien años, en 1893, se constituyó una «magistratura» con características muy similares, cuya actuación dio un giro decisivo al derecho del trabajo italiano...

# Sobre el derecho en Colombia: Entre el escepticismo y el deber de no renunciar

Gloria María GALLEGO GARCIA  
Gloria Patricia LOPERA MESA

Preguntarse por el sentido y las posibilidades de la razón jurídica en nuestro aquí y ahora requiere tener en claro los términos de esa relación: por un lado, una concepción del Derecho que, en nuestro caso, se nutre mucho más de un encuentro vivencial con éste, que de necesarias (y aún precarias) incursiones en la filosofía jurídica; de otro lado, exige emprender una lectura en nuestra realidad de los motivos que pueden alentar el optimismo, así como de aquellos que confirman el escepticismo que nos condujo a la pregunta inicial.

## I. DOBLE FAZ DE LO JURIDICO: SU CONTRADICCIÓN ES EL GERMEN DE SUS POSIBILIDADES

Es necesario retomar la doble caracterización del Derecho como «instrumento de control», que al mismo tiempo puede ser un «sistema de garantías»<sup>1</sup>, herederos a su vez de la teoría crítica del Derecho y de la confianza racionalista que mira a éste como vía idónea para limitar el poder del Leviatán y realizar el proyecto ético-utópico de la modernidad, contenido en el discurso de los Derechos Humanos.

La lectura unidimensional de lo jurídico puede conducir a dos actitudes, aparentemente extremas, pero igualmente nocivas para cualquier proyecto de superación de lo real presente. Así, una visión del Derecho como simple «instrumento de poder de la clase dominante» o «ideología legitimadora de la explotación capitalista», no es del todo errada pero sí insuficiente: obliga a ejercer una crítica permanente que destierra vanas ilusiones respecto a lo jurídico. Acierta A. Baratta cuando afirma que el Derecho opera para reproducir las actuales relaciones de subordinación, explotación y alienación invocando valores como la igualdad y la libertad, siendo tal divorcio entre los principios declarados y la función real «no un caso de azar, un contratiempo emergente en su realización, imperfecta como todo lo que es humano»<sup>2</sup> sino el necesario componente ideológico a través del cual se logra el funcionamiento del sistema. Pero permanecer anclados en esta comprobación desemboca en un escepticismo consumado, un desesperar de la razón jurídica y por esa vía sólo se llega a un nihilismo inmovilizante.

Tampoco el ingenuo optimismo en el Derecho, la ciega confianza en éste como artífice de la transformación social en la vía que declaran sus más altos principios: confundir la consagración normativa de la dignidad humana con su realización efectiva o creer que el Derecho es la antítesis de la violencia; todo ello patrocina la irresponsable huida hacia entelequias normativistas, la despreocupación por enterarse cómo va la vida allende la pirámide kelseniana, al tiempo que moldea eficientes funcionarios reproductores de una realidad que empezaron por no compartir y la cual creen estar cambiando «por decreto».

Por eso, frente a los peligros de un desencantamiento aporético o de un pueril entusiasmo, es preciso asumir la contradicción que encierra lo jurídico para, con una «razón dialéctica» (Baratta), someterlo siempre a ese «tribunal de la razón» (Kant) que es la crítica, develar sofismas y al mismo tiempo descubrir sus posibilidades, para lograr persistir en el Derecho pese al Derecho.

A partir de una saludable desconfianza frente a ese ropaje del poder que es la forma jurídica. ¿Cómo puede verse en ella el germen de algo distinto? El Derecho, tal y como hoy aparece, obedece a la necesidad de legitimar la dominación en términos de «racionalidad formal», según lo caracterizara Weber. Pero asimismo la Ilustración (recogiendo un legado inmemorial) quiso hacer de la norma cauce y límite del poder absoluto, al tiempo que vertió en las sucesivas Declaraciones de Derechos y Constituciones escritas todo el contenido de su proyecto utópico.

Los Derechos Humanos, sedicente vértice de todas las pirámides normativas, están ahí no sólo para ser los fines declarados que eclipsan la función real de la mediación jurídica, sino como reclamo siempre vigente frente a un ejercicio del poder que los afrenta o, en el mejor de los casos, olvida que existe para ellos. Y aunque las ideas de libertad-igualdad y fraternidad preexisten a su consagración jurídico-positiva, la brega que desde allí pueda hacerse para que salgan de las constituciones y se traduzcan al lenguaje de lo fáctico es quizá lo único que otorga algún sentido al estudio y praxis del Derecho.

Ese contenido utópico que, como señala Bloch, «apunta mucho más allá del horizonte burgués»<sup>3</sup> y

<sup>1</sup> Sostenida, entre otros, por Luigi Ferrajoli en «El Derecho como sistema de garantías». En *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 16, pág. 61-69.

<sup>2</sup> En Alessandro Baratta, *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI, México, 1986, pág. 228.

<sup>3</sup> Afirma dicho autor que... «La Revolución burguesa fue, sin duda, en la mayoría de los puntos, más burguesa que revolución,

su Estado de Derecho, no puede ser, sin embargo, postergado hasta el día, hasta hoy poco avizorado, en que se logre «derrocar todas las situaciones en que el hombre es un ser humillado, esclavizado, abandonado, despreciable» (Marx). Es entonces cuando se nos plantea el imperativo ético de vindicar que los derechos del hombre tengan sustancia, así sea desfigurada y mínima —pero cierta— en el presente.

Fue Andres quien nos confirmó lo anterior. De él aprendimos que si bien la libertad es mucho más que poder mirar la fachada de la cárcel, para quienes están tras ella cualquier significado que asuma esa palabra comienza inaplazablemente por salir de allí. En el afán de obtener la «libertad provisional» llegamos a creer que su derecho fundamental podía confundirse con tan parco beneficio procesal. Al poco tiempo le vimos disfrutando de su «libertad», que para él se concretaba en poder deambular por las calles, hurgar entre la basura (a veces en los bolsillos ajenos) buscando cualquier cosa para calmar su hambre de pan y evasión, escoger sobre cuál acera o bajo, qué puente pernoctar, sorteando el peligro de caer víctima de una «limpieza de desechables» promovida por una sociedad que no tolera sentirse culpable por los escombros humanos dejados al paso del «progreso». En fin, más que un abuso semántico, era un atropello a la razón adjetivar de esa existencia como libre, pero ello no obstaba para que ese hombre reclamara al Derecho la garantía de no ser privado de ella ilegalmente, aunque supiéramos que con esa minúscula victoria no quedaba saldada la deuda de libertad contraída por la sociedad y el Estado en virtud de ese «pacto social» —mampara de justificación del código penal y demás sandeces normativas, siempre propensas a ser eficaces en contra de Andrés y de todos aquellos que, con nombres distintos, comparten igual suerte—.

Pero la posibilidad de promover desde el Derecho que las garantías cobren vida más allá de sus normas no se mide en abstracto. Hay que evaluar el grado de democratización de una sociedad, entendida en términos formales y materiales y ésta es su dimensión política, económica y cultural, porque ella es consustancial al Estado de Derecho, modelo político que es hoy presupuesto necesario (más no suficiente) para que lo jurídico se exprese como sistema de garantías, pues su faz de mecanismo de con-

trol siempre será susceptible de hacerse valer, prescindiendo de la forma política que la escenifique, en tanto el poder es un dato fáctico anterior a cualquier figuración positiva, mientras que aquellos logran alguna eficacia en la medida que el poder estatal sea «racionalizado», es decir, acotado y encauzado hacia los fines que le prestan legitimidad.

En consecuencia, una reflexión sobre nuestra visión y vivencia de lo jurídico en Medellín es, necesariamente, una reflexión sobre el Derecho —sobre el transfondo normativo característico del Estado capitalista que se dice de Derecho —y sobre una realidad lacerante que, pese a sus peculiaridades, comparte muchas perplejidades con el país entero<sup>4</sup>, con nuestra América Latina y con otros lugares del mundo estremecidos también por la violencia.

## II. FRAGMENTOS DE REALIDAD

La crisis en que se sume el Estado de Derecho es reflejo de otra más profunda: la de la Democracia. La trillada frase de que la colombiana es «la Democracia más antigua y sólida de Latinoamérica» ha servido de maniobra para ocultar otras realidades, que en lo económico se expresan, entre otras, en la siempre desigual distribución del ingreso nacional: en la dilapidación del presupuesto en gastos bélicos y burocráticos, mientras que la inversión social apenas sí consigue tener una pálida figuración en aquél<sup>5</sup>, triste paradoja en un sedicente Estado Social, bajo el cual corren las aguas turbias del neoliberalismo.

Tan apretada síntesis macroeconómica es insensible, como insensibles somos los colombianos ante esta violencia propia del capitalismo que, a fuerza de soportarla, ya casi no la percibimos porque se cubre con los «científicos» trajes de la neutralidad estadística, pero se desnuda mostrando millones de personas en condiciones de pobreza absoluta, habitantes de los «cinturones de miseria»; unos pocos (y ¡afortunados!), laborando como obreros disciplinados del capital; otros, los más, exprimiendo las exiguas posibilidades del sector informal y de un hermano suyo más pobre: el «rebusque» (las más humildes e inimaginables ocupaciones) o persiguiendo el espejismo de la economía subterránea como mano de obra del narcotráfico: «mulas», cultivadores, mercenarios, sicarios, entre otros<sup>6</sup>.

Para referirnos a nuestra democracia política va-

pero no sólo llevó a cabo una enorme labor de desescombro —como liquidación de los privilegios de clase— sino que llevaba en sí aquella promesa a la que podía orientarse la revolución real. Es el contenido de los derechos del hombre y si sabe a poco, es que hay pocas cosas en la historia que hayan sido tan limitadas e impedidas por razón de su fundamento, ni que hayan sido tan anticipadoramente humanas por razón de sus postulados. Libertad, igualdad, fraternidad, la intentada ortopedia del paso erguido, del orgullo viril, apuntan mucho más allá del horizonte burgués», Ernst Bloch, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Ed. Aguilar, 1980, pág. 177.

<sup>4</sup> Las violencias son un fenómeno que permea todo el territorio colombiano (no hablamos de ella en forma singular por cuanto proviene de diferentes actores, diferentes causas —por llamarlas de algún modo— y hay zonas donde se siente con mayor rigor porque allí confluyen y se superponen casi todas las violencias hasta hacer imposible su diferenciación). Bogotá y Cali comparten con nuestra ciudad las mayores manifestaciones de vio-

lencia urbana, pero además Urabá, Llanos Orientales y Amazonía, Magdalena Medio y Cauca son regiones de álgido y permanente conflicto. Cfr. Rodrigo Uprimny y Alfredo Vargas C. «La palabra y la sangre. violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia». En: Germán Palacio (compilador), *La Irupción del Paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*. Ilsa-Cerec. Bogotá, 1990, pág. 105-165

<sup>5</sup> El Congreso aprobó el presupuesto general para 1984; cifra total de 14 billones, 953 mil millones de pesos. Más de la mitad son para funcionamiento, 26 por 100 para el servicio de la deuda y 20 por 100 para inversión. Se aumentan los recursos para las fuerzas armadas en 283 mil millones (duplicándose con relación al año anterior).

<sup>6</sup> Sobre el tema del sicariato y las múltiples lecturas que ha suscitado, confrontar: Olga Lucía Gaitán G. «Sicariato y criminalidad en Colombia: perspectivas y realidades», *Nuevo Foro Penal* núm. 50. Bogotá, Temis, 1990, pág. 499-511

len las palabras de Renán cuando afirma que la «Democracia es la entronización del utilitarismo», porque ello en Colombia tiene visos de profecía. En primer lugar, se ha asimilado su existencia a la celebración de elecciones, pero el sufragio no pasa de ser un mecanismo espúreo de expresión popular, pues la cultura política de los colombianos está anclada en una mentalidad premoderna —nos ven y nos vemos como súbditos en vez de ciudadanos— y porque un auténtico ejercicio del voto supone unas condiciones que nuestra realidad se encarga de negar: sobreviviendo bajo el peso de una penuria que se desliza las más de las veces hasta la miseria, el «ciudadano» rompe su apatía y concurre a las urnas a condición de recibir una dávida, pero ni aún así la clase política logra desterrar el creciente abstencionismo que se ubica alrededor del 60 por 100.

En segundo lugar, se ha definido la Democracia como ausencia de dictadura militar. Más un análisis del funcionamiento del régimen político colombiano nos conduce a afirmar que estamos frente a una dictadura «la más antigua y sólida de Latinoamérica»<sup>7</sup>. En Colombia descolla la tradición bipartidista<sup>8</sup>: El Liberal y el Conservador, partidos con difusas fronteras doctrinarias, homogéneos en su composición social, manejados por las élites del país y responsables de ocultar la auténtica participación de terceras agrupaciones políticas.

Las fuerzas alternativas han tenido que librar su lucha en ámbitos distintos al electoral (oposición armada o movimientos cívicos), toleradas mientras no signifiquen un desafío real al *statu quo* o asuman conscientemente la reivindicación de derechos fundamentales<sup>9</sup>, caso en el cual se acude a los mecanismos formales (criminalización) y/o informales (guerra sucia) para hacerles frente, empleando además un discurso que polariza el escenario político: de un lado, la «paz» que se confunde con lo institucional y al otro extremo la «guerra» que agrupa indiscriminadamente tanto a sectores armados como a todo atisbo de desobediencia civil, siguiendo aquella lógica según la cual «el que no está conmigo está contra mí». De esta forma, se cubren los ojos de las mayorías para que no lleguen siquiera a imaginar que la violencia también parte de las instituciones, es decir, se ejerce *conforme a Derecho*. Asimismo actúa directamente sobre la mentalidad de las personas para que desestimen y teman toda voz de protesta, incluso hacer un simple reclamo a la autoridad, y por último, se las prepara sutilmente para querer y defender la «normalidad».

La Doctrina de la Seguridad Nacional ha encontrado en Colombia su «enemigo interno»: inicialmente la guerrilla, y ella la disculpa para conceder mayor autonomía a las Fuerzas Armadas, que al mejor

estilo de un ejército de dictadura latinoamericana, desvirtúan su función constitucional de defender la integridad territorial para dirigir sus acciones al mantenimiento de la seguridad interna<sup>10</sup> y la eliminación del «enemigo interno». Posteriormente, el narcotráfico, pues a comienzo de la década de los ochenta perdió el favor de las élites tradicionales, quienes le aceptaron mientras fue dispensador de capitales para financiar sus campañas electorales, pero las pretensiones políticas de esta clase emergente le tornaron incómodo para aquellos que desde siempre han hegemonizado el poder estatal. Así, vinieron las sucesivas declaratorias de guerra contra el narcotráfico, en 1984 y 1989; lo que fue inicialmente un enfrentamiento de bloques de poder tomó dimensiones mayúsculas por la presión e intervención directa del Gobierno norteamericano (con el fin de la Guerra Fría cambió su discurso de cruzada contra el comunismo internacional al de lucha antidrogas para justificar su presencia en algunos países latinoamericanos)<sup>11</sup> hasta convertirse en problema de Estado el cual, so pretexto de combatirlo, extendió sus manos y sus ojos a cada rincón de la vida de los ciudadanos, especialmente en Medellín y municipios cercanos, área de influencia de un sector de narcotraficantes —«Cártel de Medellín»— quienes asumieron con mayor beligerancia la respuesta a la persecución oficial.

La simbiosis «narco-guerrilla», independientemente de su carga de realidad, ha servido para desprestigiar toda forma de oposición al sistema —ya no existe delito político, pues lo «narco» tiene todo de delincuencia común— y redoblar la intensidad (y los recursos) destinados a la «guerra». Faltaba el paso decisivo: acuñar el término «narco-terrorismo»; si la guerrilla era un problema doméstico, el terrorismo posee mayor eficacia simbólica, por ser un fenómeno sentido en otras latitudes «una amenaza para la humanidad entera» según la retórica oficial. Se extendieron las redes de control social, llevando la lógica de la guerra y su disciplina a la vida cotidiana, con el apoyo (¡casi a petición!) de gran parte de la población que así quería ver reforzado el sentimiento de «seguridad ciudadana»: nos acostumbramos a vivir en medio de operativos militares, allanamientos, bombas, toques de queda, consejos de seguridad, vías cerradas, requisas y pesquisas (especialmente en los «sectores sospechosos» correspondientes tanto a las zonas marginadas como a algunos barrios de clase alta, es decir, terminaron por confundirse con la ciudad entera), los «hombres de acero» (contingente del ejército que encarna el ideal de superpoderío físico y militar puesto al servicio de la «patria» y la «comunidad», sirviendo a una campaña de legitimación de las fuerzas armadas espe-

<sup>7</sup> Con la peculiaridad de que no se ha circunscrito a un período histórico determinado, como lo fue la década de los setenta y comienzos de los ochenta para los países del cono sur, sino que siempre ha estado velada por gobiernos civiles. Cfr. Eduardo Pizarro León Gómez, «La profesionalización militar en Colombia», *Análisis político* núms. 1, 2 y 3. Universidad Nacional, Bogotá, 1987-1988; Gustavo Gallón Giraldo, «La República de las Armas». En *Controversia*, núm. 109-110, CINEP, Bogotá, 1983.

<sup>8</sup> Cfr. Alvaro Tirado Mejía, «Del Frente Nacional al momento actual: diagnóstico de una crisis», en *Nueva Historia de Colombia*, Planeta, Bogotá, 1989.

<sup>9</sup> Se cuentan entre los movimientos guerrilleros: el M-19, EPL, Quintín Lame (indigenista), PRT, ya desmovilizados y las FARC, ELN y disidencia del EPL que continúa la lucha armada. Dentro de los movimientos sociales están los sindicatos, organizaciones campesinas, cívicas, estudiantiles, indígenas, negritudes.

<sup>10</sup> Fernando Calderón. «La ideología militar en Colombia». En *Documentos Políticos* núm. 137, Bogotá, 1979.

<sup>11</sup> Cfr. Rosa del Olmo «Herbicidas y Derechos humanos en América Latina». Germán Palacio (compilador), op. cit., pág. 43.68.

cialmente dirigida a la juventud), masacres (forma de eliminación del enemigo empleada por todos los sectores en conflicto). Y desde la nueva Constitución vino a sumarse la intervención de la Fiscalía para hacer realidad los sueños panoptistas de Bentham al convertir a todo ciudadano en «delincuente virtual».

Los *diálogos de paz* tienen el mismo valor estratégico de la «guerra integral». Son ideológicamente eficaces porque, tal como se los orienta, se reduce la razón de la crisis actual a un problema de gobernabilidad (eludiendo sus raíces más profundas); en este sentido, toda esta sangrienta historia culminará cuando los insurgentes depongan las armas y los narcos acepten entregarse a la justicia. Tienen eficacia instrumental porque no entrañan un proceso hacia la construcción de espacios de civilidad en toda la sociedad, sino que tienen la estrecha y antidemocrática pretensión de eliminar al contradictor armado acudiendo al sofisma de la «reinserción» y la participación política en unas elecciones donde seguramente sufrirán una derrota porque carecen de la maquinaria y la experiencia necesaria; deliberadamente se siembra la división entre quienes hasta hace poco eran compañeros de lucha<sup>12</sup> con lo cual se logra el doble efecto de atomizar violencias y coartar cualquier forma de oposición política institucional. A lo anterior, se suma el incumplimiento de la negociación (oportunidades laborales, seguridad personal, tierras). De este modo, los combatientes rasos regresan a vivir en la marginalidad y a ser víctimas-actores de la violencia.

Junto a los llamados a la paz y la tolerancia coexiste dentro de la sociedad una mentalidad habituada a acudir a la muerte como forma de solucionar los conflictos sociales e interpersonales. Ello se expresa, de un lado, en las operaciones de «limpieza social» realizadas en nuestras ciudades contra indigentes, prostitutas, drogadictos, basurios, homosexuales, gamines, ex convictos (todos ellos genéricamente rotulados como «desechables»), sistemáticamente promovidas por sectores de derecha y de los organismos de seguridad oficiales, y alentada por la aceptación pasiva de la sociedad.

Además, se acude a la eliminación física del otro en el intento desesperado de hacer justicia por mano propia, a lo cual contribuye el extrañamiento de las vías jurídicas como mecanismo de solución de conflictos y la desprotección de la gran mayoría de la población contra la delincuencia de bagatela<sup>13</sup>, ante lo cual se conforman «milicias»: grupos de jóvenes que reemplazan las funciones de protección asignadas

a la Policía y, a su vez, defienden a la población de esta última y de las «bandas de pillos».

Pero quizá una de las mayores muestras de inconsecuencia con el discurso de la tolerancia se dio a raíz del episodio de la muerte de Pablo Escobar, frente al cual este sistema político y esta sociedad no supieron ocultar su bajeza; brotó el júbilo<sup>14</sup>, todos descargaron su ira (incluidos los más moralistas), ese día nadie habló de las garantías constitucionales que han de asistir a todos los ciudadanos (también a los delincuentes). Proclamaron el fin de nuestras desgracias, comenzaba una nueva era, claro, la de buscar otro chivo expiatorio a quien atribuir todos los problemas del país. Aunque la muerte de Escobar no se descartaba, dado el carácter de guerra que tenía su confrontación con el Estado, queremos resaltar cómo una sociedad que se piensa a sí misma como «decente», mediatiza el valor de la vida hasta llegar a celebrar la muerte.

### III. LA CONSTITUCION DE 1991: CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL

Tras un rápido escaqueo por algunas de nuestras realidades, se comprende sin mucho esfuerzo que marchamos en contravía de una democracia económica, política y cultural, con lo cual el Estado Social de Derecho pareciera esfumarse cada vez más del reino de lo posible. Y esto se traduce en que los desarrollos normativos con vocación de eficacia acentúan el uso instrumental-represivo de la forma jurídica, mientras su potencial garantista queda confinado al plano de lo simbólico, sin lograr descender la pirámide y, menos aún, rozar la realidad. Un examen de nuestra historia jurídica más reciente, a partir de la Constitución de 1991, viene en apoyo de la anterior afirmación.

Nuestra Carta fue escrita a múltiples manos por una sociedad conflictiva; por eso, más que expresión de un consenso, ella da cuenta de profundos disensos y contradicciones. No plasma un proyecto político unitario sino que admite múltiples lecturas y apropiaciones; así, más allá de sus declaraciones iniciales («Colombia es un Estado Social de Derecho...») en muchas de sus normas traseras late un espíritu bien diferente, y a la hora de ser aplicadas, no obstante los principios de unidad y armonía en la interpretación constitucional, salen avantes sin ceder en favor de la preceptiva social y democrática, reducida a ser telón de fondo mientras aquellos entran en escena.

Comienza con un prolijo reconocimiento de derechos y mecanismos que pretenden su eficacia, con

<sup>12</sup> Es tristemente elocuente el momento presente en el Urabá antioqueño, región donde ha sido políticamente fuerte el movimiento sindical y guerrillero, especialmente el EPL. Dentro de las oportunidades «laborales» ofrecidas a los excombatientes de este grupo se incluyó la de trabajar como miembros de los organismos de seguridad del Estado. Como era de esperarse ello generó el enfrentamiento entre los «reinsertados» y la disidencia que no se acogió al «proceso de paz», dicho conflicto ha cobrado en las dos primeras semanas del mes de diciembre 39 víctimas de uno y otro bando. Cfr. además... Clara Elena Gómez: «La paz no es una blanca paloma. La experiencia de la reinserción». En *Re-lecturas* (Instituto Popular de Capacitación), Medellín, 1983, págs. 28-33.

<sup>13</sup> La justicia no es ese servicio público que pretende sino otra fuente de problemas para el ciudadano común, pues el acceso a los tribunales está, por muchos factores, lejos de sus posibilidades reales. Además la Policía no sube a las comunas para «velar por la vida, honra y bienes» de sus habitantes, sino casi siempre en busca de clientela para el sistema penal.

<sup>14</sup> Los principales periódicos titulaban al día siguiente: «Colombia, entre el alivio y el delirio Muerto Pablo Escobar —el hombre más buscado del planeta— por el Bloque de Búsqueda» «¡OH JUBILO INMORTAL!» (*La Prensa*) «Pablo Escobar murió en su ley ... ¡Cesó la pesadilla!» (*El Mundo*). «Fin de una pesadilla. Sensación de alivio se vive en el país» (*El Tiempo*), 3 de diciembre de 1993.

los cuales se busca satisfacer, de un lado, las necesidades de legitimación de quienes se abocaron al proceso constituyente en busca de ella<sup>15</sup> y de otro, generar un efecto de triunfo político en la sociedad civil al constitucionalizar muchas de sus reivindicaciones más sentidas.

Pero avanzando hacia la parte orgánica se advierten no pocos desacuerdos frente al contenido de los primeros acápites. Tiende a radicarse el monopolio del poder estatal en cabeza del Ejecutivo, con la consiguiente reducción del Congreso a ser tramitador formal de los proyectos legislativos gubernamentales y la instrumentalización de la Rama Judicial. Esta reestructuración de los poderes públicos, tras sucesivos intentos de realizarse en reformas constitucionales precedentes (1968, 1976, 1979), frustrados por el control jurídico de la Corte Suprema de Justicia —quien desde entonces advertía que tras instituciones novedosas como la Fiscalía, el Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, se buscaba liquidar los últimos restos de independencia del poder judicial<sup>16</sup>— logró instalarse en la Nueva Carta y con ello cubrir un neoabsolutismo con las ropas del Estado de Derecho.

Posteriormente la normativa constitucional en materia económica otorga amplias facultades al Ejecutivo, no encaminadas a garantizar el margen de intervencionismo que requiere un Estado Social sino para implementar sin dificultades el modelo neoliberal que, calladamente y con mayor vocación de eficacia que aquel, también adquirió status constitucional.

Las 59 disposiciones transitorias que ponen punto final al texto constitucional son el impulso normativo de la praxis jurídica posterior, configurando así nuestra «Constitución real» que no es otra sino la continuación *in crescendo* de aquel ilegítimo estado de cosas cuya transformación motivó todo el proceso constituyente. Al amparo de estas normas de trastienda se convirtieron en legislación permanente gran parte de los decretos del Estado de Sitio anterior reforzados por los de la nueva «Comoción interior» e integrando todos ellos el arsenal jurídico con el que el Gobierno declaró su «guerra integral» a los violentos. También de esta manera se expidieron los tristemente célebres decretos de «modernización» que aceleraron la liquidación y venta en pública subasta de los vestigios de Estado Social que algún día llegaron a ser ciertos.

Visto lo anterior, no sorprende que en su gran mayoría la legislación postconstitucional se ocupe de la economía (Ley de Seguridad Social, Reforma Tribu-

taria) y del orden público (Estatuto Antisecuestro, normas de procedimiento penal, Ley de Orden Público, Ley sobre Estados de Excepción, etc.) encarrados ambos desde una perspectiva marcadamente autoritaria y, por el contrario, guarde silencio frente a los derechos sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente, mecanismos de participación ciudadana (basta, al parecer, con tener callados sufragantes), jueces de paz, entre otros temas, estos sí, ayunos de desarrollo normativo.

La orientación señalada en el plano legislativo ha contado con el aval de una jurisprudencia que, un lado, despliega un discurso sobre derechos fundamentales permitiendo un cierto nivel de apropiación de éstos por los ciudadanos y la sensación de que los cambios constitucionales pueden aspirar a reflejarse en la vida cotidiana. Pero los más publicitados pronunciamientos de la Corte Constitucional, en su mayoría fallos de tutelas sobre conflictos individuales, los cuales, sin desvirtuar su valor simbólico, no revisten mayor trascendencia social<sup>17</sup>, han opacado la declaratoria de exequibilidad (acudiendo a insospechados malabares hermenéuticos) de las penas de prisión de sesenta años, censura de prensa, jurisdicción de orden público (coincidente en algo más que su nombre con el Tribunal de Orden Público de la España franquista), entre otras realidades normativas, otorgando su dispensa al uso del derecho como arma bélica y con la amenaza de convertir a la Constitución en lo que Burdeau llamó «un templo alegórico habitado por sombras».

No obstante, ser conscientes de tan sombrío panorama, creemos que si alguna posibilidad cabe al Derecho en la construcción de una realidad distinta, ella comienza por una apropiación crítica de la Constitución —carta de batalla que hace de la defensa de los Derechos Humanos el derrotero de la razón jurídica— rescatando su contenido garantista configurador de una «utopía concreta», lo cual requiere una gran dosis de «voluntad para la Constitución» (Hesse) que se oponga a la fuerza normativa de los fáctico que hoy parece consolidarse no sólo en nuestro país sino en todas las latitudes<sup>18</sup>.

#### IV. PERSISTIR PARA NO EXTRAVIARNOS

Ninguna reflexión puede prescindir de una toma de posición y la que pretendemos como nuestra la hallamos expresada en las siguientes palabras: «Creo que al comienzo de todo pensamiento hay una toma de posición. La tradición europea que se

<sup>15</sup> Es el caso de los sectores políticos tradicionales quienes siguieron fielmente la tradición reformista que ha acompañado nuestra historia política durante siglo y medio. Valencia Villa afirma al respecto: «Probablemente ningún otro país latinoamericano ha cambiado más su aparato normativo que Colombia, y probablemente ningún otro país latinoamericano ha cambiado menos sus instituciones políticas que Colombia. En suma, el reformismo constitucional es un operador del continuismo político y social». Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Universidad Nacional-CEREC, 1987, pág. 44.

<sup>16</sup> Cfr. Jaime Sandoval Fernández. «La prevalencia del Ejecutivo en la reforma judicial», *Nuevo Foro Penal* núm. 55. Bogotá, Temis, 1992, págs. 41-50.

<sup>17</sup> Por ejemplo se ha tutelado el derecho de un homosexual a cambiar su nombre por uno de mujer en el registro civil, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la educación para una colegiala a quien le impedían maquillarse, levantaron la medida de seguridad que pesaba sobre dos inimputables desde hace casi treinta años, y así podrán multiplicarse los fallos en los que el Derecho ha mostrado su faz garantista, pero que no logran afectar el predominio de rasgos autoritarios en nuestro ordenamiento.

<sup>18</sup> Sobre esto Klaus Stern *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1987, pág. 243 y ss. y Antonio E. Pérez Luño *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* Capítulo VI, 4.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 249 y ss.

remonta a Sócrates —aquella que siempre se iluminó con las luces procedentes del reino de Utopía— siempre pensó desde el lado de las víctimas. La otra tradición... se colocó en el lado de los que creen en el destino. Para un pensamiento que entiende que pensar es traspasar, la lucha contra el destino es prioritaria, sigue siendo prioritaria incluso en estos momentos de confusión. Pero la lucha contra el destino no puede basarse sólo en una voluntad sin luz. La comprensión del mundo y de la historia como razón es lo que puede iluminar esa lucha»<sup>19</sup>. Por eso el nuestro es un escepticismo que no renuncia al deber de mantener el optimismo en el Derecho, porque vemos en él una de las «huellas de la razón en la historia», cuya lectura da cuenta de todo lo que es humano: el poder, que lleva ínsita la violencia, y, al mismo tiempo, la evocación de la dignidad del hombre, erigiendo la norma en barrera contra ese mismo poder que tiende a vulnerarla.

Y decir que optamos por un ejercicio del Derecho en tanto «sistema de garantías», es decidirse por estar junto a quienes reclaman hoy para sí estas garantías. Pretendernos como neutros operadores jurídicos es consentir en el absurdo de nuestra vida cotidiana y reproducir la función que la sociedad asigna a la justicia, que no es sino conservar las injusticias consagradas en los códigos. Al contrario, se impone una necesaria actitud crítica del Derecho, porque el adormecimiento de la razón engendra «técnicos» dispuestos a servir y a justificar cualquier aberrante ejercicio del poder.

Como aquí quisimos mostrar, en Colombia no tenemos un pasado digno de exaltar ni un presente digno de idealizar, pero tampoco podemos dejarnos

estremecer por una desesperanza cruel del porvenir. Hay pocas pero significativas razones para no perder el optimismo. A ellas entregamos lo que pueda ser útil de este saber jurídico porque somos conscientes de que nuestros objetivos no son alcanzables valiéndonos únicamente de la argumentación y de la norma; en tal sentido esta lucha es precaria pero insospechadamente valiosa por cuanto está llamada a cumplir la función de crear opinión, develar falsas conciencias en las víctimas, para que identificando, no ya únicamente a sus agresores, sino también los mecanismos de dominación, amplíen los espacios de lucha social, haciendo uso de las herramientas a su alcance. Estas, por cierto, en una sociedad estrecha, de pluriformes discursos legitimadores del *statu quo* y utilitaria, no son muchas, y en este sentido se corre siempre el riesgo de acudir a la violencia armada, suponiéndola suficiente y contundente. Pero —apropiándonos de las palabras de Bloch— creemos que «por cada mil guerras no hay diez revoluciones: tan difícil es el paso erguido»<sup>20</sup>. Por eso un proyecto de superación de lo real-presente requiere mucho más que trasladar las armas a otras manos.

Es un imposible lógico una existencia sin conflictos, pero una sociedad puede ser mejor en la medida que sea escenario de mejores conflictos y ello sucederá cuando la mediación jurídica (orientada por una finalidad garantista) se integre a una sociedad con conciencia de sus derechos y con la valentía civil para reclamarlos pese al desconcierto que produce una realidad, como la colombiana, tan obstinada en impedirlos.

Medellín, 20 de diciembre de 1993.

<sup>19</sup> Vicente Ramos Centeno. «Sobre la necesidad de leer a Bloch», *Anthropos* núm. 146-147, Barcelona, 1993, pág. 95.

<sup>20</sup> Ernest Bloch. *El Principio Esperanza*, T. II, Ed. Aguilar, Madrid, 1977, pág. 37.

# DOCUMENTOS DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

## SECRETARIADO

### Cambio de hipoteca

«Jueces para la Democracia» es especialmente sensible a la problemática que la legalidad vigente comporta para el ciudadano consumidor. Entre los temas de mayor incidencia está la posibilidad de cambiar de entidad bancaria ejercitando el derecho de elección de las mejores condiciones de mercado en cuanto a préstamos hipotecarios, fundamentales para acceder a una vivienda digna, cuyo disfrute es un derecho reconocido en la Constitución. Sin embargo, existen hoy en día importantes obstáculos que hacen muy gravoso para el ciudadano que tiene concertado un préstamo hipotecario a un interés elevado el cambio a otro préstamo que le sea más ventajoso por la bajada de los tipos de interés que se ha producido en los últimos tiempos.

Tres son los escollos que deben suprimirse:

1. La ruptura del llamado «crédito cautivo», que practican las entidades bancarias, sobre todo desde la reducción de los tipos de interés, mediante la penalización de la cancelación anticipada, con la única finalidad de impedir que el cliente pueda el día de mañana cancelar el préstamo para aprovecharse de los intereses más ventajosos que ofrezca otra entidad bancaria. Tal penalización excesiva no responde a ningún daño real para la entidad bancaria, y supone un perjuicio desproporcionado para el consumidor.
2. La elevada carga fiscal de la cancelación y subsiguiente constitución de la nueva hipoteca. Se está gravando fiscalmente de modo excesivo operaciones que no ponen de manifiesto una elevada capacidad contributiva; an-

tes al contrario, suelen responder a economías medianas o débiles.

3. El alto coste de los honorarios profesionales «Notario y Registrador» de la operación de «cambio de hipoteca».

Para que el ciudadano se pueda beneficiar de la reducción de los tipos de interés es inaplazable que por vía legislativa se imponga un sistema de subrogación como derecho del deudor, con los correspondientes ahorros fiscales y reducción de los costes de Notario y Registrador, que regule con claridad la ineficacia de las comisiones de cancelación excesivas.

Cuando tantas veces se invoca el principio de la libre competencia en el mercado para justificar la adopción de medidas altamente gravosas para los sectores sociales más débiles, es hora de que dicho principio se lleve a la práctica en una cuestión como la del «cambio de hipoteca» que puede beneficiar a amplios sectores sociales.

Otra cuestión preocupante es la de las cláusulas de revisión en los préstamos hipotecarios a interés variable, en los que se pacta un tipo inicial claramente preferencial y se prevé un mecanismo de revisión que supone una elevación desproporcionada y sorpresiva del tipo de interés, cláusula que puede considerarse nula por ser contraria a la buena fe. Al hilo de esta práctica bancaria ha surgido una publicidad claramente engañosa. Estas dos cuestiones deben ser también reguladas para proteger eficazmente los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, como exige el artículo 51 de la Constitución.

14 de enero de 1994

### Sobre la actuación del vocal Gómez de Liaño

Ante la situación creada por la actuación del Vocal Gómez de Liaño en relación con la titular del juzgado de instrucción, n.º 4 de Madrid, el Secretariado de JpD, en su primera reunión tras producirse los

hechos y después de tomar conocimiento del extenso informe emitido por el propio Vocal, desea hacer público.

- 1.º La actuación denunciada por la Juez y reco-

nocida con matices que no desvirtúan lo esencial, por el propio señor Gómez de Liaño, constituye un ejemplo perfecto de cómo no debe actuar un Vocal del Consejo General del Poder Judicial, órgano constitucional específicamente destinado a garantizar la independencia de los jueces y magistrados.

- 2.º Precisamente por ser garantes de la independencia, y al mismo tiempo titulares de la potestad disciplinaria, los Vocales del Consejo no deben interesarse personalmente ante los Organos del Poder Judicial, por procedimientos en curso que afecten a sus amigos o conocidos.
- 3.º Con mayor razón *no pueden* utilizar desviadamente sus facultades para impulsar acciones inspectoras y disciplinarias en asuntos por los que han mostrado previamente ante el juez un conocimiento o interés personal.
- 4.º Con independencia de lo anómalo del procedimiento por el que se ha iniciado en este caso la actividad disciplinaria, la inédita ultraceleridad de la visita de inspección parece más relacionada con el conocimiento previo del asunto y del interesado por el Vocal que le urgíó, que con las presentes infracciones procesales que se trataba de perseguir, con lo que esta actuación inspectora a modo de Brigada Ligera adquiere la lamentable apariencia de una acción de represalia.
- 5.º La imposición sumarisima de la sanción disciplinaria de reprobación (art. 420 b, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ejecutada sin más trámite por el propio Vocal por vía telefónica, constituye una clara manifestación de abuso de poder.

Por todo ello el Secretario de JpD estima que la actuación del Vocal señor Gómez de Liaño es manifiestamente censurable, y constituye un incumplimiento grave de los deberes de su cargo que debería motivar su cese, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la LOPJ. En cualquier caso el Consejero cuestionado debería abandonar, de inmediato, su responsabilidades como Vocal de Territorio de Madrid y miembro de la Comisión Disciplinaria, funciones directamente relacionadas con su actuación irregular.

Junto a ello, JpD deplora la nula reacción del Consejo General del Poder Judicial que sin apreciar lo tremendamente preocupante de este modo de ac-

tuar y la natural alarma que iba a ocasionar, ha dejado pasar nada menos que dos plenos sin censurarla y sin exigir ningún tipo de responsabilidad interna. Por el contrario ha respaldado la alarmante e irregular actuación de uno de sus miembros, provocando con ello una reacción corporativa de incalculables consecuencias. Su tolerancia ante el incumplimiento de los deberes de su cargo por uno de los consejeros, le hacen responsable de la desmesurada extensión que está alcanzando el conflicto institucional creado.

También debe censurarse la actuación políticamente inculcable de los dos Vocales disidentes que han hecho lo posible por enconar un interesado enfrentamiento institucional de los jueces con el Consejo, actuación que contrasta con el silencio mantenido en relación con otros episodios de corrupción judicial.

El Consejo General del Poder Judicial ha utilizado interesadamente en la polémica el tema del principio de intermediación para enfrentar a los jueces con la opinión pública y debilitar su posición en el conflicto institucional planteado. Pese a esta utilización interesada, JpD desea reiterar en este momento en que se pone en cuestión, su defensa del principio de intermediación que ha promovido siempre.

JpD considera esencial que la trascendental diligencia de «oír al inculcado» se realice *en todo caso* de modo personal por el Juez. Cabe aprovechar esta lamentable polémica para efectuar una reflexión sobre el carácter de garantía esencial que tiene el estricto cumplimiento del principio de intermediación y la necesidad de su cumplimiento, tanto como obligación personal del juez como deber del Consejo de promover unas infraestructuras que lo posibiliten.

Por último JpD quiere hacer un llamamiento a la serenidad y a la reflexión, pues la prolongación y encono de una situación de enfrentamiento entre el Consejo y los jueces no es beneficioso ni para el uno ni para los otros. Pero, sobre todo, no es útil a la sociedad española ni favorece la causa de los ciudadanos, que lo que demandan es que todos nuestros esfuerzos se centren en mejorar la deficiente calidad y celeridad del Servicio Público que les prestamos.

Pero recordando al Consejo que la vuelta a la normalidad institucional pasa necesariamente por la exigencia de responsabilidad política a quien ha provocado esta situación.

Madrid a 21 de enero de 1994

## Sobre la reforma del mercado de trabajo

La Asociación «Jueces para la Democracia» quiere hacer patente su grave preocupación derivada de las medidas normativas, ya realizadas y de las de previsible aprobación, afectantes al contenido de las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios y al ámbito de protección del Régimen público de la Seguridad Social.

Reconocemos y compartimos la necesidad de adopción de medidas excepcionales tendentes a pa-

liar los efectos de la crisis económica que nos afecta, sin valorar ahora el origen de sus causas.

Pero la solución a la crisis no es posible ni se debe centrar, como parece estar pretendiéndose, en el exclusivo marco de las relaciones laborales y de la Seguridad Social, ni se puede justificar bajo el disfraz de ofrecer remedios a la crisis la realización de una trascendental reforma de principios que, gracias a largos años de acción en favor de la igualdad mate-

rial, estaban vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y que con la promulgación de la Constitución cabía entenderlos consolidados.

Aceptamos exclusivamente aquellas medidas que tiendan, por una parte, a repartir igualitariamente las fuentes de riqueza para reducir con ello drásticamente el insostenible número de personas desempleadas, así como, por otra parte, las encaminadas a adecuar proporcionalmente el contenido de las prestaciones de la Seguridad Social a los limitados recursos presupuestarios sin agravar con el incremento de las cotizaciones la situación económica de las empresas para poder por esa limitada vía contribuir al mantenimiento y creación de puestos de trabajo. E incluso, hasta ciertos límites, podrían resultar explicables algunas medidas justificadas de movilidad laboral tendentes a obtener una mayor eficacia empresarial con la propia plantilla ya existente.

Por el contrario, no compartimos la necesidad de adoptar aquellas otras medidas que, sin justificación razonable, van a provocar una mayor desigualdad material entre las partes contratantes, trabajador individual y empresario, en especial en empresas en que no exista una eficaz implantación sindical que vele por los derechos de los trabajadores o mientras que no se pueda lograr un control eficaz del real cumplimiento de la normativa laboral por medio de la inspección de Trabajo y Seguridad Social o de la Autoridad Administrativa.

En este sentido, nos oponemos a la proyectada debilitación de principios como los de «norma mínima», de «irrenunciabilidad de derechos», de «condición más beneficiosa», o de «eficacia normativa de los convenios», en cuanto pueden obligar al trabajador aislado a aceptar injustificadamente desventajosas condiciones laborales con tal de obtener o mantener el puesto de trabajo.

No compartimos, tampoco, la necesidad de adoptar con carácter de urgencia otras series de medidas de variada naturaleza y finalidad sobre las que no ha podido existir una previa reflexión serena sobre la bondad de las soluciones propuestas, ni de aquellas otras que por su simple enunciado denotan el que la norma nace para ser incumplida, como las relativas a las agencias privadas de colocación «sin ánimo de lucro».

Es incongruente, asimismo, el que, a pesar de la

implantación de amplias fórmulas posibilitadoras de la contratación temporal, se aproveche injustificadamente la reforma para instaurar un disfrazado sistema de pleno despido libre, dejando en manos del empresario que manifieste estar dispuesto a abonar una indemnización tasada la posibilidad de despedir, en cualquier momento y sin causa, a cualquier trabajador de su plantilla con contrato vigente, sea éste temporal o indefinido.

Carece también de justificación el legalizar la desprotección de determinados trabajadores ante situaciones evidentes de necesidad. El que quienes estén vinculados a las empresas por determinados tipos de contratos a tiempo parcial o que los sujetos a contratos de aprendizaje no puedan gozar de los proporcionales beneficios de la Seguridad Social, vulnera el principio constitucional de garantía de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, y resulta asimismo desproporcionado, en relación a la finalidad a favorecer la creación de nuevos puestos de trabajo, el sacrificio exigido al referido colectivo al privársele de la posibilidad de obtener las prestaciones por desempleo, o las prestaciones económicas en caso de maternidad, o incluso, en alguno de ellos, el que el tiempo cotizado no les sirva para completar, en su día, la carencia precisa para acceder a las pensiones de invalidez, vejez o jubilación.

Compartimos por ello plenamente la insatisfacción que ante las referidas reformas manifiestan gran número de trabajadores, y la utilización del derecho constitucional a la huelga, cuyo ejercicio también reivindicamos para los jueces.

Propugnamos, por último, que todas las partes con responsabilidades en la adopción y en la aplicación de las medidas necesarias para ajustar la normativa laboral y de Seguridad Social a la actual situación económica, cedan en sus dogmáticas iniciales posiciones y encuentren una vía realista de solución a dichos problemas por la vía del mínimo sacrificio a los derechos de los trabajadores, hasta ahora en situación de desigualdad material en las relaciones de trabajo, y partiendo, en todo caso, del carácter excepcional, finalístico y meramente transitorio de las medidas a adoptar.

Madrid a 24 de enero de 1994

# APUNTES\*

## ● De independencia judicial y Consejo General: ¿hacia adónde el 'impulso'?

«¡Están locos estos romanos!»  
Obélix

No suele ser fácil saber lo que realmente sucede en el oscuro interior del Consejo General del Poder Judicial, cuando sucede algo. Intentarlo con posibilidades de éxito depende de algunas precondiciones: hace falta comprar el *Abc*, leerlo con cierto dominio de la arriesgada hermenéutica de la *filtración*, contar con habilidad para moverse en el resbaladizo terreno de la *lottizzazione* partidista, y, de ser posible, tener amigos que transiten los pasillos y frecuenten los despachos de la casa de Marqués de la Ensenada. En fin, demasiado para un pobre cuerpo mortal y más en tiempos de «impulso democrático».

Con todo, hay datos de diversa procedencia que pueden tomarse por ciertos y permiten opinar con el necesario rigor sobre el gravísimo conflicto que ha enfrentado a una juez de instrucción de Madrid con el vocal Gómez de Liaño y ahora sitúa a éste y al Consejo ante una cerrada —y, por qué no decirlo, peligrosa— contestación judicial.

Para lo que aquí interesa cabe perfectamente aceptar la versión de los hechos de los propios implicados: el vocal —son sus palabras— habría actuado frente al incumplimiento profesional de una juez, pensando en el justiciable genérico,... *pero* en un caso que afectaba a persona próxima a él por razón de amistad y por el que se había interesado personalmente ante la juez. En el juzgado en cuestión —lo ha dicho su titular— sólo un error de agenda habría dado lugar al señalamiento de la declaración de un denunciado para la misma hora en que estaba prevista la celebración de juicios de faltas,... *pero*, de hecho, comenzó a practicarse la declaración ante un funcionario y cabe pensar que así habría terminado.

En supuestos del género, es frecuente la propensión a buscar una salida por la tan transitada puerta falsa del *empate*, sugiriendo que «uno a uno» sería igual a «cero». Parece incluso, que, a la vista de algunos movimientos producidos en el interior del

Consejo a raíz de la presentación de la denuncia contra el vocal, y del resultado del pleno del 12 de enero, fue lo pretendido también en este caso. Sería lo más cómodo e incluso lo propio a tenor de usos inspirados en cierta filosofía del *do ut des* muy practicada en estos años, incluso para negociar lo innegociable. Pero aceptar esa opción, aun al margen de otra clase de consideraciones, llevaría a un intolerable forzamiento de la realidad; porque, suponiendo que el valor de los *tantos* fuera equivalente, «uno más uno» serían siempre «dos». Como dos son las vertientes del espinoso asunto que no pueden escapar a la reflexión.

La versión del vocal no es convincente, cuando se conoce la *amplitud de criterio* del Consejo en materia de intermediación; y también la inclinación a propiciar atenuaciones del principio en aras de la idolatrada productividad. Por otra parte, no son pocos los órganos judiciales en crisis a los que incluso se impone desde el órgano de gobierno resultados objetivamente incompatibles con el ejercicio personalizado de la función judicial.

Por eso resulta tan difícil entender una actuación inspectora del grado de agresividad de la que se produjo en este caso, que, en lo que se conoce del habitual y burocratizado *modus operandi* de ese servicio, carece de precedente. Y, además, siempre quedaría por explicar la primera llamada del vocal al juzgado, que, aun cuando hubiera tenido como objeto un ofrecimiento de *colaboración*, no dejaría de ser una implícita e inadecuada manifestación de *interés*...

Así, ni siquiera la afirmada necesidad de *levantar los cadáveres* de varios derechos fundamentales, debidos a la mala actuación de la juez en perjuicio directo del denunciado conocido del vocal —necesidad invocada por éste en su propio descargo—, justificaría la insólita y, dígase lo que se diga, informal posterior expedición de castigo. Subsiguiente a un nuevo (esta vez colérico) contacto telefónico; también inequívocamente expresivo del mismo *interés*.

De modo que hubo actuación impropia de un vocal, uso inusual de un órgano del Consejo y —«no hay dos sin tres»— ha habido un cierre *corporativo*

\* Sección a cargo de la Redacción.

de éste sobre sí mismo en perjuicio evidente de la independencia judicial.

¡Difícil se pone el Consejo General del Poder Judicial el discurso de los principios!

Pero decíamos que «uno más uno igual a dos». Y es que no puede perderse de vista que, aceptando como se ha dicho la versión de la propia juez, en su juzgado —de no mediar la protesta— se habría llegado a oír a un denunciado en secretaria. Y, además, antes se había recibido, al parecer, *sin inquietud* manifestada la primera llamada del vocal...

Estos datos y la escasa sensibilidad mostrada por la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid (y después por otros jueces) frente a ese lado del conflicto —al oponerse a la propuesta minoritaria de incluir junto a la protesta una reflexión crítica en tema de inmediatez— hace legítima la sospecha de que el principio no inspira como regla la práctica de los titulares de algunos órganos judiciales.

No cabe ninguna duda: hay serios motivos para reprobar sus actuaciones al vocal y al Consejo. Es más, seguiría habiéndolos aun en el caso de dar por buena la versión de los hechos ofrecida por el primero, y aunque, en sí mismo considerado, no sea defendible el comportamiento de la juez con el denunciado. De ahí que cualquier guiño o sugerencia de posible *compensación* deba rechazarse con la mayor energía. También, por tanto, la que tiene reflejo en el acuerdo del Consejo del pasado 12 de enero, que funda su solidaridad con el vocal en la voluntad de no amparar los incumplimientos de los jueces. Como si éstos pudieran legitimar la irregularidad en el modo de operar de los componentes y de los órganos del propio Consejo.

Ahora bien, una vez eso definitivamente claro, hay que añadir que si lo sucedido en aquel juzgado y la renuencia de los jueces a la autocrítica, es el indicador válido de una falta de tensión profesional, aquí emerge otro serio motivo de preocupación sobreañadido.

Y como las preocupaciones, del mismo modo que las desgracias, nunca vienen solas, resulta forzoso expresar la que suscitan algunas reacciones conocidas ante el contencioso que nos ocupa.

La mayoría del Consejo, ya que no por convicciones, al menos por prudencia política tendría que haber medido el alcance de su toma de posición en este asunto. Su evidenciada torpeza, su incapacidad para extender la vista más allá de lo que Gómez de Liaño puede significar para ella en el juego de los equilibrios domésticos, le ha llevado a una *confluencia objetiva* con la asociación mayoritaria, que tiene a su vez un *interés*, bien conocido y muy específico, por/contra ese vocal y su papel en el Consejo. En alguna ocasión valiente y ejemplar (¡ahí duele!). Un *interés* de manifiesta mayor intensidad que la zozobra que en la APM pudiera suscitar cualquier atentado contra la independencia judicial, que no es que goce de un espacio muy confortable en la concepción jerarquizada y verticista que la APM profesa de la *carrera*.

La APM ha «encendido el fuego» mediante la simplificación del problema y la elisión interesada de

uno de los principios o valores en juego, la inmediatez, que evidentemente no le preocupa. El Consejo, habilmente ya se sabe, ha tratado de apagarlo con gasolina. Ambos juntos, como si de una de esas grises operaciones *consensuadas* que hacen a veces se tratase, han contribuido activamente a desatar, junto a la protesta por el atentado contra la independencia, una preocupante «marea negra» de corporativismo togado, que podría empañar la legitimidad de la primera y hacer menos socialmente perceptible su significación.

**Post scriptum.** En prensa ya estas páginas, se ha tenido noticia de que Gómez de Liaño ha solicitado —y le ha sido aceptado— el cese como miembro de la Comisión disciplinaria y como vocal delegado para Madrid. Así, como suena, y un mes y pico después de los hechos. Hay buenas razones para pensar que *Obélix* no habría cambiado de opinión.

#### • Ministro Asunción: fe de erratas

El ministro del Interior ha dicho en la radio que decisiones como la de la Audiencia Nacional anulando, por quebrantamiento de las garantías, la grabación de las conversaciones de un abogado y un preso de ETA pueden conducir a una «total impunidad».

Es evidente que lo que el ministro quiso decir es que lo que conduce sin duda a una «total impunidad» es la pertinaz obstinación de algunos sectores de la Administración en actuar al margen de la Constitución y de la justicia. Que es lo que lleva después a privar a sus actuaciones de valor probatorio de cargo.

#### • La Federación tenía razón

Cuando el entonces Defensor del Pueblo y el actual Presidente del Consejo General del Poder Judicial, se apresuraban a bendecir, expresamente y sin ambages, la malhadada fórmula del art. 21,2 de la 'ley Corcuera', mientras otros muchos juristas con responsabilidades institucionales lo hacían con su silencio, la *Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas*, daba expresión gráfica, mediante una sencilla y hermosa pieza de cerámica sevillana —que ha dado la vuelta al mundo— a una afirmación de la mejor doctrina liberal en defensa del derecho a la intimidad domiciliaria.

Apropiándose para un afortunado uso laico de una fórmula ampliamente difundida en otros contextos, la *Federación* sentenciaba: «La Constitución protege cada rincón de esta casa». Es decir, de cualquier casa.

Y, por fortuna para todos, incluso los que llegaron a dudarlo, —¡hombres de poca fe!—, la *Federación* tenía razón.

### ● Cuando el gracioso de turno viste toga

Cuando el gracioso de turno viste toga tiene, al menos, dos privilegios sobre los demás graciosos. A saber: puede emplear en sus gracias el plural mayestático, y, además, hacerlas lucir sobre un papel excelente por su satinado y su gramaje; es decir, darles como soporte la magnífica labor que la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre produce para la administración de justicia; ese lujo que sólo un país rico como éste puede permitirse y que todos los ciudadanos pagamos.

Así ha sucedido en el caso del chiste que forma parte de la fundamentación de un auto —por lo demás excelente— del juez de primera instancia número 1 de Olot (Girona). Este, a la advertencia —impertinente, desde luego— de un letrado sobre su intención de recurrir al Tribunal Constitucional de no ser atendido en su pretensión, respondía: «*es lo mismo que si el recurrente nos hubiera desvelado su propósito de buscar amparo, en rogativa, ante la Virgen de los Desamparados, o nos hubiera hecho partícipes del color de su ropa interior, aspectos todos ellos relevantes en su ámbito íntimo y doméstico que se agradecen pero que, sinceramente, aquí no interesan*».

La resolución, que es de junio de 1992, ha adquirido cierta publicidad sólo últimamente. Y aquí radica otra particularidad de la *vis* cómica togada: quienes hacen uso de ella en los actos del oficio fácilmente pueden contar con la ventaja de que la reacción de los damnificados nunca será inmediata, o al menos no se producirá hasta que el asunto deje de hallarse pendiente ante ese juez tan *salao*.

Mientras, la gente, que no suele disfrutar gran cosa con semejante tipo de expansiones cuando se le brindan desde posiciones de poder —entre otras cosas por que no contribuye a Hacienda para eso—, podría encontrar razonable un uso de la disciplina que no se detuviera en los límites de la resolución judicial en casos como éste. Y que no le hablen de independencia...

Cuando se sabe, como se sabe, que, entre nosotros, éste y otros valores constitucionales de la jurisdicción no gozan del mejor acomodo en la cultura del hombre medio —y no sólo por culpa de los jueces, que todo hay que decirlo— no parece una exageración reclamar de éstos el máximo de profesionalidad en el ejercicio de sus funciones y una sensibilidad más despierta para los problemas de su entorno. Lo que expresado en román paladino quiere decir: que se guarden las gracias para otros momentos; y que si se encuentran en la inaplazable necesidad de darlas curso, no lo hagan en papel timbrado.

### ● ¿Un tribunal por enclima de la ley?

La sección tercera de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional dictó el 25 de octubre pasado un auto ciertamente singular.

En él se prorrogaba la prisión provisional de un ciudadano extranjero que en ese momento cumplía cuatro años —es decir el límite legal máximo— en tal situación. Argumento: que ya existía *in pectore* el propósito de imponerle una pena no inferior a 12 años de cárcel. Y todo cuando el tribunal había dispuesto de más de un mes y medio desde la finalización de las sesiones del juicio para emitir esa resolución.

No se tiene noticia de que el ministerio público haya impugnado la extralegal decisión. ¿Será porque, como dijera al *El País* el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, a propósito del caso *Gorostiza*: «un tuareg no se puede cabrear porque haya mucha arena en el desierto»? Será...

### ● El (fiscal) que avisa...

El pasado mes de junio, un fiscal de la provincia de Pontevedra, al contestar a la demanda en un pleito de divorcio, después de solicitar una sentencia ajustada a derecho, concluía: «*Además se hace saber a las partes, que como el que suscribe es católico, estoy obligado a advertirles que al contraer matrimonio católico, éste no admite el divorcio y que seguirán casados ante los ojos de Dios.*»

De donde puede inferirse que el fiscal, que milita en el «destacamento» de Cambados, practica, además, un singular pluriempleo, puesto que avanza calificaciones —es de suponer que sólo «provisionales»— para la vista del «juicio final». Claro que calificaciones incompletas, puesto que la conminación no va acompañada de la información sobre la pena. Ello hace pensar, una de dos: en un descuido, que no cabría suponer, en tan diligente funcionario; o bien, que en la «corte (de justicia) celestial» no rige una exigencia equivalente a la del n. 5 del art. 650 de la Ley de E. Criminal, con la consiguiente reducción de las garantías. Algo bastante preocupante, al tratarse de una instancia inapelable.

### ● Para una antología del despropósito

En fechas recientes, y no consta que fuera precisamente el 28 de diciembre, se ha informado de que algún genio del diseño estaría pensando en la conveniencia de poner a punto, con vistas a la próxima temporada, una especie de  *juzgados centrales moderadamente descentralizados*, en las cabezas de comunidad autónoma.

Se trataría, mediante los segundos, de paliar algunos inconvenientes de los primeros. En una palabra, de retroceder un poco hacia el paradigma del

*juez natural*, esa figura con semántica de sabor ecológico, que nunca debería haberse abandonado.

Los juzgados centralizados —mucho o poco—, frivolidades y oropeles mediáticos al margen, son un puro y simple despropósito orgánico y procesal, que lleva a la burocratización de la *presencia* judicial en todo el territorio del estado, menos el de la sede; al montaje de artificiosos procesos hipertróficos de difícil conducción y escasa viabilidad; y a la pura y simple ocupación por la policía de todo el espacio inevitablemente abandonado por el juez, aunque en algunas ocasiones puedan aparecer juntos, o incluso revueltos, en las fotos.

Y como de concentrar se trata, y en materia de jurisdicción *lo bueno* no es la concentración sino la *dispersión* sobre el territorio y la razonable diversidad potencial, se concentra, sobre todo, *lo malo*.

La mejor prueba de que es así es que, incluso por razones de *eficacia*, los defensores del modelo tie-

nen que buscarle paliativos, como el de la propuesta que se comenta. También, que en un caso paradigmático de plena realización del mismo, como es el juzgado de delitos monetarios, hay que recuperar algo de racionalidad por la vía de una micro-descentralización, a través de la distribución de las competencias tan irracionalmente acumuladas antes.

Pero ¿y la lucha organizada contra la criminalidad organizada (respuesta de la que ahora tanto se habla, *como si ya existiera y fuera cosa de jueces*)? Pues para eso: un buen trabajo policial —mediante una buena coordinación, por cierto, de los dos cuerpos de seguridad— que ponga sus resultados, correctamente obtenidos, a disposición del juez del lugar; y el apoyo instrumental preciso al juez que por razón de la importancia de un concreto proceso lo necesite. Y, además, ahí está el ministerio público, para contribuir con sus intervenciones y mediante el ejercicio de la acusación a dar organicidad y coherencia a las actuaciones judiciales.