

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

M. Carrillo, Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?
G. Maestro Buelga, Reforma del mercado de trabajo, ruptura del Estado social. **R. Bodas**, La aplicación de la reforma laboral. **F. Pantoja**, Anteproyecto de ley penal juvenil. **E. Larrauri**, Violencia doméstica y legítima defensa. **J. Martín de Ostos**, La reforma orgánica de la justicia. **T. Comp-te Massach**, Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal. **A. Juanes Peces**, Sobre el aislamiento en celda. **C. de Cabo Martín**, Estado social de derecho y ley general. **F. Pantaleón**, La nueva ley de arrendamientos urbanos. **F. Guariglia**, El agente encubierto. **J. J. Queralt**, El delito ecológico en España. **R. Manzana Laguarda**, La nueva reforma disciplinaria. **C. Gómez**, Selección y formación de jueces en Francia. **A. Bueno de Carvalho**, La jurisdicción criminal en Brasil, hoy. **L. Córdova Vianello**, El sistema político mexicano. **B. Bolaños Guerra**, Chiapas. **F. Verri**, La larga noche de la República Italiana.

En este número: Bodas, Ricardo, *juez de lo social* en Madrid.
Bolaños Guerra, Bernardo, *jurista* (Ciudad de México).
Bueno de Carvalho, Amilton, *juez*, en Rio Grande do Sul (Brasil).
Carrillo, Marc, *catedrático de Derecho Constitucional*, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).
Compte Massach, Teresa, *fiscal*, Barcelona.
Córdova Viannello, Lorenzo, miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).
De Cabo Martín, Carlos, *catedrático de Derecho constitucional*, Universidad Complutense, Madrid.
Gómez, Carlos, *magistrado*, Audiencia provincial de Palma de Mallorca.
Guariglia, Fabricio, *profesor de Derecho Procesal*, Universidad de Buenos Aires (Argentina).
Juanes Peces, Angel, *presidente*, Tribunal Superior de Justicia (Cáceres).
Larrauri, Elena, *profesora titular de Derecho Penal*, Universidad Autónoma (Barcelona).
Maestro Buelga, Gonzalo, *profesor titular de Derecho Constitucional*, Universidad del País Vasco (Bilbao).
Manzana Laguarda, Rafael, *magistrado*, Tribunal Superior de Justicia (Valencia).
Martín de Ostos, José de los S., *catedrático de Derecho Procesal*, Universidad de Cádiz.
Pantaleón, Fernando, *catedrático de Derecho Civil*, Universidad Carlos III (Madrid).
Pantoja, Félix, *fiscal* (Madrid).
Queralt, Joan J., *catedrático de Derecho Penal*, Universidad de Barcelona.
Verri, Francesco, secretario del Comitato Pisano per la Costituzione (Pisa).

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, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, Mario PESTANA PEREZ. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 MADRID.
Suscripciones EDISA, apartado 549 F. D. 28080 MADRID.

Precio de este número: 1.000 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>
Debate	
— <i>Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?</i> , Marc Carrillo	3
— <i>La reforma del mercado de trabajo, manifestación de la ruptura del Estado social</i> , Gonzalo Maestro Buelga	9
— <i>La aplicación de la reforma laboral</i> , Ricardo Bodas	14
— <i>Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor</i> , Félix Pantoja	19
— <i>Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal</i> , Elena Larrauri	22
— <i>La reforma orgánica de la justicia</i> , José de los S. Martín de Ostos	24
— <i>Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal</i> , Teresa Compte Massach	29
— <i>Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y de la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias</i> , Angel Juanes Peces	33
Estudios	
— <i>Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional</i> , Carlos de Cabo Martín	35
— <i>Breve repaso a la nueva ley de arrendamientos urbanos</i> , Fernando Pantaleón	41
— <i>El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?</i> , Fabricio Guariglia ..	49
— <i>El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma</i> , Joan J. Queralt	61
Cuestiones de ordenamiento judicial	
— <i>En torno a la nueva reforma disciplinaria</i> , Rafael Manzana Laguarda	69
Internacional	
— <i>La selección y formación inicial de jueces en Francia</i> , Carlos Gómez	77
— <i>Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español</i> , Amilton Bueno de Carvalho	84
— <i>Crisis y democratización del sistema político mexicano</i> , Lorenzo Córdova Vianello	86
— <i>Chiapas: descripción de una revolución imaginaria en el interior de una revolución armada</i> , Bernardo Bolaños Guerra	91
— <i>La larga noche de la República Italiana</i> , Francesco Verri	94
Apuntes	
— <i>Delincuentes favoritos</i>	101
— <i>¡Por favor, una dimisión —aunque sea experimental— con naturalidad!</i>	101
— <i>Cuando no se 'puede' criticar a los jueces</i>	102
— <i>La transición en la justicia, según Sáez de Cosculluela</i>	102
— <i>Leguina penal-procesalista</i>	102
— <i>Paradojas de la libertad</i>	103
— <i>Reinserción</i>	103
— <i>Pascual Sala: contra la soberbia</i>	103



► CÓDIGO DE COMERCIO Y LEGISLACIÓN MERCANTIL COMPLEMENTARIA

CUARTA EDICIÓN 1995

Legislación básica y Leyes Complementarias. Comentarios

Incluye la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Ley 7/1995 de Crédito al Consumo.

Francisco José Castro Meije
Magistrado de la Audiencia Nacional

Eduardo Delgado Hernández
Magistrado Secretario Judicial (excedente)

Pedro González Poveda
Magistrado Sala I T S

Luis Román Puerta Luis
Magistrado Sala II T S

Manuel Villanueva Gallego
Fiscal del T S Secretario Judicial (excedente)

1.240 págs.

8.725 ptas

► ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo

QUINTA EDICIÓN 1995

Jurisprudencia. Comentarios Doctrinales

Luis Gil Suárez
Magistrado del T S

Manuel Iglesias Cabero
Magistrado del T S

Luis Fernando Roa Rico
Magistrado del T S J. Madrid (jubilado)

736 págs.

5.900 ptas

► LA PRUEBA PERICIAL

Guía Práctica y Jurisprudencia

Tras estudiar la proposición de la prueba pericial, en sus diferentes tipos de procesos, trata la designación y nombramiento de peritos, su recusación, recogiendo todos los preceptos procesales y sustantivos que hacen referencia a la pericia, en materia civil, contencioso-administrativo, mercantil, etc. La recopilación de prácticamente todas las sentencias del Tribunal Supremo que hacen referencia a la prueba pericial, permite al autor hacer unos comentarios eminentemente dirigidos a su aplicación a la vida real.

Los capítulos importantes son los relativos a deberes y derechos de los peritos.

La emisión del informe, su valoración, y la pericia en el proceso penal, cierran este libro

Merece especial mención el gran número de formularios absolutamente reales, con incidencia sobre todo en tasaciones por justiprecio y ruina, reclamación de honorarios, etc

Miguel López-Muñiz Goñi
Doctor en Derecho Magistrado

354 págs.

4.100 ptas

► ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

CUARTA EDICIÓN 1995

- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con comentarios explicativos de sus preceptos
- Textos legales precedentes (Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y Real Decreto-Ley 2/1985) acompañados de la jurisprudencia más reciente aplicable a los mismos
- Legislación complementaria. Esta se extiende desde los preceptos pertinentes de la Constitución, Leyes Civiles, Procesales y Tributarias, hasta una exhaustiva recopilación de todas las disposiciones dictadas en esta materia, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico

Luis Román Puerta Luis
Magistrado Sala II del T S

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

994 págs.

8.100 ptas

► CÓDIGO PENAL

NOVENA EDICIÓN 1995

Comentarios y amplia Jurisprudencia
Puesta al día legal y jurisprudencialmente

José Moyna Ménguez
Magistrado Sala II del Tribunal Supremo

Rogelio Gómez Guillamón, Juan Cesáreo Ortiz Urculo, Eduardo Torre-Dulce Lifante
Fiscales

Antonio González-Cuellar García
Profesor Titular de Derecho Penal y Fiscal (excedente)

896 págs.

6.200 ptas

► LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

CUARTA EDICIÓN 1995

Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia
Actualizada a 31 de abril de 1995

El presente Código contiene, como norma básica, la versión actualizada de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, a cuyos preceptos se incorpora un completo catálogo de referencias y concordancias, así como una exhaustiva reseña de la jurisprudencia emitida por el TC, el TS y los TSJ. Incluye también una amplia selección de normas complementarias, tales como la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, la Ley reguladora del proceso contencioso electoral, la LOPJ o la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Vicente Gimeno Sendra
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid y Magistrado del Tribunal Constitucional

José Garberí Llobregat
Catedrático de Derecho Procesal. Letrado del Tribunal Constitucional

894 págs.

7.000 ptas

► LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS

OCTAVA EDICIÓN 1995

Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias y Formularios

José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
Magistrado del Tribunal Supremo, Doctor en Derecho y Secretario de la Administración de Justicia (excedente)

José Tomé Paule
Secretario excedente de la Sala II del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Procesal

Ricardo Sánchez Sánchez
Magistrado, Secretario de la Administración de Justicia (excedente)
Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Procesal

José Dávila Lorenzo
Magistrado, Secretario excedente de la Sala III del Tribunal Supremo

Ildefonso Rodríguez García
Secretario Judicial

910 págs.

6.600 ptas

► LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

SEGUNDA EDICIÓN

Documentación legislativa y jurisprudencial. Comentarios.

Siro García
Magistrado del Tribunal Supremo

792 págs.

7.300 ptas

DEBATE

Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?

Marc CARRILLO

1. INTRODUCCION

El último año de la vida política española ha deparado abundancia de supuestos en los que la apelación al secreto profesional en el ámbito de la Administración de Justicia ha formado parte del lenguaje habitual en los medios de comunicación. El deber de guardar discreción sobre aquello que se conoce por razón de la profesión u oficio, o desde una perspectiva esencialmente distinta, el derecho a mantener silencio sobre las propias fuentes informativas, han sido dos manifestaciones de lo que globalmente se identifica como el derecho al secreto profesional. Vinculado a ello aparece en los últimos días de redacción de este artículo, el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y las consecuencias que se derivan, especialmente en relación a los medios de comunicación, de la difusión de comunicaciones interceptadas de forma ilegal.

Asimismo, de manera paralela al secreto profesional han cobrado notable protagonismo los límites al secreto sumarial como excepción al principio de publicidad de los actos del Estado; este trámite procesal en la instrucción de una causa judicial ha ocupado también lugares de relevancia en la información política de los diversos medios de comunicación. Las líneas que siguen, tiene por objeto abordar de forma sumaria estas cuestiones, en la medida en que han ocupado un lugar preferente en lo que los últimos tiempos se ha dado en denominar —con pretensiones analíticas muy distintas— como la progresiva judicialización de la vida política.

2. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y LOS CONFIDENTES

El reconocimiento del secreto profesional en la Constitución obedece a una configuración diversificada y no unitaria¹. Por un lado, se contempla de forma general como parte integrante del derecho a la tutela judicial (art. 24.2 CE): «La ley regulará los ca-

sos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos», donde el factor de relevancia de esta institución jurídica viene definido, en general, por el deber de mantener discreción sobre la información obtenida en razón del cargo ejercido (caso del funcionario, del abogado, del procurador o del médico); por otro, es reconocido como derecho específico —y deber deontológico— de los periodistas incorporado al derecho fundamental a comunicar información veraz (art. 20.1 d, CE), y conceptualizado como el derecho a no difundir las fuentes informativas empleadas.

A los efectos de la reflexión que aquí interesa abordar se incidirá sobre algunos aspectos de la problemática que plantea el primer supuesto de secreto profesional ejercido por funcionarios, como una excepción al principio general de publicidad de los actos de los poderes públicos. Y más concretamente, por aquellos funcionarios que son miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado que se encuentran, ante la tesitura de declarar ante la autoridad judicial con motivo de la apertura de un sumario sobre hechos relacionados con el ejercicio de funciones propias del cargo que ejercen.

La crónica judicial del último año ha sido prolija en comparencias de este tipo, y en ellas se han puesto de manifiesto en bastantes ocasiones los límites que afectan al secreto profesional de estos funcionarios, así como también ha planteado la cuestión de si era posible la equiparación —a estos efectos— de los confidentes con los propios policías.

La exigencia de transparencia administrativa es una consecuencia del principio de publicidad. Sin embargo, es bien sabido que este principio que asegura la sujeción del Estado al Derecho no es de aplicación indiscriminada: el reconocimiento del secreto profesional es una excepción constitucionalmente prevista. Ello, naturalmente, al margen del deber de sigilo que afecta a cualquier servidor público por razón del cargo que ostenta y en relación a los asuntos que en virtud del mismo conoce. El objetivo no es otro que el de procurar, como señala Sainz Moreno, la buena imagen de la Administración, la efi-

¹ En defensa de un planteamiento unitario véase: J. M.ª Michavila Núñez, «El artículo 24 de la Constitución española y el de-

recho al secreto profesional: una visión unitaria de la institución» *REDA*, n.º 56, oct-dic. Madrid, 1987, págs. 537-553.

ca de su acción y la defensa de los intereses de los particulares².

El reconocimiento del deber de mantener el secreto sobre los asuntos que conozcan por razón de la función que se ejerce y siempre que los mismos tengan dicho carácter, vincula especialmente a los funcionarios integrantes de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado. Asimismo, las materias afectadas por la condición de secreto han de estar previamente determinadas por ley o por actos dictados en aplicación de una ley.

Sentados estos elementos principales, cabe plantearse si el deber de mantener el secreto sobre determinadas materias se mantiene ante los órganos judiciales. De acuerdo con lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 417.2), no pueden ser obligados a declarar los funcionarios en los siguientes términos:

«Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueran autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida».

En términos más concretos se pronuncia la legislación específica que afecta a los funcionarios de policía que declaren ante la autoridad judicial. La *Ley Orgánica 2/86, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado* (art. 5.5) establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad han de atenerse al «secreto profesional» y, en consecuencia, «deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones» y «no estarán obligados a revelar las fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les impongan actuar de otra manera».

Parece pues evidente, que salvo las excepciones legales previstas, el secreto profesional de los funcionarios de policía opera también ante los órganos judiciales. Sin embargo, ésta no es una atribución incondicionada ya que en ningún caso, la apelación al secreto profesional puede encubrir una acción tipificada como penalmente ilícita. Este es uno de los requisitos básicos en cualquier tipo de secreto profesional alegable como garantía de la integridad de la función que se realiza.

Como es sabido, una de las prácticas habituales de la policía en su función de prevención del delito es la recurrir a los servicios que en el ámbito de la información le proporcionan los confidentes. La colaboración que éstos aportan ha de coadyuvar, si cabe, al mejor cumplimiento de las funciones constitucionalmente establecidas. A saber: «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» (art. 104.1 CE), pero nunca nada que se separe de lo prescrito en el precepto constitucional. El confidente, aún con la lógi-

ca discreción que se proyecta sobre su identidad, no puede ser concebido como un área autónoma al Derecho o, incluso más, como un sujeto situado al margen de aquél, con el beneplácito o la tolerancia de los agentes de policía. No obstante, la experiencia pone de manifiesto excesivos y radicales contrastes con lo legalmente preceptuado. Por ejemplo, como así lo muestra en ocasiones la lucha antiterrorista, cuando el informador o confidente supera la condición de tal para acceder al grado de deliciente, tiene razón el Tribunal Supremo al afirmar que ante esta circunstancia, «... el deber del auxilio —a la justicia— recobra su vigencia»³. Lo cual significa, que el confidente y quienes le den cobijo —sin excepción— han de ser perseguidos judicialmente además de hacer perder a aquél la condición secreta de su identidad. El límite de la comisión de actos delictivos está también contemplado en textos jurídicos internacionales como la *Resolución 690 del Consejo de Europa* relativa a la Declaración sobre la Policía, y, por supuesto, en el ya citado artículo 5.1.a) y 5 de la *LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*, cuando impone a los funcionarios un absoluto respecto a la Constitución, asimismo eximiéndoles de revelar las fuentes de información «salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de otra manera».

Pero al margen de la legalidad o no de la actuación de un informador-confidente del agente de policía, es lo cierto que ambos están sometidos a un régimen jurídico radicalmente distinto. El primero es un colaborador privado sometido a las reglas del derecho privado y, en su caso, de la costumbre y los usos sociales; el segundo es un funcionario público que, a diferencia del confidente ostenta la condición de depositario del interés público, interés que ha preservar, tanto en lo que concierne a su propia actuación como a la que lleve a cabo su colaborador. Parece, pues, meridianamente claro que quien ostenta el deber de guardar secreto sobre la identidad de la información y de las fuentes informativas es el funcionario de policía. Y no quien coadyuva con él en la prevención del delito. La protección que le brinda el ordenamiento no alcanza, en absoluto, a procurar al informador-confidente la condición de funcionario para que a través de la misma pueda arrogarse la potestad de oponer ante el juez un supuesto secreto profesional. Llegar a esta identificación por mor del interés público de la labor informativa que realiza supondría un flagrante fraude a la ley.

3. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El Estado de derecho en una sociedad democrática viene caracterizado, entre otros elementos definitorios, por la concepción de la ley como expresión de la voluntad popular democráticamente manifestada y por la consideración del pueblo como sujeto soberano, que legitima la acción de los poderes del Estado, a partir del libre ejercicio de los derechos

² Vif. F. Sainz Moreno, «Secreto e información en el Derecho Público». En: *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor E. García de Enterría)*. Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2892.

³ STS de 22 de marzo de 1986 (Ar. 1683).

**Diccionario
Jurisprudencia
Penal**

**una joya necesaria en su
biblioteca de trabajo**

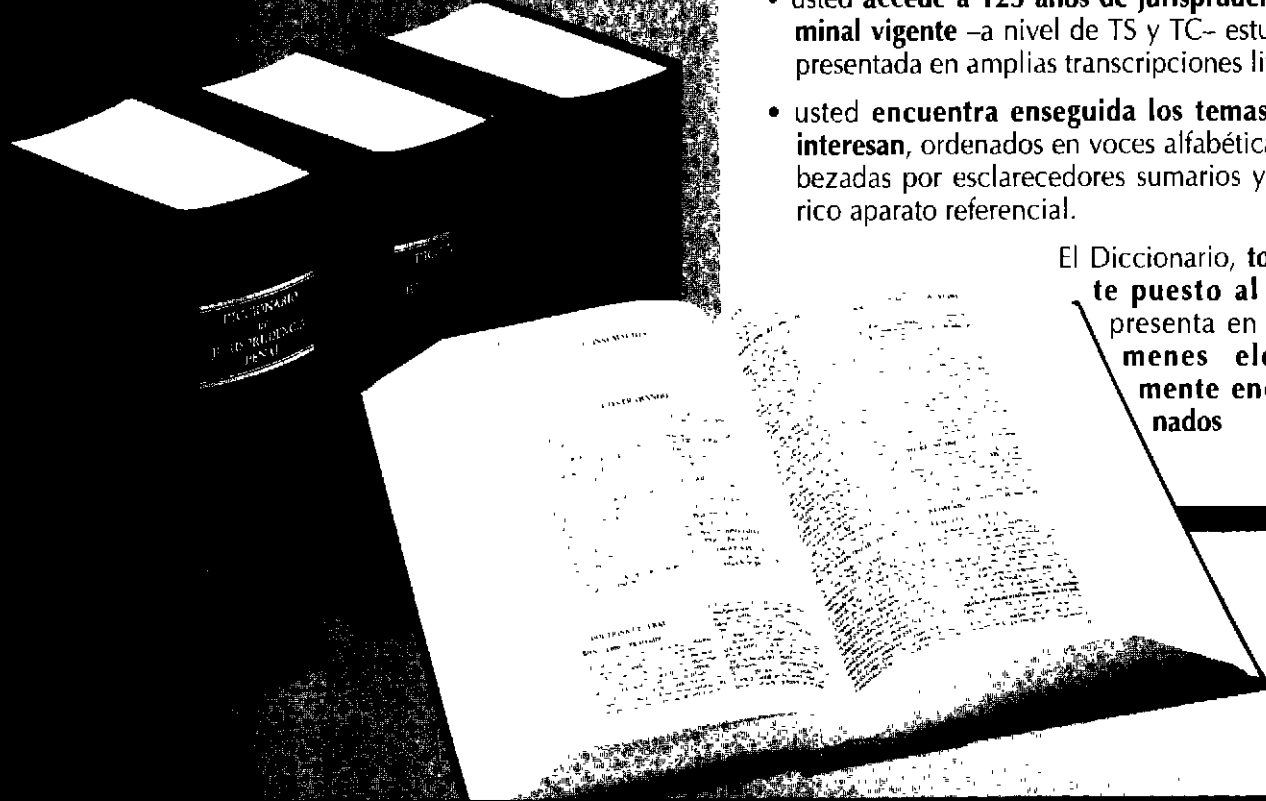
La obra de Derecho Penal que necesita todo jurista

DI

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**



**Pídale ya por: tfno. (948) 33 18 11 - 33 02 26,
o por fax (948) 33 08 45 - 33 09 19**

Nombre y Apellidos: Profesión: Especialidad:
 Dirección: Actividad: NIF/CIF:
 Localidad: Población/Provincia: C.P.: Tfno.:

Editorial Aranzadi, Carretera de Aoiz, Km. 3,5. 31486 ELCANO (Navarra).
 Así me envíen a la dirección arriba indicada un ejemplar del Diccionario de Jurisprudencia Penal,
 pagándome al precio que figura en el cuadro, en la modalidad de pago:

- 1 pago al contado de 88.065 ptas. (85.500 más 2.565 del 3% de IVA)
- 6 pagos mensuales de 15.412 ptas. (14.963 más 449 del 3% de IVA)
- 12 pagos mensuales de 7.926 ptas. (7.695 más 231 del 3% de IVA)

	Precio		
	sin IVA	IVA	con IVA
contado	90.000	3.600	93.800
6 pagos mensuales	15.900	636	16.536
12 pagos mensuales	8.260	330	8.580

Indíqueme el pago por el procedimiento siguiente: Talón adjunto nominativo a Editorial Aranzadi. Contra reembolso

fundamentales que la Constitución le reconoce. Entre éstos cobra especial relevancia el derecho a la tutela judicial como derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, que habilita para activar un procedimiento y a recibir, finalmente una resolución judicial conforme a derecho. Ciertamente, esto únicamente es posible cuando la Constitución, entendida como norma jurídica, vincula a poderes públicos y a particulares. Requisito éste que cumple el texto constitucional español de 1978. Por esta razón, el hecho que uno de los derechos fundamentales reconocidos en su Título I, como el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra modalidad, y como consecuencia de ello, el derecho a la intimidad, puedan quedar lesionados por la acción de un órgano público como es el CESID, constituye un grave ataque a la integridad del Estado de derecho.

Ello no empece para reconocer también la gravedad que supone para el ejercicio de las libertades públicas, la interceptación de comunicaciones que pueda llevar a cabo un particular a fin de obtener de esta forma espúrea, un beneficio personal. Sin embargo, cuando quien supera los límites del Derecho es el propio Estado, mediante la actuación contraria a los principios de constitucionalidad y legalidad de un poder público o de agentes a su servicio, la lesión producida es —no se olvide— obviamente mucho más grave. La razón de ello se fundamenta en la condición que todo poder público ostenta como garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico en beneficio del interés general. Cuando la duda o lo que es peor —como desafortunadamente ocurre en el momento presente—, cuando planea la convicción de que en el seno del aparato administrativo del Estado se han instalado prácticas que atentan contra las libertades públicas, la preocupación por la salud del sistema democrático es más que razonable.

La posibilidad de la existencia de un singular caballo de Troya —integrado por un sofisticado sistema de escáners— en la compleja red administrativa de los poderes públicos —convertida, de hecho, en un nuevo Leviathan—, impregnado de comportamientos autoritarios y fiscalizadores, o de actitudes corruptas, es una simiente que el Estado debe erradicar de forma contundente. Contemporizar con este fenómeno es hacer méritos para una pronta desnaturalización del sistema democrático trabajosamente construido. De instalarse dichas prácticas en la acción administrativa, supondría retrasar el reloj de la historia a las épocas más nefastas de la España autoritaria y militarizada; a aquel período no tan lejano en el tiempo en el que la regla de conducta se

definía por la banalización de la libertad del individuo, la sublimación del paternalismo de la autoridad competente y el menosprecio de la idea de servicio público y de la razón, como ejes vertebradores de la vida colectiva.

La interceptación de comunicaciones imputada a miembros del CESID constituye, en primer lugar, una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, que establece que únicamente mediante resolución judicial, que siempre deberá ser motivada, podrá ser conocido el contenido —por ejemplo— de una conversación telefónica. Como es bien conocido, esta eventualidad está prevista para facilitar la investigación de acciones delictivas y, especialmente, de aquellos delitos cometidos por bandas armadas, grupos terroristas o rebeldes. En el último caso, y cuando concurren razones de urgencia que así lo exijan, la interceptación de las comunicaciones podrá ser decidida —de manera entiendo que excepcional— por el ministro de Justicia e Interior o, en defecto del mismo, por el Director de la Seguridad del Estado. El requisito para que en este último caso, la actuación de la autoridad gubernativa sea conforme a la Constitución y a la ley, es que la decisión de interceptar una comunicación sea puesta en conocimiento del juez competente de forma inmediata, quien, en todo caso, podrá revocar o confirmar la actuación de la policía.

Parece obvio, pues, que por todo lo que hasta la fecha —finales de junio de 1995— se ha dado a conocer, la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones parece haberse producido de forma flagrante. *Prima facie*, éste ha sido el derecho el derecho lesionado. No obstante, y en función del contenido de las conversaciones grabadas de forma irregular, en muchos casos, *pero no automáticamente en todos*⁴, también resulta lesionado el derecho a la intimidad, en la medida en que a través de la interceptación se haya podido incidir sobre aquellos aspectos de la vida de una persona que por su propia naturaleza resulten inaccesibles a cualquier otra salvo que medie el consentimiento del afectado.

Relacionada con la inconstitucionalidad de este control administrativo de las comunicaciones aparece una nueva dimensión del problema generado por la interceptación irregular de las comunicaciones, como son los efectos de la difusión de su contenido a través de cualquier medio de comunicación. Lógicamente, de acuerdo con lo previsto por el artículo 497 bis del Código Penal, en primer lugar, incurrirá en responsabilidad criminal —prisión menor en su grado medio— quien intercepte las telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de grabación o repro-

⁴ Por ejemplo, a mi juicio, en el conocido «caso Benegas» de las pintorescas conversaciones telefónicas grabadas al entonces secretario de Organización del PSOE, José M.^a Benegas, y posteriormente difundidas por un medio de comunicación radiofónico, el derecho a la intimidad no quedó afectado si nos atenemos al contenido de lo que públicamente se dio a conocer: determinadas expresiones en tono metafórico-adulador referidas al presidente del Gobierno, Felipe González, y otras en tono jocoso-despreciativo dirigidas al entonces ministro de Economía y Hacienda, Carlos Solchaga, que racionalmente ponían de manifiesto la existencia de disensiones entre el Gobierno y grupo parlamentario del PSOE en el Congreso de los Diputados; pero nada

que —aparentemente— incidiese en núcleo privado inaccesible a los demás, que fuese propio de la vida personal del citado Benegas.

Supuesto distinto fue el no menos conocido «caso Cullerll» que afectó al ex consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, Josep M.^a Cullerll, cuyas conversaciones grabadas y difundidas —causa desencadenante de su dimisión— además de unos contenidos presuntamente relacionados con el tráfico de influencias para la recalificación urbanística de los terrenos del municipio de Sant Pere de Terelló, incluían también aspectos relacionados con la vida privada de determinadas personas.

ducción del sonido y la imagen; en segundo lugar, esta responsabilidad queda agravada —la misma pena anterior en su grado máximo— si, además, el autor de la interceptación divulga o revela lo que ha descubierto. Finalmente, tras la última reforma del Código Penal sobre este tipo delictivo llevada a cabo en diciembre de 1994, también incurrirá en responsabilidad penal aquella persona —por ejemplo, un periodista— que sin haber tomado parte —pongamos por caso— en la interceptación de una escucha telefónica, o en la captación de imagen, divulgue o revele su contenido, siempre que no demuestre que desconocía el origen ilegal de aquéllas. Parece, pues, evidente que la nueva redacción del Código Penal se presenta como mucho más restrictiva en cuanto a las posibilidades de difundir informaciones obtenidas de forma incorrecta. Ello es así porque a partir de ahora, la carga de la prueba recae sobre el medio de comunicación que, en el supuesto de que difunda una información cuyo origen sea ilegal, deberá esforzarse —a fin de resultar indemne jurídicamente— en demostrar ante el juez, su absoluta desvinculación del tal circunstancia. En este sentido, entiendo que el medio de comunicación no podrá responder con una invocación indiscriminada al secreto profesional para obviar dar respuesta alguna al respecto. El secreto profesional, como derecho fundamental específico de los periodistas, integrado en el derecho a comunicar información veraz, no puede servir como instrumento para la comisión de delitos. Se trata de un límite implícito en la naturaleza del derecho, por lo que no cabe deducir que dicho planteamiento pueda permitir que desde una norma infraconstitucional —la Ley Orgánica que modifica el artículo 497-bis del Código Penal— se vulnere mediante la incorporación de limitaciones atípicas, la integridad de un derecho fundamental. El objetivo no puede ser otro que el de hacer escrupulosamente compatible tanto el respeto a la inviolabilidad de las comunicaciones y, en su caso también, la intimidad de las personas, con el efectivo ejercicio del derecho a comunicar y recibir información. En el mismo sentido, aunque con una perspectiva distinta, conviene precisar que derecho a la información no puede ser entendido como un instrumento ilimitado al servicio de una concepción absoluta que anule la eficacia de otros derechos. Eficacia que queda flagrantemente lesionada cuando se publica algo que conscientemente se sabe que fue obtenido a través de una interceptación ilegal. El derecho a la información no puede permanecer a la libre disponibilidad de apóstoles mediáticos, radiopredicadores y otras especies similares de individuos —calificados a veces con el siempre recurrente y provinciano apelativo de «maestro de periodistas»— más interesados en la rentabilidad político-económica del medio que en la defensa del derecho a la información.

⁵ Vid. J. Córdoba Roda, «Libertad de expresión y secreto sumarial». *Actualidad Jurídica*, n.º IV, Barcelona 1981, pág. 9; E Espín Templado, «Secreto sumarial y libertad de información», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, Barcelona, 1986, pág. 142.

4. LOS LIMITES AL SECRETO SUMARIAL

El continuo goteo de casos planteados ante los órganos jurisdiccionales en los que se pone en cuestión la probidad de funcionarios o representantes públicos en el ejercicio de las funciones que les han sido encomendadas, ha puesto de actualidad la institución procesal del secreto sumarial y los límites que le afectan. Especialmente, cuando un medio de comunicación difunde información sobre asuntos relacionados con el objeto del sumario. Evidentemente, la delimitación de los contornos del secreto sumarial no es un tema que se haya planteado ahora por primera vez. Sin embargo, el recordatorio de la importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta del todo procedente, habida cuenta las disfuncionalidades que últimamente se están produciendo, como consecuencia de planteamientos de corte abusivo, cuando no erróneo, protagonizados por las partes y también por algún que otro órgano judicial. En este sentido, centraré la reflexión en los problemas que se derivan de la difusión por un diario o cualquier otro medio de comunicación, de informaciones relacionadas con el objeto del sumario; ¿significa ello una alteración del secreto del mismo?, ¿está vedada toda información al respecto mientras el secreto no haya sido levantado?

De la lectura de los artículos 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 360 y 367 de Código Penal surge la incertidumbre en los profesionales de la información, sobre si la materia objeto de publicación puede entrar o no en colisión con el ordenamiento jurídico. La pregunta que se suscita se cifra en lo siguiente: ¿en qué medida es posible publicar aspectos referidos al contenido de un sumario judicial?

En primer lugar, conviene tener en cuenta que toda consideración sobre vulneración del secreto sumarial ha de quedar acotada en aquellas conductas que tengan por objeto «los elementos integrantes del sumario —como por ejemplo, las declaraciones de los testigos—. El dar información sobre los hechos objeto del sumario, conocidos a través de otras fuentes o medios representa una actuación que no puede ser calificada como de descubrimiento sumarial»⁵.

En segundo lugar, las personas —como los periodistas— que no pertenezcan a las categorías profesionales tipificadas —abogado, procurador, funcionario— en los preceptos legales antes citados, no quedan excluidas del respeto al secreto sumarial: quiere ello decir, que, por supuesto, pueden difundir aspectos que no sean parte integrante del sumario (por ejemplo, datos relacionados con las actividades de algunos testigos, obtenidos profesionalmente de fuentes ajenas a la prueba testifical o documental que obre en el sumario). Ahora bien, el periodista no podrá obviar los límites explícitos que la Constitución establece: por un lado, el respeto a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), de acuerdo con los criterios jurisprudenciales establecidos por la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto⁶; y por otro, el derecho a la tu-

⁶ Para una síntesis sobre estos criterios, vease mi trabajo: *La clàusula de consciència i el secret professional dels periodistes*. Centre d'Investigació de la Comunicació. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1992, pags. 31-49.

tela judicial que la difusión de determinados aspectos integrantes del sumario podría vulnerar. En este sentido, y en relación al caso de los GAL, la difusión hace unos meses de las revelaciones hechas al magistrado instructor de la Audiencia Nacional por los ex policías Amedo y Domínguez de forma casi simultánea a su exposición en sede judicial, podría entrar en franca contradicción con el debido respeto al secreto sumarial.

Ello sin perjuicio de reconocer que el principio de publicidad es un factor favorable para el enjuiciamiento de una causa, sin que la revelación de ciertos aspectos del sumario —obtenidos de forma legal— suponga, forzosamente, vulneración del derecho a la tutela judicial. En este sentido, la publicidad puede plantearse como una forma de lograr una efectiva tutela de los derechos e intereses de una persona, poniendo en conocimiento del cuerpo social la importancia y gravedad de determinados he-

chos, sin que por tal motivo las garantías del justiciable puedan quedar vulneradas.

Ciertamente, la delimitación de los derechos que puedan entrar en conflicto es uno de los problemas con los que se enfrenta el ejercicio del derecho a la información en este ámbito concreto de actuación de los poderes públicos. En este sentido cobra gran importancia la STC 1/1985, de gran relevancia en su momento. La razón estriba en que la noción de secreto sumarial que la sentencia instituye afecta a las diligencias que lo integran, pero ello no puede ser óbice para el conocimiento de aspectos relacionados con la materia objeto de reserva sumarial a través del ejercicio del derecho a la información. A este respecto, conviene reiterar que una consideración expansiva del secreto sumarial equivaldría a introducir de forma ilegítima una materia reservada sobre los hechos objeto del sumario y no sobre las actuaciones del órgano judicial instructor⁷.

⁷ Como precedente judicial de esta importante resolución del TC español hay que retener, sin duda, la sentencia del caso *The Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, por la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos introdujo un cambio en la posición

de los tribunales ingleses respecto a informaciones sobre materia sumarial, consideradas hasta entonces como un delito de desacato (*Contempt of Court*).

La reforma del mercado de trabajo, manifestación de la ruptura del Estado social

Gonzalo MAESTRO BUELGA

1. INTRODUCCION

Hasta ahora la reforma del mercado de trabajo ha sido considerada, en mi opinión, desde una perspectiva excesivamente limitada, bien en una orientación que evidenciaba el primado del sistema económico sobre el conjunto de las relaciones político-sociales desarrolladas en el seno del Estado emergente de las prolongadas crisis que explotaron a mediados de los setenta, bien desde la perspectiva de la erosión de los derechos de los trabajadores, propios de un modelo de derecho del trabajo que se gestó en el occidente europeo después de la II Guerra Mundial, es decir, de la legislación laboral propia del Estado social.

Pretendo analizar la reforma laboral de 1994 en una dimensión más global, desde la que se aprecia mejor su trascendencia y alcance, y se advierte con claridad sus efectos de ruptura de un modelo político encarnado en la forma de Estado social. La reforma no deber leerse sólo en clave de adecuación del mercado de trabajo y las relaciones laborales a las nuevas necesidades del sistema económico, sino de superación de una de las últimas manifestaciones del peculiar y precario proceso de construcción del Estado social español y por tanto, de la ruptura de este modelo.

Desde este planteamiento, la nueva normativa del mercado de trabajo supone la última etapa de evolución, o del tránsito del derecho del trabajo del Estado social, que pasa del garantismo tutelar, que se va construyendo en los últimos cincuenta y en la década de los sesenta, en paralelo a la consolidación del Estado del bienestar, a la total mercantilización y subalternización a los dictados del sistema económico que ha recuperado el primado del mercado.

2. EL ESTADO SOCIAL COMO FORMA DE INTEGRACION DEL TRABAJO EN EL SISTEMA POLITICO

Pretender definir al Estado social puede resultar a todas luces excesivo, sin embargo, resulta conveniente establecer siquiera genéricamente, aquellos elementos centrales que lo caracterizan y se configuran como constitutivos del mismo.

Cualquier interpretación que se adopte en la explicación de la génesis del Estado social conduce a afirmar la centralidad del Trabajo en esta forma de estado. El fin del mercado como regulador exclusivo del sistema económico y su sustitución por un nuevo paradigma, la intervención del poder público

en la economía, obliga a una distinta consideración del Trabajo.

El gobierno keynesiano del ciclo económico que actúa sobre la demanda agregada incorpora un tratamiento del salario y del pacto distributivo como elementos sustanciales del funcionamiento del sistema económico.

Por otro lado, una interpretación conflictualista tiene como consecuencia una nueva definición del conflicto y del papel del poder público en el mismo y, por tanto, una nueva solución material y procedimental del conflicto distributivo, como manifestación de éste en el Estado social.

Desde estas perspectivas, lo que caracteriza al Estado social es el doble proceso de integración del Trabajo en el sistema, que se manifiesta en el ámbito económico y político. Este proceso de integración es lo que conforma uno de los aspectos fundamentales de la constitución material del Estado social.

La integración política establece el marco del reconocimiento del Trabajo como nuevo sujeto político. Marca el tránsito del estatus del Trabajo como mercancía a sujeto político, configurado por las organizaciones portadoras de sus intereses, que actúa en el nuevo espacio surgido de la superación de la vieja distinción entre las esferas de la economía y la política.

Los elementos que configuran el reconocimiento de este nuevo estatus del Trabajo en el sistema, vienen expresados mediante la constitucionalización del derecho a la sindicación, de la negociación colectiva y de los instrumentos de autotutela desplegados en este proceso, básicamente la huelga. Este conjunto de medios determinan, no sólo el reconocimiento político del trabajo, sino el nuevo procedimiento de composición del conflicto distributivo, en el ámbito privado. En el público, esta subjetividad política, viene determinada por su capacidad de intervención en las decisiones políticas que actúan la acción distributiva del Estado, que conforman el ámbito político de composición del conflicto mediado por el poder público. La participación en la planificación y la asociación a la decisión en las políticas sociales, a través de distintos mecanismos, evidenciarían este nuevo estatus.

Junto a la integración política se sitúa la integración económica, donde se expresa materialmente la nueva relación entre los sujetos de las relaciones que sirven de base a la fórmula de Estado social. Esta integración transcurre a través de una doble vía. Mediante la actividad prestacional del Estado, cuyo contenido es la traducción de la formulación en

el ámbito público del conflicto distributivo y el resultado de la mediación como función estatal. El reconocimiento de una ciudadanía social que no se obtiene en el mercado, viene acogida constitucionalmente por los denominados derechos sociales, que suponen un rasgo característico de constitucionalismo de la postguerra, cuyo estatus jurídico contingente, respecto a los derechos que conectan con la tradición liberal, expresa que la solución pública es siempre el resultado del equilibrio inestable de poderes en la relación entre los sujetos fundantes del pacto que origina esta forma de estado, sin perjuicio de la fijación constitucional de la función mediadora pública, que se configura como potencialmente ilimitada en su articulación infraconstitucional.

La otra vía de materialización de la integración económica consiste en la intervención reguladora del Estado en el mercado de trabajo. La actividad reguladora pretendía predeterminar la relación en el mercado de trabajo, definiendo como base el equilibrio de poderes entre los sujetos colectivos de la relación, que se fijaba así normativamente. El conflicto distributivo aparecía limitado en ambos extremos y no sólo confiado a la relación de poder establecida en el mercado, ya limitada por el gobierno público del ciclo económico y el pleno empleo.

El derecho del trabajo de signo garantista ha incidido, de esta forma, especialmente en la regulación del salario, las condiciones de trabajo y el ingreso y salida del mercado, es decir, la práctica totalidad del ámbito negocial que afecta al espacio privado de la distribución. Las normas reguladoras conformaban un estándar de mínimos indisponibles, no sólo en materia de relación individual, sino de negociación colectiva que definía el campo de la negociación. Lo que caracteriza la negociación colectiva del Estado social es esa combinación de tutela de los sujetos y procedimientos negociadores (derecho sindical). Con la regulación material de mínimos de las materias sometidas a negociación, la predeterminación material del conflicto distributivo opera como garantía pública de la integración económica, a eso se ha denominado la función promocional del derecho del trabajo.

Esta concepción del derecho del trabajo permite establecer una relación entre éste y la integración económica, configurándola como función del mismo, durante el período de consolidación del Estado social. Además, la intervención en la determinación material del contenido facilitaba la negociación y sobre todo garantizaba el resultado del acuerdo distributivo en esa lógica integradora. La consecuencia de todo ello era el reforzamiento de la posición política del Trabajo en el sistema político. Es mediante estos procesos, como se conecta esta actividad reguladora con el reconocimiento de la subjetividad política que se formula en la constitución material del Estado social. La relación entre integración política y económica del trabajo en el sistema, como particular forma de articular las relaciones políticas y sociales en el Welfare State, coinciden con doble naturaleza normativa de la intervención procedimental y material.

3. LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL PROYECTO DEL ESTADO SOCIAL

a) El bloque normativo de la reforma laboral

El bloque normativo que conforma la reforma del mercado de trabajo en España se inaugura con el Decreto Ley 18/1993 de 3 de diciembre, fruto de la tramitación como proyecto de ley de esa disposición nacerá la Ley 10/1994 de 19 de mayo; junto a esta norma completan el bloque normativo de la reforma, la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por la que se reforman numerosos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, la Ley 14/1994 de 1 de junio por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, y por último, el Decreto legislativo 11/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Como es conocido, el Decreto-ley 18/1993 y la posterior Ley 10/1994, con escasísimas variaciones, incorporan a nuestro ordenamiento tres cuestiones fundamentales que articularán un eje de la reforma. En primer lugar, modifica el mecanismo procedimental de ingreso en el mercado de trabajo, poniendo fin a la mediación pública en la contratación laboral, que había sido una constante en los ordenamientos occidentales y en los últimos cincuenta años de nuestro Derecho del Trabajo, avalado por los convenios internacionales (Convenio n.º 88 de la OIT). Se suprime la obligatoriedad de contratación mediante la oficina pública de empleo (INEM) y se autoriza la existencia de agencias de colocación privadas.

La segunda novedad que aporta esta disposición es la derogación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que prohibía cesión ilegal de trabajadores, admitiendo las empresas de trabajo temporal, que serán luego reguladas por la Ley 14/1994.

Como tercera aportación, que afecta a la contratación, incorpora una novedosa regulación en nuestro ordenamiento de los contratos de formación. Tanto los contratos de prácticas, como los de aprendizaje, especialmente estos últimos, se caracterizan por una extensión en el tiempo que los convierte en el mecanismo de acceso al mercado para los que inician la vida laboral, una regulación salarial notablemente precarizada, que se establece con relación al salario mínimo y una debilidad en la protección social, esta situación se extiende también a los contratos a tiempo parcial, que no superen un determinado umbral de dedicación laboral.

Junto con la Ley 10/1994, la norma central de la reforma es la Ley 11/1994, norma compleja que aborda una modificación en profundidad del Estatuto de los Trabajadores. Afecta sustancialmente a las siguientes cuestiones: las modalidades de contratación, la relación individual de trabajo y el contenido de la relación laboral, la negociación colectiva, en una triple dimensión, procedimental, de contenidos y la eficacia de la misma y, por último, a la salida del mercado, es decir, al despido.

Respecto al contenido de la relación de trabajo, se registra una consagración de la tendencia a la individualización de las relaciones laborales, que se manifiesta en un continuo reenvío de la regulación

del contenido de la relación al contrato de trabajo, que acaba adquiriendo una nueva centralidad en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral, trastocando el sistema establecido en el proceso de conformación del nuevo Derecho del Trabajo, que surge en la consolidación del Estado social caracterizado por la centralidad del acuerdo colectivo.

En otro sentido, y también en referencia al contenido de la relación laboral, la reforma aporta una ampliación del ámbito y facultades que conforman el poder de dirección y organización empresarial, superando las fronteras del ejercicio clásico de este poder y del *ius variandi* del empresario.

Este aumento de las facultades empresariales se manifiesta especialmente en la regulación de la movilidad funcional, que se admite con carácter general, y en la movilidad geográfica. Igualmente, el *ius variandi*, como mecanismo de acrecer la capacidad de decisión, tiene su reflejo en la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que afecta a materias tales como jornada, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de rendimiento, etc., podríamos decir, a los elementos más determinantes del contenido del contrato.

La Ley 11/1994 aporta también novedades de gran trascendencia respecto a la salida del mercado de trabajo, contenidas en la regulación del despido. Aquí el elemento fundamental que configura la reforma es la nueva consideración del despido colectivo, que se configura a través del número de trabajadores afectados, suprimiendo la intervención administrativa que permitía el control de las circunstancias alegadas, que legitimaban la decisión empresarial.

La última cuestión que aborda esta ley es la negociación colectiva, la reforma, también es de gran trascendencia, las modificaciones están presididas por la voluntad declarada en la exposición de motivos del texto legal, de potenciar la negociación colectiva. El mecanismo mediante el cual se pretende lograr ese objetivo es la retirada de la ley como instrumento regulador de condiciones de trabajo, trastocando la anterior relación entre ley y convenio colectivo. Limitando el papel intervencionista de la ley se pretende potenciar la negociación, se amplían así contenidos y ámbitos en los que actúa la solución negociada, pero combinada con esa retirada legal de los contenidos antes regulados.

La reforma de la negociación colectiva afecta tanto a contenidos que ahora pasan a ser disponibles para las partes, como a aspectos procedimentales. Los segundos no son menos importantes que los primeros.

Lo destacable dentro de la dimensión procedimental de la negociación son esencialmente cuatro cuestiones. Primera, la fragmentación de la negociación colectiva, mediante el establecimiento de un ámbito preferente de negociación que se sitúa en la empresa en contraposición, incluso, con el convenio colectivo, cuando éste es de ámbito superior. La segunda es la regulación de los «descuelgues», mediante los cuales se posibilita la no aplicación del régimen salarial a las empresas afectadas. La tercera es la regulación de la ultraactividad de los convenios colectivos, es decir, de los efectos de éstos una vez finalizado su período de vigencia. Como se

sabe, con la anterior regulación, éstos se prorrogaban automáticamente hasta su sustitución por otro convenio, ahora se distingue entre cláusulas obligacionales y normativas, sólo se prorrogan estas últimas, si es que en el convenio preexistente no se establece otra cosa, siendo la prórroga, en toda su extensión, disponible negocialmente. Por último, se sanciona la negociación *ex novo* de la totalidad del contenido del convenio, permitiendo que la dinámica negociadora empeore las condiciones existentes.

b) Los efectos de la reforma laboral

Descritas brevemente las novedades más relevantes que introducen el conjunto de normas que conforman la reforma del mercado de trabajo, se trataría ahora de examinar de qué modo inciden éstas en el estatus político del sindicato, protagonista del reconocimiento de esa nueva subjetividad política que opera el Estado social.

Confluyen cuatro tendencias que incorpora la reforma, mediante distintos mecanismos y que inciden de distinta y convergente forma en el sujeto sindical, en relación al esquema ofrecido en los apartados anteriores. Estas tendencias son: la deslegalización de los contenidos que caracterizan al derecho de trabajo en la fase de desarrollo del Estado social, que estaban, en parte, presentes en nuestra legislación postconstitucional (desmaterialización); el fortalecimiento del poder empresarial, incorporando nuevas disposiciones normativas, que amplían la capacidad y los ámbitos de decisión unilateral, la individualización de las relaciones laborales, mediante el papel asignado al contrato en la determinación de las condiciones de trabajo, y la nueva procedimentalización de la negociación colectiva, habría que decir mejor, la procedimentalización de nuevo signo de ésta, que trasciende a la flexibilización de los procedimientos y contenidos negociales para invertir los términos de las relaciones de las partes. A través de estas tendencias, constatables normativamente, analizaremos los efectos en relación al papel del sindicato.

1. La desmaterialización, como retirada de la ley en la determinación de los contenidos de las condiciones de trabajo. Las materias donde se ha registrado esa retirada afectan a la regulación del salario, la clasificación profesional (derogación de las ordenanzas laborales), la supresión de la intervención administrativa en la modificación de las condiciones de trabajo, abandonando la tutela del desarrollo de la relación laboral, y por último, pero quizás la más relevante, la supresión de la intervención administrativa en la extinción del contrato de trabajo que no obedezca a causas disciplinarias.

El marco de esta desmaterialización, que da una especial relevancia a los efectos que produce, viene dado por la debilidad sindical, propiciada por los efectos en el mercado de trabajo de la crisis económica y de las nuevas políticas públicas que constituyen el paradigma de la intervención estatal en el sistema económico. En este contexto, deslegalización significa desprotección de los trabajadores, no tanto traslado de la regulación a sede negocial, que

no opera como mecanismo sustitutivo, por la ruptura del equilibrio entre las partes existentes en el mercado.

Sabido es que mercado y política conforman unas fuentes de poder interconectadas, que determinan la posición de los sujetos en el sistema, fruto de la comunicación entre ambas esferas en el Estado social. La posición en el mercado condiciona y determina la posición del sindicato, fruto de los recursos de poder acumulados en ese ámbito, configurando una relación global de equilibrio. En este sentido, la desmaterialización, con su efecto inmediato de desprotección acentúa el proceso de debilitamiento del sindicato, afectando finalmente a los fundamentos de la integración política del trabajo.

2. El reforzamiento del poder empresarial tiene lugar mediante la ampliación del ámbito de decisión unilateral en el contenido y desarrollo de la relación laboral. Esta ampliación se produce como consecuencia de la regulación del acceso al mercado. La regulación de las empresas de trabajo temporal y la admisión de las agencias privadas de colocación permiten, en el segundo caso, reforzar la subordinación del trabajador en el momento del ingreso, estableciendo un nexo de dependencia previo a la conformación de la relación laboral, del capital, mediante el mecanismo de ingreso. En el primer caso, las ETT, por los efectos potenciales de configuración de una temporalidad indefinida y por la desaparición del elemento protector del artículo 43 del ET contribuye, como consecuencia de la extensión de las bolsas de trabajo precario, a facilitar una situación de subordinación que refuerza el poder empresarial. A esto mismo conduce la precarización contractual realizada por los contratos de formación, como mecanismo de ingreso en el mercado laboral.

Con todo, los instrumentos de fortalecimiento del poder empresarial más evidentes son los derivados de la regulación de la movilidad funcional y geográfica, donde se suprimen las intervenciones administrativas, trasladándolo a la unilateral decisión empresarial, que no precisa para su justificación razones excepcionales. Tanto en los supuestos de movilidad individual, como en la colectiva la decisión empresarial sólo tiene una posibilidad de control *ex post* de naturaleza judicial. El *ius variandi* ampliado extensivamente a la práctica totalidad del contenido de la prestación de trabajo, trastoca tanto la lógica contractual (bilateralidad sinalagmática), como los poderes en la relación de trabajo, globalmente considerada.

Tan trascendente como lo anterior resulta ser la regulación de la extinción del contrato de trabajo en el despido no disciplinario. La supresión de la autorización administrativa previa con la amplitud que se contempla, al haber restringido la caracterización del despido colectivo para aquellos que superen el 10 por 100 de la plantilla, aumentando este porcentaje en las empresas de menos de 100 trabajadores, que absorben la mayoría de la población laboral, en un período de noventa días. La justificación se extiende a razones organizativas y técnicas, que se producen en períodos de normalidad empresarial. Esta regulación permite, de hecho, el control de la salida del mercado de trabajo, completando el control em-

presarial del ciclo laboral y le dota de un recurso de poder tanto en el interior de la empresa, como en el conjunto del mercado.

Evidenciada esta ampliación del poder empresarial propiciada por la reforma y dentro del marco de debilidad sindical antes aludida, este reforzamiento normativo del capital, profundiza desde esta perspectiva el proceso de debilitamiento sindical, con los efectos materiales de desobjetivización política del trabajo.

La función promocional del derecho del trabajo se expresaba a través de los mecanismos tuitivos que incorporaban las normas laborales, los efectos de esta intervención normativa eran obvios, se pretendía normativamente corregir la asimétrica posición de las partes en el mercado, estableciendo un equilibrio de poder que era mediado jurídicamente. El reforzamiento del poder empresarial invierte esta tendencia, así la política legislativa sanciona una ruptura del equilibrio establecido profundizando la desigualdad en la posición de las partes. La intervención normativa en el establecimiento del equilibrio relativo de la relación capital-trabajo era una de las bases del funcionamiento del mecanismo distributivo en el ámbito privado, su ruptura profundiza el proceso de debilitamiento sindical.

3. Individualización de las relaciones de trabajo producido por el relevante papel que otorga la reforma a la relación directa empresario-trabajador. La potenciación del trabajador individual en la determinación del contenido de la relación erosiona la dimensión colectiva de las relaciones laborales que fundamenta la existencia del sindicato como expresión del trabajo como sujeto colectivo. El contrato de trabajo cobra una relevancia especial en la reforma, como regulador de la relación laboral estableciéndose, como hemos dicho, una nueva relación entre ley, convenio y contrato, propiciando, tal y como se regula la negociación colectiva que el contrato cobre una significación especial.

Ciertamente, en el marco descrito, el traslado al contrato acentúa la desprotección del trabajador, a la vez que situando en ese ámbito la regulación, se producen efectos de deslegitimización sindical, que contribuyen a su debilitamiento.

4. La nueva procedimentalización de la negociación colectiva: las modificaciones introducidas por la Ley 11/1994 suponen una procedimentalización de nuevo signo de la negociación colectiva, en la medida en que desaparecen los instrumentos de protección de ésta, que contribuían a facilitar, tanto la negociación, como el resultado distributivo en el conflicto, que se compone mediante esos procedimientos.

El primer mecanismo de desprotección de la negociación viene dado por la fragmentación de las unidades negociadora propiciadas por la reforma, en concreto, por la relación que se establece entre convenio y acuerdo de empresa. En el contexto de la regulación de la negociación colectiva (cláusulas de descuelgue, ultraactividad y negociación *ex novo* del convenio que sanciona la *reformatio in peius*). La relación entre convenio y acuerdo de empresa supo-

ne un fomento de la micronegociación, con los efectos de pérdida de la capacidad homogeneizadora de las condiciones de trabajo por la negociación colectiva. Las consecuencias respecto a la fragmentación en el mundo laboral y su incidencia en la crisis de representatividad sindical son evidentes.

Las siguientes formas de debilitar la negociación colectiva se derivan de la introducción como contenido obligatorio de la cláusula de decuelgue, de la regulación de la ultraactividad y de la negociación *ex novo*.

La primera supone, por su prescripción como orden público laboral, la desnaturalización de la función normativa del convenio, rasgo histórico de nuestro derecho colectivo del trabajo. Se ha advertido que, en una estructura negocial como la española, en la que los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial funcionan como norma homogeneizadora de las condiciones salariales y de trabajo, supone el establecimiento real de una única barrera de protección salarial, que es el salario mínimo.

Por otra parte, la regulación de la ultraactividad del convenio cuyo período de vigencia ha concluido, se configuraba como mecanismo promocional y garante de la negociación. La prórroga forzosa del convenio anterior incentiva la negociación para el empresario, para quien la renovación del acuerdo era una oportunidad para redefinir las condiciones y una garantía material del resultado negocial para los trabajadores. La reforma no sólo distingue entre disposiciones normativas y obligacionales, sino que permite disponer a los convenios de la vigencia posterior de las cláusulas normativas, materializando una supresión de la prórroga de los mismos y configurándose como desincentivo negociador para el empresario.

Por otra parte, la negociación *ex novo* del convenio, consagrando la *reformatio in peius* supone más que un incentivo negociador, que estimule a las partes a colmar el vacío regulador creado por la extinción de la vigencia temporal del convenio preexistente, una dificultad negocial, así como una ruptura de la concepción de la negociación colectiva como mecanismo redistributivo que actúa en el interior del mercado.

Por ello, esta nueva regulación normativa de la negociación, invirtiendo la concepción promocional propia del Estado social, en materia de contenidos y procedimientos afecta al corazón mismo de la definición del modelo institucional del modo de regula-

ción fordista que define las relaciones sociales del Welfare State.

Lo que se produce con esta doble operación, retirada de la norma y traslado a la negociación, de lo que habían sido ámbitos de intervención promocional del derecho del trabajo, no es una flexibilización de la negociación colectiva, y menos una potenciación, sino una mercantilización de la misma.

Con la fórmula «mercantilización de la negociación» se quieren señalar los procesos de involución, que son sustancialmente distintos de la flexibilidad, que no suponen ruptura del modelo normativo de intervención en el mercado de trabajo. El traslado al ámbito convencional de los contenidos protectores de la negociación, en cuanto contenidos y procedimientos, supone introducir la lógica del mercado en la contratación, que sustituye con sus normas, a una contratación colectiva articulada sobre una construcción normativa del equilibrio de las partes. Esta sustitución de lógicas permite definir la nueva regulación como mercantilización, que propicia una nueva concepción de la dinámica negocial como relación altamente privatizada, frente a su consideración de instrumento público integrador anterior.

Las normas constitucionales que configuraban formalmente la subjetivización política del trabajo en el sistema (la constitucionalización del sindicato y los instrumentos de autotutela), junto con los mecanismos de intervención pública en el ámbito de las relaciones sociales generadas en la economía regulada (negociación colectiva), sólo pueden concebirse como expresión de ese doble proceso de integración del trabajo, que caracteriza a la forma de Estado social. Es precisamente esa conexión entre constitucionalización del nuevo sujeto político e integración, lo que dota de sentido al contenido constitucional. La funcionalidad del contenido constitucional al compromiso fundante de esta forma de Estado establece la relación entre constitución formal y material. De tal manera que no es posible, dentro de la lógica del Estado social, presidido por su constitución material, cualquier dinámica y desarrollo de la configuración constitucional del trabajo, sino sólo aquella congruente con la afirmación de esta subjetividad en el proceso de integración del trabajo. Una lógica incompatible, en la materialización del contenido del compromiso que basa el Estado social, evidenciaría una ruptura con su constitución material y, por tanto con el Estado social, en contraste con la afirmación de nuestra constitución.

La aplicación de la reforma laboral

Ricardo BODAS

Como ya se dijo en un reciente trabajo¹, el modelo de relaciones laborales, previsto en la llamada reforma del mercado de trabajo, apostó decididamente por la *flexibilización* de las relaciones laborales, opción mágica y al parecer resolutoria de todos los males de nuestra economía, que se concretaba en tres niveles principales, la *flexibilidad de entrada*, centrada en las nuevas modalidades contractuales laborales, la *flexibilidad en el desarrollo del contrato de trabajo*, que opera fundamentalmente en la nueva ordenación del salario, en la distribución de la jornada de trabajo, en la movilidad funcional y territorial de los trabajadores y en la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la *flexibilidad de salida*, concretada en la flexibilización del despido disciplinario, el nuevo tratamiento del despido colectivo y en particular en la extinción contractual por causas objetivas.

Flexibilidad de salida, exigida reiteradamente por los empresarios, que apoyándose en la Directiva 75/129 CEE, de 17 de febrero, modificada por la Directiva 92/56 CEE, de 24 de junio, venían reclamando sistemáticamente, al punto de haber generado un clima de opinión muy favorable en los principales medios de comunicación, que las extinciones contractuales por causas no imputables al trabajador, debían decidirse unilateralmente por el empleador, sin perjuicio de su posterior control judicial, debiendo suprimirse, por tanto, los controles administrativos previos, establecidos en el artículo 51 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores.

Como es sabido, la ley 11/94, de 19 de mayo, por la que se modificaron determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, satisfizo parcialmente dicha reivindicación, distinguiendo el *despido colectivo*, que es el basado en causas económicas, tecnológicas, organizativas o de producción, cuando en un período de noventa días afecte a diez trabajadores en las empresas con menos de cien trabajadores, al 10% de trabajadores en las empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, a treinta trabajadores en empresas, que ocupen a trescientos o más trabajadores o cuando afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que afecte a más de cinco trabajadores, cuando se produzca como cesación total de actividades, en cuyo caso se hace necesaria la autorización administrativa previa.

Por el contrario, los despidos fundados en las mismas causas, que no superen los umbrales expues-

tos, que denominaremos *despidos individuales o plurales*, no exigen la autorización administrativa previa, a diferencia de los colectivos, bastando la decisión unilateral del empresario, previo cumplimiento de determinados requisitos formales, sin perjuicio del posterior control judicial.

Control judicial, que se ha convertido sorprendentemente en la piedra de toque de la reforma del mercado de trabajo en un plazo de tiempo brevísimo, hasta el punto que determinados sectores «ultraliberales» vienen denunciando sistemáticamente, que los jueces de lo social aplican restrictivamente, cuando no boicotean, la reforma del mercado de trabajo, deslegitimando las decisiones patronales.

Así, en una publicación reciente², analizando nada menos, que dos sentencias de dos Juzgados de lo Social de Madrid, cuyas fechas y titulares no se concretan, se viene a denunciar las lagunas y limitaciones de la ley, así como la aplicación judicial de la misma, concluyendo en los términos siguientes: «*Son por lo tanto esas lagunas las que pueden colmarse con una interpretación restrictiva de los jueces de lo social, lo que supondría la práctica paralización de la reforma durante varios años, pues ése sería el tiempo necesario para que las instancias judiciales superiores revisaran esas sentencias y comenzasen a marcar una jurisprudencia más acorde con los supuestos propósitos liberalizadores del legislador*».

Por tanto, en menos de un año, quienes jalearon la justeza y razonabilidad de la reforma, sosteniendo, que los jueces de lo social estaban capacitados perfectamente para controlar las extinciones contractuales improcedentes o abusivas, elevan la voz de alarma, denunciando airadamente, que el punto débil de la reforma es precisamente la judicialización de la misma, ya que implica la *sustitución del empresario por la interpretación del juez*, exigiendo la realización urgente de una nueva reforma, cuyo objetivo sería precisamente acabar con cualquier tipo de control de las decisiones extintivas de los empresarios, basados en causas no imputables al trabajador, porque, al fin y al cabo, quien mejor, que el propio empresario, para decidir lo que conviene a su empresa.

Tesis ésta, que ya ha encontrado importantes apoyos políticos, como no podía ser de otro modo, proponiéndose por Convergencia i Unió una nueva reforma del mercado de trabajo, ésta definitiva, que se justifica casualmente por la generalización de la contratación laboral temporal, considerada injustificada y lesiva para nuestra economía, lo que no deja

¹ La contrarreforma del mercado de trabajo. Ricardo Bodas Martín. *Jueces para la Democracia*, num. 20.

² *La Vanguardia*. La contrarreforma laboral.

de ser sorprendente, si se piensa, que los votos de Minoría Catalana han apoyado con entusiasmo las sucesivas reformas del mercado de trabajo, que apostaron decididamente por la temporalidad contractual, como gran alternativa a la crisis económica, ofertándose ahora un «nuevo e imaginativo» modelo de contrato, denominado *contrato a la carta*, que se instrumentaría formalmente como contrato indefinido, pero dejando a la voluntad del empleador la decisión de extinguirlo libremente y sin control administrativo o judicial alguno, sin perjuicio de la indemnización correspondiente, que sería muy inferior a la existente en la actualidad, alcanzándose, de este modo, la cuadratura del círculo, por cuanto todos los contratos serían formalmente indefinidos, pero con una contrapartida capital, ya que podrían ser rescindidos en cualquier momento por el empresario, al legalizarse al mismo tiempo, el *despido libre e indemnizado a la baja*.

En línea similar se viene pronunciando el Partido Popular, cuyo máximo responsable anunció recientemente, que se impone una nueva reforma del mercado laboral, cuyos objetivos, como es habitual en esta formación política, no se han revelado, pero que, según su propio mentor, despertará «incomprensiones» en muchos sectores.

Incomprensiones, que probablemente tengan que ver con la reducción o liquidación de los controles administrativos y judiciales existentes, utilizando como coartada la necesidad de «estabilizar plantillas», mediante fórmulas contractuales tan recurrentes, como la explicada anteriormente que, de llegar a buen fin, provocarán la liquidación del derecho del trabajo, como instrumento garantista de los derechos de los trabajadores y estabilizador de las desigualdades sociales, limitando, asimismo, la obligación de los poderes públicos, prevista en el artículo 9.2 de la Constitución, que les exige promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Parece, por tanto, que la mayoría parlamentaria actual o, en su defecto, la que anuncian las encuestas, se plantea seriamente la limitación e incluso la liquidación de los controles administrativos o judiciales a las decisiones extintivas empresariales por causas objetivas, debiendo denunciarse dicha iniciativa, no sólo por ser socialmente injustificable, sino también por razones estrictamente jurídicas.

Y es jurídicamente recusable, por cuanto los jueces de lo social están aplicando la reforma laboral en sus propios términos, mal que pese a quienes pretenden, que se aplique otra reforma laboral, que aún está por venir.

El debate entre el control formal y el control de razonabilidad.

En efecto, desde los primeros procedimientos de extinción por causas objetivas se puso sobre la

mesa el papel del juez de lo social, sosteniéndose por determinados grupos empresariales, apoyados por un sector de la doctrina³, que el control jurisdiccional del despido objetivo, basado en los supuestos económicos del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, una vez acreditada la existencia de una situación económica negativa, debía limitarse a constatar el cumplimiento de los requisitos formales (carta de despido motivada, indemnización simultánea y cumplimiento del preaviso), así como la eventual existencia de fraude en el despido, la existencia de un móvil discriminatorio, prohibido por la Constitución o la Ley o, en su caso, la violación de los derechos fundamentales o de las libertades públicas de los trabajadores afectados.

Por ello, una vez constatada la existencia de crisis económica y comprobado el cumplimiento de los requisitos formales, así como la inexistencia de fraude o violación de derechos fundamentales, el Juez debía limitarse, según estos sectores, a declarar procedente la medida tomada por la empresa, por cuanto no podía valorarla, ni sustituirla con su propio criterio, por cuanto dicha actuación implicaría unificar el procedimiento de despido colectivo, previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y el procedimiento de despido objetivo, contemplado en el artículo 52.c) de la misma norma legal.

Dicha tesis no ha sido compartida por la mayoría de los Juzgados de lo Social⁴, quienes interpretando la ley, como les es exigible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución, han venido entendiendo, tanto por la finalidad de la norma, como por su propia literalidad y sistemática, que el control jurisdiccional debía depurar si la medida tomada es *correcta, adecuada, y razonablemente necesaria*, habiéndose asumido este criterio por la mayoría de la doctrina científica⁵.

Así, la *adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en el que opera*, en la búsqueda de la *adaptabilidad equilibrada de la empresa*, pretendida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se enmarca en un objetivo muy claro, que se concreta en el apartado segundo de su exposición de motivos en los términos siguientes: «... y siempre con el objetivo de proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo».

Por ello, el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores admite que el contrato de trabajo podrá extinguirse, *cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley*, debiendo entenderse, que concurren las causas a que se refiere el artículo antedicho, *cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a superar*, debiendo considerarse la palabra *contribuir*, a tenor con la definición del Diccionario

³ Sagardoy Bengoechea. Jornadas celebradas en los Juzgados de lo Social de Madrid, sobre la aplicación judicial de la reforma laboral.

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid de 17-11-1994, recaída en su procedimiento 659/94; sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 20-1-1994 (RAL 1.712), sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid de

28-9-1994 (RAL 1.818) y sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarragona de 7-10-1994 (RAL 1.882).

⁵ *El despido objetivo* Joaquín Samper Juan. Curso sobre «Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo» CGPJ.

de la Real Academia de la Lengua, como «ayudar y concurrir con otros al logro de un fin» y asimilarse el término *superar*, según la misma fuente, a «*vencer*», según la misma fuente, *una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar* (esto es, «*asegurar y proteger contra algún riesgo o una necesidad*»), *la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos*, clarificándose, que la voluntad del legislador no es autorizar sin más cualquier extinción de contratos de trabajo, sea individual o colectiva, por el mero hecho de que la situación económica de la empresa sea negativa o por la disfunción técnica, organizativa o productiva de la misma, sino que es exigible además, que dicha medida contribuya a vencer la situación económica negativa o, en su caso, garantice la viabilidad futura de la empresa y del empleo, dándose, de este modo, un salto cualitativo por el legislador español en relación con lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 75/129, modificada por la 92/56, por cuanto en las mismas se incluye, sin más precisiones, cualquier motivo no inherente a la persona del trabajador.

Avala esta tesis la simple comparación entre la caracterización de las causas extintivas, contemplada en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y la de los artículos 40 y 41 de la misma norma, que afectan a la movilidad geográfica y la modificación sustancial de puestos de trabajo, entendiéndose en estas últimas, *que concurren las causas a las que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar*⁶ (debiendo entenderse *mejorar*, según la fuente reiterada, como «*ponerse en lugar o grado ventajoso respecto del que antes se tenía*») *la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*, exigiéndose indistintamente, sea cual fuere la causa, que las medidas propuestas contribuyan a mejorar, mientras que en los supuestos de extinción se exige, que *contribuyan a superar*, cuando estén fundadas en causas económicas y *garanticen la viabilidad futura de la empresa y el futuro del empleo*, en los demás supuestos, lo que permite concluir, que en las movilidades geográficas o en las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo la exigencia probatoria es de mínimos de razonabilidad⁷, mientras que en los casos de extinción

⁶ La versión inicial, aprobada por el Congreso de los Diputados del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie II, 8 de abril de 1944, utilizaba la misma expresión de los artículos 40 y 41 de dicha norma legal, esto es, *contribuir a mejorar*, habiéndose modificado en su versión actual por *contribuir a superar*.

⁷ Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (Comentario al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en la nueva redacción de la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Antonio Martín Valverde. *Colex*.

⁸ La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción y por fuerza mayor. Despido colectivo y despido objetivo. Aurelio Desdentado Bonete. *Colex*.

⁹ *El despido colectivo en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores*. Ratael Martínez Emperador. Curso del

contractual se haría obligatorio un plus de razonabilidad en los términos expuestos, sosteniéndose por un sector de la doctrina⁸ que dicha diferenciación entre «mejorar» y «superar» implicará, «si el nuevo precepto se interpreta rigurosamente el sistema español» dejaría poco espacio para las regulaciones de empleo «activas», ya que el objeto defensivo define la finalidad de las medidas en las causas económicas (la superación de una situación de crisis), como las causas técnicas, organizativas y productivas (la garantía de la viabilidad de la empresa o del nivel de empleo).

Así pues, el legislador ha unificado las causas extintivas, tanto para el despido colectivo, como para el individual, manteniendo las anteriores causas económicas y tecnológicas, aunque estas últimas se denominan actualmente técnicas y habiéndose añadiendo dos nuevos motivos basados en razones productivas y organizativas, debiendo entenderse, que concurren causas económicas, cuando existen pérdidas sostenidas o cualquier situación de inviabilidad económica y productivas, cuando las dificultades de la producción afectan a los costes y al volumen de aquélla para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que se ponga en peligro, de mantenerse su desajuste, la actuación competitiva de la empresa⁹, lo que no significa, que la crisis económica deba de ser total¹⁰.

Deben distinguirse, por otra parte, las causas tecnológicas de las organizativas, aunque ambas inciden básicamente sobre la ordenación del proceso productivo, por cuanto las primeras, como sostienen Goerlich y Desdentado¹¹, presuponen una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa y la segunda no obligará a dicha inversión, lo que parece amparar medidas de descentralización productiva.

Dicho esto, procede centrarse en el control sobre las causas de carácter económico, diciendo que la mayoría de la doctrina se inclina por mantener tres de los rasgos básicos, que la jurisprudencia administrativista había acuñado para justificar esta causa de extinción y en concreto, la *realidad* de la crisis, la *suficiencia* y la *actualidad* de la misma, aunque algunas sentencias han venido matizando la necesidad de exigir la concurrencia de los rasgos antedichos¹², sosteniendo, que basta con acreditar, que la situación económica no es positiva.

Dicha tesis no puede compartirse, por cuanto el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, al referirse a la causa económica, no está utilizando la

CGPJ sobre «Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo».

¹⁰ Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 17-1-1995 (RAL 370), en la que se insiste, en que no es necesario, que la crisis económica sea total, admitiéndose, en cualquier caso, que debe ser real, admitiendo, que el control jurisdiccional debe ser efectivo y no formal.

¹¹ La extinción del contrato de trabajo. José María Goerlich Paset. Tirant lo Blanch. Serie sobre la reforma laboral. Desdentado Bonete. *Obra citada*.

¹² Sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 29-11-1994 (RAL 242), en la que se viene a sostener, que no es necesario, que exista una crisis económica actual, suficiente, permanente y objetiva, bastando, que la medida tomada contribuya a superar la situación no positiva.

expresión *situación económica no positiva*, sino que se refiere explícitamente a *situación económica negativa*, lo que implica necesariamente una situación de crisis empresarial que ha de ser *actual*, enmarcando defensivamente la decisión extintiva de la empresa, mientras que en el resto de causas extintivas, tecnológicas, organizativas o de producción, se exige, que la medida tomada contribuya a garantizar la viabilidad *futura* de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, lo que permite interpretar razonablemente, que la invocación de estas últimas medidas no obliga a demostrar, que exista una situación de crisis económica actual, bastando acreditar, que la decisión extintiva se enmarca en una reorganización empresarial por razones tecnológicas, organizativas o de producción, que acredite la necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo, al existir un desequilibrio de prestaciones, cuya persistencia podría implicar la inviabilidad futura de la empresa y como consecuencia la pérdida de empleo futuro¹³.

Avala lo interpretación expuesta, la disposición adicional decimosexta de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la que se modificó el apartado 1.b) del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, seis meses después de su vigencia, estableciéndose, que si la causa extintiva es económica, el empresario no tendrá que aportar simultáneamente la indemnización, junto con la carta de despido, cuando acredite, que no tiene medios para ello, mientras que en los restantes supuestos de extinción, por causas tecnológicas, organizativas o de producción, el empresario vendrá obligado a la aportación simultánea de la indemnización, por cuanto de no hacerlo así, se producirá la nulidad de la decisión extintiva, constandose, de este modo, que la voluntad del legislador es diferenciar entre las extinciones por causa económica, a las que caracteriza claramente como medida defensiva, ante una situación de crisis efectiva, del resto de las extinciones, que pueden instrumentarse como medidas activas y por ello, al margen de la situación de crisis actual.

Así, ha de entenderse, que la crisis económica ha de ser *real*, debiendo acreditarse por el empresario, como subraya Martínez Emperador¹⁴, que existe una situación difícil en el seno de la empresa, con manifestación no circunstancial, y que produzca, atendiendo los ingresos y gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su balance, poniendo en peligro su subsistencia, debiendo, asimismo, ser *suficiente*, esto es, habrá de acreditarse, que sólo en caso de no producirse la extinción, se ponga en peligro el proyecto empresarial, lo que significa, como destaca Goerlich, que sin el requisito de «suficiencia» las medidas procedentes serán las de menor entidad, que prevé el ordenamiento y por último,

actuales, no pudiendo, por ello, basarse en supuestos hipotéticos o de futuro.

Debe destacarse, por otro lado, que la mayoría de la doctrina¹⁵ viene defendiendo, que el rasgo de *objetividad*, que era el cuarto requisito, exigido por la jurisprudencia administrativista, respecto a la regulación de empleo anterior, desaparece de nuestro ordenamiento, de modo que la deficiente gestión empresarial no impedirá la prosperabilidad de la medida, salvo en los supuestos de despidos dolosos o fraudulentos.

Se impone, por tanto, un control de razonabilidad de la medida empresarial, que no puede aplicarse mecánicamente, sino que permite el examen de la formación causal de la propia decisión empresarial, debiendo acreditarse, en definitiva, como sostiene Goerlich¹⁶, «una razonable adecuación entre las vicisitudes económicas y tecnológicas de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario en cuanto a su organización», lo que no significa, que el Juzgador pueda proponer discrecionalmente o mediante criterios de oportunidad, por cuanto su actuación debe limitarse a un control estricto de legalidad, una opción alternativa a las que proponga la empresa, ya que no le corresponde sustituir al empresario, siendo improcedente, a estos efectos, rechazar la decisión empresarial, que por definición no puede operar como una ciencia exacta, por desacuerdo respecto a la «gestión más correcta».

Esta tesis no es compartida por algún sector de la doctrina¹⁷, sosteniendo, que el juez de lo social no debe exigir al empresario, que acredite la existencia de otras medidas complementarias, que enmarquen la decisión extintiva, por entender, que es suficiente con probar que el despido ayuda a la finalidad a la que se ordena, sin que pueda compararse dicho criterio.

Ello es así, por cuanto el control de razonabilidad implica, so pena de vaciarlo de contenido, que el juez de lo social constate que la medida extintiva va a contribuir a superar la situación económica negativa, si la causa es económica, o a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, si es tecnológica, organizativa o de producción, lo que obligará a examinar globalmente las razones que han llevado a la empresa a la situación que se pretende modificar, enmarcando la decisión extintiva en un proyecto global de solución, por cuanto, de no ser así, de aislarse la decisión extintiva de un proyecto global de salida de la situación empresarial, no se podría comprobar razonablemente si la misma contribuye efectivamente a superar la situación económica negativa o a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Baste pensar en el supuesto de hecho contemplado por el Juzgado de lo Social n.º 31 de Madrid en sentencia de 28-9-1994 (RAL 1818), habiendo afirmado la empresa en la carta de despido que su situación financiera era caótica, pese a lo cual no probó, ni intentó probar, que hubiera tomado ninguna

¹³ Problemas de enjuiciamiento del despido colectivo y el despido. Aurelio Desdentado Bonete. *Cuadernos del Poder Judicial*.

¹⁴ Rafael Martínez Emperador. *Obra citada* anteriormente.

¹⁵ La extinción del contrato de trabajo por causas económicas,

técnicas, organizativas, de producción y por fuerza mayor. El despido colectivo y el despido objetivo. Aurelio Desdentado, *Colex*.

¹⁶ *Obra citada* anteriormente.

¹⁷ Samper Juan. *Obra citada*.

medida al respecto, lo que llevó inexorablemente a rechazar su decisión por causa económica, ya que la decisión extintiva no permitía pensar razonablemente, que iba a contribuir a superar la situación económica negativa, ya que el problema real, alegado por la propia empresa, era su complicada situación financiera.

Ahora bien, si corresponde a las prerrogativas judiciales examinar la decisión empresarial conforme a cánones de razonabilidad, como se desprende de la propia dicción del apartado tercero en relación con el sexto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en donde se dice que el despido económico será legítimo cuando de la documentación aportada «se desprenda *razonablemente*, que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos».

Así pues, debe decirse, que las empresas que pretendan extinguir contratos de trabajo por causas económicas deberán acreditar con carácter general que la crisis económica es real, suficiente y actual y que la medida tomada coadyuva, junto con otras, a superar la situación económica negativa, no bastando, por tanto, limitarse a probar que existe una situación económica difícil, por cuanto la misma, como sucederá habitualmente, no estará basada exclusivamente en un exceso de empleo, sino que existirán normalmente otras causas coadyuvantes, debiendo acreditarse por el empresario un proyecto de solución global para demostrar razonablemente que la extinción de contratos acordada es adecuada y se acomoda al fin propuesto, contribuyendo efectivamente a la superación de la situación económica negativa, salvo en los supuestos de extinción total de los contratos de trabajo de la empresa, que habrá de tener necesariamente otro tratamiento.

Avala esta tesis la sentencia del TSJ del País Vasco de 4-4-1995, en la que desmintiendo la conexión indisoluble entre las interpretaciones ultraliberalizadoras y los previsibles criterios de los Tribunales Superiores, sugerida desde *La Vanguardia*, se vino a sostener lo siguiente: «... por un lado, se precisa que la amortización del puesto sea una medida necesaria, lo que descarta los casos en los que sim-

plemente resulta conveniente y muestra que estamos ante una decisión que sólo cabe tomar cuando, para superar la situación económica negativa, no es posible adoptar otras que no supongan la pérdida del puesto, en plena coherencia con la finalidad perseguida por el legislador, destinada a salvaguardar el empleo; en otro aspecto, nos indica que esa necesidad de amortización del puesto ha de ser algo que quede acreditado y en forma objetiva, lo que excluye cualquier intento de hacer recaer en el empresario el juicio de razonabilidad de la medida, dejándolo fuera de control judicial».

Deberá acreditar también, de tratarse de causas técnicas, organizativas o productivas, que la extinción garantiza la viabilidad de la empresa y el futuro del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, destacando, que en estos supuestos no es necesario acreditar que exista una situación económica crítica, bastando acreditar la necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo, lo que se conseguirá demostrando la existencia efectiva de un desequilibrio prestacional, producido por la implantación de las medidas tecnológicas, organizativas o de producción, al ser impensable que un empresario mantenga puestos de trabajo, que sean irrentables objetivamente¹⁶.

No existe, por tanto, ningún boicot judicial a la reforma laboral, debiendo recusarse frontalmente los intentos de justificar una nueva reforma en los términos ya descritos, utilizando como coartada la judicialización de la reforma, ya que los jueces de lo social están aplicando e interpretando la Ley 11/1994, de 19 de mayo, teniendo presente la literalidad de la misma, en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada, atendiendo principalmente a su espíritu y finalidad, que no es otra que la creación de empleo y la salvaguarda del empleo existente, lejos de las interpretaciones «ultraliberalizadoras», cuyo objetivo final pasa por la liquidación de todo control social ya sea administrativo o judicial, encubriendo, con su ataque indiscriminado e injustificado a los jueces de lo social el intento de marginar definitivamente el derecho del trabajo.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid de 27-12-1994 (RAL 527).

Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor

Félix PANTOJA GARCIA

I. INTRODUCCION

La reciente celebración en Mollina, Málaga, de unas jornadas sobre las consecuencias derivadas de la elevación de la edad penal a 18 años, ha permitido constatar que la principal de las consecuencias es, paradójicamente, la exigencia de responsabilidad criminal a los menores desde los 13 años, y ello, a través de un proceso penal especial, que convierte al Ministerio Fiscal en el órgano acusador público de los menores, incluye la acusación particular del perjudicado por el delito, y permite imponer penas de hasta 5 años desde los 14 de edad y de hasta 10 años desde los 16 de edad. Además, regresa en un salto atrás de unos setenta años, a establecer el criterio del discernimiento, abandonado por nuestros códigos penales desde épocas anteriores a la República, con el ánimo dispuesto a justificar el porqué debe exigirse la responsabilidad criminal a tan tempranas edades.

Naturalmente, el establecimiento de estos criterios penalistas a ultranza para exigir responsabilidad criminal a los menores, se realizan en el marco de un proceso con todas las garantías del proceso penal.

El debate sobre las garantías a otorgar a los menores es antiguo. Pero como todo debate sobre las garantías del proceso, no puede separarse, so pena de caer en simplificaciones, de la naturaleza del proceso y esto es decir de la pretensión procesal.

En efecto, todos los procesos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuentan con las garantías adecuadas a la pretensión procesal que se debate en el mismo. Así el civil, el contencioso, el laboral, etc., cuentan con el catálogo de garantías suficientes para que una vez incorporadas a los trámites procesales, permitan a las partes alcanzar en igualdad de oportunidades sus pretensiones. Pero lo que no sería aceptable es reputar carente de garantías a un proceso sólo porque no recogiera las atribuidas a otro cuya pretensión es distinta.

Así ocurre con el penal y el de menores. El cambio que supuso la Constitución, y las posteriores legislaciones de menores, fundamentalmente las leyes 21/87 y la orgánica 4/92, modificaron la obsoleta y preconstitucional legislación tutelar, dotando del catálogo de garantías adecuado a lo que se pretende en el proceso; intervenir inmediatamente que se detecta una situación de desprotección del menor, (Ley 21/87, proceso civil) y responder de modo sancionador —limitativo de derechos— y a la vez educativamente en interés el menor (Ley O. 4/92 proceso sancionador no penal).

Lo que es erróneo, a mi juicio, es aplicar a ultran-

za el modelo de garantías del proceso penal, llegando a criminalizar al menor, en lugar de atender a su interés, y otorgarle el rol de acusado, dañando, tal vez de modo definitivo su evolución; sobre todo, cuando contamos con otro modelo de proceso que, refrendado por el Tribunal Constitucional, permite poner límites a los menores y exigirles responsabilidad personal y social a través de medidas no penales y de alto contenido educativo.

II. ANTECEDENTES DEL ANTEPROYECTO

La Ley Orgánica 4/92, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, nació como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/91 de 14 de febrero que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, estableciendo un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a estos en cuanto infractores penales, sobre la base de *valorar especialmente el interés del menor*. Simultáneamente, encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal, y amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir. Configura al Equipo Técnico como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas y termina configurando un procedimiento de naturaleza *sancionadora-educativa*, al que otorga todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento Constitucional, y ello en sintonía con lo establecido por dicha Sentencia del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño. Y todo aplicable a los menores de edad penal comprendidos entre los 12 y los 16 años.

Sobre esta materia y en concreto sobre este texto legal, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, fundamentalmente en la *ST del TC 36/91 que lo origina, y posterior jurisprudencia*, entre ella la ST del 17-3-95. Aquella establecía que en el caso que optase por un procedimiento penal, este debería contener todas las garantías de nuestro ordenamiento, aunque admitía la posibilidad de instaurar un proceso no penal. Pues bien, optando por el «penal» declaraba que *«no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos»*. Y la segunda (tan reciente como fechada el 17-3-95) dice textualmente en el Fundamento Jurídico 5 p.º 2.º *«Y es que tanto por la naturaleza de*

las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones».

Como en dicha ley orgánica se reconocía el carácter de reforma urgente, objeto de medidas legislativas posteriores, era de esperar la concreción legislativa que manteniendo dichos principios básicos expresados en su exposición de motivos, (interés del menor, garantías de nuestro ordenamiento constitucional, indicaciones del Tribunal Constitucional en su referida Sentencia, y normas de derecho internacional en particular la Convención de los Derechos del Niño), diera lugar a la definitiva regulación en esta materia.

A dichos antecedentes y principios orientadores, debe añadirse los expuestos en la moción aprobada el día 10 de mayo de 1994 unánimemente por el Congreso de los Diputados sobre «medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor...».

Pues bien, la respuesta es la que en forma de anteproyecto se ha dado a conocer a la Fiscalía General del Estado y al Consejo General del Poder Judicial para el preceptivo dictamen de éste, de fecha 27-4-95, y que configura un proceso penal especial que permite la exigencia de responsabilidad criminal a partir de los 13 años, y que vamos a comentar.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY PENAL JUVENIL Y DEL MENOR

El anteproyecto de ley penal juvenil, de fecha 27-4-95, referido, remitido a la Fiscalía General del Estado por el Ministerio de Justicia, presenta unas características que, a mi juicio, supone un paso atrás con respecto a la actual regulación, al consagrar un proceso penal especial, convertir al Ministerio Fiscal en el órgano público acusador de los menores, e instaurar un procedimiento vindicativo a través de la entrada en el proceso de la acusación particular.

Por otra parte, se olvida el procedimiento de los principios consolidados de la actual legislación de menores, que venimos comentando, y que se sustentan sobre:

a) La Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 1 considera «niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad» lo que no ocurre según el artículo 20 del nuevo código penal al que se refiere el presente anteproyecto, que establece la mayoría de edad penal a los 18 años, por lo que no parece ajustada la distinción entre jóvenes y menores desde el punto de vista represivo, aunque debieran tener un evidentemente distinto tratamiento reeducador.

Tampoco respeta la Convención, en su artículo 40.3.a) ya que no queda claramente establecida una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños (menores de 18 años) no tienen capacidad

para infringir leyes penales, y ello por la teoría del discernimiento del artículo 6.1 y por la propia filosofía de proceso penal del texto (art. 41.1), que no olvidemos, opera desde los 13 años.

Ni el apartado b) del mismo artículo 40.3. que recomienda no recurrir a procedimientos judiciales siempre que sea apropiado y no deseable, ya que se limita la reparación extrajudicial (art. 53.5), o simplemente establece un cauce del que es difícil salir, conforme al criterio criminalizador, al contrario de la LO 4/92, que continuamente invitaba al abandono del procedimiento, mediante diversas vías educativas. Y no digamos del requisito del artículo 32.2 que exige un pronóstico favorable para conceder la suspensión de la condena que limita las posibilidades que ofrece el artículo 40.4 del Convenio.

También vulnera el artículo 40.3 en lo referente a la obligación de los Estados Partes a promover procedimientos e instituciones específicos para los niños (menos de 18 años), cuando en la disposición adicional 6.ª autoriza el cumplimiento de la pena juvenil o los arrestos de fin de semana en centros penitenciarios en el caso de los jóvenes, y también para los menores, los arrestos de fin de semana en centros policiales o depósitos municipales, o la misma creación de un Registro Especial de menores delincuentes (art. 62.5).

b) En la LO 4/92, que como antecedente inmediato establecía el procedimiento sancionador y educativo, configurando al Ministerio Fiscal como promotor de la Justicia y de los derechos de los menores, y de la legalidad, al equipo técnico como elemento determinante de la valoración del interés del menor para la imposición de las medidas. Esta ley ofrece la posibilidad continuamente de abandonar el procedimiento, conforme al artículo 40.b).3 de la Convención, al contrario del texto que nos ocupa que descansa en el proceso penal y en la discrecionalidad judicial, subordinando la actuación del Ministerio Fiscal al proceso y disminuyendo la intensidad del informe técnico que ahora es simple pericia.

c) En la ST del TC 36/91 y posterior jurisprudencia, antes aludida, y que, además de lo ya indicado, su fundamento jurídico 7 sí exigía, por el contrario, el «derecho a un juez imparcial y tal derecho excluye la posibilidad de que el juez mismo asuma la acusación».

Pues bien, estos principios elaborados por la doctrina del Tribunal Constitucional, son cuestionados, entre otros preceptos del anteproyecto por:

a') En cuanto al carácter represivo:

Por la dureza y gravedad de las penas juveniles y medidas que se imponen (art. 28) que agravan notablemente la situación actual de los menores a la luz de la LO 4/92, ya que se puede castigar a un niño de 14 años con pena juvenil de 10 años aunque el cumplimiento ininterrumpido parece que no debe pasar de 5 años.

Por la valoración de la reincidencia [art. 28.2 a)] que penaliza en el menor el fracaso de las instituciones en la reeducación.

Por la propia distinción entre menores y jóvenes (en perjuicio de estos últimos), cuando el artículo 1 de la Convención los considera niños antes de los 18 años.

Por la propia admisión de la acusación particular,

lo que integra un elemento fundamentalmente vindicativo, ya que para articular un procedimiento para la satisfacción de los perjuicios causados, no es necesario configurar el proceso hasta estos extremos de represión (art. 43.2).

b') En cuanto a la especial protección del interés del menor:

Cuando configura al equipo técnico y a su dictamen como una simple pericia 51.4, a diferencia de la consideración que del mismo hacía la LO 4/92 que lo configuraba como el nexo de relación entre los hechos y las medidas a aplicar flexiblemente «en interés del menor», a través de la postulación del Ministerio Fiscal.

Cuando igualmente permite que la sustitución, suspensión de la pena juvenil o la sustitución de medidas educativas y disciplinarias, quede en gran medida a la discrecionalidad del juez, sin que previamente exista una postulación razonada en base a los informes técnicos sobre el interés del menor (arts. 31 y 34).

d) Y en cuanto a la posición procesal que se encomienda al Juez de Menores, al que hace intervenir en la instrucción de lo que luego ha de fallar, y en particular al Ministerio Fiscal, al que hace abdicar de su función de defensor de los derechos de los menores y de protagonista del principio acusatorio, en cuanto que:

- El artículo 48.3 que permite al juez denegar la incoación del procedimiento solicitada por el fiscal.
- El artículo 51.1 que establece la facultad del juez al determinar los hechos sobre los que versará la investigación.
- El artículo 51.5, que establece la valoración por el juez de actos de la investigación del fiscal y su extensión a otros.
- El artículo 53.5 que permite valorar la reparación extrajudicial acordada por el fiscal, invalidándola y ordenando seguir adelante el proceso.
- El artículo 55.2 que permite al juez *devolver las actuaciones al fiscal cuando considere manifiestamente insuficientes las practicadas*.
- El artículo 57.1 «in fine» cuando habiendo denegado el juez el sobreseimiento libre o el archivo, obliga a la acusación en tres días a presentar escrito de acusación.
- La definición del Ministerio Fiscal como *organo público acusador*, (art. 43.1) con olvido de la propia definición legal y constitucional de esta institución, y en concreto su función de promover la acción de la justicia como se ha indicado en los artículos antes citados o en los que se refieren a la ejecución de las penas y medidas (arts. 74.2, 75.7, 87, 89.3).

e) Y por último, tampoco sigue las directrices de la *moción parlamentaria de 10-5-94*, aprobada unánimemente por el Congreso de los Diputados sobre «medidas para mejorar el marco jurídico vigente de

protección del menor...» y que en lo fundamental señalaba:

- «1.º *Establecer la mayoría de edad penal a los 18 años*, e incorporarlo en el próximo proyecto de ley orgánica del Código Penal...
- 2º Remitir una ley penal del menor y juvenil que contemple la *exigencia de responsabilidad* para los jóvenes infractores que *no hayan alcanzado la mayoría de edad penal*, fundamentada en *principios orientados* hacia la *reeducción* de los menores de edad infractores, *en base a las circunstancias personales, familiares y sociales*, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia».

Pues bien, la exigencia de responsabilidad, no tiene porqué ser necesariamente *penal*, ya que de haberlo querido así el legislador, así lo hubiera adjetivado, y tampoco cabe interpretarlo de la formulación genérica de «ley penal del menor y juvenil» pues lo que es inequívoco es la voluntad unánime del Parlamento de «establecer la mayoría de edad penal a los 18 años», es decir nunca penal por debajo de los 18 años.

IV. CONCLUSION

No parece que los menores y jóvenes españoles sean merecedores de la legislación con que el Gobierno les amenaza. Ni la sociedad española tampoco.

Tampoco hay dudas de que a los menores y jóvenes debe exigírseles responsabilidades por sus actos así como mostrarles los límites que la sociedad establece para los ciudadanos. Y que estos límites y responsabilidades nacen de la legitimidad de una sociedad democrática donde todos los ciudadanos tienen derechos y también obligaciones. Y las obligaciones y los límites están en el respeto a los derechos del resto de los ciudadanos como única posibilidad de convivencia. Y es educativo enseñar a los niños, menores y jóvenes las consecuencias de sus actos, en forma sancionadora, y también porque es la base del respeto y la convivencia. Pero para ello, no es necesario establecer un procedimiento penal, vindicativo y cuya respuesta fundamental es el castigo por sí mismo. Además, buscar el discernimiento de jóvenes y menores para responsabilizarles penalmente de sus actos, obliga, primero, a dotarles de oportunidades, en situación de igualdad, de alcanzar a conocer su propia posición en la sociedad y el alcance de las responsabilidades que se les exigen, algo que no siempre se da en todos los casos.

Tal vez la sociedad española considere hoy peligrosa a su juventud, pero para la propia sociedad, el entender que caben otras respuestas distintas a la penal para los menores y jóvenes supone un ejercicio democrático y sobre todo de solidaridad con aquel sector de la sociedad que constituye su futuro.

Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal*

Elena LARRAURI

Las críticas de aquellas normas que discriminan a la mujer en el derecho penal han producido la reformulación y/o promulgación de leyes expresadas de forma neutral respecto del género.

Sin embargo se ha constatado que estas leyes aun cuando formuladas de forma neutral se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres (blancos de clase media).

Ello, pienso, no depende exclusivamente del carácter machista o no de los aplicadores del derecho, sino que refleja un problema de mayor alcance: la aplicación «objetiva» del derecho tiende a reproducir la versión social dominante.

Cuando se afirma que el derecho, y en el caso que nos ocupa el derecho penal, se aplica de forma objetiva, se desconoce que esta forma objetiva responde a un razonamiento elaborado para el mundo masculino. Con todas las formas objetivas, también la aplicación objetiva del derecho penal es representativa de una cierta subjetividad.

Esta reflexión puede ilustrarse en una constelación de casos que ha sucedido y ha obtenido publicidad en los últimos años tanto en Estados Unidos como en Alemania acerca del trato judicial que reciben las mujeres maltratadas, víctimas de violencia doméstica, que matan a sus maridos.

Si bien en España no se ha originado una intensa discusión no por ello la resolución que realizan los tribunales de estos casos deja de suscitar algunas perplejidades.

Tres son las notas que me parecen destacables del razonamiento utilizado por los tribunales.

El primer aspecto se refiere a cuando se trata de dilucidar si la mujer que se enfrentó con un arma a su marido tenía ánimo de matar o existía exclusivamente un ánimo de lesionar. En todas las sentencias, excepto en una, que he podido consultar, en las cuales una mujer ataca a su marido se afirma que existe ánimo de matar. Ello en sí no tendría nada de extraño. Lo sorprendente es el razonamiento utilizado.

Como es conocido, los tribunales acostumbran a afirmar el dolo de matar basándose fundamentalmente en la zona del cuerpo afectada y el arma utilizada.

En las sentencias que he consultado se da un mayor énfasis y se repite con una cierta mecanicidad que el «cuchillo de grandes proporciones utilizado»

no deja lugar a dudas acerca de a intención de causar la muerte.

Sin embargo parece claro que este razonamiento, creíble cuando la constelación es una pelea entre hombres, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta es una mujer a un hombre.

Ya que en efecto en este segundo caso los tribunales deberían pensar que aun cuando quisiera lesionar, la mujer debería utilizar un arma de grandes proporciones. Esto es, para el hombre la alternativa «golpear con las manos» o «matar con un arma» es plausible, pero para la mujer esta alternativa cuando se enfrenta a un hombre es inexistente.

En otras sentencias llama la atención que se añade como prueba del dolo de matar y no sólo de lesionar las malas relaciones conyugales, las frecuentes discusiones, o que la mujer había sido víctima de múltiples palizas.

Este razonamiento permite observar lo manifestado por diversas autoras alemanas, esto es, que el historial de malos tratos juega de forma distinta para el hombre que para la mujer.

Si el hombre la ha estado apalizando durante años y finalmente la mata, las palizas anteriores sirven como prueba de que tampoco en esta ocasión la quería matar «se le fue la mano». Por el contrario, los malos tratos continuados producen en la mujer el efecto opuesto, esto es, permiten afirmar que cuando reacciona no busca sólo la lesión sino la muerte, no sólo la defensa sino la venganza¹.

Una segunda cuestión que me ha parecido destacable de los razonamientos utilizados por los tribunales es la fundamentación de la aplicación de la agravante de alevosía a la muerte que la mujer causa al marido.

En numerosas sentencias he podido apreciar que el tribunal ha aplicado la alevosía por la «forma cautelosa y taimada» en que la mujer procedió a realizar su acción.

En efecto, habitual en estas constelaciones es que la mujer aproveche que el marido está embriagado, que el marido está desprevenido, o durmiendo, o de espaldas...

De nuevo el razonamiento que se aplica tiene un cierto aire mecanicista. Si la alevosía es ejecutar el hecho aprovechando o buscando la indefensión de la persona entonces parece claro que la mujer se aprovecha de la situación en que el marido está indefenso.

* Este artículo forma parte de un trabajo más amplio actualmente en fase de elaboración. Prescindo por ello de citas bibliográficas y me remito al estudio futuro del mismo título.

¹ Lo cual planteará una problemática específica cuando se pretenda alegar la legítima defensa.

Pero en mi opinión la alevosía sólo tiene sentido cuando existe la alternativa entre realizar el hecho o realizar el hecho en forma tal que se asegure su ejecución. Frente a dos formas posibles de matar se opta por la más segura.

Pero precisamente esta alternativa no está al alcance de la mujer. La mujer que tiene intención de matar a su marido debe normalmente optar entre realizar el hecho con alevosía o no realizarlo.

No se trata de que elige la forma más grave sino que en ocasiones es la única posible.

A título anecdótico, pues no he visto en España ninguna sentencia en donde se haya planteado la discusión, merece destacarse que en Alemania se discute si es posible aplicar la agravación en estos casos por lo súbito e inesperado del ataque.

Frente a esta posibilidad diversas autoras penalistas han reaccionado preguntándose en base a qué razones el marido que ha estado apalizando a su mujer puede alegar lo «inesperado» (!) del ataque.

Finalmente es también destacable la insuficiente fundamentación con la cual los tribunales rechazan la alegación de la eximente de legítima defensa.

En todas las sentencias consultadas he podido ver que los casos más dramáticos en los que la mujer ha matado para protegerse y especialmente para proteger a sus hijos, el Tribunal ha considerado normalmente la aplicación de la eximente de trastorno mental transitorio para producir una atenuación o exención de la pena.

Ello es indudablemente un recurso expeditivo. Sin embargo quisiera observar que con ello se hurta el debate de si la mujer que, en un contexto de violencia doméstica, mata a su marido, está justificada, excusada, o ninguna de los dos, por el derecho.

Esta problemática queda relegada al ámbito de la

patología individual y con ello las mujeres aparecen, tras su paso por el sistema penal «trastornadas».

El argumento más usado para negar la legítima defensa es la falta de la actualidad en la agresión. La sorpresa, en este caso ya menor, que produce este razonamiento es similar a lo expuesto en las dos notas anteriores. ¿Cómo puede exigirse que la agresión sea actual, en el sentido de estar produciéndose, y pretender que la mujer acabe con vida? Con razón ha declarado el Tribunal Supremo norteamericano que exigir que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer maltratada a «una muerte a plazos».

En mi opinión los tribunales debieran considerar que en numerosos casos en los que se produce la muerte del marido el ataque está meramente interrumpido (agresiones con riesgo de reviviscencia), por ejemplo por haber caído al suelo, por encontrarse momentáneamente desarmado, etc.

En estas constelaciones parece excesivo negar la inminencia del ataque.

En otros casos, por ejemplo marido embriagado, marido dormido, etc. (y sin entrar en mayores precisiones acerca de que el bien jurídico defendible no es sólo la vida sino también la libertad sexual, la integridad física, la seguridad, etc.), los tribunales debieran considerar que la «actualidad» de la defensa² no es un requisito autónomo sino exclusivamente una forma de precisar la necesidad de la defensa.

Espero, con estos apuntes, haber mostrado que la aplicación de razonamientos «objetivos» responden a una determinada subjetividad (masculina).

Pienso que si se quiere conseguir una aplicación igualitaria del derecho para hombres y mujeres y que las normas se apliquen de forma realmente objetiva deberá incorporarse la perspectiva femenina.

² Debe recordarse que el Código Penal no menciona expresamente este requisito.

La reforma orgánica de la justicia*

José de los S. MARTIN OSTOS

I. ¿Qué pasa con la Justicia hoy en España? Para responder a esta cuestión, veamos qué sienten los estamentos que la componen y que trabajan en ella.

Basta con asomarse a las páginas de la prensa para comprobar que los jueces y magistrados no están contentos con la situación actual. Recuérdese el reciente abandono por parte de las asociaciones judiciales de la comisión ministerial encargada de preparar las futuras reformas legislativas. A ello pueden añadirse las manifestaciones producidas con respecto a ciertos nombramientos (por ejemplo, en lo contencioso-administrativo), amén de las reiteradas denuncias sobre la deficiente legislación procesal, etcétera.

Los fiscales tampoco están satisfechos. Además del sistema de designación del Fiscal General del Estado, junto con la carencia de independencia de sus miembros, falta una definición clara y precisa de cuáles van a ser sus funciones en el futuro, especialmente en lo penal; la incertidumbre es grande, desconociéndose si se les encargará de la instrucción procesal (tal como se hizo, solapadamente, con el proceso de menores). Aprovechamos la ocasión para llamar la atención sobre la acción popular (pensamos que existen razones para la preocupación por esta democrática y útil institución procesal; ojalá nos equivoquemos). Las referencias a otros ordenamientos jurídicos extranjeros son evidentes a la hora de diseñar el Ministerio Público.

Los secretarios judiciales permanecen también a la espera de una definición actualizada de su papel dentro de la Administración de Justicia. Las conclusiones adoptadas en sus periódicas Jornadas de fe pública judicial adquieren cada vez más un aire reivindicativo en tal dirección. Por otra parte, el trabajo que no hace mucho tiempo hemos publicado, estudiando las respuestas dadas a una encuesta distribuida entre sus miembros, no deja lugar a dudas.

No son desconocidas las críticas de los abogados por el caótico funcionamiento de la Administración de Justicia. Como botón de muestra, en lo referente a sus relaciones con el ejecutivo, traemos a colación la deficiente retribución de las asistencias a los detenidos y de los turnos de oficio, unido al excesivo retraso en los pagos por parte del Ministerio. Además, hay que añadir aquellos aspectos que afectan directamente a su profesión y que inciden en gran manera en el inicio y desarrollo de la misma.

Para los procuradores, organizadores de estas Jornadas, igualmente el futuro se presenta con alguna que otra sombra. La desacertada regulación

de su intervención en el procedimiento abreviado penal puede ser una muestra de lo afirmado, además de incurrir, a nuestro juicio, en inconstitucionalidad. No existe una clara voluntad política y es bien sabido que en algunos momentos se han producido altibajos en torno a su conveniente presencia en los distintos órdenes jurisdiccionales.

Tampoco los órganos judiciales pueden quedar sin comentario. A la tradicional carestía de medios humanos (el problema de la movilidad y cualificación de los funcionarios es grave) y materiales (en su moderna acepción: suficiente espacio, instalaciones adecuadas, informática, etcétera), hay que sumar el agobiante y lento desenvolvimiento de su labor diaria, debido en gran parte a las anticuadas e inoperantes normas procesales. Aun cuando, sucintamente, no podemos omitir una referencia a la presencia de sucursales bancarias privadas en las sedes judiciales, concretamente el BBV, en lugar de entidades públicas de ahorro (en un curso celebrado en Santander, durante el pasado verano, en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, se habló de un movimiento anual, en cuentas de consignaciones y depósitos, en torno a los ciento cincuenta mil millones de pesetas; por otro lado, hace poco tiempo, en unas reuniones de grupos de Abogados Jóvenes, en la ciudad de Córdoba, se ha denunciado el problema del destino de los sustanciosos intereses que generan dichas cantidades).

¿Y qué decir de los justiciables? Estos, cuando tienen la desgracia de verse implicados en un proceso (siendo indiferente su naturaleza), asisten atónitos a cuanto se desarrolla (normalmente, a sus espaldas). El retraso, la carestía, los vericuetos procesales, la forma, la compleja legislación, la imposible ejecución de las sentencias (salvo las penales, naturalmente) son, entre otras, cuestiones de difícil comprensión para el ciudadano de a pie. Y, sin embargo, se trata de un sector de la Administración que ha de estar a su servicio.

De lo expuesto se deduce claramente el alto grado de insatisfacción social y profesional. Prácticamente, nadie está contento, salvo el Ministerio bicéfalo (extraña mezcla de toga y de uniforme) que atiende los destinos de la Justicia y del Orden Público en nuestro país, asistiendo imperturbable al espectáculo.

II. Sin duda la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 representó un paso importante en la reorganización de nuestros Juzgados y Tribunales (re-

* Intervención en las VII Jornadas Procesales del Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona (Barcelona, 16-17

diciembre, 1994).

NOVEDADES

**ALIANZA
EDITORIAL**



CIENCIA

DORION SAGAN
Biosferas
Metamorfosis del planeta Tierra
EL LIBRO DE BOLSILLO

LEO HOWE Y ALAN WAIN
Predecir el futuro
ALIANZA UNIVERSIDAD

LITERATURA

WALT WHITMAN
Hojas de hierba
Antología bilingüe
EL LIBRO DE BOLSILLO

OVIDIO
Metamorfosis
EL LIBRO DE BOLSILLO

GENOVEVA DIETERICH
Diccionario de teatro
EL LIBRO DE BOLSILLO

MERCÉ RODOREDA
Aloma
EL LIBRO DE BOLSILLO

RAFAEL CANSINOS-ASENS
La novela de un literato
3 1923-1936
ALIANZA TRES

ZENOBLIA CAMPRUBÍ
Diario
2 Estados Unidos (1939-1950)
ALIANZA TRES

ROBERT IRWIN
Nocturno oriental
ALIANZA CUATRO

JOSÉ MIGUEL OVIEDO
**Historia de la literatura
hispanoamericana**
1 Desde los orígenes a la emancipación
ALIANZA UNIVERSIDAD TEXTOS

ARTE Y MÚSICA

FERNANDO R. DE LA FLOR
Emblemas
Lecturas de la imagen simbólica
ALIANZA FORMA

HEINRICH LINDLAR
Guía de Bartók
EL LIBRO DE BOLSILLO

CIENCIAS SOCIALES

MARVIN HARRIS
Nuestra especie
EL LIBRO DE BOLSILLO

MICHAEL CARRITHERS
¿Por qué los humanos tenemos culturas?
Una aproximación a la antropología y
la diversidad social
EL LIBRO DE BOLSILLO

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
**La formación y la crisis de los servicios
sanitarios públicos**
LIBROS SINGULARES

JOSÉ MARÍA MARAVALL
Los resultados de la democracia
Un estudio del sur y del este de Europa
LIBROS SINGULARES

KLAUS VON BEYME
**La clase política en
el Estado de Partidos**
ALIANZA UNIVERSIDAD

ECONOMÍA

FRANK A. COWELL
Engañar al Estado
ALIANZA ECONOMÍA

ANGUS DEATON
El consumo
ALIANZA ECONOMÍA

VARIOS

SHERWIN B. NULAND
Cómo morimos
Reflexiones sobre el último capítulo
de la vida
LIBROS SINGULARES

JULIÁN MARÍAS
Tratado de lo mejor
La moral y las formas de la vida
LIBROS SINGULARES

FRANCISCO GÓMEZ RAGGIO
El libro de la encuadernación
EL LIBRO DE BOLSILLO

GONZALO MARTÍN PEÑA
Más de 1080 consejos sobre su dieta
EL LIBRO DE BOLSILLO

MARÍA VICTORIA LLAMAS
Come bien y cuida tu salud
EL LIBRO DE BOLSILLO

Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel. 393 88 88
Fax. 741 43 43

cuérdese que fueron numerosas las críticas favorables, aunque algunas pecaron por exceso).

No faltaron denuncias puntuales, como fue la relativa a la supresión de los Juzgados de Distrito. Hubo muchos pronunciamientos en el sentido de que era conveniente establecer una estructura escalonada de órganos judiciales, al objeto de que el juez recién nombrado comenzara por abajo su carrera profesional, paralela en responsabilidad, formación y experiencia. Se desoyeron las opiniones que, desde la cátedra y desde el foro, se vertieron en tal dirección.

Algo similar sucedió con el tema de la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Abundaron las manifestaciones a favor del establecimiento de un sistema más pluralista y democrático, tal como acontece en otros ámbitos de la actividad pública (por ejemplo, en la Universidad). Tampoco se hizo caso desde el poder político a estas recomendaciones, posiblemente en el convencimiento de que una mayoría electoral significaba un dominio en todas las parcelas de la vida nacional.

Pero, con independencia de esas puntuales objeciones, tal vez el mayor problema se planteó en la falta de armonía entre el diseño procesal y la organización judicial. En efecto, aún no se habían cumplido las promesas de la disposición adicional primera de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando hubo que proceder a la reforma de este texto, en 1988, con la creación de los Juzgados de lo Penal, órgano de nuevo cuño en nuestra organización judicial, creado por exigencia, o como consecuencia, de un deficiente planteamiento del enjuiciamiento penal.

A ello hay que añadir dos pasos legislativos, uno consumado y el otro en fase de tramitación parlamentaria, que vienen a añadir más confusión a la situación. El primero lo constituye la reforma de la normativa procesal de menores, aprobada a mediados de 1992, que atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal (atención a esta importante innovación, introducida casi de tapadillo en nuestro ordenamiento, ya que puede servir en el futuro como argumento a esgrimir por aquellos que avanzan en esa dirección), al mismo tiempo que deja casi intacta la anticuada normativa de 1948. El segundo se refiere a una Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, que se presenta como remedio de muchos de los males que sufre la actual Administración de Justicia, a la vez que se mira con notable admiración a un modelo bien diferente del que predomina en el marco cultural-geográfico-político al que pertenece España (atención, una vez más, a este fenómeno, pues quizás en los próximos meses asistamos a otros ejemplos de mimetismo procesal penal).

Estamos en 1994, la LOPJ todavía no ha cumplido la primera decena de años, y ya nos encontramos ante una reforma de suficiente importancia como para reunirnos aquí. Pero, lo que es peor, no se había aprobado esta reforma cuando ya se trabajaba en el seno de una comisión organizada en el Ministerio de Justicia e Interior en la preparación de un nuevo texto de organización de juzgados y tribunales; es decir, se estaba tramitando la reforma parcial, a la que nos referiremos más adelante, y mientras se laboraba en otra Ley Orgánica del Poder Ju-

dicial, completamente nueva; algo así como la reforma de la reforma.

Por si esto fuera poco, parece que se anuncia un nuevo Código Procesal Penal, que afectaría en gran manera al Ministerio Fiscal.

III. La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, explica en su Exposición de Motivos (apartado uno) que estamos ante una reforma parcial y urgente, pues una general «debe ser objeto del más amplio estudio y elaboración posible con todos los sectores sociales y profesionales afectados y por ello exige un lapso de tiempo relativamente amplio para su preparación».

A pesar de esta advertencia, el número de materias afectadas por la reforma es elevado; sin ánimo exhaustivo, pueden mencionarse las siguientes: selección de Jueces y Magistrados (ingreso en la Carrera Judicial, Tribunal de evaluación, convocatorias, Juez adjunto, nombramiento, centro de selección y formación, ascenso a Magistrado, pruebas selectivas, concursos entre juristas de reconocida competencia y Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia), Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia (composición, atribuciones y funcionamiento), provisión de plazas (Secciones de Audiencia, destinos y concursos), Magistrados suplentes y Jueces sustitutos y de provisión temporal (concurso, propuesta, nombramiento, actuación, requisitos, remoción, sustitución y cese), órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial (destino y designación), pérdida de la condición de Magistrado o Juez, régimen disciplinario (faltas y procedimiento sancionador), medidas de apoyo judicial (refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales), actividad informante del Consejo General del Poder Judicial, potestad reglamentaria de este órgano, régimen presupuestario del mismo, incompatibilidades y prohibiciones de Jueces y Magistrados, competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, acuerdos y deliberaciones del Consejo General del Poder Judicial, excedencia voluntaria de los miembros de la Carrera Judicial, representación y defensa del Estado, incompatibilidades, prohibiciones y jubilación de los Secretarios Judiciales, representación de las partes, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, Institutos de Medicina Legal, concurso del personal al servicio de la Administración de Justicia, territorialización de las convocatorias de Oficiales, Auxiliares y Agentes, horario de audiencia pública de Juzgados y Tribunales, horario y jornada de trabajo de las Secretarías y Oficinas Judiciales, responsabilidad disciplinaria judicial en el ámbito de la Jurisdicción Militar, sistemas de formación para Jueces y Magistrados, desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución Española (para lo que se establece un plazo de seis meses), menciones al Ministerio de Justicia (se entienden referidas al Ministerio de Justicia e Interior) y Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (antiguo Centro de Estudios Judiciales).

Como se ve, nos encontramos ante una importante reforma que, a pesar de su infundada explicación de parcial y urgente, irrumpe bruscamente en el

cuerpo legal de 1985, repercutiendo de modo notable en gran parte del mismo. Pero, como afirmamos con anterioridad, casi simultáneamente se ha preparado una Ley Orgánica del Poder Judicial de nueva planta.

IV. En efecto, a partir del mes de octubre de 1994 se difunde entre los sectores jurídicos interesados, por vía no oficial (aunque de instancias muy próximas al Ministerio de Justicia e Interior), un denominado Borrador de anteproyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo que se sabe, éste ha sido elaborado en el seno (al menos, por algunos de sus miembros) de la comisión establecida en el bifronte Ministerio. Ésta fue concebida para la preparación y elaboración de trabajos legislativos y estaba compuesta por representantes del propio Ministerio y de las correspondientes asociaciones judiciales, de fiscales y de secretarios judiciales, no teniendo nada que ver con la Comisión General de Codificación.

Hasta el momento actual, al parecer, el borrador en cuestión no ha sido sometido a consulta de organismo alguno (tampoco, naturalmente, de la Universidad, a la que desde hace cierto tiempo no se le suele oír en aquello relacionado con las reformas en materia orgánica y procesal).

En síntesis, se pretende la promulgación de un nuevo texto de Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando todavía no han transcurrido diez años desde la aprobación del anterior. Sin ánimo exhaustivo, destacan aspectos como los siguientes: la división del Estado, a efectos judiciales (además de en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas) en barrios o sectores territoriales municipales (artículo 19), el aforamiento de los Secretarios judiciales (artículo 44.2.1), la posibilidad de una sola Secretaría para varios Juzgados de Paz (artículo 62.3), la reaparición de la Escuela Judicial, después de tantos cambios de nombre (artículos 67.9, 111 y siguientes), la instauración de unos Consejos de Gobierno del Poder Judicial en las Comunidades Autónomas, lo que constituye, a nuestro juicio, una de las mayores innovaciones del comentado borrador, y que requeriría, en su caso, una meditada reflexión (artículos 70, 119 y siguientes), la composición del Consejo General del Poder Judicial, en una línea poco novedosa (artículo 71), la subsistencia de las criticadas propuestas del Secretario (artículo 202), el establecimiento de un Juez adjunto, de designación política, que no es el desaparecido Juez de Distrito (artículo 240) y, por último, en este escogido muestrario, la consagración del Decreto como nuevo tipo de resolución (artículo 369).

Demasiadas novedades, como puede fácilmente apreciarse; un replanteamiento bastante significativo, y criticable en muchos aspectos, de la organización judicial española, a tan poca distancia en el tiempo de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial. Mas, como hemos dicho, este borrador fue elaborado en sede muy próxima a la citada comisión ministerial, a la que dedicaremos las palabras que siguen.

V. En la actualidad, dicha comisión ha sufrido al-

gún que otro descalabro. Puntualmente, la prensa nos ha ido informando de los sucesivos abandonos que se han producido en su seno, por parte de las distintas asociaciones (de jueces y de magistrados, de fiscales y de secretarios) que la componían. En cuanto a la presencia de catedráticos de Derecho Procesal, hemos de decir que lo están en representación bien del Ministerio bien del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales; no de las Universidades, que en ningún caso nos consta que hayan procedido a su designación.

Resulta de interés el escrito presentado, con fecha de 10 de noviembre del año en curso, por el representante de una de las entidades asistentes a esta comisión, en el que anuncia su retirada de las sesiones. Se trata del profesor Ernesto Pedraz Penalva, que estaba asistiendo en representación del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. En el mismo afirma que «ha de rechazarse la labor acometida... por cuanto acoge, en una mixtura carente de rigor conceptual y con acarreo de a veces injustificadas "innovaciones" de difícil encaje en nuestro vigente Ordenamiento Jurídico amén de la actual normativa de la LOPJ, sólo algunas de las propuestas discutidas en la Comisión»; más adelante, expresa que «no es de recibo que dos miembros de la Comisión, sin el previo conocimiento y la pertinente autorización de sus demás componentes, presenten al Ministerio tal trabajo» (se refiere al borrador de una LOPJ), añadiendo que «ni siquiera sería aceptable desde la endeble explicación de que se trata de un borrador de dos personas, hipótesis en la que habría de haberse brindado tal posibilidad a todas, lo que en cualquier caso conspira contra la propia idea de creación de este Comité, integrado por representantes de los diversos colectivos de Jueces y Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales».

Después de estas palabras introductorias, arremete directamente contra el mencionado trabajo, denunciando que «son notables los defectos conceptuales reflejados en algunas de las "soluciones" plasmadas en el "borrador", evidenciando la ausencia de rigor científico, la falta de armonía con nuestro Ordenamiento —rayando no raras veces en la inconstitucionalidad— y en ocasiones un innecesario oportunismo. Sólo desde visiones muy ingenuas u otras acomodaticias se justificarían las "opciones" elegidas.»

A continuación, se detiene en algunos de los aspectos más llamativos (Jueces de barrio, duración del mandato de los Vocales del CGPJ, inhabilitación de éstos, Pleno y Comisión Permanente del CGPJ, y Ministerio Fiscal).

Sobre el modo de funcionar la comisión, manifiesta que «es totalmente inaceptable la reiterada negativa, denunciada ya en varias ocasiones, a levantar acta pormenorizada de cada sesión a aprobar en la siguiente. Se ha venido sustituyendo tal exigencia por un papel —que parece más bien ficha de control de asistentes—, de entrega esporádica, en el que se reseñan los participantes y una enumeración incompleta y aleatoria de los temas que se estiman —a ojo— han sido tratados y las personas que los han suscitado.»

Las palabras transcritas (que no han recibido hasta el momento respuesta alguna, que sepamos) son de por sí suficientemente claras y no necesitan comentario por nuestra parte.

VI. La conclusión de lo expuesto es evidente: falta saber a dónde se va. No se conoce el modelo perseguido; es más, posiblemente no haya ninguno y se esté legislando a golpe de improvisación, con la consecuente precipitación.

Pensamos que, para legislar con acierto en lo referente a la Administración de Justicia, hay que consultar a todos los estamentos directamente afectados, sin exclusión. Esto, que probablemente sea válido para los diversos ámbitos de la vida social, en nuestra opinión, resulta imprescindible en la Justicia, pues los sectores más interesados gozan de una cualificación apropiada y no son muy numerosos. Hay que sentar entre todos las bases del modelo pretendido y, juntos, caminar hacia él.

DESAPARECIDO

Jabbar Rashid Shifki.
15 años.
Desaparecido en Irak
por nacer Kurdo.

¡A TI QUÉ TE IMPORTA!

**SI TE IMPORTA,
HAZTE SOCIO.**

 **91-531 25 09**
AMNISTIA INTERNACIONAL

Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal

Teresa COMPTE MASSACH

Tras la reciente Ley del Jurado se ha anunciado la inmediata reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), a fin de adaptar la institución del fiscal a las nuevas orientaciones en el procedimiento criminal.

Al margen de que no se ha dicho ni pública ni abiertamente cuáles son estos nuevos proyectos y, más concretamente, cuál es el perfil que del fiscal quiere efectuar el Gobierno, pensamos que los acontecimientos que marcan la vida pública española en los últimos años hacen inaplazable una discusión a fondo del modelo idóneo de Fiscal en el Estado Constitucional de Derecho.

En este último período, a partir de los años 1988, 1989, se inicia en Europa un extenso debate que va perfilando y depurando los mecanismos institucionales básicos e imprescindibles para el funcionamiento de un Estado Constitucional de Derecho. Como dice Turone, «existe un nexo ineludible entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el modelo del Estado Democrático de Derecho».

La base del Estado Constitucional de Derecho, a diferencia de los paradigmas roussonianos basados en la omnipotencia de las mayorías, descansa en la extensión del principio de legalidad a todos y cada uno de los ciudadanos, incluidos los poderes públicos, lo cual explica la necesidad de un poder judicial independiente de los otros poderes, el legislativo y el ejecutivo, configurados conforme al principio de las mayorías, que garantice estos derechos y la aplicación igual de dicha legalidad. Pues bien, no existe poder judicial independiente sin Ministerio Fiscal independiente, esto es, difícilmente el poder judicial podrá actuar respecto de los fenómenos ilícitos si el órgano que detenta el cuasi monopolio de la acción penal no actúa con imparcialidad y objetividad. En este trabajo definiremos lo que entendemos por «independencia del Ministerio Fiscal» compatible con el principio de dependencia jerárquica interna.

En la práctica totalidad de los países, el Ministerio Fiscal es el órgano del Estado (en algunos lo es además del Ejecutivo) que monopoliza el ejercicio de la acción penal. La existencia de la llamada acción popular es de carácter residual ya que ni un 1 por 100 de procesos se ven dinamizados por dicha acción popular, y el porcentaje de causas judiciales en las que se persone el ofendido por el delito no alcanza el 10 por 100.

Por tanto, si la persecución de las conductas ilícitas está prácticamente en manos del Ministerio Fiscal, está claro que deberemos garantizar la efectiva imparcialidad y la autonomía de dicho órgano a fin de asegurar una igual aplicación de la Ley para todos los ciudadanos, y una rigurosa salvaguarda del principio de legalidad.

El Derecho Penal no es una rama más del Derecho, sino que garantiza y configura las normas mínimas de convivencia en la sociedad. Refleja el pacto de convivencia sobre los valores básicos y elementales que deben estructurar las relaciones personales y sociales en un Estado. De ahí que el análisis de las conductas vulneradoras de esta voluntad soberana colectiva, plasmada en la ley penal, y que tiene como límites esenciales los enunciados constitucionales, deba revestir todas las garantías de imparcialidad, independientemente de quién sea el sujeto que ha roto o quebrado alguna de dichas normas penales. Esto es, no cabe admitir la existencia de sujetos privilegiados, y por ello, el Ministerio Fiscal, garante de la aplicación objetiva de dichas normas, debe poder actuar con absoluta ecuanimidad, sin sospecha de parcialidad.

LOS DIFERENTES MODELOS DEL MINISTERIO FISCAL

1. Sistema norteamericano

Se caracteriza por un fiscal concebido como cargo político, de carácter electoral, el cual nombra a sus ayudantes, respecto de los cuales ostenta una jerarquía indiscutida. Rige el llamado principio de oportunidad en estado puro, esto es, el fiscal decide en cada caso la conveniencia del ejercicio de la acción pública y su transacción, llevando a los Tribunales un porcentaje mínimo de los casos investigados.

Este fiscal que tiene atribuida la investigación, no procede de un cuerpo de funcionarios con carácter estable, sino que está condicionado al nombramiento temporal y revocable del fiscal del distrito (a su vez elegido por los ciudadanos).

Bástenos aquí destacar la perversión de un sistema basado en criterios electoralistas, y condicionado por los medios de comunicación y por las conveniencias o miedos de la mayoría imperante en el distrito respectivo, con disponibilidad de la acción penal.

2. En Europa

Los diversos modelos de fiscal se mueven entre dos polos opuestos, el francés y el italiano.

El sistema francés

De corte napoleónico, con clara dependencia jerárquica del Ejecutivo.

Existe dependencia funcional y orgánica del Ejecutivo.

Dependencia funcional: porque el Ministerio de Justicia puede ordenar al Fiscal General del Estado incoar diligencias penales o presentar los informes oportunos, y el Fiscal General del Estado, en virtud del principio de dependencia jerárquica, trasladará dicha orden al fiscal que lleve el caso.

«Aunque no tenga respaldo en la ley los ministros de Justicia se han arrogado siempre el derecho a dar instrucciones de no perseguir delitos, con lo cual, si las instrucciones positivas, las instrucciones de perseguir un delito pueden originar una decisión judicial de control, las instrucciones negativas excluyen y permiten al poder ejecutivo sustituir a la actividad judicial» (Nicod.)

Actualmente y a propósito de procedimientos en los que se encuentran implicados políticos que podrían llegar a ser acusados de corrupción, el Ministerio de Justicia ha resuelto que su ministerio decidiera los casos en que se iba a llevar a cabo la persecución penal, excluyendo el tema de la financiación de los partidos políticos dada su frecuencia.

Quiebra, a nuestro entender, la división de poderes. Se sustrae al Poder Judicial un conjunto de ilegalidades cometidas desde el Poder Ejecutivo. Quiebra, por tanto, el principio de igualdad de aplicación de la ley.

Dependencia orgánica: los cargos de dirección de las diferentes Fiscalías son decididos por el Presidente de la República, oído el Consejo Superior de Magistratura (el cual está compuesto por nueve miembros, todos nombrados por el Presidente de la República con funciones prácticamente consultivas).

Por tanto, pese a que existe una sola carrera judicial, de la que el Ministerio Público forma parte, su estructura se caracteriza por la absoluta dependencia del Poder Ejecutivo.

El modelo italiano

En el polo opuesto se encuentra el modelo italiano, caracterizado por la total *independencia* del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, estando integrado en el Poder Judicial (carrera única con destinos intercambiables) y por la vigencia de la *obligatoriedad de la acción penal* en contraposición al principio de oportunidad.

— Existe *independencia funcional y orgánica* respecto del Poder Ejecutivo.

— El Ministerio Fiscal está integrado en el Consejo Superior de la Magistratura (CSM), órgano de gobierno de composición mixta (20 magistrados elegidos por jueces y fiscales y 10 componentes nombrados por el Parlamento).

— El Ministerio Fiscal es el titular de la llamada «investigación preliminar» cuyos resultados serán analizados por un juez que decidirá en fase contradictoria el archivo o la apertura del juicio oral.

Dada la situación creada en Italia, el Gobierno Berlusconi elaboró (y actualmente están en fase de estudio) una serie de proyectos legislativos basados en un nuevo y «españolizado» modelo judicial caracterizado por los siguientes parámetros:

- a) «Redefinir el papel del fiscal» atrayéndolo a la órbita del Ejecutivo.
- b) Abolir la obligatoriedad de la acción penal y sustituirla por el principio de oportunidad.
- c) Variar la composición del CSM, haciendo que todos sus miembros sean de designación parlamentaria.
- d) Modificación de la legislación sobre los «arrepentidos».
- e) Separación de las carreras Judicial y Fiscal.

Modelo español

El diseño actual del Ministerio Fiscal en España es lo suficientemente confuso para generar teorías opuestas o antagónicas acerca de su naturaleza, su dependencia del Ejecutivo y su personalidad institucional.

Tras la evolución histórica marcada por modelos de autonomía e independencia frente al Gobierno y Administración, a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se perfila en España el modelo napoleónico del Ministerio Fiscal, dependiente del Ejecutivo, regido por principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que culmina en 1926 con la separación de las carreras de Jueces y Fiscales. La mencionada ley atribuye al Ministerio Fiscal la *representación* del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial. La LO Estado de 1967 suprime esta representación y atribuye al Ministerio Fiscal ser el *órgano de comunicación* del Gobierno con los Jueces, lo cual constituye una ambigüedad que no aclara las relaciones entre este Poder Judicial y Poder Ejecutivo.

En la *Constitución de 1978*, los constituyentes manejan tres hipótesis en el diseño del Ministerio Fiscal:

- a) Órgano del Ejecutivo.
- b) Órgano Judicial.
- c) Órgano autónomo, esto es, como órgano constitucional específico.

La Constitución diseñó un modelo híbrido, fruto del momento político, modelo susceptible de diversas interpretaciones caracterizado por los siguientes rasgos:

- 1) El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado que tiene como principales funciones «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar antes éstos la satisfacción del interés social» (art. 124.1 CE).
- 2) Se estructura mediante órganos propios con-

forme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

Del diseño constitucional resulta claro que el constituyente no pensó en un Ministerio Fiscal como órgano del Ejecutivo, ni por sus funciones —incompatibles con una gubernamentalización del Ministerio Fiscal— ni por su estructuración, atendidos los principios de legalidad e imparcialidad, que exigen, para ser eficaces, que el Fiscal esté dotado de los resortes necesarios para hacerlos valer frente a cualquier tentación de instrumentalización de dicho órgano.

No se deriva, pues, de la CE, dependencia funcional del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, aunque dado el nombramiento de Fiscal General del Estado (FGE) por el Gobierno, sienta las bases de una dependencia orgánica, si bien nada impide introducir trámites parlamentarios previos a dicha designación.

El *EOMF de 1981*, redactado por el equipo de Francisco Fernández Ordóñez (ex fiscal) profundiza en la línea de la *dependencia orgánica del Gobierno*, apartándose del modelo constituyente. Así, todos los cargos de responsabilidad y gobierno de la carrera Fiscal son libremente designados por el Gobierno (arts. 36 a 41), asimismo agudiza la *dependencia jerárquica*, según la cual los fiscales están obligados a seguir las instrucciones del Superior (salvo art. 27: «cuando consideren la orden o instrucción contraria a las leyes o improcedente»). Ello unido al contenido del artículo 23 del EOMF según el cual el fiscal podrá ser separado del asunto que esté llevando por mera decisión de su superior «cuando razones fundadas así lo aconsejen», con la simple comunicación de tal decisión al Consejo Fiscal (CF) perfila un Ministerio Fiscal *diseñado constitucionalmente* como «garante de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos del interés público y de la independencia de los tribunales» pero (art. 124 CE) *estructurado estatutariamente* con una dependencia orgánica que cuestiona y quiebra tales cometidos.

Si bien en el EOMF se crea un órgano que podría ser paralelo al CGPJ, esto es, el Consejo Fiscal, dado su carácter prácticamente consultivo, y la escasez de funciones atribuidas, debemos concluir que no cabe acudir a la existencia de órganos directivos de la carrera Fiscal al margen de los nombrados por el Gobierno.

Ahora bien, como dice Marchena, «la dependencia jerárquica no puede, en modo alguno, ser esgrimida a manera de argumento para sostener la “gubernamentalización del Ministerio Público”» y siguiendo a Pérez Gordo, «la dependencia es ante todo un sometimiento interno a los órganos jerárquicamente estructurados del Ministerio Público, mas no a órganos extraños que puedan hacer cuestionar su imparcialidad».

Por ello, pensamos que ha llegado el momento de redefinir el modelo de Ministerio Fiscal, como cuestión previa el debate acerca de otros problemas pendientes (instrucción del Fiscal, control de prisión preventiva), ya que la ampliación de atribuciones y de capacidad de intervención del Fiscal, incluidas las medidas cautelares esenciales, debe ser en todo caso garantizada por un órgano cuya imparcialidad

sea efectiva, como requisito esencial del Estado Constitucional de Derecho.

En esta línea, siguiendo a Nicola Borzo, debemos añadir que la vigencia del principio de obligatoriedad de la acción penal es un requisito esencial del Estado Democrático de Derecho ya que, por un lado, garantiza la independencia de la actuación en el ejercicio de la función acusatoria, y de otro garantiza el ejercicio no discriminatorio de la función y por tanto de los principios de legalidad e igualdad.

En función de lo anteriormente expuesto, pensamos que la propuesta de la Unión Progresista de Fiscales (UPF) en este diseño del Ministerio Fiscal debería sintetizarse en los siguientes puntos:

1) *Fiscal General del Estado elegido por mayoría cualificada en el Parlamento*. Esta resolución fue asumida por la UPF en el Congreso de Lérida de 1992.

A nuestro entender ello no implica necesariamente la reforma constitucional, sino que se podía efectuar por vía de legislación ordinaria, modificando el EOMF.

La inquietud del actual sistema de designación del FGE deriva de la fragilidad que refleja una institución cuya objetividad depende del talante personal de quien es su órgano máximo.

2) *Modificación del actual CF, estructurándolo como órgano con capacidad decisoria en los siguientes puntos:*

- a) *Nombramiento por mayoría cualificada de los cargos dentro de la carrera, los cuales tendrán una duración temporal.*
- b) *Resolución de las discrepancias entre los fiscales y las instrucciones u órdenes que puedan recibir. En el caso de que la orden o instrucción se estime improcedente o contraria a derecho sería anulada (actualmente los casos del art. 27 se resuelven por el FGE, oída la Junta de Fiscales de Sala).*
- c) *Régimen disciplinario para todas las sanciones muy graves y conocimiento de los recursos interpuestos contra resoluciones de los fiscales jefes en materia disciplinaria.*

La composición del Consejo Fiscal sería de 12 miembros, dos tercios elegidos por integrantes de la carrera fiscal y un tercio sería designado por el Parlamento por mayoría cualificada. Convendría que existiese una Secretaría Permanente y un Plenario, dejando la discusión de la UPF abierta a la conveniencia de la dedicación exclusiva, así como a la posibilidad de que el un tercio designado por el Parlamento pudiese recaer sobre juristas de reconocido prestigio.

3) *Anulación del artículo 23 del EOMF en su actual redacción. Un fiscal sólo podrá ser apartado del caso por causas previamente tasadas (incompatibilidad, imposibilidad personal, importantes razones del servicio o concurrencia de causas de recusación) y siempre con la posibilidad de recurrir dicha decisión ante el Consejo Fiscal.*

Pensamos que dicho diseño del Ministerio Público, que salvaguarda los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, posibilita realmente la labor de un fiscal imparcial y ajeno a presiones de otros poderes públicos.

La legitimidad de su actuación se halla en la apli-

cación imparcial de la ley, por lo que resulta trasnochado exigirle una legitimidad igual a la de los otros poderes Ejecutivo y Legislativo. Baste recordar la reflexión constitucional relativa a la legitimidad de ejercicio, y la legitimidad de origen, iniciada en el ámbito de la cultura jurídico-constitucional europea.

Por último, nos parece interesante aludir a la idea a veces aportada, del Ministerio Fiscal como instrumento de política criminal del Gobierno.

MINISTERIO FISCAL Y POLITICA CRIMINAL

Efectivamente, se ha dicho en este país, que el Ministerio Fiscal es el instrumento del Gobierno para llevar a cabo la política criminal, lo cual demuestra un profundo desconocimiento de la cuestión. Ante todo, vaya por delante, el concepto básico y fundamental de política criminal, como el conjunto de actividades del Estado encaminadas a reducir —ya que no a eliminar— la criminalidad, medidas que se encauzan bien por la vía legislativa (política penal), bien por la vía preventiva-social (por ejemplo el tratamiento de la lucha antidroga con dedicación de policía especializada y recursos especiales, atención de los toxicómanos, creación de redes específicas hospitalarias, etc.).

En un Estado Constitucional de Derecho que ha diseñado el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, el Gobierno no puede instrumentalizar al fiscal para el diseño de la política criminal. Entendámonos: la política criminal transcurrirá por cauces autónomos y separados, y en todo caso, el fiscal, al igual que los jueces, serán los que deberán velar por la aplicación rigurosa de la Ley penal. El Gobierno no puede dar instrucciones al fiscal para que persiga una clase de delitos con preferencia a otros, sino que únicamente tiene abierto el cauce del artículo 8 del Estatuto. Y con menos razón puede indicar que persiga o deje de perseguir a determinados delin-

cuentes. Al menos, no en España, donde el Ministerio Fiscal está estructurado conforme a los principios de legalidad e imparcialidad, de rango constitucional, y en donde, lejos de imperar el principio de oportunidad, rige el principio de obligatoriedad de la acción penal.

Es cierto que en países en los que el fiscal es un apéndice del Poder Ejecutivo (Francia, de corte napoleónico, con dependencia orgánica y funcional, esto es, sometido al nombramiento de los cargos de la carrera y de las actuaciones procesales) puede hablarse de un MF como elemento importante de la política criminal del Gobierno, pero en nuestro país, la política criminal se articula mediante instrumentos gubernamentales entre los que no se halla acomodo al Ministerio Fiscal, que estará sujeto en todo caso a las leyes y al interés público, que en ocasiones puede no ser coincidente con el interés gubernamental.

Nos hallamos en un momento histórico crucial en el que las tentaciones de instrumentalizar la institución del Ministerio Público pueden condicionar los sucesivos proyectos legislativos anunciados, por lo que pensamos que es improrrogable la reflexión acerca del fiscal como institución básica en el eficaz funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho. Por ello, es hora ya de abordar cuáles son los requisitos legales y estatuarios que posibiliten un fiscal realmente imparcial (reforma del Estatuto, mantenimiento del principio de obligatoriedad de la acción penal, discusión a acerca de la intercambiabilidad con la carrera judicial desde la perspectiva institucional y no corporativa, etc.).

Sin este debate previo es peligroso e ingenuo hablar de la ampliación de funciones del Ministerio Fiscal (instrucción criminal, medidas cautelares, etc.) pues resultaría trágico que bajo una progresiva dotación de atribuciones a un Ministerio Público gubernamentalizado se estuvieran sustrayendo parcelas de actuación propias del Poder Judicial.

Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y de la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

Angel JUANES PECES

I. INTRODUCCION

La administración penitenciaria aplica en determinados supuestos a los penados clasificados en primer grado, una serie de medidas entre las que se incluye «la de mantenerlos veintidós horas en la celda, solos, y, dos horas de patio, también solos, y, sin acceso a ninguna actividad en común.

Así centrado el tema, la cuestión a analizar es la de si tal medida, constituye *per se* una sanción encubierta, adoptada al margen de la legalidad, o si por el contrario, se ajusta plenamente al régimen previsto en el artículo 10 de la Ley General Penitenciaria, es decir, careciendo en su consecuencia, de carácter sancionador.

En íntima conexión con la anterior cuestión, se suscita la de validez de la Circular 2470/92, y singularmente si vincula o no a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, ya que es, la Circular anteriormente expresada la que regula la medida objeto de nuestro análisis. En opinión de la Administración Penitenciaria «tal medida no constituye *strictu sensu* una sanción, sino una simple restricción de los derechos de los internos clasificados en primer grado, que el artículo 10 de la Ley General Penitenciaria, el artículo 46 del Reglamento, y, sobre todo, la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias anterior.

Así pues, el problema en los términos en que se plantea radica en dilucidar si un aislamiento como el contemplado, prolongado en el tiempo, y acordado sin control judicial implica o no una verdadera sanción no prevista en la ley.

II. DELIMITACION CONCEPTUAL ENTRE SANCIONES DISCIPLINARIAS Y MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La delimitación conceptual entre lo que son sanciones disciplinarias (sometidas al principio de legalidad) de una parte, y medidas simplemente restrictivas de derecho no es siempre fácil, tal y como el Tribunal de Derechos Humanos reconoce, y tendremos ocasión de comprobar al referirnos a su doctrina.

Con carácter previo a analizar esta cuestión des-

de la perspectiva constitucional (actualmente está pendiente de resolución el recurso de amparo 3081/93 en el que se plantea esta temática) se impone hacer una serie de consideraciones generales para luego ya a la vista de las mismas, determinar si la medida de aislamiento prolongado a la que nos venimos refiriendo vulnera o no el principio de legalidad previsto y sancionado por el artículo 25 de la Constitución Española.

Hay que significar que la interpretación extensiva de las Normas restrictivas de derechos, como son las penales, y, las contenidas en la Ley General Penitenciaria plantea problemas particulares por su proximidad con la analogía: si por interpretación extensiva se entiende aquella que incluye en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlos, puede considerarse respetuosa con el principio de legalidad, pero, si por el contrario, la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal, esta permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados en el precepto, y, por tanto realizando una analogía, prohibida en la esfera sancionadora.

Sobre la base de la anterior concreción es una de las cuestiones que planean sobre toda la temática aquí analizada, es si la administración al imponer medidas como la examinada está incurriendo en una verdadera analogía, y no en una interpretación extensiva.

Al margen de todo ello, la constitucionalidad o no de la medida en cuestión deriva de que el principio de legalidad consagrado por el artículo 25 de la Constitución es aplicable también al ámbito penitenciario, y singularmente las sanciones de esta naturaleza, como así expresamente lo reconoce la STC de 21 de octubre de 1987 que literalmente dice: «En virtud de esa sujeción especial, y de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al Poder Público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación legal, dado el carácter insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autodeterminación para determinar y en concreto las precisiones abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución, para luego añadir, que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25 de la CE, y obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de

la Constitución. Más interés tiene a los efectos que nos ocupa la afirmación que hace la sentencia transcrita según la cual «desde luego, una sanción carente de toda base legal devendrá, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio de legalidad, sino lesiva del Derecho Fundamental considerado. En esta misma resolución se dice al referirse al aislamiento en celda que «no cabe duda que cierto tipo de aislamiento en celdas negras, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han sido vedadas en los más modernos sistemas penitenciarios».

De cuanto antecede resulta clara la plena vigencia del principio de legalidad (aunque con matices) en el ámbito penitenciario.

III. CONCLUSIONES

Hechas estas consideraciones generales, estamos ya en condiciones de analizar si la medida de aislamiento prolongado en la forma antes expuesta reviste o no los caracteres de una verdadera sanción y no una mera restricción de derechos.

Es doctrina reiterada del Tribunal de Derechos Humanos la de que: 1) el establecimiento de un régimen penitenciario *ad hoc* es plenamente legal, y, ello por consideraciones de seguridad, del interés, del orden y de la necesaria represión de la mala conducta de los detenidos, y por las responsabilidades que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de su establecimiento; 2) la adopción de sanciones esencialmente graves exigen que se tomen respetando las garantías del artículo 6 del convenio, y 3) a la hora de determinar los límites entre sanción y pena ha de tenerse en cuenta la naturaleza y grado de severidad y, fundamentalmente, de que esta exceda de lo puramente disciplinario. Más aún, la comisión ha declarado «que el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye, de por sí, un tratamiento inhumano o degradante, sólo cuando por las condiciones (alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda), circunstancias (de acceso a biblioteca, periódico, comunicaciones), y duración se llega a un nivel inaceptable de severidad. No es la sanción en sí, sino el conjunto de cir-

cunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido, y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma.

Habrà de ser pues a la luz de la anterior doctrina desde la que analizamos si la medida en cuestión constituye o no una verdadera sanción, más por la sanción en sí, o por el conjunto de circunstancias de ejecución relativas a su forma.

Pues bien, sobre la base de que tal medida no esta prevista entre las sanciones contempladas por la ley y el Reglamento Penitenciario, que su duración es excesiva; comporta una gravedad extrema (no sólo por su duración sino también por la falta de control judicial) y porque priva al penado de cualquier comunicación con los demás reclusos, entiendo, en conclusión, que la medida expresada constituye una verdadera sanción encubierta, y por ello adoptada al margen de la ley.

Desde este punto de vista no es arriesgado afirmar que la medida cuestionada infringe derechos fundamentales, y más en concreto el artículo 25 de la Constitución Española.

Habremos de esperar a que el Tribunal Constitucional resuelva para saber si efectivamente, tal y como hemos expuesto, nos encontramos o no ante una flagrante vulneración del principio de legalidad, si bien el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse si no directa, si indirectamente, sobre la medida de aislamiento y las condiciones de la misma en sus sentencia 2/87, 137/90, en las que expresamente dijo entre otras cosas lo siguiente: El confinamiento separado debido a exigencias razonables es legal. Ahora bien, si las condiciones en que se realiza (añade el Tribunal Constitucional) son de extrema gravedad por su duración y demás circunstancias, tal aislamiento (concluye el Tribunal) es contrario al Convenio de Derechos Humanos, de forma que no es la sanción en sí misma, sino el conjunto de circunstancias lo que hace la medida contraria al Convenio.

En vista de la anterior doctrina y por las razones apuntadas, la conclusión a que llegamos es que la medida analizada por las circunstancias en que se desarrolla es contraria al Convenio y por tanto a la Constitución Española.

ESTUDIOS

Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional*

Carlos DE CABO MARTIN

I. CAMBIOS CONSTITUCIONALES Y SU REPERCUSION EN LA LEY

Entre las diferentes circunstancias que afectan al Derecho Constitucional en la coyuntura histórica actual, cabe señalar las dos siguientes:

1.ª La primera es que la crisis económica recurrente desde los años setenta, ha terminado produciendo a través de distintas mediaciones, una crisis de legitimación y eficiencia del sistema democrático representativo y de vigencia y realización de los valores del Estado social. Y esta situación, vinculada al avance y predominio del capital monopolístico, da lugar, desde la perspectiva del trabajo que —por la correspondiente socialización del proceso productivo y de aquella crisis— es la de la gran mayoría, a una revalorización del Derecho en general y del Derecho Constitucional, en particular, por una doble razón:

- a) Porque el Derecho Constitucional aparece como una de las escasas posibilidades existentes para articular de la manera más difícilmente discutible la defensa de intereses generales, los de esa gran mayoría. Se trata de un garantismo que ya no es el de Estado Liberal de Derecho tras cuya formalmente inobjetable extensión y defensa de los derechos individuales en ciertos ámbitos (propiedad, producción, distribución) reaparecía ideológicamente formulado el neoliberalismo jurídico y eficazmente conseguido el garantismo del sistema socio-económico, sino el del Estado Social de Derecho.
- b) Porque —en relación con lo anterior— el capitalismo se ha mostrado incapaz de realizar de manera generalizada el proyecto de democracia y justicia que, sin embargo, está consagrado en las constituciones normativas propias del constitucionalismo del Estado Social. Es decir, que legalidad constitucional y capi-

talismo parecen difícilmente compatibles. De nuevo pues la «legalité tue». De ahí la vinculación más concreta que se hace hoy entre izquierda y legalidad.

Desde estos supuestos no cabe entender al Derecho Constitucional como un derecho «mite» en el sentido que recientemente se le ha dado (por Zagrebelsky). Y no porque se trate de hacer construcciones excluyentes, sino porque la sola defensa de la Constitución, tan gravemente desconocida y fraudulentamente utilizada que la convierten literalmente en una constitución alienada, como se verá después, suponen para el Derecho Constitucional algo muy distinto de esa función recomponedora y armonizadora de una ideal competencia entre grupos integrales en un pacífico pluralismo que está en la base de la pretendida «mitezza» del Derecho. No se trata, pues de un Derecho Constitucional funcionalista, sino garantista con el carácter beligerante antes apuntado.

2.ª La segunda de las circunstancias a las que se aludía al principio, hace referencia al momento presente del Estado de Derecho. Y es que no puede ponerse en duda cómo las transformaciones de la realidad han dejado anticuadas ciertas categorías, demandan otras nuevas y exigen una reconsideración del lugar y de la función de ciertas instituciones. Pero tampoco, que al amparo de esas transformaciones, lo que se ha producido no es tanto una adaptación como una corrupción del Estado de Derecho con el surgimiento no ya de desarrollos sino de patologías. Por tanto, el constitucionalista crítico debe estar atento para no contribuir a sancionar todo cambio a impulsos de un sedicente modernismo y distinguir el crecimiento necesario que debe potenciarse de la deformación negativa que se debe denunciar. De nuevo una actitud garantista, esta vez en interés del Estado de Derecho, hace que el Derecho Constitucional tenga una función escasamente pacífica.

Ambas circunstancias inciden en una de las cate-

* Se trata de una versión, en ciertos aspectos reducida (historia, doctrina y jurisprudencia españolas) y en otros reelaborada, de la ponencia presentada en el Congreso Internacional de De-

recho Constitucional celebrado en Alicante los días 3, 4 y 5 de junio.

gorías centrales del Derecho Constitucional como es la Ley.

En lo relativo a la primera, pese al protagonismo estructurador del ordenamiento que corresponde a la Constitución, la Ley y el principio de legalidad siguen desempeñando un papel básico en la producción jurídica (en cuanto prevalente fuente subconstitucional) en la estructuración del Estado (delimitación de funciones y poderes) y en la articulación Estado-Sociedad (regulación de conflictos y derechos) por lo que la revalorización del Derecho de que se hablaba es, de manera destacada, revalorización de la Ley, por lo que, igualmente, le compete de manera fundamental aquella función garantista.

En lo referente a la segunda, precisamente por ese papel básico de la Ley en la configuración del Estado de Derecho, repercuten en ella buena parte de las tensiones que éste registra, especialmente las de tipo negativo y deformante que allí se mencionaban y a partir de las cuales se ha construido toda una doctrina justificadora de la supuesta «crisis de la Ley» en la que subyace la propuesta contraria a la antes citada de revalorización de la legalidad.

Pero desde los planteamientos utilizados, se está apuntando a un tipo específico de Ley como es la Ley material. Y ello porque el Derecho Constitucional de referencia, el actual, es, como se ha señalado repetidamente, más de «principios» que de «reglas», al incorporarse de esa manera las pretensiones del Estado Social, es decir, subraya algo que si siempre ha distinguido al Derecho Constitucional de otros ámbitos jurídicos ahora se acentúa como es la trascendencia de su singular contenido, por lo que parece más congruente con él y más apto para proyectarlo, una ley material que una ley exclusivamente formal. Porque, además, desde la perspectiva de la actual Constitución normativa, la virtualidad del principio de constitucionalidad opera no sólo en el ámbito del ser, sino del deber ser, no sólo como garantía de los aspectos formales sino de los materiales y si esto es así hay que entender que la Constitución como «fuente de las fuentes» es reguladora de esas fuentes tanto en el orden formal como en el material, en el sentido de que la producción jurídica se encuentra disciplinada no sólo por las normas formales sino por las «sustanciales del Derecho (constitucional) positivo». Y es a través de esta exigencia como deben reelaborarse (esto sí puede entenderse como transformación o desarrollo del Estado de Derecho) categorías como las de validez de las normas, entendida no sólo como adecuación a las formas de producción sino a los contenidos (Ferrajoli) o completud del ordenamiento. En todo caso, la exigencia de la ley material vuelve a manifestarse. Y aún cabe añadir que, desde los supuestos anteriores, se destaca en la ley su importancia como «mecanismo de seguridad», su papel garantista, la ley como garantía de aquéllos y por tanto cobra un especial relieve su contenido.

II. LEY GENERAL: SU VIGENCIA EN EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

De los distintos conceptos de ley material (la ley como proposición jurídica de Laband-Jellinek o

como reguladora de la libertad —propiedad— de Anchütz) el que aquí se contempla es el que concibe la ley como ley general, es decir, sin referencia individualizada a los supuestos de aplicación, lo que implica determinación genérica de los sujetos (preferible esta expresión a la de indeterminación para evitar la posible asociación a imprecisión) y abstracta de las conductas.

La generalidad como nota característica de la ley es posiblemente la de más amplia e ininterrumpida tradición: desde las Doce Tablas (la distinción entre «Leges» y «Privilegia» o normas individuales), la Escolástica (que la hace derivar de la concepción cristiana de comunidad) y el Barroco y la Ilustración que construyen el concepto de ley a imagen de las Leyes de la Naturaleza y, por tanto, la generalidad es su primer e inexcusable elemento. Es significativo que en todas ellas la generalidad de la ley se defiende con dos tipos de argumentaciones: la que se basa en la naturaleza propia de la ley o argumento técnico y la que se basa en los fines que cumple o argumento político. Y lo es, asimismo, que cuando llega la teorización del Estado de Derecho (fundamentalmente en las doctrinas francesa y alemana) se mantengan, si bien por su inmersión ya en el estricto mundo del Derecho pueda designárseles ahora como técnico-jurídico y jurídico-político.

El argumento técnico-jurídico se sostiene en la doctrina alemana desde distintas posiciones aunque dominadas todas ellas por la perspectiva del Estado: el carácter general proviene de que en la Ley se proyecta el Estado (Mohl, Gerber). Es, sin embargo, en la doctrina francesa donde aparece formulado con más pureza, sobre todo (aunque se sostenga también por otros autores como Planiol o Ripert) en la concepción de Duguit del acto-regla: dado que Ley es todo acto del Estado que contiene una regla de derecho objetivo y ésta a su vez tiene los caracteres de generalidad e imperatividad, toda ley material los debe reunir necesariamente.

El argumento jurídico-político se sostiene también en la doctrina francesa (Esmein) pero es en la alemana a través de la obra de Schmitt, donde se encuentra su formulación más representativa. Como ocurre en tantas ocasiones con la obra de Schmitt apenas hay perspectiva que esté ausente en los temas que trata y así sucede en este caso, en el que no puede decirse que no utilice el argumento técnico-jurídico (a él corresponde la consideración de la ley como «ratio» y no «voluntas» y, por tanto, su definición por caracteres lógicos) si bien se hace en función del jurídico-político: la ley general es la propia del Estado de Derecho porque es la única que garantiza el principio de participación (derechos y libertades) y el principio de distribución (división de poderes) que son su contenido mínimo.

Se trata de la teorización del Estado Liberal de Derecho correspondiente al capitalismo liberal en el que, aunque a veces se ha sostenido que es más un referente teórico que real, puede aceptarse, al menos desde un punto de vista histórico-comparativo, que el mercado era de libre competencia y el Estado era abstencionista de manera que las relaciones Estado-Sociedad eran de baja intensidad, escasas y genéricas. La generalidad de la ley respondía a este momento histórico. Se vincula al proceso de

abstracción de lo individual y traslada al campo jurídico el «fetichismo» de la mercancía, la ocultación de lo real específico de cada ser humano. Asegura la competencia entre los sujetos del intercambio convertidos en sujetos de derecho que deben relacionarse entre sí en condiciones de libertad e igualdad. Todo ello en beneficio de una clase burguesa relativamente homogénea, dominante en los parlamentos en los que, a través del adecuado procedimiento, podía realizar la discusión y el análisis objetivo —al no existir el «enemigo»— susceptible de expresarse de manera racional en una ley con el carácter de «interés general», según la transmutación propia de las construcciones burguesas de lo que les es particular en general. Asimismo la Ley general —un escaso número de leyes generales— era el marco adecuado para contener el tipo de relaciones Estado-Sociedad.

III. LA QUIEBRA DE LA GENERALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Esta situación experimenta dos cambios decisivos:

1. El primero es el paso del capitalismo liberal al monopolístico y del Estado Liberal al Estado Social

Como consecuencia de este cambio la estructura social se hace más compleja desapareciendo, a la vez que el mercado de libre competencia, la homogeneidad de la clase dominante y la de su representación parlamentaria. Simultáneamente, las nuevas demandas económico-sociales al sistema político configuran unas relaciones Estado-Sociedad cuantitativa y cualitativamente distintas, es decir, concretas y frecuentes.

2. El segundo es la transformación constitucional

Al configurarse las Constituciones como normativas, asumen tanto las garantías técnicas del ordenamiento como la de los valores de la igualdad y seguridad.

Con estos dos cambios, quiebran los dos supuestos en los que se basaba la generalidad de la ley: el socioeconómico con la desaparición de aquella homogeneidad de clase susceptible de reconducirse en un mercado libre a una representación e interés general y el jurídico, pues al incorporar la Constitución normativa los valores de la igualdad y seguridad ya no es la ley su garantía y por tanto no es necesaria la generalidad que venía exigida por ella.

Ambos cambios se complementan: la transformación socioeconómica exige la quiebra de la generalidad; la transformación constitucional la permite. De ahí que, en adelante, la quiebra de la generalidad se considere como uno de los aspectos de la «crisis de la ley» y que este cambio se teorice y dogmatice como una revisión más que hay que hacer en las categorías del Estado de Derecho como se indicaba al principio.

Esta revisión ha tenido lugar a través de una doble vía: mediante el predominio del concepto formal de ley, secuela a su vez del predominio positivista y mediante la aparición cada vez más numerosa y la justificación teórica de leyes no generales. Este último supuesto se ha ido configurando desde la distinción entre ley y medida (Schmitt), la reformulación de la ley medida que se llega a entender como la prueba de la destrucción del Estado de Derecho (Luhmann, Forsthoff) y las distintas maneras de definir la ley de estructura singular que incluso llega a veces a considerarse como un género comprensivo de tipos más específicos. Esta expresión —Ley singular— es la que se adopta por la jurisprudencia y doctrina constitucionales españolas aunque ni en una ni en otra se encuentra una posición clara ni compartida.

En la jurisprudencia, la sentencia básica en la materia (166/1986, el famoso caso Rumasa) aunque se inclina por admitir la ley singular lo hace de esta manera: se empieza afirmando que la Constitución no impone estructura alguna a la Ley pero que ésta tiene «normalmente vocación de generalidad», pues la función legislativa consiste en la «producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad» (la definición de Santo Tomás no está tan lejos); se señalan después los límites a la Ley singular derivados de la igualdad (que obliga al juicio de razonabilidad), de la división de funciones y de la exigencia de generalidad para las leyes restrictivas de derechos (siguiendo una marcada característica del constitucionalismo europeo algunas de cuyas Constituciones —Alemania, Italia, Portugal—, la establecen directamente); y finalmente, se reitera que su adopción debe reducirse a los casos excepcionales que no son remediables por la Administración y que hacen necesaria la intervención del legislativo al objeto exclusivo de arbitrar la solución adecuada a la situación singular. A lo que hay que añadir (como se destaca en el correspondiente voto particular) la deficiente instrumentación de la tutela judicial frente a la ley singular, mediante el ruego al Juez de que plantee la cuestión de inconstitucionalidad o, agotada la vía judicial, un imposible recurso de amparo (frente a leyes). Por eso más parece, como se ha dicho, una prueba de dificultad de existencia de la ley singular que la de su admisión. Y todo ello sin tener en cuenta los datos extrajurídicos del contexto en el que la sentencia se produjo, difícilmente repetibles, es decir, en condiciones excepcionales favorables para una recepción más rotunda de la categoría.

En la doctrina española el debate actual sobre la generalidad es reducido y sobre todo indirecto. Un sector de esa doctrina, insatisfecho con el concepto formal de Ley (por no explicar cuestiones como la «Reserva» a la que, además, puede desvirtuar al permitir actuaciones puramente formales del Parlamento; o la división de funciones o considerar que han quebrado principios como el de jerarquía o las notas de valor y fuerza de ley) y ante la existencia de una multiplicidad de tipos de leyes, se plantea la necesidad de «construir» unitariamente el concepto de ley. Y es al intentarlo cuando aparece la reflexión sobre la generalidad. Las distintas posiciones que entonces surgen pueden agruparse según utilicen

—conforme a la terminología antes empleada— el argumento técnico-jurídico o jurídico-político.

Entre las que utilizan el argumento técnico-jurídico, cabe incluir las siguientes:

- La que afirma que si bien la Constitución no impone una estructura a la ley, en gran número de casos las remisiones que hace a la ley son a la ley general (derechos fundamentales, capacidad de las personas, regulación de colectivos, etc.), y por otra parte, las previsiones constitucionales de ley singular o son de caso único o responden a exigencias formales del Estado de Derecho, pese a lo cual se termina sosteniendo que la generalidad es un carácter «natural», no esencial del Estado de Derecho e inclinándose por un concepto formal de ley entendido como un género comprensivo de diferentes especies (Santamaría Pastor).
- La que considera que la ley, además de formal, debe ser material ya que —se afirma— el principio de legalidad funciona no sólo en las materias reservadas sino en las no reservadas, pues en éstas también es la ley la que debe regular lo esencial de los derechos y obligaciones de los ciudadanos; pero así como en las materias reservadas el contenido mínimo de esa regulación tiene que deducirse de la Constitución, en las no reservadas sólo cabe determinarlo a partir de la Ley, lo que implica una ley material, pues sería una tarea sin sentido si cualquier enunciado legal bastara. No obstante se indica la posible incompatibilidad de este concepto con la soberanía del órgano legislativo y con las exigencias del Estado Social (Rubio Llorente).
- La que, a partir de la División de Poderes, afirma la existencia de una «Reserva de Jurisdicción», en virtud de la cual la generalidad de la ley sería un requisito previo exigido para la existencia de la Jurisdicción y para su configuración como independiente (Muñoz Machado).

Entre las que utilizan lo que convencionalmente se denominaba el argumento jurídico-político, pueden situarse las que colocan en primer plano la consideración de que el Estado de Derecho que la Constitución establece no es un Estado formal sino un Estado material de Derecho (García de Enterría); a partir de ahí se señala que el principio de legalidad no puede entenderse como exclusivamente formal sino material, con referencia a valores. De donde no se deduce necesariamente el carácter material de la ley, pero tampoco que no tenga repercusiones, por lo que se la entiende como «mecanismo de resolución de cuestiones que afectan a todos los ciudadanos, fijando cuál sea el interés general de cada sector concreto, tendiendo a ser ordenación y no simples medidas concretas o coyunturales (Diez Picazo)». La idea de generalidad, por tanto, no está ausente.

IV. LA RECUPERACION DE LA GENERALIDAD EN LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: GENERALIDAD Y GARANTISMO SOCIAL

A todo lo expuesto cabe añadir algunas consideraciones.

Se dijo con anterioridad que la etapa liberal experimentó dos cambios decisivos: el nuevo intervencionismo propio del Estado Social y la asunción por las Constituciones normativas de los valores que antes garantizaba la ley general y que produjeron, respectivamente la exigencia y la posibilidad de la Ley singular. La evolución del Estado Social y especialmente su crisis han mostrado la escasa neutralidad de esos supuestos. Así, las intervenciones del Estado no se han guiado siempre por el interés general sino por intereses bien concretos, de tal manera que la posibilidad constitucional de ley singular se ha revelado más como su instrumento que como una exigencia de la realización de los valores que incorporaba la Constitución y especialmente de la igualdad, como se ha tratado de justificar. El predominio en todos estos años del número de leyes «microsociales» (para las tres últimas legislaturas españolas se acercan al 70 por 100) con objetivos bien específicos, indican hasta qué punto han sido el cauce del corporativismo propio de las sociedades contemporáneas, al que, además, se ha terminado asociando al procedimiento legislativo a través de las distintas formas de «leyes negociadas» (G. Maestro). Resulta así que las intervenciones exigidas por los fines del Estado Social y los mecanismos constitucionales que las permitían, no sólo no han servido a los objetivos propuestos sino que se han utilizado para los contrarios, con lo que puede hablarse estrictamente de «alienación constitucional» o «constitución alienada», de lo que ciertamente pueden encontrarse otros ejemplos en ámbitos bien distintos (el referéndum sobre la OTAN, es uno de ellos) pero éste es notablemente significativo.

Pero simultáneamente, la crisis económica recurrente y la subsiguiente del Estado Social se han socializado hasta el punto de que puede hablarse de una creciente mayoría que comparte circunstancias y demandas, que ha homogeneizado fragmentaciones anteriores y que podría considerarse como el coherente soporte de «lo general» a la manera como se entendió que la coherencia de la burguesía lo era de la entonces correspondiente ley general. Por esta razón, hoy ya no podría decirse que, en cuanto la generalidad de la ley producía una ocultación de lo real específico de cada sujeto, la ley singular supondría romper este fetichismo y acercarse a lo real, porque la crisis lo que rompió es lo específico, y lo común y general es más real que lo singular.

Si a ello se une que —como se indicaba antes— la generalidad de la ley es un obstáculo a las intervenciones e intereses corporativos, es decir, una de las formas más acusadas en que, en la actualidad en los sistemas capitalistas, la «legalité tue», puede concluirse que la Ley General cobra un carácter garantista en un sentido distinto al individualista del Estado Liberal y al que cabe llamar «garantismo social». De esta forma no sólo desaparece la contradicción Estado Social-Estado de Derecho como se viene sosteniendo desde Forsthoff y estaba presente en alguna posición de la doctrina española antes expuesta, sino que, precisamente, la realización de los objetivos del Estado Social guarda y aun potencia las formas propias del Estado de Derecho.

Por otra parte, no parece que la recuperación de

la generalidad sea incompatible con el constitucionalismo y en concreto con la Constitución Española. Incluso en algún supuesto la presupone. Tal ocurre en una de las cuestiones fundamentales y a estos efectos más relevante como es la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la que se utiliza el criterio de Legislación y Ejecución respectivamente y en la misma materia, lo que remite a generalidad y concreción. Y a conclusiones semejantes se llega, como ya se indicó, desde la consideración del principio de legalidad (más allá de su sentido formal positivista) y de la división de funciones, con especial proyección a una jurisdicción cada vez más abierta a valores, es decir, cada vez más «Constitucional». Igualmente las dificultades procedentes de la soberanía del Parlamento o de la igualdad tampoco deben impedir que se tenga en cuenta.

La soberanía, porque hay que entender que no existe en el Estado Constitucional (queda «fuera», en el poder constituyente) al que le es propia la limitación de todos sus poderes y por tanto del Parlamento, aparte de que no se trata de limitar a un órgano sino de que su actuación sea la constitucionalmente establecida; órgano que, además mantiene y aun acentúa hoy por la complejidad de las sociedades actuales, su carácter de «representación general» (P. de Vega) por lo que es más conforme a su naturaleza la actuación también general.

Sobre la igualdad, ya se apreció antes la excepcionalidad con que jurisprudencialmente se trataba el problema de la Ley singular, aparte de que como argumentó Schmitt al defender la generalidad en la Constitución de Weimar, la igualdad como valor recogido en la Constitución presiona en favor de la generalidad. Y cabe asimismo recordar la respuesta de otro clásico: cuando la Constitución parece que determina la Ley singular, lo que en realidad hace es designar al órgano (legislativo) competente para que produzca a través del procedimiento (parlamentario) correspondiente, un determinado acto que no necesariamente es una ley (Duguit). Pero además, debe tenerse en cuenta que la igualdad de la que se habla en estos supuestos, es una igualdad de corte individualista, desde la perspectiva de los sujetos (la del artículo 14 de la CE), pero cabe distinguir otra vertiente que se relaciona más con aspectos objetivos, que incluye una perspectiva de seguridad general y comunitaria, correspondiente a lo que antes se denominaba garantismo social (deducible del artículo 1.^o).

Tampoco parecen atendibles desde estos planteamientos apelaciones funcionales alusivas a la «inoperancia de los parlamentos» si se admitiera la generalidad o la ventaja de la Ley singular al vincular eficacia y principio democrático, ya que precisamente es lo que se trata de evitar: la utilización del Parlamento para legitimar intereses particulares.

Ciertamente que propuestas de este tipo conllevan fuertes impulsos transformadores. Y no se puede ignorar que el momento actual no permite albergar demasiadas esperanzas no sólo desde el punto de vista socioeconómico sino desde su acompañamiento cultural. El postmodernismo, el pensamiento débil, el rechazo de los planteamientos globales, la

apuesta por lo fragmentario y circunstancial como bases de la modernidad con una subyacente o explícita crítica a la racionalidad, son lo contrario a una concepción de la ley como «Razón» que ordena, estructura y tiene pretensiones de permanencia.

Pero, aun así, como objetivo parcial, parece posible ampliar el ámbito de la generalidad de la ley (ya logrado en el de los derechos fundamentales) con la conciencia de que ese objetivo se inscribe en la defensa de lo público frente al actual predominio de lo privado. También, junto a otros criterios o principios (el de competencia debe tener un papel básico en los ordenamientos complejos, si bien está más extendido pese a su vaguedad el que con distintas formulaciones puede llamarse el de «la importancia del asunto», quizás un derivado más o menos impuro de la doctrina alemana de la esencialidad) puede servir a esa finalidad inicialmente técnica aunque no alejada de las aquí contempladas, como es el concepto de ley. Porque si bien toda la argumentación anterior cabe considerarla, según la terminología que se ha venido utilizando, de carácter jurídico-político, no puede separarse de otras consideraciones más próximas a las de tipo técnico-jurídico, ligadas a la estructura del Estado de Derecho y que se mantienen actualmente. Así y además de compartir algún aspecto de las antes expuestas, deben tenerse en cuenta estas dos:

1. La que se refiere a las implicaciones de la correlación entre Estado y Derecho como expresión máxima de la institucionalización del poder. El Derecho se basa preferentemente en la voluntad del Estado, pero el Estado se basa en la estructura del Derecho. Históricamente el proceso de estatalización del poder es simultáneo al de la primacía de la ley como fuente del Derecho. Conceptualmente se mantiene la relación (Amato) porque lo que hace a la ley superior a las demás fuentes es la generalidad y abstracción que procede ciertamente de la autoridad del Estado, pero, a su vez, lo que atribuye al Estado su cualidad de instancia impersonal y objetiva en el ejercicio del poder, es la generalidad y abstracción de la ley. Y esto se traduce no sólo en la consideración de la generalidad como elemento básico de legitimación, sino en que sólo a su través la ley adquiere esa peculiaridad propia de su carácter como categoría central del Derecho Constitucional: la de vincular Democracia y Estado de Derecho.
2. La que entiende que desde que, perspectivas formales, el Estado de Derecho en las Constituciones modernas se configura en base a un principio de legalidad definido como la subordinación de todo poder público a leyes generales y abstractas cuya observancia se controla por instancias independientes.

Este tipo de consideraciones, ponen de manifiesto que la pretensión de configurar la generalidad como mecanismo de garantismo social se alía con una adecuada reformulación de aspectos del Estado de Derecho, contribuye a denunciar patologías y, sobre todo, muestran algo que en el ámbito del Derecho Constitucional actual —conforme a los su-

puestos iniciales de este trabajo— es cada vez más insoslayable: la inseparabilidad, e incluso, la unidad de forma y materia, y de que ambas (bien próximas, por otra parte, a lo que se ha venido denominando como técnico-jurídico y jurídico-político) deben estar presentes en un concepto unitario de ley.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA ORDENADA DE FORMA CORRESPONDIENTE AL TEXTO

- Flores D'Arcais, P.: «Izquierda y legalidad». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 19-2-1993.
- Zagrebelsky, G.: *Il Diritto mite*. Torino, 1992.
- Ferrajoli, L.: «El Derecho como sistema de garantías». *Jueces para la Democracia, Información y Debate* 16-17-1992.
- Jesch, D.: *Ley y Administración*. IEA. Madrid, 1978.
- Royo, J. M.: *Textos de juristas romanos*. PPU. 1984.
- Locke, J.: *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Aguilar. Madrid, 1981.
- Montesquieu: *El Espíritu de las Leyes*. Libro XI, cap. VI.
- Kant, I.: *Introducción al Derecho*. CESC. Madrid, 1978.
- Kelsen, H.: *Teoría del Estado*. Ed. Nacional. Madrid, 1979.
- Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemoing. 1923.
- Schmitt, Carl: *Sobre el Parlamentarismo*. Tecnos. 1990. *Teoría de la Constitución*. Alianza. 1982.
- Neumann, F.: *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*. Paidós. Buenos Aires, 1968.
- Luhmann N.: «El Welfare State como problema político y teórico», en *Transformazine e crisi del Welfare State*. De Donato. Bari. 1983.
- Forsthoff: «Problemas Constitucionales del Estado Social» y «Concepto y esencia del Estado Social» en *El Estado Social*. CESC. Madrid, 1986.
- Mortati C.: *La Legge provvedimento*. Giuffrè. Milano, 1958.
- Montilla, I. A.: *Las leyes singulares en el ordenamiento español*. Civitas. 1994.
- Jiménez Blanco, A.: *La función legislativa y la Reserva de Administración*. Cortes Generales. Vol. III. IEF.
- Muñoz Machado, S.: *La Reserva de Jurisdicción. La Ley*. 1989.
- Santamaría, J.A.: *Fundamentos de Derechos Administrativo*. I. Centro Ramón Areces. Madrid, 1991.
- Rubio, F.: «El principio de legalidad». *REDC*, núm. 39.
- García de Enterría, E.: «Principio de legalidad...» *REDC*. 10.
- Díez Picazo, L. M.: «Concepto de Ley y tipos de Ley». *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Tecnos. Madrid, 1990.
- Cano, J.: *La legislación estatal en la España democrática*. CESC. 1990.
- Maestro, G.: «Negociación y participación en el proceso legislativo». *Revista de Derecho Político*, núm. 32.
- Kriele, M.: *Introducción a la Teoría del Estado*. Depalma. Buenos Aires, 1990.
- De Vega, P.: *La Reforma Constitucional y la Teoría del Poder Constituyente*. Tecnos. Madrid, 1986. — «Significado constitucional de la Representación Política». *REP*, núm. 43.
- Torré, F.: «La Crise de la Loi». *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo 25. 1980.
- Amato, S.: *Stato di Diritto e trasformazione della politica*. Torino, 1992.
- Ferrajoli, L.: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Trotta. Madrid, 1995.

Breve repaso a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos

Fernando PANTALEON

Lo que sigue es una esquemática exposición de algunos de los abundantes y graves defectos de que adolece la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, realizada con el solo objetivo de ofrecer pruebas suficientes de que se trata de una Ley respecto de la que resultan absurdas tanto la búsqueda de la voluntad del legislador, como la interpretación apegada a la letra de la norma. De una Ley que no sólo exige la depuración de normas inconstitucionales, sino una difícil tarea de «reconstrucción principal» que, sin abandonar el terreno del sentido literal posible, evite que se incrementen los elevados niveles de insensatez legislativa y aporte soluciones que corrijan las contradicciones de valoración más patentes.

1. No es fácil encontrar un calificativo no insultante con el que adjetivar la enormidad de que, conforme a lo dispuesto en los artículos 3.2 y 31 LAU, al arrendatario de un «arrendamiento de temporada» se le reconozca un derecho de adquisición preferente en caso de venta del inmueble arrendado. El hecho de que quepa pactar lo contrario evita, posiblemente, que tal desatino pueda ser tachado de inconstitucional, como una limitación injustificable a la facultad de disposición del propietario de la finca; pero no mejora el juicio que merecen los autores de tal perla del absurdo jurídico. Nótese que, a tenor del apartado 4 del artículo 4.º, la exclusión del derecho de adquisición preferente deberá hacerse, para ser eficaz, de forma expresa. Y que, en principio, no cabrá en las condiciones generales de la contratación de un empresario de arrendamientos de temporada; salvo que los tribunales terminen por declarar que lo dispuesto en el artículo 31 es, para dichos arrendamientos, una aberración legislativa a la que tienen que obedecer, pero en modo alguno considerar «modelo de ordenación justa». Declaración que, desde aquí, les invitamos a realizar de inmediato.

Más satisfactorio todavía sería que los tribunales llegaran a declarar que la aberración reside, finalmente, en haber incluido los arrendamientos de temporada en el ámbito de aplicación de la Ley. O aún mejor: en no haber restringido el ámbito de aplicación de las normas relativas a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda a los de fincas urbanas cuyo destino primordial fuera ejercerse en ellas, de forma permanente, una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, o servir de sede a Administraciones públicas, sindicatos o partidos políticos. Porque, si los tribunales alcanzan tan sensata convicción, será posible evitar que dicho absurdo legal se expanda al extremo, por ejemplo, de afirmar que el arrendamiento de una plaza de garaje en el sótano de un edificio —a diferencia de la sita en un so-

lar— está asimismo sometido al ámbito de aplicación de la Ley, con derecho de adquisición preferente del arrendatario salvo pacto expreso en contrario.

2. La utilidad que reporta la existencia de una norma como la del artículo 7.º LAU es tan pequeña —aunque no existiera, nadie hubiera dudado de que regía lo que literalmente dispone— que no compensa en modo alguno el peligro que supone su interpretación a *contrario*, siempre muy tentadora cuando se trata de un artículo con escasa trascendencia normativa «directa». El peligro de que se acabe llegando a la conclusión de que no caben otros contratos de arrendamiento de vivienda a favor de tercero que aquellos de los son beneficiarios el cónyuge no separado o los hijos dependientes de quien se obliga frente al arrendador a pagar la renta. El riesgo, que los tribunales habrán de conjurar, de que se considere que el artículo 7.º impone, por ejemplo, que el plazo mínimo del artículo 9.º no sea aplicable al arrendamiento por un hijo de una casa para vivienda permanente de su anciana madre; o al arrendamiento de un piso por una sociedad para satisfacer la necesidad permanente de vivienda de un concreto empleado suyo. Hipótesis ésta, que no debe confundirse, no sólo con la de la letra a) del artículo 5.º, en la que el empleador es arrendador, sino tampoco con el caso en que la sociedad es arrendataria de un piso para que puedan pernoctar en él aquellos de sus empleados que tengan que pasar la noche en la ciudad en que se halla situado. Arrendamiento éste, incluido en el ámbito de aplicación de la Ley, pero como arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

3. En cuanto al apartado 2 del artículo 8.º LAU, escapa a mi capacidad de comprensión que se haya prohibido radicalmente el subarriendo total de la vivienda: ¿por qué no permitir que, con el consentimiento del arrendador, quien ha arrendado una vivienda, por ejemplo, por un plazo de veinte años y debe residir dos fuera de España, subarrende durante esos dos años a otra persona toda la vivienda arrendada? ¿Ha elevado aquí el legislador el prejuicio de que no puede ser arrendatario de vivienda quien no vive en la vivienda al rango absurdo de norma de Derecho imperativo? ¿Ha pretendido acaso evitar «intermediarios especuladores», sin darse cuenta de que pueden actuar mejor, desapareciendo por completo de la relación arrendaticia, mediante la cesión del contrato? ¿O se trata sin más de otro ejemplo del lamentable uso de prohibir todo lo que pueda hacer posible el fraude de ley —aquí, el de utilizar el arrendador un arrendatario-subarrendador «de paja»—, en vez de combatir exclusivamente ese fraude como dispone el artículo 6.4 del Código Civil? Sea como fuere, la prohibición en cuestión

es tan absurda que me atrevo a incitar a los Tribunales a que, con apoyo en el artículo 6.º LAU, otorguen eficacia al pacto contractual en que se permita al arrendatario el subarriendo total, sin o con la previa autorización del arrendador.

En una ley que reconoce la plena libertad contractual en la determinación de la renta de los arrendamientos de vivienda (art. 17.1 LAU), me resulta incomprensible la interdicción de que la renta del subarriendo sea superior a la del arrendamiento, aunque estén de acuerdo en ese punto arrendador, arrendatario y subarrendatario. La motivación de la enmienda de la que procede esa prohibición: «evitar que el arrendatario utilice en su exclusivo beneficio los derechos que la Ley le concede» es, en su literalidad, pasmosa (¿en beneficio de quién utiliza la gente normalmente sus derechos?); y en el fondo, parece olvidar algo tan obvio como que el arrendador, cuyo previo consentimiento escrito es requisito del subarriendo, cobrará normalmente por prestarlo.

Pero lo que merece más dura crítica es que al arrendatario de vivienda, a quien no se le ha reconocido la facultad de dar por extinguido unilateralmente el contrato de arrendamiento durante los primeros cinco años sino al finalizar el plazo pactado, o cuando proceda cada prórroga anual (art. 9.1 LAU), se le haya prohibido subarrendar parcialmente sin consentimiento del arrendador, sin otorgarle al menos la facultad de desistir desde luego del contrato en caso de que la negativa del arrendador resulte injustificada. El espectáculo de la madre que pactó para el arrendamiento del piso donde iba a vivir con su hijo una duración de cinco años, y que se queda sola por el fallecimiento del hijo, no pudiendo subarrendar la habitación de éste para ayudarse a pagar la renta porque no le viene en gana al arrendador, ni tampoco desistir de inmediato del contrato, es simplemente inadmisibles. Y una vez más, debo incitar a los tribunales a que lo impidan, haciendo uso del artículo 7.º del Código Civil, sin preocuparse de la desaparición del que era último párrafo del artículo 6.2 del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 1992 (BOC de 30 de diciembre).

4. Las soluciones que, en materia de duración del contrato de arrendamiento de vivienda, que han prosperado finalmente en los artículos 9 y 11 LAU son, por decir lo menos, muy criticables: han empeorado sustancialmente la regulación prevista al respecto en los Proyectos del Gobierno, que ya dejaba algo que desear. Mas antes de pasar a demostrarlo, es preciso plantear un interrogante que quizás sorprenda al lector: ¿Cuál es el plazo legal de duración mínima del arrendamiento de vivienda en la nueva Ley?

En la opinión general la respuesta es indudable: cinco años. Pero lo único indudable, a mi juicio, es que una respuesta distinta resulta del tenor literal del apartado 1 del artículo 9.º LAU. Esta: si se pacta una duración inferior a cinco años, que no consista en un número entero de años, el arrendamiento durará cinco años más el período de tiempo pactado o en que la duración pactada exceda de un número entero de años. Así, por ejemplo, durará cinco años y seis meses, si se pactó una duración de seis me-

ses o de uno, dos, tres o cuatro años y seis meses. Adviértase que, no sólo dispone la norma que la prórroga será por plazos *anuales*, y en un caso como el de nuestro ejemplo el último no lo sería, de acogerse la opinión dominante, sino sobre todo que, si se acogiera, el adjetivo *mínima* que califica al sustantivo duración sobraría. Ciertamente, tanto los párrafos iniciales del apartado 2 del preámbulo de la Ley, como la continua referencia al plazo de cinco años en varios preceptos del mismo capítulo II de su título II, pueden hacer pensar que sólo se trata de un desgraciado defecto de redacción: que quizá el artículo indeterminado *una* antes del sustantivo duración se usó por error en lugar del correcto artículo determinado *la*. Ya imagina el lector el juicio que me merecería el autor del artículo 9.1, sin duda una de las normas clave de la nueva Ley, si hubiese cometido un error así. Pero es que ¿cabe, acaso, pedir a los tribunales que se aparten del claro tenor literal de la norma en perjuicio del arrendatario de vivienda, para cuya protección el plazo legal mínimo fue creado?

Pero regresemos al diseño general del régimen de duración del contrato. Tomando como modelo el de «plazo legal de duración mínima» de las legislaciones de arrendamientos urbanos francesa e italiana, la única regulación satisfactoria hubiera sido ésta:

a) Fijar un plazo de duración mínima del arrendamiento de entre tres y seis años. En mi opinión, hubiera sido muy razonable distinguir según que el arrendador fuera una persona física o una persona jurídica (o una entidad sin personificación), estableciendo un plazo más largo en este caso, habida cuenta de la imposibilidad de la hipótesis de que el arrendador necesitase sobrevenidamente la vivienda para sí: un plazo mínimo de seis años, frente al de tres o cuatro para el caso de arrendador persona física.

b) Imponer dicho plazo, cualesquiera que fueran los pactos entre las partes, en beneficio exclusivo del arrendatario, mediante el reconocimiento a éste de la facultad de desistir unilateralmente del contrato a su voluntad en cualquier momento durante el plazo legal mínimo. Exigiendo, eso sí, al arrendatario un preaviso con la antelación razonable para permitir al arrendador encontrar nuevo arrendatario: tres o cuatro meses.

c) Y naturalmente, permitir que arrendador y arrendatario pactasen un término de duración del contrato superior al mínimo legal, que ambas partes estuvieran obligadas a respetar.

Pues bien, con el argumento de establecer un régimen más flexible y respetuoso con la libertad contractual —descaradamente engañoso, porque frente al modelo que acaba de esbozarse, al que estaban próximos ambos Proyectos de Ley, la libertad contractual sólo podía servir a los arrendatarios para empeorar su situación— se ha establecido un régimen de duración en el que:

a) El arrendador puede lograr mediante pacto —pactando el plazo de cinco años— que la duración legal mínima sea igualmente *obligatoria para el arrendatario*. Y si se repara en lo previsto en el apartado 8 del artículo 25, sobre el que más adelante veremos, resultará obvio cuál será el plazo «pacta-

do» típico de duración del arrendamiento de vivienda que los arrendadores impondrán en el momento en que las circunstancias del mercado lo permitan: cinco años y un día, o para evitar sospecha de fraude de ley, cinco años y dos o tres meses. Mientras que el plazo más conveniente para el arrendatario será siempre inferior a un año —para tener en cuatro ocasiones, en los primeros cinco años, la facultad de no renovar el contrato si no le interesa su continuación—; y si las dudas literales sobre la duración legal mínima se resolvieran en su favor, el plazo de un año menos un día precisamente: así podría hacer durar a su conveniencia el contrato hasta seis años menos un día. Y ahora he de preguntar al lector: ¿qué calificativo merece un legislador que, con el confesado objetivo de proteger al arrendatario de vivienda, acaba diseñando un régimen de duración del contrato en el que al arrendatario le interesa pactar un plazo de duración muy inferior al que conviene pactar al arrendador, al que típicamente lograrán imponer, por tanto, los arrendadores de viviendas? Debo confesar mi tentación de incitar a los tribunales a que, considerando que la única justificación constitucionalmente admisible de la restricción de la libertad contractual que representa el establecimiento de un plazo legal de duración mínima del arrendamiento de vivienda es la protección del arrendatario (arts. 33.2 y 47.1 CE), sostengan una interpretación correctora del artículo 9.1 LAU conforme a la cual se atribuya al arrendatario la facultad de desistir unilateralmente del contrato en cualquier momento durante el plazo legal mínimo, respetando el preaviso establecido en aquella norma. Pero incluso al lector que opine que falta base para tal interpretación —aunque ¡no es mayor la falta de base de quienes quieren corregir la letra de la misma norma en el sentido de que la duración legal mínima sea siempre cinco años?—, le pediré que piense un calificativo que haga justicia al mérito de los diseñadores del régimen de duración del contrato de arrendamiento de vivienda en la nueva Ley.

b) Si dicho calificativo no es suficientemente descalificador, la lectura del artículo 11 LAU conducirá sin duda a que lo sea. Ese mismo legislador que, sin lógica alguna, ha negado al arrendatario de vivienda la facultad de desistir unilateralmente del contrato a voluntad en cualquier momento del plazo de duración mínima del arrendamiento (instaurado en la Ley, se nos dice, para protección del arrendatario) viene a superar los límites de su propio absurdo otorgando esa facultad al arrendatario precisamente cuando haya pactado un plazo de duración mayor, y sólo si transcurridos ya los cinco primeros años, tasando legalmente la indemnización a pagar al arrendador por su ejercicio. Pero, ¿qué razón puede haber para impedir al arrendador de vivienda asegurarse, sin duda a cambio de mejores condiciones de renta para el arrendatario, un plazo de duración del arrendamiento superior a cinco años? Y si como creo la respuesta es que absolutamente ninguna defendible, habrá que incitar a los Tribunales a que no consideren sin más nulo, a tenor del artículo 6 LAU, todo pacto por el que el arrendatario renuncie a la facultad de desistimiento, o por el que resulte incrementada la indemnización prevista en el párrafo segundo del artículo 11: a que lo declaren válido cuan-

do quepa estimarlo compensado por la menor renta pactada en atención a la mayor duración contractual que así se asegura el arrendador.

5. Ante los criticados en el número anterior, otros defectos del artículo 9.º LAU parecen irrelevantes. Por ejemplo, el plazo de preaviso de la no renovación es demasiado corto para la finalidad que debe cumplir. Lo mismo cabe decir del (incomprensiblemente diferente) contemplado, aquí a favor también del arrendatario, en el artículo 10: treinta días, o un mes, es normalmente poco tiempo para encontrar un nuevo arrendatario o una nueva vivienda. Pero el apartado 3 del malhadado artículo 9.º merece análisis separado.

Cuando se considera que, a tenor de su párrafo segundo, el arrendatario de vivienda no tiene ningún remedio eficaz frente al arrendador que, habiendo utilizado la posibilidad que le otorga el párrafo primero de la referida norma, haya impuesto un plazo de duración inferior a cinco años y, extinguido el contrato, ocupado la vivienda por sí para volverla a arrendar o venderla poco después, se aprecia la imperiosa necesidad de proponer una interpretación correctora que evite que, en circunstancias de mercado favorables a los arrendadores (de exceso de demanda de arrendamientos con alzas muy rápidas de las rentas), se repita como cláusula de estilo destructora de la protección esencial del arrendatario de vivienda aquella que haga constar, tan expresa como genéricamente, que el arrendador necesitará ocupar la vivienda arrendada dentro de un año, por ejemplo, para destinarla a vivienda permanente para sí.

Y la solución sólo puede ser ésta: que los tribunales exijan, para que resulte eficaz la exclusión de la prórroga obligatoria, que el arrendador haga constar expresamente en el contrato el *suceso concreto* cuyo acaecimiento determinará la necesidad de ocupar la vivienda para sí; y que legitimen la permanencia del arrendatario en la vivienda durante cinco años, si dicho suceso no se produce, o su acaecimiento no es notificado al arrendatario, al menos un mes antes (arg. art. 10 LAU) de que se cumpla el plazo pactado. Es una solución claramente inspirada en el artículo 11 de la Ley francesa 89-462, de 6 de julio de 1989: única forma de que el loable deseo de no dejar fuera del mercado arrendaticio viviendas para las que sólo son factibles arrendamientos de corta duración no sea fuente de un fraude de ley generalizado que mine la protección básica de los arrendatarios de viviendas.

Ni que decir tiene que no comprenderá nada de lo anterior quien piense —como quizás pensó el autor de su segundo párrafo— que el artículo 9.3 LAU establece una excepción a la prórroga por necesidad de la vivienda por el arrendador. La explicación de que el plazo legal de duración mínima del arrendamiento de vivienda sea relativamente breve es, precisamente, que se parte de que no quedará exceptuado por la necesidad del arrendador o su familia, ni por ninguna otra causa: es el modelo de las leyes arrendaticias italiana y francesa. Esas excepciones resultan necesarias cuando el régimen legal de duración del arrendamiento se asemeja al de los artículos 56 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 o, por ejemplo, al del § 564.b)

del Código Civil alemán. No es éste el caso de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, a cuyo artículo 9.3 no cabe darle coherentemente otro sentido que el de norma que posibilita arrendamientos de viviendas que *a priori* se sabe excluidas del mercado arrendaticio si no se admite su acceso a él por un tiempo inferior a cinco años. La necesidad sobrevenida del arrendador es, tiene que ser, absolutamente irrelevante. Como la de su familia; mientras que no hubiera sido irrazonable atender también a la necesidad, previsible en el momento de contratar, de los descendientes o ascendientes del arrendador.

6. El párrafo segundo del artículo 13.1 LAU, especialmente su inciso final, amenaza con ser funesto en extremo por oscurecer, no sólo el sentido y relaciones de los artículos 13 y 14 de la nueva Ley, sino también la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario urbano. En efecto:

a) No tardará en extenderse (propalada, si no me equivoco, por partidarios de la inscripción constitutiva) una interpretación *a contrario* de aquel inciso del artículo 13.1.II LAU en el sentido de que, a salvo los cinco años de duración legal, un arrendamiento de vivienda no inscrito en el Registro de la Propiedad no perjudicará al adquirente (¿de buena fe?) de la finca en virtud de un derecho inscrito, aunque el arrendamiento sea anterior. Lo que es erróneo, como bien prueba el artículo 14.II LAU: ello sólo sucederá cuando concurren en el adquirente todos los requisitos del artículo 34 LH (los del art. 34, nos dice la norma, no los del art. 32: tenemos aquí un poderoso argumento legal en favor de las tesis monistas sobre las relaciones entre ambos artículos). Pero ya hemos visto escrito, y precisamente con base en el inciso final del artículo 13.1.II LAU que el artículo 14 sólo se aplica a las enajenaciones voluntarias, es decir, por causas distintas a las enumeradas en el párrafo primero del artículo 13.1. E incluso, que el artículo 14.II sólo es aplicable a los inmuebles no inmatriculados; lo que resulta más pasmoso aún, dada la expresa referencia de la norma al artículo 34 LH.

b) Y tampoco tardará en propalarse, pretendiendo idéntica base legal y probablemente desde los mismos círculos doctrinales, la opinión de que los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador no inscritos en el Registro de la Propiedad o inscritos con posterioridad al arrendamiento, aun cuando hayan nacido con anterioridad a éste, no perjudicarán al arrendatario: el arrendamiento continuará por la duración pactada (e inscrita). Lo que es absolutamente falso, cuando aquellos derechos operan con eficacia real (que no es, ciertamente, el caso del derecho de opción de compra que nunca debió figurar en la lista del art. 13.1.I LAU). Ni siquiera será así cuando el arrendatario haya sido de buena fe, sencillamente porque su derecho no es un derecho real que pueda adquirirse a *non domino*. Lo demuestra patentemente el apartado 3 del mismo artículo 13: no hay otra adquisición a *non domino* de derecho arrendaticio que la del arrendamiento de vivienda por el plazo de cinco años. La necesidad de una norma como la contenida en el artículo 13.3 LAU surge precisamente de que el principio de fe pública registral no sirve para adquirir a *non domino* derechos arrendaticios. Y es

obvio que la nueva Ley de Arrendamientos no ha pretendido cambiar eso.

Resulta, pues, necesario advertir a los tribunales que harán bien en trabajar como si el párrafo segundo del artículo 13.1 LAU no existiera, so pena de obtener conclusiones totalmente erróneas, por frontalmente contrarias al artículo 14.II LAU o al supuesto sobre el que se concibió el apartado 3 del mismo artículo 13. Y de engañarse, en fin, acerca de la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario urbano: que sin duda es un derecho personal, a salvo la duración legal mínima del arrendamiento de vivienda. No hay, a mi juicio, otra interpretación coherente de los referidos artículos que la siguiente. Como regla, *el arrendamiento urbano* (también si para uso distinto del de vivienda), *por disposición de la Ley* (arts. 14 y 29 LAU), *aunque no esté inscrito, continúa durante el tiempo pactado frente a todo cambio de titularidad de la finca arrendada, por enajenación ya voluntaria, ya «forzada» que no obedezca a un derecho con eficacia real anterior al arrendamiento* (es el caso del art. 13.I LAU, salvo por lo que al derecho de opción de compra no inscrito respecta); *a no ser que el adquirente del inmueble sea un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria* (lo que la inscripción del arrendamiento, eso sí, impedirá, caso de que la finca haya sido inmatriculada); *aunque quedando a salvo en todo caso, cuando de arrendamiento de vivienda se trate, el plazo legal de cinco años. Y siempre a salvo los cinco años, el arrendamiento no será oponible a quien haya adquirido la propiedad del inmueble del arrendador por virtud de un derecho con eficacia real nacido con anterioridad al arrendamiento* (art. 13.1 LAU), *aunque no hubiera sido inscrito o lo haya sido con posterioridad al arrendamiento* —hipótesis ésta, no planteable con el derecho de hipoteca, porque su inscripción es constitutiva, ni tampoco con el derecho de opción de compra, pues no inscrito tiene sólo eficacia personal—, por cuanto *no existe más adquisición a non domino de un derecho de arrendamiento que la que ahora se prevé en el artículo 13.3 LAU.*

7. Que en el artículo 25 LAU el legislador haya mantenido, aunque profundamente modificado, el derecho de adquisición del arrendatario de vivienda es, a mi juicio, enormemente criticable y quizás sólo explicable desde alguna nefasta obsesión de utilizar el Derecho privado en la lucha contra el fraude fiscal. Porque resulta patente que la existencia de aquel derecho supone un grave lastre para la fluidez del tráfico inmobiliario y, por ello, un desincentivo serio para la destinación de fincas urbanas al arrendamiento. Y lo que ya escapa totalmente a mi capacidad de comprensión es que, reconocido ese derecho al arrendatario de vivienda, se permita al arrendador excluirlo por pacto cuando la duración pactada para el arrendamiento sea superior a cinco años: ¿no es obvio que cuanto mayor sea la duración del arrendamiento más justificable parece facilitar el acceso del arrendatario a la propiedad? ¿Y ha olvidado el legislador que el artículo 9.º LAU conlleva un fuerte incentivo al arrendador para que pacte una duración de cinco años, por lo que ya poco le importará pactar un plazo un poco mayor para librarse del tanteo y el retracto del arrendatario? Pero, claro está, no seré yo quien derrame lágrimas por la

eliminación convencional de tan perniciosos como litigiosos derechos.

8. No cabe interpretación buena de los apartados 2 y 3 del artículo 27 LAU: a mi juicio, el apartado 1 bastaba y sobraba. Si lo que se ha querido disponer es que las causas que en los apartados 2 y 3 se reseñan son siempre justas causas de resolución, sea cual sea la gravedad del incumplimiento, lo dispuesto es sencillamente aberrante, y estoy seguro de que ningún tribunal lo aplicará. Pero incluso la lectura más razonable de que sólo se ha querido excluir la facultad judicial de señalar plazo, prevista en el párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil, resulta carente de justificación: ¿qué tiene el arrendamiento de vivienda que no tengan los demás contratos, que pueda justificar aquí esa profusión de resoluciones de pleno derecho?; para los incumplimientos del arrendatario, ¿no debería ser la directriz cabalmente la contraria: la ineficacia, como regla, de las cláusulas de resolución de pleno derecho?

Tengo la vehemente sospecha de que el autor del precepto que nos ocupa se ha dejado llevar por una lógica enemiga hacia la notoria «impunidad del impago de rentas» a que había conducido la normativa anterior, cubriendo luego su instinto básico con otros incumplimientos que le parecieran lo bastante intolerables. En mi opinión, sin embargo, el trato que la nueva Ley da al impago de la renta o la fianza es completamente equivocado —la protección del arrendatario que transitoriamente no puede pagar debió buscarse por la vía de los aplazamientos judiciales, en lugar de mantener la nefasta tradición de la enervación del desahucio, que convierte en decisiva en la suerte del contrato la lotería del señalamiento para la celebración del juicio—, y a la luz de lo que ahora se dispone en el número 2.º del artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasmosamente inmisericorde con el arrendatario (un movimiento péndular irracional (comp. art. 55 de la Ley italiana 392/78, y art. 24 de la Ley francesa 89-462). No me sorprenderá, por tanto, que ante el caso de un arrendatario que no ha podido pagar la renta a tiempo por segunda vez a causa de las dificultades objetivas para encontrar un puesto de trabajo, algún tribunal llegue a cuestionar la constitucionalidad de los artículos 27.2.a) LAU y 1.562.2.º LEC a tenor de lo prescrito en el artículo 47.1 CE, a fin de poder recurrir al artículo 1.124.III CC para «echar una mano» al arrendatario en cuestión. Y la excesiva dureza del legislador hará que no sea nada fácil reprochárselo.

9. El lector puede impaginar lo que pienso de los artículos 31 y 35 LAU. En el trámite parlamentario se ha logrado convertir el artículo 34 en un precepto farragoso y con enorme potencial de litigiosidad, que sólo anima al sistemático pacto en contrario. Pero lo peor de ese último artículo es que parece redactado por alguien con una profunda miopía para las valoraciones jurídicas:

a) Es muy irrazonable limitar su ámbito de aplicación a las actividades comerciales de venta al público. Debía aplicarse a toda actividad empresarial que suponga contacto directo con el público de los consumidores o usuarios.

b) Lo mismo puede decirse de la exclusión de su aplicación en el caso de que el arrendatario no

pueda continuar ejerciendo la actividad que desarrollaba en el inmueble arrendado por razones de edad o de salud.

c) ¿*Quid iuris* cuando el arrendatario no siga en el ejercicio de la actividad en el mismo municipio porque no pueda encontrar un buen local alternativo en arrendamiento, y ni el arrendador ni un tercero desarrollen en el antes arrendado la misma actividad u otra afín? Parece que la respuesta es que en tal caso no tendrá el arrendatario derecho a indemnización alguna. Y mi pregunta sería entonces: ¿por qué, si perdió su clientela porque el arrendador no quiso renovar el contrato?

Un par de preguntas más: ¿habrá que entender aplicable el número 2 del artículo analizado aunque el arrendatario siga en el ejercicio de la misma actividad en un municipio diferente? Y que siempre que concorra el segundo de los requisitos de ese número el arrendatario podrá optar por su aplicación en lugar del número 1, aunque continuado ejercitando la misma actividad en el mismo municipio? Y una sospecha: ¿no creían los parlamentarios que en el artículo 34 LAU estaban estableciendo una norma imperativa?

10. Estoy seguro de que, si un jurista extranjero conocedor del castellano, pero que no esté familiarizado con nuestro anterior Derecho de arrendamientos, lee el apartado 1 del artículo 36 LAU, quedará sumido en la más profunda perplejidad, si no piensa que está olvidando su español; perplejidad, reforzada por la referencia al título IV de la Ley en su artículo 4.1. Comenzará a ver el tema más claro tras la lectura del apartado 4 del preámbulo de la Ley y de su disposición adicional tercera. Y todavía más, si se le informa sobre los Decretos de 26 de octubre de 1939 y, su sustituto, de 11 de marzo de 1949, al que se ha visto experimentar en los últimos tiempos un florecimiento sorprendentemente eficaz.

Claro que a lo mejor nuestro imaginario extranjero termina por pensar lo mismo que yo al respecto: que seguramente vulnera los artículos 31.1 o 33.1 de la Constitución Española la creación de un impuesto tan arbitrario sobre los arrendamientos urbanos o, si se prefiere mayor rotundidad, la confiscación, sea al arrendador, al arrendatario o a ambos, de los intereses de una suma de dinero igual a una o a dos mensualidades de renta. Luego *seguramente el apartado 1 del artículo 36 LAU y su disposición adicional tercera son inconstitucionales por vulneración de los artículos 31.1 y 33.1 de la Norma Fundamental*. E indudable es que en algunas cosas un país no cambia por la muerte de un militar de alta graduación.

11. Pero este «repaso» comienza a ser ya demasiado largo, y conviene centrarse, finalmente, en las disposiciones transitorias, en mi opinión lo más desafortunado de la nueva Ley.

En cuanto a la primera, provoca una injusticia fundamental para aquellos arrendamientos —a los que sin duda alguna también se ha querido aplicar, conforme al inciso final del párrafo primero del apartado 6 del preámbulo— que, pese a haber sido celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, se encuentran sujetos al régimen de prórroga forzosa. La injusticia parece obvia en los casos en que ello procede de la totalmente equivocada línea jurisprudencial de al-

gunos tribunales inferiores en el sentido de que el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, solamente transformó aquel régimen en dispositivo, por lo que se precisaba el pacto en contrario de las partes para que quedara excluido. Y tiene tal gravedad en caso de que en el contrato en cuestión no se hubiera incluido una cláusula de estabilización —y todavía más en comparación con la exquisita comprensión que, como se reiterará más adelante, el legislador ha tenido con los arrendadores entre 1964 y 1985, a los que concede como regla la plena actualización de la renta, pese a que pudieron pactar válidamente cláusulas de estabilización, en atención, sobre todo, a las incertidumbres jurisprudenciales respecto de la validez de dichas cláusulas o de algunos tipos de ellas—, que me impulsa a proponer a los tribunales que en la referida hipótesis permitan la actualización anual de la renta según la variación experimentada por el índice general nacional del sistema de Índices de Precios de Consumo. Por ofrecer un apoyo normativo: aplicando por analogía la regla 4.ª del apartado 11 de la disposición transitoria segunda o la regla 6.ª del apartado 6 de la disposición transitoria tercera, y «olvidando» por lo que a las viviendas respecta, que el apartado 1 de la disposición transitoria primera sólo remite a los apartados 2 y 3 de la transitoria segunda.

En fin, tal «olvido» puede ser también muy útil para llegar a la otra solución que estimo adecuada: que sean los apartados 4 a 9 de la disposición transitoria segunda, o los apartados 2 a 5 de la disposición transitoria tercera, los que determinen la duración de los arrendamientos de que se trata. Lo que parece sensato incluso para aquellos contratos en que las partes pactaron explícitamente la existencia de prórroga forzosa, pues la retroactividad tiene aquí muy buen sentido, al venir provocado el cambio legislativo por la general convicción de que las subrogaciones de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos eran absolutamente excesivas. ¿Por qué entender necesariamente que lo que pactaron prórroga forzosa se remitieron «estáticamente» al régimen jurídico de la misma en el Texto Refundido de 1964, y no «dinámicamente» a su régimen en cada momento?

12. Por lo que respecta a la disposición transitoria segunda de la nueva Ley, a propósito de los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985:

a) La absoluta eliminación, en la lista de beneficiarios de la subrogación, de los descendientes no hijos y de los hermanos del arrendador seguramente no fue acertada. Una pequeña delicadeza al respecto —¿pero no cabría sostener todavía, con el artículo 47.1 CE en la mano, que todos los familiares mencionados en el artículo 16 LAU tienen derecho cuando menos a continuar cinco años en la vivienda desde la entrada en vigor de la Ley?— habría restringido las probabilidades de éxito de una «ingeniosa táctica» que hemos oído ya aconsejar, y que amenaza con dar alas a los que consideran aberrante la norma del apartado 7 de la disposición transitoria de que se trata: el sin duda aberrante espectáculo de un nieto o nieta o un hermano o hermana del fallecido arrendador o arrendadora decla-

rando que desde hace más dos años mantenía con éste o ésta relaciones hetero u homosexuales.

b) Es un error que sencillamente descalifica a su autor que, en el párrafo tercero del apartado 4, aparezcan como beneficiarios de la segunda subrogación *los hijos del arrendatario al tiempo de entrada en vigor de la Ley que convivieran con el cónyuge primer subrogado, en vez de los hijos de éste que convivieran con él*; que es, no sólo lo único sensato, sino seguramente aquello que impone la justificación constitucional de las subrogaciones *mortis causa* en los arrendamientos de vivienda: la protección jurídica de la familia de quien es, no del que fue, arrendatario (art. 39.1 CE). Al lado de esto, el olvido del requisito de la convivencia durante dos años de los hijos en este supuesto (porque se trata de un olvido, ¿verdad?; véanse los apartados 4.1 y 5.1) resulta «pecado venial». Lo mismo que utilizar la expresión «descendencia en común» en el apartado 7 —y en los arts. 12.4 y 16.1.b) LAU—, lo que literalmente excluye a los hijos adoptivos (no se les ha querido excluir, ¿verdad?).

c) Basta recordar a qué arrendamientos eran aplicables los artículos 99, 102 y 108 de la Ley de 1964 para darse cuenta de la enormidad que, conforme a su tenor literal, prescribe el apartado 10 de la disposición transitoria que nos ocupa. Cabe entender que, a modo de compensación por el escalonamiento en la actualización retroactiva de la renta, se concedan los derechos de los apartados 10.2, 10.3 y 10.5 hasta que tal actualización se complete. Pero una vez ello suceda, el mantenimiento de dichos derechos en favor del arrendador me parece tan pasmosamente injustificable, que debo incitar también aquí a los tribunales a realizar la correspondiente interpretación correctora: los derechos que otorgan al arrendador aquellos apartados se extinguirán «a partir del año que se alcance el 100 por 100 de la actualización». Conviene no olvidar, en esta y otras cuestiones, que los actuales propietarios arrendadores de las viviendas no son, frecuentemente, los que durante años sufrieron en sus carnes la «congelación» de las rentas.

d) En el apartado 11 de la disposición transitoria analizada se bate el récord de mal hacer legislativo, empezando por algo tan inalficible como que una de las reglas más trascendentales para la práctica del régimen transitorio, la que fija el momento a partir del cual el arrendador de vivienda puede requerir la actualización de la renta, puede interpretarse de tres modos diferentes. En el día y mes de 1995 que coincida con el día y mes del año de celebración de contrato; en todos los casos el 1 de enero de 1996; o en el día y mes de 1996 que coincida con el día y mes del año de celebración del contrato. La primera de esas interpretaciones es la que cuenta con el favor prácticamente unánime de la doctrina; pero se notará que en modo alguno es la que mejor encaja en la letra del párrafo segundo del apartado 11 (sí, en la diferente letra con que empieza del apartado 6 de la disposición transitoria tercera), pues durante 1995 nunca puede cumplirse una anualidad *a partir de la entrada en vigor de la ley*, 1 de enero de 1995, del vigencia del contrato.

e) Por no detenerme en otros «defectos veniales» —como la referencia a 1994 en el párrafo se-

gundo de la regla 5.^a, cuyo autor ignoró que la renta actualizada ha de calcularse para cada período anual—, me parece un profundo error haber extendido también la actualización legal retroactiva a todo arrendamiento posterior al 1 de julio de 1964: piénsese, por poner el ejemplo más obvio, en un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado en 1975 en que no se pactó actualización de la renta a causa de lo muy elevado de la pactada desde el inicio. En mi opinión, a lo más, la actualización legal pudo otorgarse en aquellos casos en que el contrato contenía una cláusula de estabilización pero fue declarada nula sin razón (a la luz de la última y más liberal jurisprudencia) por un tribunal; y sólo hasta alcanzar la renta que hubiera resultado de la aplicación desde su anulación de la cláusula de actualización acordada. Y aun en dichos casos, la solución habría sido discutible: normalmente la ley no obliga a los beneficiarios a indemnizar a las víctimas de las líneas jurisprudenciales abandonadas. En fin, por hacer referencia al otro argumento que se manejó en este asunto, los arrendadores con cláusulas de estabilización no fueron los únicos que resultaron perjudicados por las medidas legales antiinflacionistas entre 1976 y 1981, ni necesariamente los más merecedores de ser resarcidos por los beneficiarios directos de las mismas.

La reflexiones precedentes se potencian observando que, a la luz de lo dispuesto en la regla 4.^a, podría resultar mejor tratado el arrendador sin cláusula de estabilización que el que insertó una basada en un índice menos favorable para él que el índice general nacional del sistema de Índices de Precios de Consumo. Llegados a tal punto, no puedo sino incitar a los tribunales a que no permitan la actualización de la renta según el apartado 11 de la disposición transitoria segunda cuando tengan la razonable convicción de que, si el contrato carece de cláusula de estabilización, es porque no se quiso que la tuviera.

f) Pero indudablemente la más seria equivocación de dicho apartado 11 es haber diferenciado regímenes de actualización con base en el nivel de ingresos del arrendatario. Esto es un «polvorín de litigiosidad», con arduas complicaciones (piénsese, por ejemplo, en las alzas y bajas bruscas en el nivel de ingresos de un concreto arrendatario) y enormes dificultades de prueba. Supone un fuerte incentivo al fraude fiscal, y la no búsqueda o el rechazo por parte del arrendatario o una persona que conviva habitualmente con él de un (mejor) trabajo cuya (mayor) retribución pudiera llevar los ingresos totales a un nivel indeseable a efectos de la actualización de la renta. Y ni siquiera puede ser bien defendido desde el punto de vista de la justicia distributiva, porque no se tiene en cuenta el nivel de ingresos de cada correspondiente arrendador.

Mención separada merece, naturalmente, lo dispuesto en la regla 7.^a. Nada diré sobre lo que me parece que se subvencione el gasto en vivienda sólo a los pobres que ya son arrendatarios, y se subvencione más a los arrendatarios pobres que tienen la fortuna de venir habitando en mejores viviendas que otros, a lo peor más pobres. Sí parece indiscutible que, si la disposición final cuarta de la Ley no existiese, aquella regla sería inconstitucional: el artículo

31.1 CE no permite que tal subvención a los arrendatarios se haga a costa de sus arrendadores; y es incompatible con el artículo 33.1 CE que el vaciamiento del contenido económico de la propiedad de éstos se perpetúe (cfr. STC 89/1994, de 17 de marzo, y sobre todo su voto particular). Pero a mi juicio, es claro que, mientras esa ley de beneficios fiscales que contempla la disposición final cuarta no se promulgue, la indicada inconstitucionalidad no se ha soslayado con la sola existencia de dicha disposición final. Tengo por seguro, en efecto, que *el contenido esencial de la propiedad y el principio de igualdad ante las cargas públicas no pueden quedar al arbitrio del Gobierno*, al que no hay otra manera de obligar a presentar el proyecto de ley en cuestión (como no la hubo de obligarle a dictar los Decretos previstos en el artículo 100 de la Ley de 1964) que la cuestión de inconstitucionalidad que animo a los jueces a plantear de inmediato. *La regla 7.^a de la disposición transitoria segunda de la nueva Ley es inconstitucional, pese a la disposición final cuarta, porque vulnera frontalmente las exigencias de los artículos 31.1 y 33.1 de la Norma Fundamental.*

Una reflexión final sobre la disposición transitoria segunda: junto a los arrendatarios pobres (que tienen la fortuna de habitar ya en viviendas «no de pobres»), los más beneficiados por aquella son los arrendadores de viviendas para clases altas o medias («no de pobres») con contratos celebrados después del 1 de julio 1964. Esto es un hecho indiscutible; malévolo sería preguntarse cuántos diputados y de qué grupos políticos estaban en dicha situación en 1994. Malévolo y probablemente desatinado: hay seguramente en eso más ignorancia e improvisación que malicia.

13. En cambio, pasando a la disposición transitoria tercera de la nueva Ley relativa a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985, seguramente sería injusto no reconocer al Grupo Parlamentario Catalán (CiU) el mérito de haber conseguido para su clientela política de pequeños comerciantes un régimen de extinción y subrogaciones que estimo completamente desafortunado. Dicho mérito debe ser compartido, sin duda, con la citada sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de marzo, que al decidir que el régimen de prórroga forzosa del texto refundido de 1964 no lesionaba el contenido esencial del derecho de propiedad privada garantizado por el artículo 33.1 CE, no sólo respecto de viviendas —con lo que estoy esencialmente de acuerdo—, sino tampoco en cuanto a los locales de negocio —lo que tengo por totalmente equivocado: no existe sobre éstos una norma equiparable al artículo 47.1 CE; nunca ha existido una prórroga de tal calibre para los arrendamientos rústicos—, ha dejado las manos completamente libres al legislador ordinario en trance de diseñar el régimen transitorio de los arrendamientos en cuestión.

Pero alguien más merecería compartir aquel mérito: el que tuvo la «genial idea» de encubrir la realidad bajo la apariencia de dignidad jurídica que aporta la distinción entre personas físicas y personas jurídicas («presumiendo mayor solvencia económica allí donde el entramado organizativo es más complejo», se nos dice en el preámbulo de la Ley),

evitando así, a *costa de los arrendadores*, el «engorro» de apreciar si el arrendatario del local persona física de que se trate es, en verdad, económicamente débil. El pastel, sin embargo, ha quedado bastante descubierto cuando, en el apartado 4 de la disposición transitoria cuarta, se evita el mismo «engorro» respecto de los arrendamientos en que se desarrollan actividades profesionales, pero *aquí a costa de los profesionales arrendatarios* y sin sombra de razón que pueda justificar tal diferencia de trato; ante lo que el Tribunal Constitucional podría, con el artículo 14 CE en la mano, hacer saltar todo ese descarado tinglado de protección discriminatoria y desmedida de cierta clientela electoral.

Por mi parte, opino que no hay motivo razonable para que el régimen transitorio sobre la duración de los arrendamientos de que se trata deba ser distinto según la condición de persona física o jurídica del arrendatario, ni según la actividad que se desarrolle en el local, ni según el potencial económico de aquél; pues nada de ello es, cabalmente, problema de los arrendadores, a cuyas anchas espaldas no es legítimo cargar los privilegios competitivos (¿nadie se ha preocupado de los futuros pequeños comerciantes en locales arrendados, que habrán de competir con los ya establecidos?) que el legislador ha tenido a bien continuar otorgando a determinada categoría de arrendatarios. Pero mi opinión no ha sido escuchada, y no me resta sino proponer los tribunales que no incrementen la sinrazón legislativa exigiendo la perfecta personalidad jurídica del arrendatario para considerar aplicable el apartado 4, en lugar del aún más irrazonable 3, de la disposición transitoria tercera. Habrá de bastar al efecto que el arrendatario esté estructurado como un grupo unificado con patrimonio separado del de sus componentes para participar como tal en el tráfico. Que haya preferido llamarse a sí mismo «comunidad de bienes», o que no haya cumplimentado las formalidades que exija la adquisición de personalidad jurídica plena, no debe ser fuente de privilegios arrendaticios.

Y para terminar, la crítica de otros defectos fundamentales las disposiciones transitorias tercera y cuarta, además de lo que el lector puede ya imaginar que pienso de los apartados 9 y 10 de la primera de dichas transitorias:

a) Es verdaderamente pasmoso que el legislador, que debía conocer perfectamente que un buen número de jubilados seguían siendo arrendatarios de locales de negocio arrendados antes del 9 de mayo de 1985, haya dispuesto ahora que la jubilación es causa de extinción o de subrogación en los contratos de esa especie, y no se haya dignado resolver expresamente el caso de los ya jubilados al tiempo de entrada en vigor de la Ley. De las soluciones posibles —el contrato se extinguirá de inmediato, salvo subrogación; sólo el fallecimiento del ju-

bilado será, en tal hipótesis, causa de extinción o de subrogación—, la segunda tiene el serio inconveniente de que discrimina muy negativa e injustificadamente a quien se jubiló al día siguiente al de entrada en vigor de la Ley. Pero, seguramente, no será la primera la que termine imponiéndose en los tribunales: no sólo la afecta el problema de la asimismo pasmosa omisión por el legislador del plazo en que cabe la subrogación, sino sobre todo resulta improbable que los tribunales opten por hacer pagar a los jubilados las injustificables omisiones del legislador, teniendo a su disposición la obvia excusa del principio de irretroactividad de las leyes a tenor del artículo 2.3 del Código Civil. Por más que no sea fácil descubrir de qué retroactividad se trata —para la lógica de la norma, no parece decisiva la fecha de jubilación, sino la situación de jubilado, en la que se sigue estando tras la entrada en vigor de la Ley—; y no exista razón alguna para que el plazo de notificación de esa subrogación pueda ser superior a los tres meses que prevé el artículo 16.3 LAU respecto de los arrendamientos de vivienda.

b) No imagino ningún adjetivo no insultante con que pueda calificarse justamente al «genial inventor» del derecho preferente a arrendar del anterior arrendatario que regula el apartado 11 de la disposición transitoria tercera. A más de los enojosos requisitos con que grava a los arrendadores, provocará seguramente que los locales de negocio permanezcan vacíos un año tras la extinción del arrendamiento, pues es indudable que quien busque un local para arrendar preferirá soslayar el riesgo de terminar perdiéndolo tras haber incurrido en los costes de negociación de las condiciones del arrendamiento. ¿Pero es que alguien piensa que los arrendadores no renovarían los contratos a sus arrendatarios por el mero placer de fastidiarles?

c) En fin, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, ¿cómo es posible que en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta se haya mantenido a la Iglesia Católica como beneficiaria de una norma de privilegio?

Algunas otras críticas han quedado en el tintero, pero creo que las enunciadas son suficientes para probar lo que al comienzo me propuse. Ante tal cúmulo de despropósitos y descuidos podría también reflexionarse sobre la mejor manera de elaborar leyes de gran dificultad técnica, preconizando quizá el recurso a la fórmula de la ley de bases. Más sano democráticamente parece emplear el tiempo en la reconstrucción del ordenamiento jurídico, empleando todos nuestros recursos interpretativos. Pero luego, que cada cual peche con sus propias responsabilidades; porque la interpretación jurídica tiene sus límites, que se manifiestan cuando un legislador real consigue destrozarse el mito del legislador informado y racional sobre el que el arte de descifrar leyes descansa.

El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*

Fabrizio GUARIGLIA

I. INTRODUCCION

La crítica a la capacidad del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la así llamada «criminalidad organizada» se ha expandido notoriamente en los últimos tiempos. En efecto, ya no se trata de un reclamo, en todo caso equilibrado por la existencia de un discurso alternativo, más moderado —y consciente, en definitiva, de sus propias limitaciones—, que operaba como muro de contención de estas aspiraciones, a menudo no exentas de irracionalidad, de «eficiencia absoluta», sino que se ha instalado firmemente —y a veces pareciera que hasta hegemonícamente— en la discusión político-criminal de fin de siglo. Los primeros frutos de este proceso ya están a la vista: nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas en varios de los ya existentes, reformas al procedimiento penal con el fin de tornarlo «apto» como herramienta para la lucha contra nuevas formas de delincuencia cuya complejidad, se afirma, excedería su capacidad funcional actual.

Este trabajo pretende analizar, precisamente, uno de estos nuevos métodos adoptados por la reacción penal estatal: la introducción en el esquema clásico del procedimiento penal del *agente encubierto*, es decir, del miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información, y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal en su formulación europeo-continental. Para ello, se tratará fundamentalmente la regulación de dicha actividad policial en la ley procesal penal alemana (*Strafprozeßordnung* —StPO—), y la discusión dogmática en torno a ella (II). Seguidamente, se analizará, en for-

ma más breve, la reciente recepción del agente encubierto en la legislación argentina (III), para finalmente intentar algunas conclusiones (IV).

II. LA REGULACION EN LA StPO

La «Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada» (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität —OrKG—*)¹ —y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la StPO— ha introducido la figura del *agente encubierto* (*Verdeckter Ermittler*), y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los que su actividad se halla sujeta. De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente², encuentra ahora apoyo normativo explícito.

Es posible afirmar que la reforma a la StPO ha arrojado un poco de luz en un panorama sumamente difuso, cuya imprecisión se extendía, incluso, a los conceptos utilizados³. A la poca claridad reinante en el tema han contribuido, sin duda, los erráticos intentos por justificar la utilización de estos métodos de investigación a pesar de la ausencia de toda norma potestativa correspondiente en la legislación procesal penal. Ejemplo claro de esto último es la tendencia de la jurisprudencia alemana a admitir dentro del procedimiento penal las prácticas policiales de provocación (*Lockspitzelpraxis*) mediante una aplicación desmesurada del § 34 StGB (artículo del Código Penal alemán regulatorio del estado de necesidad justificante)⁴, utilizado aquí como norma de autorización en el procedimiento penal⁵.

* El núcleo inicial del presente artículo consistió en una ponencia presentada en el seminario correspondiente al semestre de invierno de 1994 en el *Institut für Kriminalwissenschaften* de la Universidad de Münster, a cargo de los profesores doctores Eberhard Struensee y Ursula Nelles. Quedo especialmente agradecido a los profesores doctores Eberhard Struensee y Friedrich Dencker, así como a los asistentes Bernhard Brinkmann, Michael Rietmann, doctora Petra Veltin y Petra Wappler por las discusiones, sugerencias y comentarios que, espero, se vean reflejados en la versión final del texto.

¹ 15-7-1992.

² Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 2.ª ed., De Gruyter, Berlin/New York, 1991, pág. 685, nota 19.

³ Los términos habitualmente empleados en la discusión sobre el problema —«*Lockspitzel*», «*V-Männer*», «*Verdeckter Ermittler*», «*V-Leute*», «*agent provocateur*»—, son a menudo confundidos entre sí, como si todos designaran al mismo objeto. Sólo recientemente se ha establecido una diferenciación terminológica relativamente clara. Cf. Lüderssen, Klaus, prólogo a *V-Leute*,

Die Falle im Rechtsstaat, Shrkamp, Frankfurt a.M., 1985; Weißlau, Edda, *Vorfeldermittlungen. Probleme der Legalisierung «vorbeugender Verbrechensbekämpfung» aus strafprozeßrechtlicher Sicht*. Duncker & Humblot, Berlin, 1989, págs. 86 y ss.

⁴ Ya en forma expresa, ya implícitamente, recurriendo a la *ponderación de valores*, inherente a dicha causa de justificación, para sustentar la actividad policial.

⁵ Dencker, Friedrich, *Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsteilnahme*, en *V-Leute* cit., pág. 247. La solución intentada (también para la fundamentación de la actuación de los agentes encubiertos) confunde los planos en los que actúan, respectivamente, las *normas de deber* (como lo son las normas penales, sean mandatos o prohibiciones), las *normas de permiso* (causas de justificación) y las *normas potestativas* (las reglas de procedimiento). El § 34 StGB sólo puede tener relevancia en cuanto a la determinación de la antijuridicidad de la conducta individual del agente policial que, durante su actuación «encubierta», comete un hecho típico. Nada dice —ni puede decir— en cuanto a la admisibilidad *procesal* de su actuación, tarea privativa de las nor-

La reforma, sin embargo, presenta al mismo tiempo una serie de problemas dogmáticos todavía pendientes de una respuesta. En las siguientes páginas se intentará una descripción de la regulación prevista en los §§ 110a y ss., StPO, y de la discusión en torno a ellos, profundizando el análisis en ciertos puntos particularmente críticos, en donde las nuevas reglas chocan con postulados básicos de la StPO, e, incluso, con principios consagrados en la Ley Fundamental alemana.

II.1. El § 110a StPO

a) El § 110a II define a los agentes encubiertos (AE) como «miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (*Legende*, «leyenda»), otorgada por un período limitado de tiempo». Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin «leyenda»), al igual que los así llamados «Hombres-V» (*V-Leute*)⁶. Esto último, advierte la literatura, tiene gran importancia, ya que los órganos encargados de la persecución penal no deben intentar evitar las limitaciones a las que se encuentra sujeto el agente encubierto mediante la utilización de Hombres-V o «informantes», los cuales no son, en principio, miembros de la policía⁷. La consecuencia inmediata de ello sería la posibilidad de valorar judicialmente la información recogida mediante la utilización —no amparada por el § 110a— de estas prácticas, cuando el caso se subsuma en alguno de los supuestos establecidos en el catálogo de delitos previsto en la norma [(ver *infra* (c))]. Ello, sin embargo, es objeto de discusión: se ha argumentado que la prohibición de valoración probatoria se encuentra li-

mas de procedimiento. Cf. Maier, Julio. *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 114 y ss.; 129 y ss. Es claro que la relación inversa conduce a otro resultado. la norma procesal que autoriza, por ejemplo, un ataque directo en la esfera de derechos de los ciudadanos, opera como *norma de permiso* (causa de justificación), y, por consiguiente, neutraliza la eventual infracción a una norma de deber descrita en el tipo penal.

No han sido pocas las críticas a este abrupto traslado al campo del procedimiento penal de normas de derecho penal material —dirigidas fundamentalmente a los ciudadanos— con el único fin de fundamentar un ataque estatal al ámbito de las garantías individuales. Cf. por todos, Amelung, Knut, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?*, en «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW), 1977, núm. 19. C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1977, pág. 833 y ss., añadiendo una dimensión política a la crítica: la determinación de normas autorizando injerencias estatales en la esfera de derechos de los individuos es una cuestión política trascendental que, en un Estado de derecho, sólo puede ser decidida por el legislador (pág. 835); tb. Amelung, Knut/Schall, Hero, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis*, en «JuS», 1975, núm. 9. C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1975, pág. 565 y ss.; el mismo, *Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtlicher Eingriffsnorm?* en «NJW», 1978, núm. 13, págs. 623 y s.

⁶ Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz. *Strafprozeßordnung*, 41.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, pág. 386, núm. 4. Por «Hombres-V» se comprende aquellos particulares que colaboran habitualmente con la policía, y son utilizados por ella para sus tareas de investigación: los «informantes», por el contrario, son sólo

mitada al caso en que personas no legitimadas por el § 110a ingresen en alguna vivienda privada, ya que ellas tampoco pueden ampararse en la autorización comprendida en el § 110c (ingreso domiciliario, en principio, sólo bajo aquiescencia del juez del procedimiento preparatorio)⁸. En contra de esta última postura, se puede afirmar que ella pasa por alto el hecho de que las nuevas normas autorizan una incursión secreta y directa en la esfera íntima del ciudadano bajo sospecha, la cual puede asumir múltiples formas (entre ellas —y sin duda, de gran importancia—, la del ingreso en el domicilio particular); con tal fin estas normas regulan una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra la exigencia de que la persona que realice dicha actividad sea miembro regular de la policía, y, por ello, se vea limitado por ciertos principios básicos inherentes a su función. Esto último no sucede, como resulta obvio, en el caso de los Hombres-V⁹, a pesar de su íntima vinculación con las fuerzas policiales.

Se debe remarcar, de todos modos, que la tesis que considera a los Hombres-V como «simples testigos», y, por consiguiente, propugna como única regulación de su actividad las reglas procesales destinadas a la prueba testimonial —implícita en la decisión del legislador alemán de ignorar el problema¹⁰— resulta también criticable: a partir de ella, lo único que las fuerzas policiales deben hacer para sortear exitosamente los «obstáculos» previstos en la ley procesal es utilizar a particulares; la información recogida por éstos mediante métodos inadmisibles para los órganos de la persecución penal (ingresos domiciliarios irregulares, interrogatorios «informales», etc.) será plenamente aprovechable en el procedimiento. Ello conduce, en definitiva, a la *relegitimación* de la actividad estatal contraria a las normas que regulan el procedimiento penal¹¹, incompatible con la máxima del «proceso justo» (*fares*

colaboradores ocasionales, que, por lo general, intervienen cuando han tenido noticia de al comisión de un delito.

⁷ Cf. Nack, Armin, en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, C. H. Beck, München, 1993, pág. 421, núm. 6. La afirmación de que los Hombres-V no integran las fuerzas policiales puede, y debe ser relativizada, ya que su actuación es guiada y controlada por la policía, y sirve directamente a sus tareas (Weißblau, pág. 88). Por ello, no resulta admisible considerar a dicha actividad como «privada», y por ende, libre de todas las limitaciones que el Estado de derecho le impone a la persecución penal.

⁸ Kleinknecht/Meyer, pág. 386, núm. 4.

⁹ Cf. Hilger, Hans. *Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG*, en «Neue Zeitschrift für Strafrecht» (NSTZ), 1993, núm. 11, C. H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1993, pág. 523, nota 128.

¹⁰ Velten, Petra: *Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung. Zur Kontrolle daraus resultierendes Macht*, tesis doctoral (en prensa), pág. 53: elípticamente, Hilger, pág. 523, nota 128.

¹¹ Ejemplo claro de esto último es la decisión del BGH del 21-7-94, en «Strafverteidiger» (StV), 1994, núm. 11, Luchterhand, Neuwied, 1994, págs. 521 y ss., en la que se limita la aplicación de la prohibición de incorporar al debate oral el testimonio de la persona que haya escuchado la declaración (*Verhörperson*) en el caso previsto por el § 252, StPO (inadmisibilidad de la introducción por lectura en el debate de la declaración testimonial prestada durante el procedimiento preparatorio si el testigo utiliza en dicho estadio procesal, por primera vez, su derecho a no declarar), exclusivamente al círculo de los funcionarios de la persecución penal, admitiendo, por consiguiente, el testimonio de Hombres-V cuando el testigo haga uso de su derecho a rechazar el testimonio

Verfahren, Due Process), postulado fundamental de todas las legislaciones procesales modernas, y garantía universalmente reconocida en todos los pactos internacionales en materia de derechos humanos. Si bien es indudable que las reglas del procedimiento penal, en general, y, dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen como destinatarios a los «órganos estatales de la justicia penal»¹², y no abarcan, por consiguiente, a los particulares, es también claro, como ya se ha indicado¹³, que en el caso de actividad investigatoria dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.

b) Siempre que ello resulte necesario para la construcción y mantenimiento de la identidad falsa (*Legende*), se admite la confección, modificación y utilización de los documentos respectivos (§ 110a III). De este modo, queda contestada la pregunta¹⁴ sobre la punibilidad, conforme al § 348 StGB (falsa autenticación o certificación de documentos en la Administración pública), o eventual justificación de dichas acciones¹⁵. La norma no detalla los documentos comprendidos; la literatura circunscribe el concepto a los documentos habitualmente utilizados para la certificación de identidad (identificación personal, pasaporte, licencia para conducir, etc.), y excluye expresamente la posibilidad de alterar libros públicos y registros¹⁶.

c) El § 110a establece, como presupuesto necesario para la intervención de un AE, un catálogo de delitos. La ley se ha apartado del proyecto originario, que establecía un *numerus clausus* de delitos, para incorporar, como números 3 y 4, cláusulas generales que posibilitan la ampliación de su aplicación a otros ilícitos¹⁷. Según el texto definitivo del § 110a la actuación de un AE es admisible en los siguientes supuestos: a) cuando alguno de los hechos punibles enumerados en los números 1 a 4, «de considerable significado», haya sido cometido, o exista sospecha de su comisión; b) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de un año, o superior (*Verbrechen*), siempre que sobre la base de hechos determinados exista el peligro de reiteración. Para ambos supuestos rige la condición de que el esclarecimiento por otra vía aparezca como imposible o sumamente dificultoso (*cláusula de subsidiariedad*, idéntica a la prevista en el § 100a StPO —intervención de las comunicaciones a distancia—); c) para el esclareci-

miento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de un año, o superior, *sin peligro de reiteración*, «cuando el especial significado del hecho exija la intervención y otras medidas resultarían inútiles»¹⁸ (segunda *cláusula de subsidiariedad*).

Los hechos punibles descritos en los números 1 y 2 son aquellos cometidos «en el ámbito del tráfico de estupefacientes y de armas, de la falsificación de dinero o valores» (número 1), y «en el ámbito de la protección del Estado» (remisión a los §§ 74a, 120 de la Ley de Organización de los Tribunales). Los números 3 y 4, como ya se dijo, no se refieren a tipos penales concretos, sino que abarcan *modalidades de ejecución*: así, permiten la utilización de agentes encubiertos aquellos hechos cometidos «en forma profesional o habitual» (número 3), o, «por el miembro de una banda o grupo de otro modo organizado» (número 4). Según la jurisprudencia del BGH, actúa en forma *profesional* quien desea procurarse a través de una actividad reiterada una continua fuente de ingresos, de cierta duración temporal y cierta cantidad; en forma *habitual*, quien a través de una inclinación adquirida con el ejercicio, tal vez incluso inconsciente, se dedica a la comisión reiterada de delitos¹⁹. En cuanto al concepto de *banda* (número 4) basta para su conformación «que dos personas se hayan unido para la comisión reiterada de delitos»²⁰. Más problemático es determinar a qué se refiere la norma con la fórmula «o grupo de otro modo organizado». En principio, y teniendo en cuenta los mismos fines de la ley que introdujo en la StPO al § 110a (lucha contra la criminalidad organizada), es plausible la interpretación que sostiene que dicho elemento implica la formación de una determinada estructura con cierta vocación de permanencia en el tiempo, consolidada aun independientemente de la pertenencia de algunos de sus integrantes²¹, aunque con ello, en verdad, tampoco se ha avanzado mucho. La ambigüedad de la fórmula permite múltiples interpretaciones posibles. Sin embargo es posible afirmar, en favor de dicha tesis, que el concepto de *banda* comprende ya el *mínimo* de posibilidades de aplicación de la regla. En consecuencia, la fórmula «...grupo de otro modo organizado...» debería dirigirse a un grupo de casos que vayan *más allá* de aquel concepto. Quedarían excluidos, por lo tanto, los meros casos de coautoría y participación que no puedan ser subsumidos ni en el concepto de «banda», ni en la fórmula mencionada. Ello tiene consecuencias importantes, ya que si *ab initio* existen suficientes elementos para inferir, en un caso concreto, que no se trata ni de una banda, ni de otro

¹² Dencker: *Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren*, en «StV», 1994, núm. 12, pág. 671.

¹³ Nota 7.

¹⁴ Dencker: *Zur Zulässigkeit...* pág. 238, nota 2.

¹⁵ Nack, pág. 421, núm. 7.

¹⁶ Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 387, núm. 8; Nack, pág. 421, núm. 7.

¹⁷ El ya mencionado fallo del BGH (nota 11) permite desde el inicio entrever una gran generosidad en la aplicación de la norma. En efecto, el tribunal ha utilizado, para la fundamentación de su decisión, no sólo distintos precedentes en los que se ha admitido la utilización de Hombres-V o «Kontaktpersonen» para casos de «criminalidad especialmente peligrosa y difícil de esclare-

cer», sino que también ha echado mano a la nueva OrgKG, al afirmar que «... el legislador, a través de las nuevas reglas para la intervención de un agente encubierto, ha expresado que él considera al enmascaramiento, necesariamente unido a investigaciones encubiertas, justificado en el interés del esclarecimiento de graves delitos», todo ello en un caso típico y ordinario de homicidio, completamente desvinculado de la «criminalidad organizada». Semejante amplitud debe ser confrontada con la sumamente restringida aplicación del § 252 StPO adoptada en la misma decisión por el BGH.

¹⁸ Nack, pág. 422.

¹⁹ BGH, «NSIZ», 1992, pág. 86; BGHSt, 15, 377, entre otros.

²⁰ BGH, fallo del 9-7-1991, en «NSIZ», 1991, pág. 535.

²¹ Nack, pág. 423.

tipo de organización, entonces la introducción del AE pierde todo apoyo en el § 110a número 4 StPO.

Otro punto a dilucidar es a qué se refiere el legislador con el concepto «hechos punibles de considerable significado» (referido al primer grupo de casos que autorizan la intervención de un agente encubierto)²². La escasa literatura que se ha ocupado del tema no consigue establecer una frontera clara: se ha recurrido a la múltiples veces empleada fórmula «criminalidad particularmente peligrosa»²³, o se ha sostenido que el concepto abarca aquellos hechos punibles «que afectan sensiblemente la paz jurídica, o que son idóneos para perjudicar considerablemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población», para luego concluir que el hecho que dé lugar a la actuación de un AE «debe ser, por lo tanto, un delito que al menos se incluya en la criminalidad media»²⁴. Existe acuerdo sobre la necesidad de respetar el *principio de proporcionalidad* en la aplicación del concepto a cada caso particular²⁵.

Ultimo presupuesto necesario para la intervención del AE, según el § 110a, es la existencia de la *sospecha de un comienzo de ejecución del delito* (*Anfangsverdacht*). No es posible, en consecuencia, la intervención en el campo previo a dicha sospecha²⁶.

d) La introducción de un AE mediante la vulneración de los presupuestos establecidos en el § 110a conduce, en principio, a una *prohibición de valoración* (*Verwertungsverbot*) de los conocimientos adquiridos por su actividad. Este es el caso, por ejemplo, si ya al momento de decidir la intervención existían suficientes indicios que demostraran que no se estaba frente a un hecho de los incluidos en el catálogo de la norma, o cuando la cláusula de subsidiariedad ha sido ignorada²⁷. El alcance de la prohibición de valoración, sin embargo, es poco claro. Al remitir a las reglas referidas a las intervenciones telefónicas (§ 100a StPO), Kleinknecht y Meyer-Goßner parecen rechazar la vigencia general de un *efecto extensivo* (*Fernwirkung*)²⁸, que excluya también aquellos elementos probatorios adquiridos en forma mediata, a través de la aplicación analógica de la jurisprudencia del BGH en la materia. Ella limita la posibilidad del *efecto extensivo* al caso en que las declaraciones de testigos e imputado se originen en forma inmediata en la utilización durante el interrogatorio del acta (no admisible) de la intervención telefónica, pero no a las declaraciones en sí mismas, no obstante ellas hayan sido el producto —mediato— de una injerencia estatal irregular²⁹. Es

claro, sin embargo, que ya las mismas diferencias prácticas entre ambos supuestos (en el caso del agente encubierto la información no es protocolizada, y *no existe*, por lo tanto, acta alguna) no permiten que ambos sean tratados de manera idéntica.

El problema, en verdad, no es más que una manifestación concreta de la discusión dogmática alemana en torno a la extensión de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Aquí sólo se señalara que si se admite como correlato de la ignorancia o vulneración de los presupuestos de la intervención de un AE una prohibición de valoración probatoria —mínima garantía del ciudadano, en definitiva, frente a ataques desproporcionados o injustificados a su esfera privada—, resulta al menos contradictorio negar el efecto extensivo de dicha prohibición, si es que no se desea reducir enormemente su función protectora. Por lo tanto, la prohibición debería abarcar también a aquellos elementos probatorios mediatos que tengan su origen en la intervención irregular³⁰.

II.2. Desarrollo de la intervención

Según el § 110b, la intervención es admisible si cuenta primero con el *consentimiento* de la fiscalía. Las facultades del ministerio público son, sin embargo, limitadas: sólo puede consentir o rechazar la intervención, pero no se encuentra autorizado para ordenarla en contra de la voluntad de la policía³¹. Ello ha llevado a afirmar que el dominio del proceso de intervención de un AE se encuentra fundamentalmente en manos de la policía³², ya que es ella, en definitiva, la principal portadora de la iniciativa. En caso de «peligro en la demora», y siempre que la decisión del ministerio público no pueda ser obtenida a tiempo, la policía se encuentra autorizada a ordenar la intervención³³. El ministerio público debe, sin embargo, prestar su conformidad dentro de los tres días, y en caso de que ello no suceda, la actividad investigadora debe cesar, aunque puede ser nuevamente ordenada más adelante. El plazo comienza a correr a partir de la decisión³⁴. La pregunta surge automáticamente: ¿qué sucede con los conocimientos adquiridos durante la intervención en el caso de que el ministerio público no la convalide dentro del plazo correspondiente? Nack se manifiesta a favor de su aprovechabilidad, ya que «la policía hasta ese momento era competente para la decisión»³⁵. Ello,

²² La norma también habla, en el caso de delitos castigados con pena mínima de un año, de «especial significado del hecho». No existe, sin embargo, elemento alguno que permita establecer una diferencia entre ambos conceptos, por lo que deben ser tratados de idéntica manera. También utilizan fórmulas similares —sin precisar su contenido— los §§ 24 I núm. 3 (competencia del *Amtsgericht*-tribunal de distrito) y 74 I núm. 2 (competencia del *Landgericht*-tribunal de provincia) de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG).

²³ Nack, pág. 423, núm. 16.

²⁴ Hilger, pág. 462, nota 93.

²⁵ Hilger, pág. 462; Nack, pág. 423, núm. 16.

²⁶ Hilger, pág. 523, nota 134, Nack, pág. 422, núm. 10.

²⁷ Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 358, núm. 21.

²⁸ Pág. 358, núm. 23.

²⁹ Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*. C. H. Beck, 23.ª ed., München, 1994, pág. 164, núm. 42.

³⁰ Sobre la discusión en torno al efecto extensivo, cf. Dencker, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Carl Heymans Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1977, págs. 76 y ss., se debe aclarar que lo que se discute aquí es la existencia misma del efecto extensivo, y no su alcance, o sus excepciones, como sucede con aquellas tesis que procuran restringir el efecto extensivo de la prohibición de valoración mediante la utilización de criterios de causalidad hipotéticos (la llamada doctrina del «descubrimiento inevitable» adoptada por la Corte Suprema federal de los EE.UU. a partir de *Nix v. Williams*, 1984).

³¹ Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 389, núm. 1; Nack, pág. 424, núm. 1.

³² Velten, pág. 56.

³³ Hilger, pág. 524.

³⁴ Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 389, núm. 1.

³⁵ Pág. 424, núm. 2.

sin embargo, requiere de algunas precisiones: si la determinación del ministerio público se basa en meras consideraciones de oportunidad, pero no discrepa con la modalidad de la intervención, la tesis es plausible. Sin embargo, si el rechazo se apoya en que los presupuestos del § 110a han sido ignorados por la policía al momento de ordenar la intervención, entonces dichos conocimientos no pueden ser valorados en un procedimiento penal, por aplicación de las reglas generales. Si, por otro lado, la conformidad del ministerio público ha sido irregular, ello debe conducir también a una prohibición de valoración probatoria³⁶.

El control judicial *ex ante* sobre la intervención se reduce a los supuestos en que ella se dirija «contra un imputado determinado», o cuando se pretenda el ingreso del agente encubierto en una vivienda «que no sea accesible a la generalidad» (§110b II, números 1 y 2). En cada uno de estos supuestos se requiere de autorizaciones individuales. En el primer caso, es condición necesaria que el imputado sea, al menos, «identificable»³⁷. Fuera de estos casos, el control jurisdiccional se limita a su actividad «normal» de controlar durante el curso del procedimiento penal³⁸, es decir, a un control *ex post*. Queda abierta la pregunta acerca de si con este régimen se satisface la exigencia de «control judicial efectivo» formulada por la dogmática³⁹.

II.3. Actividades permitidas

Hasta aquí se han analizado brevemente los presupuestos establecidos por el § 110a StPO para la intervención de un AE. Debemos ocuparnos ahora de las distintas actividades que éste se encuentra facultado a desarrollar durante su función.

a) Durante su actividad, puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad (§ 110a, 2), es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc.⁴⁰, ya sea en relación a su misión, ya en forma individual. Puede, también, como ya hemos dicho, ingresar a viviendas particulares bajo ciertos presupuestos (§ 110b). Para ello se exige, además de la conformidad del juez⁴¹, el consentimiento del afectado (§ 110c). Este, sin embargo, no se debe en-

contrar viciado por engaño alguno que sobrepase el mero uso de la «leyenda», y el consecuente ocultamiento de la verdadera identidad (y actividad). Con ello se quiere decir que el agente encubierto no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad, y favorecer su ingreso en el domicilio, como, por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos⁴².

La compatibilidad de dicha norma con el artículo 13 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz* —GG—) ha sido puesta en tela de juicio⁴³. La crítica parte de considerar al artículo 13 como una fuente de protección de la «integridad espacial de la vivienda como manifestación de la esfera privada»⁴⁴, excluyendo incursiones irregulares o arbitrarias del Estado. El engaño subyacente al mismo uso de la identidad falsa, mediante el cual el ciudadano desconoce que, en definitiva, le está permitiendo la entrada al Estado a su propia morada, impide, según este razonamiento, que este particular «consentimiento» pueda tener algún efecto en cuanto a la vulneración del artículo 13 GG: «dado que el artículo 13 GG fundamenta en primera línea un derecho de exclusión contra el *Estado*, protege al ciudadano sobre todo contra la indagación *estatal* de su vivienda, un ataque en el ámbito de protección del artículo 13 GG sólo puede ser excluido cuando el ciudadano desea permitirle al *Estado* el ingreso en su vivienda»⁴⁵. La crítica señala, además, la necesidad de dividir claramente el tratamiento del problema en el plano del derecho penal material (la eventual infracción al § 123 StGB —violación de domicilio—), y en el de la admisibilidad del ataque al artículo 13 GG: mientras que el consentimiento del afectado, aun viciado por el uso de la «leyenda», puede tener efecto para excluir la aplicación del § 123 StGB⁴⁶, ello resultaría indiferente en relación al ataque al derecho fundamental consagrado en el artículo 13 GG. La norma constitucional no admitiría, por otro lado, más limitaciones que las previstas en los apartados II (registro, en principio sólo realizable por el juez) y III (posibilidad de restricción del derecho para evitar un peligro común o para la vida humana, o con otros fines preventivos), ninguna de las cuales puede abarcar el caso del § 110c: en el primer supuesto, porque la actividad del agente encubierto no podría ser considerada como «registro», dado su carácter subrepticio⁴⁷; en el segundo, porque un derecho fun-

³⁶ Nack, pag. 424, num. 2; Hilger, pag. 457, nota 66. Se ha sostenido que el eventual *error* sobre el peligro en la demora, o sobre el hecho de que la decisión de la fiscalía no pudiera ser obtenida a tiempo, permiten el aprovechamiento de conocimientos adquiridos (Kleinknecht/Meyer-Goßner, pag. 391, num. 11). Ello significa, nuevamente, la inclusión de elementos ajenos al ámbito en el que operan las reglas de prueba: el eventual *error* sólo puede tener algún significado en cuanto a la punibilidad del AE que creía obrar «regularmente», si es que su acción se subsume en algún tipo penal, en nada puede modificar el hecho de que su actuación fue *realmente irregular*, y, por lo tanto, inadmisibles desde el punto de vista procesal.

³⁷ Nack, pag. 425, num. 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner, pag. 389, num. 3; Hilger, pag. 524, nota 147

³⁸ Por ej., será tarea del juez determinar si la conformidad de la fiscalía fue regular, según el § 110b (Nack, pag. 424, num. 2).

³⁹ Dencker, *Zur Zulässigkeit...*, pag. 251 y nota 75.

⁴⁰ Kleinknecht/Meyer-Goßner, pag. 387, num. 7; Nack, pag. 421, num. 8, quien señala el eventual conflicto que esta potestad

del AE puede acarrear con relación a terceros de buena fe que resulten perjudicados.

⁴¹ Aquí se admite nuevamente la intervención sin orden alguna: en el caso de peligro en la demora, basta al conformidad de la fiscalía; si ella no puede ser obtenida a tiempo, se debe seguir adelante. La intervención del AE debe cesar, sin embargo, cuando el juez no presta su conformidad dentro de los tres días

⁴² Hilger, pag. 525, nota 160.

⁴³ Frister, Helmut: *Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG*, en «StV», 1993, num. 3, págs. 151 y ss.

⁴⁴ Frister, pag. 152.

⁴⁵ Frister, pag. 153.

⁴⁶ El consentimiento, para excluir al tipo penal, sólo debe encontrarse «libre de coacción», por lo que aún un consentimiento «obtenido por medio de engaño», pero voluntario, conduce al mismo resultado. Cf. Wessels, Johannes, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 18ª ed., C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, págs. 117 y s., num. 578 (destacado en el original).

⁴⁷ Esta actividad del AE se revela sólo cuando, según el

damental con una «reserva legislativa calificada», como lo es el artículo 13 GG, no toleraría una limitación complementaria mediante la apelación a un (no escrito) límite de un «derecho constitucional en pugna», como sería el caso frente a una eventual invocación a la «capacidad funcional de la administración de justicia penal» (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*) como valor concurrente, y también de rango constitucional⁴⁸. Por otro lado, las limitaciones previstas en el artículo 13 III GG tienen todas carácter *preventivo*, y no podrían, por lo tanto, ser aptas para fundamentar una actividad represiva como es la del AE.

b) Particularmente complejo es el problema en torno a las «conversaciones similares a un interrogatorio»⁴⁹ que lleve a cabo el agente encubierto durante su actuación, sobre todo con el imputado, y su eventual colisión con los §§ 136 y 136a StPO⁵⁰. Quienes se han ocupado del tema coinciden en que —como resulta autoevidente—, el AE se encuentra en principio liberado del deber de advertencia consagrado en el § 136⁵¹. Se ha sostenido, de todos modos —casi ingenuamente—, que el agente encubierto debe observar el principio «*nemo tenetur se ipsum accusare*» en las conversaciones que realice⁵². Se señala también, sin más, que él debe durante su actividad atender al § 136a StPO⁵³, aunque sin analizar, precisamente, la compatibilidad de dicha norma con la posibilidad misma de que el AE lleve a cabo interrogatorios.

La principal pregunta a responder se refiere a la aprovechabilidad de los conocimientos adquiridos por el AE mediante un «diálogo similar a un interrogatorio», llevado a cabo sin la previa advertencia prescrita por el § 136, párrafo 1, StPO. Una opinión se inclina por la *plena aprovechabilidad* de dicha información, apoyándose exclusivamente en el hecho de que el AE se encuentra liberado del deber de advertencia⁵⁴. La tesis contraria propugna la aplicación de una *prohibición de valoración probato-*

*ria*⁵⁵. Según este razonamiento, si se desprendieran de la omisión de la advertencia, en el caso de investigaciones encubiertas, consecuencias distintas a las establecidas en el caso de «indagaciones en descubierto», entonces el interés del imputado a un procedimiento en su contra acorde con el Estado de derecho, en el que no tiene que actuar como testigo contra sí mismo⁵⁶, se vería vulnerado: «El debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta». Para reafirmar la concurrencia de una prohibición de valoración probatoria se sostiene, a su vez, que si el legislador hubiera deseado una modificación de dichas reglas, sería de esperar que él la hubiera regulado expresamente⁵⁷.

Cualquier tesis que pretenda dilucidar el problema tiene que comprender, necesariamente, una toma de posición determinada no sólo en relación al significado y alcance de los §§ 136 y 136a StPO en el procedimiento penal, sino también en cuanto al *rango* de dichas normas. Para decirlo más claramente: si se considera, en el caso que se discute aquí, que el § 136 StPO es una norma de carácter ordinario, entonces su eventual colisión con las normas que regulan la actividad del AE es sólo un problema de *concurrencia de normas*, y, como tal, solucionable a través de los principios *lex posterioris* y *lex specialis*, y nada modifica, en este sentido, el hecho de que el legislador no haya regulado expresamente semejante excepción al campo de aplicación del § 136⁵⁸. Esta argumentación, sin embargo, contradiría no sólo la opinión dominante de la dogmática⁵⁹, sino también la última jurisprudencia del BGH al respecto —producto de la crítica sostenida de la doctrina⁶⁰—, según la cual el deber de advertencia se vincula directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra sí mismo (*Schweigerecht*)⁶¹, principio que el tribunal deduce de la dignidad humana, del derecho a la personalidad, y de la máxima del debido proceso. Si se considera al «*nemo tenetur*» como

§ 110d, se les informa de la intervención a los titulares de la vivienda a la que el AE ha ingresado, siempre que «ello pueda realizarse sin peligro para los fines de la investigación, para la seguridad pública, para la vida o integridad de una persona o para la posibilidad de ulteriores empleos del agente encubierto» (es decir, *ex post*). Todo ello lleva a concluir a Frister que, en verdad, «las injerencias encubiertas en la inviolabilidad del domicilio tienen en su totalidad un efecto de inseguridad mucho más fuerte que las injerencias abiertas, ya que el particular —cuando tienen lugar las injerencias encubiertas— nunca llega a saber si su vivienda no ha sido, ya desde hace tiempo, objeto de la investigación estatal». No es admisible, por ello, una argumentación a *maiore ad minus* para fundamentar la autonzación del § 110c (pág. 154).

⁴⁸ Valor que el BVerfGE (Tribunal Constitucional federal) infiere, desde hace tiempo, del principio del Estado de derecho (E 33, 367, 383).

⁴⁹ Nack, pág. 427; núm. 7.

⁵⁰ La primera de dichas normas regula el primer interrogatorio del imputado, y prescribe, entre otras cosas, la advertencia de su derecho a no declarar, y de consultar a un defensor antes de la declaración (*Belehrung*); la segunda se refiere a los *métodos prohibidos de interrogatorio*, proscribiendo la coacción física y psíquica sobre el imputado, al igual que el engaño.

⁵¹ Así, Nack, pág. 427, núm. 7; Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 392, núm. 2.

⁵² Hilger, pág. 525, nota 161.

⁵³ Hilger, pág. 525, nota 161; Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 392, núm. 2.

⁵⁴ Kleinknecht/Meyer-Goßner, loc. cit. Esta tesis ya ha sido adoptada por el BGH (fallo del 21-7-1994, cit. nota 11).

⁵⁵ Nack, pág. 427, núm. 8.

⁵⁶ BGHSt, 25, 225, 331.

⁵⁷ Este mismo argumento, inversamente formulado, utiliza el BGH para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria a partir del § 252 StPO, extensiva a la declaración de Hombres-V en el debate oral: «Si el legislador hubiera deseado introducir una nueva prohibición de valoración probatoria más allá del § 252... sería de esperar, en vista de las nuevas reglas en la materia en la OrKG del 15-7-1992, y atendiendo al carácter excepcional de las prohibiciones de valoración probatoria, que la hubiera regulado expresamente» (fallo del 21-7-94, cit. nota 11).

⁵⁸ Esta parece ser la posición de Kleinknecht/Meyer-Goßner, aunque ello no se admita expresamente; como se puede apreciar, la solución propuesta no dista demasiado de la tesis que consideraba al § 136 como una mera «disposición de orden» (*Ordnungsvorschrift*), cuya vulneración no podía conducir a una prohibición de valoración (BGHSt 22, 170).

⁵⁹ Cf. por todos Roxin, pág. 161, núm. 33 y ss.

⁶⁰ Struensee, Eberhard, *La prueba prohibida*, en «Justicia Penal y Sociedad», núm. 3/4, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales de Guatemala, Guatemala, 1993, pág. 115.

⁶¹ BGHSt, 38, 220. La máxima, como el mismo tribunal advierte, se encuentra positivada en el artículo 14 inc. 3g del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del 19-12-1966. También el «Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal» («Reglas de Mallorca») hace suyo el principio en su regla 8.ª (1).

un principio rector del procedimiento penal, que limita el marco de actuación de los órganos encargados de la persecución penal —fundado en premisas constitucionales y en el respeto a disposiciones internacionales en materia de derechos humanos—, entonces el eventual desplazamiento parcial implícito del § 136 StPO por las reglas referidas al agente encubierto no puede ser sostenido, ya que es precisamente esta norma la que regula la aplicación práctica de la máxima, reforzada, a su vez, por el § 136a (métodos prohibidos para el interrogatorio)⁶².

Una segunda argumentación posible sería sostener que aquellas «conversaciones» que el AE lleve a cabo con el imputado (o con testigos), no constituyen «interrogatorio», y, por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones del § 136. El BGH⁶³ ha dejado la puerta abierta para ello, al limitar el ámbito de aplicación del § 136, excluyendo de él los, así llamados, «cuestionarios informales» llevados a cabo por la policía, tesis que entraña el grave peligro de que, con el fin de evitar la prohibición de valoración, «se intente expandir el ámbito de los cuestionarios informales aún más allá que hasta el presente, a costa del interrogatorio»⁶⁴. Esta ha sido, de algún modo, la solución adoptada por la Corte Suprema de los EEUU para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria en el caso de declaraciones frente a un «*undercover agent*», obviamente sin la previa advertencia (*Warning*) exigida por la Corte a partir del ya célebre fallo *Miranda v. Arizona*⁶⁵ con el fin de garantizar la vigencia del principio «*nemo tenetur...*» consagrado en la V Enmienda (*privilege against self-incrimination*): según la Corte, «*Miranda...*» sólo es de aplicación al caso de «*custodial interrogation*», lo que significa un interrogatorio llevado a cabo por oficiales de la policía sobre una persona que ha sido detenida o privada de su libertad de acción de un modo significativo⁶⁶. Sobre esta base, la Corte rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria en un caso en el cual el imputado, detenido, le confiesa y describe a su compañero de celda (en verdad, un AE) el homicidio que había cometido⁶⁷. Según la Corte, el fundamento de la exigencia de advertencia previa establecida en «*Miranda...*» radica en que el imputado se sentirá compelido a hablar si se encuentra en una «*police-dominated atmosphere*»; ello no sucede cuando él, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien —erróneamente—

Cree un compañero: la «atmósfera coercitiva» no se encuentra aquí presente.

Esta tesis, sin embargo, no es compatible con la estructura normativa vigente de la StPO⁶⁸. Como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la StPO admite, y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición, un proceso regido por la transparencia: «El derecho procesal penal clásico no conoce casos de “interrogatorios encubiertos”...»⁶⁹. Sólo un proceso comunicativo que respete las reglas establecidas por la StPO puede ser considerado un interrogatorio admisible, y sólo entonces es posible la valoración de la información de este modo obtenida. Una «conversación similar a un interrogatorio» llevada a cabo (sin advertencia previa) por el AE sólo podría conducir, entonces, a una prohibición de valoración probatoria⁷⁰.

c) Existe consenso —*de lege lata*— en cuanto a que el AE *no puede* cometer delitos durante la intervención⁷¹. En el caso de que esto suceda (por ej., debido a la llamada «prueba de fidelidad»), se ha admitido la posibilidad de que la acción se vea justificada según el § 34 StGB (estado de necesidad justificante), o eventualmente disculpada conforme al § 35 StGB (estado de necesidad disculpante), aunque se advierte que la aplicación de cualquiera de estas normas sería admisible sólo en casos excepcionales⁷². El problema excede el marco de este trabajo; sin embargo, resulta necesario formular algunas observaciones. En primer lugar, es importante advertir sobre el peligro que entrañaría admitir dentro de la ponderación de valores inherente ya al estado de necesidad justificante, ya al disculpante, otros valores distintos a los representados por los bienes jurídicos (individuales o colectivos) en juego, como sucedería si se propugnara la aplicación del § 34 StGB en un caso en que el AE sacrifica un bien jurídico «x» para evitar ser descubierto, colocando como factor en colisión no ya un peligro concreto para un bien jurídico vinculado al autor, a terceros o a la colectividad, sino a la mucho más abstracta «capacidad funcional de la administración de justicia penal». Ello sería de dudosa compatibilidad con un derecho penal aún hoy orientado, fundamentalmente, a la protección de bienes jurídicos. Por otro lado, el carácter de miembro de la policía del AE restringe sensiblemente las posibilidades de aplicación tanto del 34 como del 35 StGB, sobre todo en el ámbito de la omisión del deber de actuar en defensa de bienes jurídicos: en el primer caso, porque, según la tesis dominante, los integrantes de las fuerzas policiales

⁶² Sobre la relación entre el principio «*nemo tenetur*» y los §§ 136 y 136a, cf. Degener, Wilhelm, § 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten, en «*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*» (GA), núm. 10, octubre 1992, R. V. Decker's Verlag, G. Schenk, Heidelberg, 1992, págs. 455 y ss.

⁶³ BGHSt, 38, 227.

⁶⁴ Roxin, Claus, comentario a dicho fallo, en «*Juristen Zeitung*», 1992, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, pág. 924.

⁶⁵ 384 U.S. 436 (1966).

⁶⁶ Se debe advertir, no obstante, que la jurisprudencia de la CS de los EE.UU. en la materia posterior a «*Miranda...*» es sumamente confusa en cuanto a la definición y alcance del término. Cf. los distintos, y a veces incluso contradictorios, criterios adoptados en *Mathis v. U.S.*, 391 U.S. 1 (1968), *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969), *Berkemer v. McCarthy*, 468 U.S. 420 (1984), entre otros.

⁶⁷ *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990).

⁶⁸ Ni —me animaría a decir—, con la de ninguna legislación procesal europeo-continental de cuño iluminista, o de las que son producto de su influencia.

⁶⁹ Dencker, *Über Heimlichkeit*, pág. 674.

⁷⁰ Weißblau, pág. 211 y ss., circunscribe la eventual prohibición de valoración probatoria al caso en que la declaración haya sido «provocada» por el AE (o por un Hombre-V), fundando su tesis, principalmente, en la lesión a la «prohibición de engaño» (*Tauschungsverbot*) contenida en el § 136a StPO que ello supondría.

⁷¹ Nack, pág. 427, núm. 4; Hilger, pág. 525, nota 161; Lökinknecht/Meyer-Goßner, pág. 392, núm. 2.

⁷² Kleinknecht/Meyer-Goßner, pág. 392, núm. 2, Hilger, pág. 525, nota 161.

deben «para la protección de bienes tomar riesgos para su vida e integridad, y no pueden apelar al estado de necesidad» si vulneran este deber⁷³. En el caso del § 35, la existencia de un *deber institucional*⁷⁴ colindante, conduce también a una restricción de las posibilidades de subsunción, por aplicación de la *cláusula de exigibilidad*⁷⁵.

d) Otro punto a dilucidar es si las reformas introducidas a la StPO a través de la OrKG abarcan a las «*Lockspitzelpraxis*», es decir, a la provocación de delitos por parte de miembros de la policía, y si, por consiguiente, las nuevas normas brindan algún punto de apoyo a estas prácticas. La cuestión no es clara: las modificaciones a la StPO se han limitado a regular los presupuestos de la intervención del AE, pero, salvo unos pocos casos, no se han extendido a determinar las acciones que son admisibles en el marco de su actividad⁷⁶. Existen, sin embargo, argumentos para rechazar dicha posibilidad: la intervención de un AE requiere que un «un hecho punible de considerable significado *haya sido cometido*», según el § 110a StPO. Ello supone, al menos, la existencia —o la sospecha de— un *comienzo de ejecución*. En el caso del *agent provocateur*, el delito, antes de su intervención, no existe en el mundo: es él —como inductor— el que lo «crea». Es por ello correcta la afirmación de que «el agente provocador no es idéntico al agente encubierto o a los Hombres-V»⁷⁷, aunque con ella se persiga reducir la práctica de provocación exclusivamente a un problema del § 26 StGB (instigación). A este argumento hay que agregarle la elección del legislador acerca del catálogo normativo apropiado para regular la actividad del AE (StPO): en efecto, las reglas de procedimiento penal presuponen, *necesariamente*, la existencia de la sospecha de un hecho punible a investigar (del mismo modo que el derecho procesal penal presupone la existencia del derecho penal material —*carácter secundario*—), y se limitan a determinar cómo dicha investigación debe ser llevada a cabo. La reforma a la StPO nada nuevo puede aportar, por lo tanto, a la discusión en torno a la admisibilidad de las prácticas de provocación, *lato sensu*, ni al problema más concreto de la punibilidad tanto del provocador como del provocado⁷⁸.

III. EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEGISLACION ARGENTINA

La ley 24.424 (sancionada el 7-12-94; promulgada el 2-1-95) ha modificado la ley 23.737 (tráfico y comercio de estupefacientes), incorporando trece nuevos artículos a su texto, cinco de ellos referidos al, hasta ahora desconocido para la legislación argentina, agente encubierto⁷⁹. La elección de una ley especial, complementaria al Código Penal, para la regulación de la actividad del agente encubierto ya es de por sí cuestionable. Si bien las consecuencias prácticas no son importantes, puesto que la ley 23.737 fija en su artículo 34 la competencia de la justicia federal para entender en los delitos por ella previstos, y, por lo tanto, la combinación de normas de derecho penal material con reglas de procedimiento —aunque criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa— no presenta problemas de admisibilidad constitucional⁸⁰, ello ya demuestra la escasa atención que el legislador argentino ha prestado a la compatibilidad de las nuevas normas con las reglas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (CPP).

Comparada a la reglamentación prevista en el nuevo texto de la StPO, en cuyo favor, y a pesar de los numerosos problemas que presenta, se puede decir que ella pretende, al menos, una regulación mínima de los presupuestos y límites de la actividad del agente encubierto, la modificación al texto de la ley 23.737 resulta peligrosamente pobre. El incorporado artículo 31 bis, única norma verdaderamente regulatoria de la intervención de un AE, se limita a señalar los delitos que permiten su actuación (el catálogo previsto en la misma ley 23.737, incluyendo aquí la tenencia de estupefacientes, aun con fines de consumo personal —artículo 14—, o de elementos para su producción —artículo 5—, y el delito de contrabando de estupefacientes previsto en el artículo 866 del Código Aduanero), y a establecer, también, una cláusula de subsidiariedad («...si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo...»). La exigencia de un efectivo o presunto comienzo de ejecución del hecho como condición *sine qua non* para la actuación de un AE no surge con toda la claridad necesaria de la ambi-

⁷³ Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pág. 323.

⁷⁴ En la terminología de Jakobs, pág. 573.

⁷⁵ Cf. el comentario a la restrictiva jurisprudencia del BGH sobre el tema en Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, pág. 814.

⁷⁶ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, pág. 56, núm. 27.

⁷⁷ Hilger, pág. 523, nota 128.

⁷⁸ Sobre el problema en derecho material, cf., por todos, Jakobs, págs. 685 y ss.; Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 24.ª ed., C. H. Beck, München, 1991, § 26, núm. 16 y ss. Para un análisis en el campo del derecho procesal penal, Lüderssen, Klaus, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?* en «Einheit und Vielfalt des Strafrecht. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag», J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974, págs. 349 y ss. Son precisamente estos mismos argumentos los que permiten afirmar el carácter estrictamente *repressivo* de la actividad del AE, y rechazar, en consecuencia, todo intento de utilización preventiva de estos métodos.

⁷⁹ La ley introduce también otras novedades, cuyo análisis no puede ser intentado aquí. Entre las más significativas, la ley in-

corporada una cláusula de reducción y/o eximición de pena —facultativa para el tribunal— en el caso del «arrepentido» (nuevo art. 29 *ter*); establece expresamente la admisibilidad como medio de prueba de fotografías, grabaciones o filmaciones llevadas a cabo por particulares, las que pueden ser valoradas por el tribunal «en la medida en que sea comprobada su autenticidad» (art. 26 bis); autoriza al juez que intervenga en una causa de tráfico de estupefacientes a permitir la salida del país de una remesa de drogas ilícitas «cuando tuviere seguridades de que será vigilada en el país de destino» (agregado al art. 33).

⁸⁰ La República Argentina ha sido organizada en base al sistema *federal* (Constitución Nacional, 1.º). Las provincias (estados federados) han delegado en el Estado nacional el dictado de la legislación de fondo (CN, 75 inc. 12), pero se han reservado el derecho de dictar sus propias reglas de procedimiento, y de organizar su administración de justicia (*facultades no delegadas*); producto de ello es la coexistencia de sistemas de enjuiciamiento penal provinciales (administración de justicia y leyes procesales) junto con un sistema federal previsto para los casos de competencia federal en razón de la materia o del territorio (delitos cometidos en lugares sometidos a la jurisdicción federal)

gua fórmula adoptada: «... durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 886 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios...». Los últimos dos supuestos requieren, como resulta obvio, un comienzo de ejecución del hecho punible. El primer problema radica en la expresión «... a los efectos de comprobar la comisión de algún delito...», cuya amplitud podría acarrear problemas de interpretación y permitir una intervención del AE totalmente desvinculada de una sospecha concreta de comisión de un delito, es decir, con carácter *preventivo*. La fórmula debe, sin embargo, ser interpretada en forma análoga a la prevista en el CPP, 193.1 (*finalidad de la instrucción*): «Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.» Se trata, por lo tanto, de investigar si un hecho concreto (o pluralidad de ellos) que ha puesto en funcionamiento los engranajes del sistema de enjuiciamiento penal —y es, por lo tanto, preexistente temporalmente a la actividad estatal de investigación— efectivamente ha ocurrido como acontecimiento histórico, y si en él concurren los presupuestos necesarios para que pueda ser considerado delito. El segundo caso que permite la utilización de agentes encubiertos («a los efectos... de impedir su consumación») debe, a su vez, ser interpretado en forma restrictiva: es claro que también «impide la consumación» quien, interviniendo durante la etapa previa al comienzo de ejecución del hecho (*actos preparatorios*) frustra la realización del plan del autor. Sin embargo, una intervención de esta naturaleza sólo es posible allí donde la ley penal haya tipificado expresamente los actos preparatorios⁸¹, los cuales, de otro modo, permanecen impunes, y no permiten, en consecuencia, fundamentar ningún tipo de injerencia estatal en lo que todavía constituye exclusivamente un ámbito privado interno —no exteriorizado— del sujeto actuante⁸². Aquí también se debe recurrir a las reglas del CPP para lograr una interpretación armónica, en este caso al artículo 183, que establece como una de las funciones de la policía y fuerzas de seguridad

el «impedir que los hechos cometidos [aquí, el comienzo de ejecución, y con ello la tentativa, ya sea acabada o inacabada] sean llevados a consecuencias ulteriores [resultado, consumación]». En este único sentido es posible hablar de una actividad preventiva⁸³ del AE, a la cual siempre subyace, de todos modos, la sospecha de un comienzo de ejecución del hecho.

Sólo esta interpretación de las nuevas normas resulta, por otro lado, compatible con la estructura misma del procedimiento penal argentino. El juez interviniente únicamente podría autorizar la intervención de un AE en el marco de un procedimiento penal en curso, lo cual presupone necesariamente por lo menos la existencia de una sospecha de la comisión de un delito⁸⁴ (CPP, 195, 188, 186 y cc.). Si no se hubiera iniciado un procedimiento penal, y la policía solicitara al juez de turno la autorización para la actuación de un AE, ello nunca podría ser realizado en forma aislada: el juez debería iniciar la instrucción a partir de dicha solicitud, según lo prescripto por los artículos 186 y 195 CPP⁸⁵, para lo cual rige el mismo presupuesto.

Un último problema a discutir en torno a los presupuestos de la intervención del AE radica en la gran variedad de delitos previstos en la ley 23.737, y en la ausencia de todo tipo de diferenciación por parte del legislador argentino en este ámbito. Consecuencia de ello es que, por ejemplo, la mera tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal —punible según el artículo 14, párrafo 2.º— permite, en principio, la utilización de agentes encubiertos. La cláusula de subsidiariedad prevista debería jugar algún papel como límite, ya que seguramente será difícil de sostener en casos de este tipo que «las finalidades de la investigación» no puedan ser logradas de otro modo. Ello, sin embargo, resulta insuficiente como sistema de control. La *proporcionalidad* entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar debe, por consiguiente, ser uno de los principios rectores en la aplicación de las normas en juego⁸⁶.

La decisión acerca de la intervención de un AE corresponde al juez de instrucción que entienda en el caso (ley 23.737, artículo 31 bis). El ministerio público no juega, en principio, ningún papel⁸⁷ en el proceso de intervención.

⁸¹ Así, por ejemplo, en el artículo 5.º inc. (a) de la Ley 23.737: punición de la siembra o cultivo de plantas, o acopio de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación.

⁸² Cf. Jakobs, pag. 703 y ss.; el mismo, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 97, núm. 4, pags. 751 y ss.

⁸³ Cf. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino* (DPPa), 1b, Hammurabi, Bs. As., 1989, pag. 280.

⁸⁴ Ya producto de la denuncia de un particular, o de la actividad policial.

⁸⁵ Se debe aclarar, sin embargo, que, dada la absoluta vigencia —sin excepciones— del principio de legalidad procesal en el procedimiento penal argentino, el control jurisdiccional, lejos de abarcar la seriedad o plausibilidad fáctica de la denuncia, se reduce exclusivamente a la verificación de si el hecho imputado que da lugar al inicio de la instrucción, tomado en abstracto, constituye o no delito.

⁸⁶ La Corte Suprema de la Nación nunca ha reconocido al principio de proporcionalidad como límite a la persecución penal. Curiosamente, lo ha admitido, de algún modo, en una formulación

inversa: la gravedad del delito a investigar permite al Estado sobrepasar los límites formales que el derecho procesal penal —reglamentador de las garantías individuales— le impone (ver fallo citado en nota 91). La justificación intentada (sólo así pueden ser «descubiertos y probados» delitos de cierta gravedad) no constituye otra cosa que una versión *aggiornada del aforismo* «In delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura transgredi licet» (cita de Sydow, Franz, *Kritik der Lehre von den «Beweisvorboten»*, Holzner Verlag, Würzburg, 1976, pags. 59 y 108), cuya absoluta incompatibilidad con las reglas del Estado de derecho resulta demasiado obvia como para merecer algún análisis.

⁸⁷ La cuestión es, sin embargo, un poco más compleja: el CPP, 196 permite al juez de instrucción delegar en el ministerio público la investigación preliminar. ¿Qué sucede si, en una investigación llevada a cabo por el fiscal de instrucción se demuestra la necesidad de involucrar agentes encubiertos? ¿Es competente el ministerio público para una decisión semejante? La respuesta negativa parece la más adecuada: aun cuando el juez haga uso de la cláusula de delegación, él conserva el imperio sobre aquellas decisiones que afecten derechos esenciales del imputado, así como sobre la realización de los actos irreproducibles y definitivos

En cuanto a las actividades permitidas al AE, la norma se limita a señalar que los integrantes de las fuerzas de seguridad se encuentran facultados para introducirse «en organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero», y para participar «en la realización de alguno de los hechos» descriptos en ambas leyes [art. 31 bis, incs. a) y b)]. Fuera de ello, no existe ningún tipo de regulación acerca de las acciones que el AE puede llevar a cabo; aquí también se plantea —e incluso con mayor violencia— el problema en torno a la protección constitucional del domicilio (CN, 18). La ausencia de toda referencia a la posibilidad de que el AE ingrese en domicilios privados obedece, seguramente, a que el legislador creyó implícita la facultad en el texto de la norma. Ello, sin embargo, no resulta tolerable desde la perspectiva del programa de garantías individuales previsto en la CN, ni en su recepción —razonable, aunque incompleta—⁸⁸ en la legislación procesal penal nacional.

Si bien el texto constitucional protege al domicilio privado con menor énfasis que a otros derechos frente a las intervenciones del Estado⁸⁹, al limitarse a señalar su inviolabilidad y delegar en la reglamentación legislativa los presupuestos y modalidad de su allanamiento, lo cierto es que aun este caso no escapa al principio general de que la reglamentación de un derecho constitucional no puede reducirlo en su esencia⁹⁰. Poco quedaría de la garantía si se considerara que el Estado se encuentra libre de todo límite para ingresar en la vivienda de particulares una vez que un juez ha firmado una resolución de contenido excesivamente general (no dirigida necesariamente contra un imputado determinado, y ni siquiera precisando el domicilio a ingresar), autori-

zando la intervención —amplia— de un agente encubierto. Aquí, por otra parte, el eventual «consentimiento» del afectado tampoco juega papel alguno⁹¹, ni siquiera en relación a la infracción al CP 151 (violación de domicilio realizado por funcionario público)⁹²: para la ley procesal (CPP, 225) el consentimiento sólo interviene frente a un allanamiento regular —es decir, ordenado por resolución fundada de un juez (CPP, 224), la que debe ser notificada a la persona que habite en la morada a registrar (CPP, 228)— pero realizado fuera de la franja temporal establecida («desde que salga hasta que se ponga el sol»). Además de ello, sólo una interpretación sumamente generosa para con la capacidad de intervención del Estado en la esfera íntima de los ciudadanos podría sostener que un texto normativo que nada dice en cuanto al derecho constitucional en juego, debe ser entendido como regulación complementaria de la garantía. Es claro que un ataque en el círculo de derechos constitucionalmente garantizados requiere, como primer presupuesto para su admisibilidad, una norma específica que lo establezca y reglamente⁹³. Por lo tanto, el régimen previsto en el CPP nacional para el allanamiento domiciliario abarca también a la actividad de los AE; la inobservancia del procedimiento establecido en el CPP debe conducir a la no admisión (ni valoración) en el procedimiento penal de la información irregularmente obtenida⁹⁴.

La cuestión de las *conversaciones semejantes a un interrogatorio*, o con fines de recabar información de cargo, que realice el AE con la persona bajo sospecha surge también aquí, como consecuencia inevitable del imperio del principio «nemo tenetur...», consagrado en la CN, 18 («Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo»), y reforzado ahora

vos, y sobre todo acto no comprendido en la lista de «delegables», que según el CPP deba ser practicado por el juez (CPP, 213). Dado el indudable carácter de injerencia estatal en la esfera privada del afectado que representa la intervención de un AE, y que son los jueces de la Nación los custodios de las garantías de los ciudadanos (CN, 18, 116 y cc.), la aplicación extensiva de las facultades reservadas al juez de instrucción resulta la solución más convincente.

⁸⁸ El legislador ha omitido nuevamente cumplir con el expreso mandato constitucional de establecer el juicio por jurados en materia penal, reafirmado por la reciente reforma parcial del texto constitucional (CN, 24, 75 inc. 12 y 118).

⁸⁹ Cf. Maier, *DPPa*, pág. 450.

⁹⁰ La misma Constitución prevé, en su artículo 28, que los «principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio». Ver las consecuencias, para la garantía que ahora nos ocupa, en Maier, *DPPa*, págs. 451 y ss.

⁹¹ Se debe advertir, sin embargo, que la concepción del consentimiento del afectado como elemento subsanador del allanamiento domiciliario irregular ha despertado siempre la simpatía de la jurisprudencia argentina, aun en las decisiones más garantistas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. La última jurisprudencia de la CSN, a partir de su nueva composición, ha significado un enorme retroceso en este campo, y permite ya adivinar la amplitud con la que van a ser interpretadas las normas en juego. Paradigmático es, para el tema que nos ocupa, la decisión de la CSN en «Fernández, Víctor H.» («La Ley», 27-3-91, Ed. La Ley, Bs. As., 1991, págs. 1 y ss.), en la que se consideró admisible el testimonio de un agente policial en cuya presencia se había efectuado una entrega de drogas ilícitas, el cual ingresó al lugar del hecho (una sede consular), sin orden de allanamiento alguna, y sin darse a conocer como miembro de la policía. La CSN advierte el carácter irregular del ingre-

so a la sede consular, pero considera, a renglón seguido, que el «consentimiento» (en verdad, mera ausencia de reparos) del titular del derecho de exclusión —a pesar de su absoluta ignorancia acerca de la real actividad de su «visitante»— convierte en regulares, y por ende, plenamente aprovechables, los conocimientos adquiridos por la policía. La imposibilidad de sustentar normativamente un ataque semejante al ámbito privado de los ciudadanos —ya que ninguna norma en el ordenamiento jurídico argentino autorizaba entonces la utilización de agentes encubiertos— es sorteada sin mayores cuestionamientos por la CSN mediante la afirmación de que «ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos... esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar». Una síntesis de la jurisprudencia de la CSN sobre el alcance de la garantía en discusión en Carnió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el procedimiento penal*, Hammurabi, Bs. As., 1991, pág. 89 y ss.

⁹² El tipo básico de la violación de domicilio (CP, 150) resulta excluido por el consentimiento del titular del derecho de exclusión. En el CP, 151, por el contrario, desaparece toda referencia al consentimiento del afectado.

⁹³ Como correctamente señala Amelung, la contracara procesal en el Estado de derecho, del axioma «*nullum crime sine lege*» es «no hay injerencia [estatal] sin ley», *Erweitern allgemeine...? cit.* pág. 835. La laguna no puede ser completada recurriendo ni a la necesidad del ataque no autorizado legislativamente, ni a su conveniencia o a su proporcionalidad. Cf., Sydow, pág. 14.

⁹⁴ Sobre el alcance de las prohibiciones probatorias en el régimen procesal penal argentino, cf. Guariglia, Fabricio, *Las prohibiciones probatorias*, en «El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico», Ed. del Puerto, Bs. As., 1993, págs. 15 y ss.

con la incorporación al texto constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 8, 2.º, g) y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 14, 3.º, g) por la reforma parcial de la CN de 1994. La garantía ha sido correctamente regulada por el CPP (294 y ss.): el imputado es libre de abstenerse de declarar, y debe ser informado sobre este derecho (CPP, 296 y 298), y ningún método que menoscabe su voluntad puede ser utilizado contra él (CPP, 296⁹⁵). Cualquier otro método de interrogatorio del imputado («encubierto» o «descubierto») resulta inadmisiblemente contemplado desde el atalaya constitucional: «Sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si, a la vez, respeta las demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación)»⁹⁶. Ello significa que la información obtenida por el AE mediante «interrogatorios informales» no puede ser valorada en un procedimiento penal, menos aún recurriendo a la ya vieja trampa de permitir la declaración como simple testigo del interrogador, prohibición que abarca tanto a la eventual prueba inmediateamente obtenida a partir de dichos del imputado (por ejemplo, su confesión), como a la mediata (el botín encontrado mediante dicha información) —efecto extensivo, o doctrina del fruto del árbol venenoso (*fruit of the poisonous tree doctrine*).

Merece ser señalada, para concluir, la solución que el legislador argentino —mucho menos cauteloso que su par alemán sobre las consecuencias de sus decisiones— ha encontrado para la eventual comisión de delitos por parte del agente encubierto. El nuevo artículo 31 *ter* consagra una *excusa absoluta* amplísima, mediante la cual el AE puede sacrificar durante su actuación, si se ve «compelido a incurrir en un delito», un enorme número de bienes jurídicos, con la única limitación de que el delito en sí «no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral [?] a otro»⁹⁷. La oscuridad de la fórmula (¿Cuándo el peligro se torna «cierto»? ¿A partir de qué punto el sufrimiento —físico o moral— es «grave»?) la vuelve ya *ab initio* inútil como criterio limitativo. Las consecuencias de una «carta blanca» semejante otorgada a las fuerzas policiales⁹⁸ son peligrosas en cualquier país del mundo; en un país que, como la Argentina, aún no ha conseguido librarse definitivamente de su tradición autoritaria, ellas pueden resultar trágicas.

V. Algunas conclusiones

A lo largo de estas páginas se ha procurado describir, sintéticamente, el funcionamiento de las normas en la legislación procesal penal alemana y argentina que regulan la actividad del AE, y los presupuestos de su actuación. Se ha señalado, además, la colisión entre importantes aspectos de ambas regulaciones con los clásicos principios liberales del procedimiento penal. Esta colisión es, en verdad, inevitable. La introducción de métodos «encubiertos» o «secretos» para la averiguación de la verdad es un cuerpo extraño en aquellos catálogos normativos que, producto de la recepción legislativa decimonónica del ideario iluminista⁹⁹, presuponen la actuación «a cara descubierta» de los órganos encargados de la persecución penal, sobre todo tratándose de ataques a la esfera de derechos de los ciudadanos¹⁰⁰, y que regulan minuciosamente las excepciones a dicha regla. Los casos en los cuales el derecho procesal penal tradicional reconoce métodos «secretos» o «encubiertos» para la averiguación de la verdad —como, por ejemplo, la intervención de correspondencia, § 99 StPO, CPP nacional, 234 y 235— implican sólo ataques *puntuales* en la esfera privada de los ciudadanos, y no pretenden, como sucede con el agente encubierto, una presencia *continua* —aunque se encuentre limitada temporalmente— de la persecución penal estatal en dicho ámbito.

La adopción de estos métodos significa un abandono —tal vez en principio parcial, pero de enorme importancia— de los viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal, y su reemplazo por nuevos puntos de partida: de un derecho penal y procesal penal fundado esencialmente en el respeto a los derechos de los ciudadanos, y de admitir al delincuente como parte en el contrato social¹⁰¹, se gira hacia un sistema penal basado (y acaso legitimado) en la eficiencia de su función represiva. En el ámbito del derecho penal material, ello ha conducido a una significativa ampliación de los *delitos de peligro abstracto*, avanzando hacia los *actos preparatorios*, históricamente impunes para el derecho penal liberal: «El autor carece de esfera privada, de un ámbito de comportamiento aun no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro, con otras palabras, enemigo del bien jurídico»¹⁰². El ámbito de intervención es el mismo: tráfico y comercio de estupefacientes, delitos contra la seguridad del Estado, tráfico de armas. El derecho procesal penal de cuño iluminista ha sido el método coherente de actuación del «derecho penal del ciudadano»; el «derecho pro-

⁹⁵ «En ningún caso se le requerirá juramento o propuesta de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión».

⁹⁶ Maier, *DPPa cit.*, pág. 436

⁹⁷ El subrayado me pertenece.

⁹⁸ En abierta contradicción con un modelo de Estado que tiene como una de sus funciones primordiales la de garantizar la integridad de los bienes jurídicos por él protegidos.

⁹⁹ La cadena de influencias del CPP nacional argentino con-

duce al mismo punto histórico que la de la StPO. En efecto, el CPP de 1992 no es otra cosa que una copia del CPP de la provincia de Córdoba de 1939, el cual, a su vez, reconoce el influjo directo de los CPP italianos de 1913 y 1930, aunque dejando de lado el autoritarismo de este último. *Cf.*, Maier, *DPPa*, págs. 192 y ss.

¹⁰⁰ Dencker, *Über Heimlichkeit...*, pág. 676.

¹⁰¹ Hassemér, Winfried. *Das Schicksal der Bürgerrechte im «effizienten» Strafrecht*, en «StV», 1990, pág. 329.

¹⁰² Jakobs, *Kriminalisierung...*, pág. 753.

cesal penal encubierto» no es otra cosa que el correlato formal del «derecho penal del enemigo»¹⁰³.

A esta argumentación crítica se le podría contraponer el desarrollo de la delincuencia, su complejización, y, por ende, la necesidad del sistema penal de brindar nuevas respuestas. Ello, sin embargo, nada dice en cuanto a los costos que estas «nuevas respuestas» representan para los derechos de los ciudadanos, y, por otro lado, acota el marco de las reacciones posibles *exclusivamente* al plano de la represión, evitando (acaso deliberadamente) la discusión político-criminal sobre otras —más imaginativas— propuestas de solución. Al mismo tiempo, la ausencia de todo criterio sistemático en un legislador que parece exclusivamente preocupado en mostrar algún tipo de iniciativa frente a una opinión pública cada vez más sensibilizada, convierte a la tarea de interpretar racionalmente estas nuevas reglas en una misión casi imposible.

En el caso concreto de la admisibilidad del AE como nuevo protagonista del procedimiento penal, y como el lector ya habrá podido advertir, el intérprete se encuentra frente a un problema de solución dilemática: si intenta armonizar la actividad del AE con los principios fundamentales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho, el resultado es un agente encubierto enormemente limitado en su capacidad real de actuación, a punto tal que, salvo en lo que al uso de la identidad falsa se refiere,

no diferirá sustancialmente de un policía común; si, por el contrario, se inclina por potenciar la capacidad funcional del AE, el precio a pagar por ello es altísimo. La vigencia de principios fundamentales del Estado de derecho, rectores de la persecución penal estatal, se diluye casi por completo, y las reglas del procedimiento penal ya no juegan prácticamente ningún papel como «formas protectoras»¹⁰⁴, cediendo el paso a la *desformalización* característica del procedimiento penal en estados policiales. La coexistencia pacífica de ambos sistemas («tradicional» y «encubierto»), al menos con los modelos normativos hasta ahora intentados, no parece posible¹⁰⁵.

La jurisprudencia sobre el punto, tanto en Alemania como en Argentina, no resulta nada tranquilizadora. Acaso temerosos de quedar atrás en esta frenética carrera por un sistema penal «eficiente», los jueces parecen olvidar su papel fundamental de custodios de las garantías individuales¹⁰⁶, y estar dispuestos a ir aún más lejos que el legislador. De los dos caminos arriba señalados, tanto la jurisprudencia alemana como la argentina muestran ya su inclinación por el segundo, acaso sin advertir que de esta decisión depende, en buena medida, la reafirmación de las garantías republicanas como límites infranqueables de la persecución estatal, o la cada vez más posible construcción sobre las ruinas del Estado de derecho de un nuevo, secreto y omnipresente Leviathan.

¹⁰³ La antinomia ha sido tomada de Jakobs, *Kriminalisierung*, cit.

¹⁰⁴ Schmidt, Eberhard: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1964, págs. 45 y s.

¹⁰⁵ Cf. una crítica similar en *Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)*, «StV», 1992, pág. 34. Tb. Frister, pág. 155.

¹⁰⁶ Rol irrenunciable en un auténtico Estado de derecho, o en lo que Ferrajoli designa como «democracia sustancial» por oposición a la meramente procedimental: «nunca sujeción [del juez] a la ley de tipo acrílico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad». Cf. *El derecho como sistema de garantías*, en «Justicia Penal y Sociedad», núm. 5, 1994, pág. 14.

El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma*

Joan J. QUERALT

I. INTRODUCCION

En primer lugar, deseo, sin ánimo de cumplir el ritual, porque en este caso es profundamente sentido, agradecer a la Universidad de Verano de Maspalomas el que me haya invitado a estar hoy con ustedes y disfrutar de estos Cursos de Verano, sobre todo en la segunda parte de mi intervención donde tendrá lugar, espero, un intenso debate. Por si ello fuera poco, en segundo lugar, debo manifestar que es para mí más que un honor, una deuda casi, el poder participar no en cualquier Aula, sino en el Aula Fernando Sagaseta. No hace falta que les recuerde a ustedes quién era Fernando Sagaseta, quién es, mejor dicho, Fernando Sagaseta; por lo tanto, para mí participar en la Universidad de Maspalomas a través del Aula Fernando Sagaseta es algo que me llena de honor y de placer.

Bien, el tema que me ha tocado en suerte, es el tema del delito ecológico. Yo supongo que el profesor Rafael Fernández Valverde les habrá centrado las bases, las líneas maestras de la legislación española, incluso internacional, en materia de protección del medio ambiente. A mí entonces me toca un aspecto de esa legislación en la que seguramente no habrá entrado, es decir, en la legislación punitiva.

No tengo que recordarles como primer punto de reflexión que el Derecho penal es aquel sector del ordenamiento jurídico que entra en juego, cuando los otros aparatos jurídicos no sirven o se demuestran inútiles. Los que entre ustedes sean estudiantes de Derecho recordarán que decimos que el Derecho penal tiene, para lo que aquí interesa, dos características que son la *ultima ratio* y el *carácter fragmentario*. Traducido esto a un lenguaje más llano, quiere decirse que el Derecho penal no cualquier infracción del ordenamiento jurídico y que, cuando se produce infracción, solamente castiga aquellas infracciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Es lo que llamamos un Derecho penal de mínimos, o *principio de intervención mínima*, que es una característica del Estado social y democrático de Derecho.

Recurrir a la coacción estatal que supone el Derecho penal lo menos posible, no quiere decir que estemos ante un Derecho penal insuficiente; al contrario, un Derecho penal bien legislado supondrá encontrar un punto de equilibrio en el nivel de protección jurídico-penalmente necesaria y la libertad de los ciudadanos. O lo que es lo mismo, aquella pro-

tección jurídica que pueda brindarse a los bienes relevantes socialmente por otros medios diferentes al recurso al Derecho penal, deberán ser prioritarios. Por eso no hay que extrañarse que el Derecho penal sea el último sector del ordenamiento jurídico que acuda en nuestro auxilio; lo que quiere decir para que se produzca este equilibrio y que el Derecho penal sea la última reserva de nuestro ordenamiento en entrar en juego, es decir, prevenir la producción de males jurídico-penalmente relevantes, la primera condición es que el resto del ordenamiento jurídico esté bien conectado entre sí. Así, los diferentes sectores del ordenamiento jurídico estén conectados entre sí, el Derecho Civil, el Derecho Administrativo en sus diferentes vertientes, Derecho Autonómico, Derecho Urbanístico, Derecho de Protección de Medio Ambiente, de la flora y fauna, etc., deberán ofrecer un entramado coherente de modo que aseguren la indemnidad razonablemente posible de los diversos bienes jurídicos. Así, en materia ecológica, sería un contrasentido, permitir al incendiario de sus propios bienes que obtuviera una recalificación del suelo de rústico en urbanizable. No tendría sentido imponer una pena a quien ha destruido su bien de interés social y permitirle, amparándonos en el derecho de propiedad en que obtenga beneficios de su criminal comportamiento.

II. EL BIEN JURIDICO-PENALMENTE PROTEGIDO

La protección del medio ambiente, especialmente desde el momento en que se va tomando conciencia colectiva de que es un bien escaso y difícilmente reponible, es una constante teórica y una afirmación recurrente, cuando no tópica.

Por lo que respecta a la protección del medio ambiente desde la óptica del Derecho penal, esta es una tarea que ya viene de lejos. Fuera del texto penal básico, el Código penal, la ley de 1896, de la protección de pájaros insectívoros, inicia una senda a la que habrá que añadir posteriores leyes de caza, de pesca, de seguridad nuclear, convenciones del mar... Muchas de estas normas tienen aspectos, no sólo penales, sino también sancionador-administrativos e, incluso, procedimental. Todo ello sin dejar de tener en cuenta los delitos de incendio y de estragos, dado que, especialmente los primeros, constituyen una de las manifestaciones más graves del deterioro criminal del medio ambiente.

* Conferencia pronunciada el 21 de julio de 1994 en la Universidad de Verano de Maspalomas (Gran Canaria).

Así pues, este bien jurídico no es ajeno al Derecho penal ni, con justicia, se puede decir, que el interés del Derecho penal por él sea de última hora, provocado por las nuevas corrientes sociales de opinión. Más bien diría lo contrario: la protección penal del medio ambiente es tan antigua como el mismo Derecho penal moderno. Otra cosa será —mejor dicho, es— el nivel de optimización de dicha protección.

A introducirnos en este terreno dedicaremos los minutos que siguen. Para ello, centraré mi intervención en dos grandes órdenes de cuestiones. Por un lado, pasaremos revista a los tipos penales más comunes; por otro, una vez analizados éstos, pasaremos revista a algunos de los problemas jurídicos que puede encontrarse el Derecho penal la hora de realizarse debidamente en este terreno. En efecto, no hay que olvidar que para el delito ecológico más frecuente y devastador en nuestro entorno, el delito de incendio, prácticamente no existen casas abiertas en España por dicho delito, pese a que cada año suelen arder más de 200.000 hectáreas de bosque y matorral.

Así pues, nadie duda de que la protección jurídico-penal del medio ambiente en todas sus manifestaciones es una tarea en la que, de acuerdo con sus posibilidades, el Derecho penal debe estar presente. Pero a nadie se le oculta, que la realización de esta tarea deja bastante que desear. Por ello, habrá que ver, pues, en donde le aprieta el zapato al sistema penal para mostrarse tan inoperante.

De una parte, el medio ambiente es el objeto de protección jurídico penal. De otro lado, lo es también la persona humana, individual o colectivamente, en cuanto algunas conductas pueden afectar directamente al ser humano; pensemos, por ejemplo en el vertido de sustancias tóxicas en un cauce de agua potable, p. j. Por ello, el legislador ha tenido especial cuidado en prever esta posibilidad, extremo sobre el que volveremos en el estudio de cada una de las infracciones, atendiendo al concreto modo de previsión legal. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta ya desde ahora, que, pese a la incidencia directa que pueda tener en los seres humanos un determinado atentado contra el medio ambiente, la legislación administrativa, nacional e internacional, así como la intervención jurídico penal, dispone de un doble frente.

Así es. Por una lado, en materia penal, al igual que en el resto del sistema jurídico, no es necesario, según la modalidad delictiva, que el daño se produzca. Como ya dijo una temprana STS 2-11-1968, *no estamos tanto en presencia de unos delitos de corte individual, sino colectivo, por lo que pasa a primer término el concepto de peligro* más que el de resultado. El Derecho penal, en atención al bien colectivo en juego, adelanta las barreras de la punición y no espera a que el daño se produzca. Considera típicas, como veremos, algunas conductas, por lo general, las potencialmente más gravemente productoras de resultados lesivo por el mero hecho de ser puestas en marcha. O lo que es lo mismo: no es necesario para que entre en juego el Derecho penal el que se haya producido la lesión del medio ambiente que la acción desencadenada encierra en sí misma. Ello es lógico si se piensa en el gran po-

tencial destructor de algunos comportamientos: esperar a la verificación de daño, además de inútil en cuanto a la reparación por ser esta imposible, tendría un efecto político-criminal indeseado: aumentaría el riesgo actual de deterioro del medio ambiente exponencialmente, pues sólo la producción del resultado sería punible.

El esperar a la producción del evento retrasaría la entrada en función del Derecho penal, perdiendo su fuerza de motivación negativa. En efecto, dado que una multiplicidad de conductas, legítimas unas e ilegítimas otras, cabrían en lo que, si estuviéramos ante un delito de resultado, se podría castigar formalmente como tentativa, la prueba del resultado efectivo haría aun más inútil la protección jurídico-penal. En cambio, *concebir los delitos ecológicos como delitos de peligro, permite, verificado este, proceder al castigo sin esperar a que se verifique el resultado.*

Por otro lado, hay que destacar que, dado el origen de la protección que brinda el CP al medio ambiente, ésta no es ni uniforme en su gestación ni sistemáticamente correcta en muchas de sus ubicaciones, puesto que, en no poca medida, los delitos contra el medio ambiente están aún incluidos entre los delitos contra la propiedad y ésta, es decir, el daño concreto infligido al propietario del bien cuyo peligro o lesión se tipifica. Este residuo histórico desaparece en el Derecho comparado y tiende a desaparecer en los sucesivos proyectos de CP. No obstante, dicha referencia a la propiedad, cuando exista, hay que tomarla como lo que es, un mero residuo histórico.

Ahora lo que nos interesa es acotar el término medio ambiente como objeto de protección jurídico-penal. El medio ambiente es un lugar común en nuestra realidad, que podría definirse como el conjunto de medios naturales que en su cantidad y combinación configuran el habitat actual para el hombre, para la fauna y la flora, y cuya alteración por medios nocivos para la naturaleza y desarrollo biológico propio de dichos seres y objetos es contraria al equilibrio natural de la vida humana, animal y vegetal en la tierra. Este planteamiento del medio ambiente, ciertamente homocéntrico, no excluye, sin embargo, el equilibrio que es propio a la flora y a la fauna, aun sin tener una incidencia directa en el desarrollo humano, tanto en su aspecto animal como social.

III. LOS DELITOS ECOLOGICOS MAS COMUNES

1. Delito de incendio forestal

A fin de dotar de mayores instrumentos a la lucha, hasta ahora poco menos que vana, contra los incendios forestales —lucha que se intentó desarrollar penalmente ya en 1975— y, al parecer, movidos algunos legisladores por la simbología de las catástrofes del verano de 1987 —Montserrat resultó trágicamente arrasada, pero ni más ni menos que otros parajes españoles—, se ha modificado la estructura formal del capítulo VIII del Título XIII del Libro II del CP y se han introducido específicamente los incen-

dios forestales: artículos 553 bis. Las especialidades en juego, al menos sobre el papel, son más severas que cuando, en abstracto, pueden estar vidas humanas en juego. Este desequilibrio político-criminal pone de relieve que la lucha por la salvaguarda del medio forestal del fuego y contra, eventualmente, los incendiarios interesados, tiene otras vías que la penal o, como mínimo, que ésta no es el único medio. La reforma del CP operada por la LO 7/1987 parece ser una muestra más de la característica huida hacia el Derecho penal.

Estas renovadas infracciones se encuentran a medio camino entre el delito de peligro abstracto (para las personas) de incendio estudiado hasta ahora y el delito ecológico.

En atención a diversos elementos, el legislador ha configurado varios tipos legales de incendios forestales. La formulación básica se encuentra en el artículo 553 bis a) II, que es la primera manifestación que pasamos a analizar.

Los *sujetos activo y pasivo* de este delito son toda persona y la colectividad, respectivamente.

El *tipo objetivo positivo* viene definido por la acción de incendiar, es decir, prender fuego a un objeto, sea cual sea el procedimiento que se utilice.

El *objeto*, lo que constituye el elemento básico diferenciador con las demás figuras de incendio, y en el que el legislador pone su énfasis, son los *bosques y los montes*; la expresión masa forestal, quizás técnica, suena a barbarismo en el CP.

Lógicamente, se trata de un *delito eminentemente doloso*. En efecto, al prever la dicción del precepto la exclusión de todo peligro para las personas, queda sobreentendida la intencionalidad del sujeto; de lo contrario, dicha alusión carecería de sentido. El incendio imprudente se rige por el delito de daños imprudentes. Con todo, no pueden descartarse eventos dañosos para las personas; en tal caso, de producirse lesiones para la vida o integridad física de las personas, se daría un concurso ideal de delitos, si éstas son imputables por imprudencia.

Si este peligro no se descarta, como quiere la ley, manifestadamente, aparece un tipo agravado, previsto en el artículo 553 bis a) I. La redacción legal complica la comprensión y practicidad del texto, pues incluye una nueva forma de castigo, a saber, una forma de superimprudencia, que, para el resto de delitos, la ley desconoce. En todo caso, las diferencias penales son sensibles. En efecto, la diferencia de pena radica en que la pena privativa de libertad pasa de ser prisión menor —susceptible en su tramo inferior de ser remitida condicionalmente— a ser prisión mayor.

En todo caso, el *menoscabo* de la integridad física de las personas que contempla la ley ha de ser solamente previsto *como peligro*, no como posibilidad de realización. En este supuesto pasaría a primer término, según los casos el asesinato —dolo directo—, homicidio —dolo eventual— o lesiones. Por lo tanto, se trata de una estructura compleja en la que se da dolo para el incendio y dolo para la puesta en peligro remota (peligro abstracto) de la integridad física de las personas; con este peligro la ley parece conformarse para dar vida al tipo penal.

Además de estas dos formulaciones ya expuestas, el CP prevé que esas dos modalidades puedan

verse agravadas, imponiendo las penas en su grado máximo, si el incendio alcanza una *gravedad especial*, gravedad especial que es definida en el artículo 553 bis b). Así, alternativamente:

- i) Que resulte afectada una zona significativamente amplia.
- ii) Que se deriven consecuencias para la erosión del suelo.
- iii) Que resulten alteradas las condiciones de vida animal o vegetal.
- iiii) Por último, que se produzca un grave deterioro o destrucción de los recursos afectados, lo cual viene a ser una redundancia.

La tercera de las variantes es la modalidad más claramente ecológica del incendio. Pero, sin embargo, introduce un margen de discrecionalidad al ser los referentes imprecisos y se deja la determinación de la agravación exclusivamente al albur de los informes periciales y de la apreciación que de ellos hagan los Tribunales; y curiosamente, no se hace referencia alguna al efecto que pueda generar sobre el entorno poblacional.

Finaliza el legislador con la introducción una conducta atenuada y, como consecuencia de ella, introduce la figura del incendiario arrepentido.

En efecto, el artículo 553 bis c) en su primer apartado hace referencia al castigo de un tipo de imperfecta ejecución. Puede tratarse tanto de una *frustración* (desde una perspectiva objetiva) como de una *tentativa inacabada* (desde una perspectiva subjetiva); queda excluida la tentativa inidónea, puesto que en ella no habría ni siquiera incendio, sino la pretensión de incendiar por medios inadecuados (simplemente, p. ej. rociando con alcohol o gasolina, sin prender fuego —acción típica—, a la espera de que el sol calentara lo suficiente).

La letra de la ley no se decanta por ninguna de las dos posibilidades teóricamente posibles y, por tanto, las dos resultan típicas. Debe, en todo caso, existir un inicio de incendio, aunque no debe llagarse a la propagación.

Junto a estas modalidades, se encadena un *ex-cusa absolutoria*. Así es, se crea, por así decirlo, la figura del *incendiario arrepentido*. La no imposición de la pena reside en el hecho de que no se llega a producir propagación; la evitación ha de deberse a la actuación directa (y eficaz) del incendiario. Si se inicia la propagación, procederá la imposición de la pena correspondiente al tipo ejecutado, si bien podrá tenerse en cuenta el arrepentimiento espontáneo (art. 9, 9.ª).

2. Los delitos de estragos

Junto a los tradicionales delitos de estragos previsto en el artículo 554, la reforma de 1989 introdujo un nuevo precepto, de peligro concreto en palabras del reformador [art. 348 bis b)]. La inseguridad en que se mueve gran parte de la manipulación del riesgo en nuestro país, con frecuentes accidentes y pequeñas catástrofes y no pocas pérdidas en vidas humanas, lleva, una vez más, a huir hacia el Derecho penal. No consta, y por eso es una huida, que los poderes públicos, junto —o, mejor, previamente— a legislar, desplieguen las medidas de fomento, infor-

mación, inspección y sanción que debe esperar de unas administraciones públicas tan numéricamente dotadas. Empecemos, pues, por esta modalidad más reciente.

A. **Riesgo de estragos por manipulación indebida de sustancias o realización impropia de obras**

El *sujeto activo* puede ser cualquiera que tenga relación con las actividades típicas. La responsabilidad en atención al artículo 15 bis será frecuente aquí, puesto que los directivos de las empresas responderán en no pocas de las puestas en peligro aquí descritas. El *sujeto pasivo* lo constituye la comunidad y la persona o personas afectadas por el peligro concreto.

La *acción* típica de este delito viene determinada por la manipulación indebida de sustancias peligrosas, acción que se manifiesta mediante dos modalidades no plenamente simétricas. En primer lugar, se describe, de forma enunciativa, es decir, sin *numerus clausus*, una serie de actuaciones —fabricación, manipulación (que sería el supraconcepto), transporte o tenencia— sobre un listado, igualmente no cerrado, de sustancias peligrosas, ya sea por su inflamabilidad, corrosividad, radioactividad, toxicidad, etc.; podemos hablar, pues, de *manipulaciones peligrosas*.

Siguiendo esta enumeración abierta, el tipo hace referencia no sólo a sustancias, sino también a aparatos e instrumentos de similar potencial lesivo. En suma, con relativa poca fortuna se ha querido hacer referencia a la manipulación del peligro artificial o industrial.

Sin embargo, el peligro típico es limitado. Por un lado, debe tratarse de actividades humanas relacionadas con productos que sean susceptibles de causar estragos, es decir, catástrofes, y no meros daños. Pero, además, y esto resulta fundamental, dichos estragos en el supuesto de autos ha de poner en concreto peligro la vida, integridad física o salud de las personas. Si el peligro no es concreto y/o no se refiere a la integridad personal, este precepto no entra en juego; así, por ejemplo, el peligro concreto para animales o plantas no resulta típico desde esta perspectiva, sino, quizás, desde el delito ecológico.

Por último, y para estrechar aún más el ámbito de lo punible, se requiere que se hayan vulnerado las reglas de seguridad establecidas. Ello requiere, en primer término, la existencia de reglas específicas aplicables a la materia que se manipula; y, en segundo término, que la regla contravenida esté en relación con el peligro que se ha generado: no basta la infracción de cualquier regla de seguridad.

La segunda modalidad delictiva consiste en la realización *impropia de obras*. Se trata aquí la acción de manipulación de sustancias o productos por la de realización de determinadas obras, que no quedan debidamente especificadas, máxime a la vista de que el objeto del delito se debe complementar de modo analógico.

Esta analogía es aquí, en la medida en que crea materia penal, *in malam partem* y, por tanto, ilegítima, es decir, *inconstitucional*. La impericia lingüísti-

ca del legislador le lleva a cercenar un precepto de por sí, como hemos visto, de pocos vuelos, y a incluirlo dentro de la legislación simbólica. Por otro lado, los elementos vistos en el apartado anterior son aquí igualmente de aplicación.

En cuanto al *tipo subjetivo*, nos hallamos ante una combinación dolo-imprudencia, similar a la descrita en los delitos de lesiones. Para que el delito sea *doloso*, basta con que sea dolosa la manipulación antinormativa de las sustancias o la realización de las obras, siendo necesaria únicamente la referencia imprudente al peligro concreto; de ser ésta dolosa también, estaríamos ante una tentativa o frustración de asesinato masivo.

El delito será *imprudente* sin la actuación que contraviene las normas de seguridad se hace no intencionalmente, lo cual será lo ordinario, con la consiguiente rebaja en la imposición de la pena.

B. **Delito de estragos**

Como decía antes, el tradicional delito de estragos presenta dos vertientes: una de peligro abstracto y otra de peligro concreto (art. 554 *in fine*), según se haya llegado a producir una situación de riesgo grave para la vida o integridad corporal de las personas.

La *acción* que requiere el tipo legal es la producción de un peligro abstracto para las personas. Los *medios comisivos* (STS 8-11-1984), atropelladamente expuestos por el legislador tras la reforma de este precepto en 1978, con fines antiterroristas, y los resultados, son de lo más variado (STS 7-2-1975). Con todo, queda excluido como medio comisivo el incendio, aunque la explosión que lo provoca pueda ser constitutiva de este delito o de uno de incendio de los anteriores; ello ocurrirá si el medio de ignición elegido es una explosión. Por tanto, la explosión en sí como el incendio subsiguiente a una explosión no preordenada a él constituyen el delito de estragos (STS 15-6-1981).

Según la *gravedad* del resultado podrá *atenuarse* sensiblemente la pena. Pero si se ha puesto en peligro grave la integridad de las personas, cambia la calificación del delito, que pasa a ser un peligro concreto, y la pena puede incrementarse e, incluso, rebasar el marco típico básico.

Lógicamente, en cuanto al *tipo subjetivo*, estamos en presencia de un delito claramente *doloso*, imputada esta característica, por la letra de la ley.

Sobre la *penalidad* hay que señalar que, con independencia de que este delito puede concurrir con otros delitos, no necesariamente ecológicos, como son, por ejemplo, los desórdenes públicos, de no ser el daño muy grave, *la pena puede disminuirse en uno o dos grados*. Pero si el daño no es muy grave, no estamos en presencia de estragos, sino de un delito de daños. En puridad, esta atenuación lo que demuestra es que el delito de estragos viene condicionado, no por el resultado sino, por el peligro de la acción; entenderlo de otro modo, llevaría a considerar que se produce un concurso entre el estrago degradado y otros delitos de daños o incendio.

La modalidad agravada (art. 554, *in fine*) de este delito se determina por que la ley ha querido aquí *la*

producción, además, de un peligro concreto para la integridad de las personas. O lo que es lo mismo: los estragos llegan a su máxima potencialidad. De verificarse el peligro, es decir, de producirse una lesión, estaríamos ante un delito doloso de estragos y una serie de delitos imprudentes de homicidio y/o lesiones.

3. El llamado delito ecológico

El delito previsto en el artículo 347 bis fue introducido en el CP por la reforma de 1983 como consecuencia, entre otras cosas, del artículo 45.3 CE. Obedece a la creciente demanda de sectores sociales que consideran que ha de protegerse por todos los medios posibles el mundo físico en el que vivimos, dado que es nuestro sopor ratos natural y no tenemos otro. El planteamiento que parece abrirse camino es el de la raídas racional del medio ambiente, quedando proscrita su explotación sin límite (STC 64/1982). Esta pretensión de protección integral culmina con la protección también en sede penal de los ataques más clamorosos al medio ambiente.

Con todo, ha de reiterarse que nuestra legislación no es especialmente parca en protección de la naturaleza; en efecto, una larga, muy larga, lista de disposiciones de todo rango, desde leyes orgánicas a resoluciones de órganos administrativos directivos. No obstante, como en otros muchos sectores, la legislación protectora y sancionadora, si bien es necesaria, no es suficiente: es imprescindible una cierta sensibilidad medioambiental para que el entorno físico y natural del hombre quede razonablemente garantizado. A ello, pese a avances constatables, no deja de ser ajeno una cierta idea tradicional de lo que es delito y delincuente; idea que comparten por lo que se ve amplios sectores sociales, judiciales y administrativos. Aunque ello no es propio ni exclusivo de esta concepción —sucede algo parecido con los delitos contra el sistema socio-económico, p. ej.—, no se acaba de tener por delito el compartimiento antiecológico no por criminal a quien lo practica. Amplias capas sociales y de operadores jurídicos continúan apegados al tradicional y siempre insuficiente concepción del delito, concepciones que contemplan con asombro y sin entender las nuevas demandas sociales de garantías. En este ambiente, pues, se introduce, se practica y puede quedar prácticamente impune el delito ecológico.

Como viene siendo habitual en este tipo de tipificaciones, la dicción legal abarca una modalidad básica y otras agravadas. Pasemos a analizar en primer lugar, claro está, la básica.

En cuanto al sujeto activo, es este delito, como en pocos se da la problemática —sobre la que volveremos después— de que quien responda criminalmente esté inserto dentro de la organización de una persona jurídica. En efecto, si se trata de una persona jurídica, los problemas de responsabilidad quedan obviados por el complicado artículo 15 bis. De todos modos, la no existencia del artículo 15 bis hasta 1983 no había impedido a los tribunales manejar un concepto claramente material de autoría y rele-

gar la noción de persona jurídica al terreno que le es propio: el de la ficción jurídica.

En cuanto a la acción típica, podemos afirmar que se trata de un delito de peligro concreto, puesto que se requiere la existencia de uno grave para una serie de bienes jurídicos: la salud de las personas y el ecosistema, es decir, las condiciones de la vida animal y vegetal, tanto la de los espacios naturales como la de los campos de cultivo.

Materialmente, la puesta en peligro se realiza mediante emisiones directas o indirectas a la atmósfera, al suelo o a las aguas terrestres (ríos, lagos, corrientes subterráneas) o marítimas; así, humos de fábricas, limpieza de tanques o vaciado de los mismos son conductas frecuentes. Estas emisiones deben ser de materias nocivas para los bienes referenciados; puede suceder que una materia desconocida, dentro de una actuación lícita, cause el peligro o llegue a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos; hasta tanto no se determine el agente causante, la emisión, salvo quebrantamiento de la eventual prohibición cautelar, es atípica.

Con todo y con eso, no basta con la emisión; es necesario, además, que tal ocurra por haberse quebrantado una prohibición legal o reglamentaria (STS 30-11-1990). Nos hallamos ante una ley penal en blanco: razones de técnica legislativa obligan a asumir nuevos conceptos técnicos y/o científicos por las más diversas vías legislativas: tratados internacionales, leyes formales o una pléyade de reglamentos que se complementa, suplen y, en no poca medida, pueden contradecirse. Con todo, dado que se trata de normativas sectoriales (energía nuclear, protección atmosférica, actividades molestas, ruidosas o insalubres, residuos sólidos, protección de aguas marinas y costas...) y dado que fundamentalmente se trata de actividades industriales, el potencial grupo de sujetos activos peligrosos por una actividad concreta conoce dicha normativa por conformar su *lex artis*; es más, la licencia administrativa de apertura, e incluso las fases anteriores de planeamiento, están supeditadas, de hecho, a demostrar ciertos conocimientos técnicos imprescindibles. El problema del error de prohibición es inexistente.

Puede darse la cuestión suscitada más arriba: la sospecha de que una actividad no sometida a reglamentación produce, en alguna fase de la misma, el peligro típico. En tal caso, la Administración pública competente, puede dictar una suspensión o moderación cautelar de la actividad en cuestión. Si bien, la prohibición cautelar no es ni una ley ni un reglamento, dicha prohibición sí está amparada, con independencia de la legislación sectorial aplicable, como mínimo en la LO 3/1986, sobre medidas especiales en materia de salud pública. Es más, la vulneración de la prohibición de emisión, siquiera cautelar, integra una de las modalidades del tipo agravado.

A diferencia de las actuaciones criminales antimedioambientales ya descritas, se trata de un delito doloso e imprudente, según los casos. Las reglas que hacen una conducta dolosa o imprudente, sobre lo que no podemos entrar aquí, son plenamente de aplicación.

La materia concursal adquiere aquí una importan-

cia del mayor interés. Por una lado, es perfectamente aplicable la cualificación prevista en el artículo 348 para los delitos comprendidos en la sección segunda (delitos contra la salud pública y el medio ambiente) del Capítulo II del Título V del texto punitivo básico. Esta cualificación se refiere a la que si se produce una muerte, ahora por imprudencia*, la pena a imponer, además de la pecuniaria, es la de reclusión menor.

Por otro lado, en caso de fugas nucleares o de exposición de personal a radiaciones de esa índole, en ambos supuestos intencionalmente, las penas, aun sin mediar lesión, son prácticamente las del asesinato y homicidio (arts. 84 y 85 L 25/1964, de energía nuclear); su acompañamiento a las figuras del CP, tanto de corte colectivo como individual es necesario, dado que el realismo es fundamental en materia ecológica y de seguridad medio ambiental.

Curiosamente, la *pena* para el tipo básico no es muy significativa: ni la pena privativa de libertad (arresto mayor) ni la multa parecen de suficiente entidad comparado con otros delitos igualmente reprochables como el delito fiscal, donde el peligro físico es mucho menor. Además, se añade una dificultad práctica, que aquí sólo puede ser enunciada, cual es la de la protección internacional del medio ambiente. Si bien existen convenciones internacionales sobre contaminación transfronteriza o la protección de los mares, tanto en su vertiente de conservación de especies como de mantenimiento de la salubridad de las aguas, la persecución de los hechos resulta problemática.

Excepcionalmente, el texto penal establece una específica medida de seguridad. Así es: de acuerdo al artículo 347 bis IV el Tribunal podrá acordar el cierre temporal o definitivo del establecimiento emisor; por establecimiento puede entenderse una sección de una industria, no necesariamente una empresa entera. A diferencia de otras medidas similares [arts. 344 IV c) o 344 bis II] no se establecen los límites superior e inferior de la suspensión lo cual la convierte en inaplicable. En todo caso, para salvaguardar los derechos de los trabajadores podrá proponer el tribunal a la Administración la intervención de la empresa.

Pasemos, hora, a echar una ojeada a los *tipos agrados*, contenidos en el artículo 347 bis II. En primer lugar, el legislador parte aquí, para agravar la pena y pasar a la superior en grado, de que la *industria sea clandestina* (operar sin autorización), desobediencia a las órdenes de cierre, o modificación de instalaciones o que la autorización se base en documentación falsa aportada por la empresa solicitante de aquélla o, por último, que se obstaculice la función inspectora de la Administración.

La concesión de autorizaciones, la impartición de órdenes de rectificación, suspensión o cierre y la inspección suelen estar *reguladas* por cada rama de actividad, por lo que, al no poder alegar desconocimiento, la mala fe o la contumacia incrementan el injusto. La oposición u obstrucción de los controles denota igual rebeldía. Aquí, en contra del tipo básico, las conductas son claramente dolosas.

En segundo lugar, nos encontramos con otra modalidad agravada de delito ecológico, que se contempla en el artículo 347 bis III. Este tipo nace cuando, concurriendo o no alguna modalidad delictiva anterior, se incrementa también el injusto si se produce un riesgo que ocasiona un *deterioro irreversible o catastrófico*. La *pena* es aquí a todas luces *insuficiente*, puesto que pueden producirse hechos subsumibles en otros delitos de peligro (incendios, estragos) que por ser más específicos y más graves consumirán el desvalor del delito ecológico. Estos desajustes, por entrecruzamiento, deben ser eliminados; pero hasta entonces, se obliga al operador a un complejo procedimiento de elección entre varias soluciones, que no siempre llevarán a la aplicación del llamado delito ecológico.

IV. VALORACION JURIDICA

Para preparar esta charla hoy con ustedes, se hace lo que se hace normalmente: repasar la documentación y fichas acumuladas, verificar la jurisprudencia y repasar la bibliografía. Además, para un tema como el presente, hace falta estudiar otras disposiciones legales o reglamentarias a las que el CP hace especial referencia. Ello obliga a repasar, por ejemplo, la Ley de Seguridad Nuclear, la Ley de Pesca, la Ley de Protección de Pájaros insectívoros, la Ley del Suelo, la Ley de Protección de las Emisiones Atmosféricas, tratados internacionales sobre, por ejemplo, protección de las plataformas continentales, de los fondos marinos, de alta mar, de vertidos. El número de materias y de disposiciones es tan ingente que se acude a las codificaciones privadas. La que he manejado en este caso tiene 1.030 páginas, de letra, además, muy chica. Y, por razones evidentes, no es exhaustiva ni completa, porque, por ejemplo, no recoge las disposiciones de la Unión Europea en materia de contaminación transnacional.

No obstante, ese *maremágnun normativo contempla en lo esencial una regulación y la sanción por su contravención*. Ahora bien, siendo el aspecto punitivo, penal o administrativo, del mayor interés, existe otro más importante que la sanción, a saber el de la reparación del desaguisado. ¿Qué pasa con las masas desforestadas?; ¿qué pasa con el mar podrido?; ¿qué pasa con las aguas, por ejemplo, fecales, que por la permeabilidad de las capas freáticas se comunican, lo cual no es infrecuente lamentablemente, con las aguas destinadas al caudal humano?

Pero no sólo el problema de la reparación o reposición al estado anterior es importante y la legislación pasa bastante por algo esta capital cuestión. Otro tema no menos lacerante es el de la conciencia social de la infracción. Dicho de un modo más rotundo: imponer una multa, muchas veces ridícula, de 50.000 pesetas, por ejemplo, por parte de un alcalde, cuando, para mayor inri, las, por sí decirlo, aguas del propio alcalde al mar sin depurar. Ayer —20-7-1994— sin ir más lejos, leímos en la prensa

* Si la muerte o muertes se producen dolosamente, se produce un concurso entre el delito ecológico y el homicidio o asesinato.

grancanaria que la depuradora capitalina no funciona, pese a haber constado cinco mil millones. Si ello es cierto, entonces con qué fuerza moral esa u otra autoridad va a imponer una sanción de la cuantía de la referida cuantía u otra multimillonaria. Este es un poco el panorama en el que nos encontramos, o sea: *dispersión, desorganización y falta de conciencia social y política*.

Sin embargo, este panorama fáctico, choca con el panorama legal, como ya se ha visto a lo largo de las exposiciones habidas en la presente Aula. Panorama legal que no viene de ayer por la tarde sino que, en España, a nivel de ley formal se remonta a finales del siglo pasado, en concreto, a una Ley de 1896, la Ley de Protección de Pájaros Insectívoros. Y ello sin remontarnos a legislaciones anterior, que ha tenido el punto de mira en los siempre devastadores incendios. Es decir, que la preocupación por el medioambiente o por la sensibilidad que en cada momento se tiene sobre el medio ambiente manifiesta el legislador español, es bastante aceptable. Otra cosa es la implementación, repito, la virtualidad de esta protección.

Para muestra un botón. La búsqueda de jurisprudencia del Tribunal supremo en esta materia no da resoluciones sobre incendios forestales entre. Sobre el llamado delito ecológico, que data de 1983, sólo tres han sido emitidas. El panorama resulta, a mi modo de ver, desolador. Pero sólo la primera de estas sentencias, la de 30 de noviembre de 1990 tiene un interés jurídico y político relevante; las otras dos, tiene mucho menor alcance y no son en absoluto representativas del daño al medio ambiente que se está produciendo en España.

Y tiene especial interés dicha primera sentencia ecológica, por así decirlo, puesto que el desaguado, la lluvia ácida (resultado de la conversión del dióxido de azufre, al contacto con el aire el ácido sulfúrico) sobre más de 30.000 hectáreas de bosque prepirenaica, tenían su foco en las emisiones de dióxido de azufre de una central térmica de Cercs (Lérida), propiedad de Fuerzas Eléctricas de Cataluña. Para producirse esta condena, condena cuyo camino no fue allanado precisamente ni por el Ministerio Fiscal ni por el Juez de Instrucción, debió contarse con el apoyo inestimable de los vecinos afectados en sus propiedad. Y, además, mayor sensibilidad que la Audiencia Provincial que condenó, mostró la Sala Segunda del Tribunal Supremo que elevó sensiblemente las penas —e incluyó en la condena las costas producidas a los acusadores particulares, extremo éste al que se había negado el tribunal provincial—.

Aunque después volveremos sobre esta resolución, hay que señalar que las otras dos (SSTS 11-3-1992 y 5-10-1993) son, como ya se ha avanzado, muy poco significativas. La primera trata de un sujeto que sin autorización hace una balsa con naranjas podridas para hacer pienso para unos cerdos. Además del olor, se producen filtraciones que van a parar a riegos humanos. La otra resolución hace referencia al vertido de restos de pesticidas para lo que se carecía de autorización. Ciertamente estos dos son ejemplos que no son los más señeros sobre la capacidad de lesión medioambiental proveniente de los grandes complejos industriales,

o lo que es lo mismo: de las grandes compañías.

Estos conglomerados presentan siempre *fuertes frentes de defensa*. Por un lado, suelen argumentar que sus productos no son nocivos y, en caso de serlo, que se han dotado las medidas adecuadas y si, finalmente, se han producido daños, que éstos no se deben a tales o productos o, en todo caso, a mala utilización de los usuarios. Un segundo frente lo representa la inestimable ayuda que suele dispensar la Administración, con su silencio normativo o su inactividad. Un ejemplo claro, lo tenemos en el caso de la central térmica de Cercs: la Dirección General de Energía emitió, tras los procesamientos que se dictaron a lo largo del procedimiento, sendas resoluciones autorizando la emisión de partículas de dióxido sulfúrico, muy superiores a las autorizadas legalmente y que curiosamente pretendía dar cobertura a las emisión de Cercs. Sin embargo, pese a esta defensa tan caída del cielo, se trataba de *disposiciones ilegales* porque tales resoluciones vulneraban el principio de jerarquía normativa. En efecto, las tasas de emisión permitidas figura en el D 833/1975, de 6 de febrero, que sólo por otra disposición del mismo rango, es decir, interviniendo todo el Gobierno, puede ser modificado; no puede, pues, una Dirección General normar en contra de lo que ha acordado el Consejo de Ministros. Que se sepa nadie ha procedido contra los autores e instigadores de dicha ilegal normativa.

Otro frente que se suele oponer es un *problema técnico jurídico-penal* de primer orden, como es el de la *autoría*. Es decir, el Derecho penal contemporáneo parte del principio de personalidad de la responsabilidad; ello quiere decir, como ustedes ya saben, que las personas jurídicas como ustedes saben que *las personas jurídicas no pueden delinquir*. Así pues, una sociedad no delinque; la responsabilidad tiene que atribuirse a las personas que encarnan sus órganos, y no sólo los directivos, sino también los técnicos. Aunque parece que en materia ecológica sólo los técnicos, los ingenieros directores de las centrales, son los que, sorprendentemente, son objeto de proceso penal en España.

En efecto, otra térmica, porque FECSA es una empresa privada, en este caso la empresa pública ENDESA, propiedad a su vez del INI, que tiene la térmica en Teruel, en Andorra, producía —o produce aún— contaminación transprovincial, de modo que sus emisiones han deteriorado unos parajes de la provincia de Castellón. Así las cosas, la Fiscalía de Castellón inicia las actuaciones y el fiscal encargado del caso hace algo que por otra parte parece elemental: solicita el encartamiento de los técnicos de la central y de otros altos directivos radicados en la sede central de Madrid, entre ellos el del presidente de la compañía. Pues bien, se ordenó al dicho fiscal encargado del caso la retirada de la acusación contra los altos funcionarios del INI; de este modo, solamente se prosiguió el procedimiento respecto en este caso únicamente contra los técnicos radicados en Teruel. A mi modo de ver, además de otras cosas, estamos ante un supuesto de corrupción política, si por corrupción política entendemos el funcionamiento torticero de los órganos políticos o su mirada hacia otro lado, desviándose de su misión constitucional. O lo que es lo mismo: utilizar la

institución pública para, precisamente, producir impunidad, o para alterar el ejercicio de las funciones que están definidas en las leyes.

Pero volvamos a la primera y más importante sentencia condenatoria dictada en España por el llamado delito ecológico. En esta resolución se establece como hecho probado que se habían devastado por el efecto de la lluvia ácida unas 30.000 hectáreas, propiedad de ICONA, y después unos pocos particulares, cinco en concreto, presentaron los daños que les habían causado a ellos. Su cantidades son poco significativas, todas ellas sumadas por debajo de los cinco millones de pesetas. En cambio, por su parte ICONA valoró la deforestación en 600.000 pesetas, lo cual ciertamente no deja de llamar poderosamente la atención, especialmente si se tiene en cuenta el papel que se suele atribuir a este Instituto en la protección de la naturaleza. Si a ello añadimos el modo que otros poderes públicos se comportaron en relación con este hecho, la perplejidad puede alcanzar cotas escalofriantes.

Si a ello añadimos la falta de un sistema de prevención adecuado, es decir, de inspección, control y verificación a la hora de autorizar instalaciones y durante su vida útil, y la ausencia de un fondo de restauración, junto con la estricta prohibición de reutilizar los espacios naturales dañados con fines ajenos a la conservación del medio ambiente, difícilmente —y ello es más que deplorable— estaremos en la pendiente que lleva a la antesala de la destrucción de nuestro único activo fundamental: nuestra medio de vida.

V. LINEAS DEL POSIBLE FUTURO CODIGO PENAL

Finalizo ya con un apunte sobre algunos aspectos de los que pudiera ser futuro Código penal sobre esta materia, tomando como base el Anteproyecto de junio de 1994.

En materia de protección medioambiental, el Anteproyecto presenta uno de sus apartados más innovadores más dignos en elogio. En efecto, contie-

ne dos aspectos fundamentales. El primero hace referencia a que cuando las autorizaciones administrativas de instalaciones o de actividades industriales nocivas, hablamos en términos muy generales, que afectan a la fauna, a la flora, al medio ambiente, se hayan obtenido con falsedades, además de castigarse como ocurre en la actualidad, al solicitante mendaz, *serán castigados también*, el facultativo (técnico, ingeniero...) que haya informado favorablemente la concesión de la autorización y la autoridad política que ha firmado, si estaban en connivencia con el solicitante. Estas conductas de funcionarios réprobos puede ahora castigarse acudiendo, por lo general, a las reglas de la coautoría y participación e, incluso, en algunos supuestos, acudiendo a la prevaricación. Pero en el futuro acontecerá su punición por esta vía, cuando menos desde el punto de vista de la prevención general, más directa.

El segundo aspecto realmente innovador al que me refería es la introducción de la figura de lo que pudiera llamarse jocosamente el anticologista arrepentido. Es decir, aquella persona que, visto el desastre causado por su empresa o entidad, pone en marcha los mecanismos suficientes o tendentes a intentar reparar el daño, intentar reponer la situación medioambiental al punto o la fase anterior a su destroz, lo consiga o no la pena se le rebaja sustancialmente. Pero tiene que ser un intento serio, no un mero arrepentimiento mendicante; tiene que ser un intento serio, un intento serio de reparar, muchas veces solamente remendar, la situación creada por el expolio que ha supuesto la actitud anticologista del sujeto. Estos son los dos puntos fundamentales de la reforma, porque en gran medida el Anteproyecto coincide con la legislación actual.

Con todo cabe destacar un tercer aspecto, como el de la incorporación al Código penal de los aspectos más importantes de dos de las leyes penales especiales en al materia más significativas: las Leyes de Caza y de Seguridad Nuclear. En este sentido hay que destacar que, por primera vez se introduce en España el robo de material nuclear como delito autónomo y ciertamente grave. En España el robo de material nuclear no tiene tratamiento especial; se rige por las reglas generales del robo.

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

En torno a la nueva reforma disciplinaria

Rafael MANZANA LAGUARDA

Es cierto que independencia judicial y responsabilidad son instituciones conceptualmente vinculadas; la primera conlleva necesariamente la existencia de la otra; por ello, hay que asumir la afirmación contenida en el punto VIII de la Exposición de Motivos de la LO 16/94, de 8 de noviembre, que modifica la LOPJ de 1985, al definir la potestad disciplinaria como «*instrumento indispensable para el debido aseguramiento de la independencia judicial*». Pero no es menos cierto que los mecanismos disciplinarios, en cuanto constituyen el instrumento básico de depuración de determinadas conductas judiciales, posibilitan un uso desviado, y ajeno a sus fines, que puede incidir directa o indirectamente en el ejercicio independiente de sus funciones. Por ello, toda reforma de los instrumentos disciplinarios despierta *a priori* legítimas suspicacias por parte de sus potenciales destinatarios.

Así, una primera aproximación a esta reforma normativa pone de manifiesto que con la misma se persigue un fortalecimiento de la actividad disciplinaria, exteriorizado en dos factores: el endurecimiento del régimen de infracciones y sanciones y el incremento de las garantías que deben presidir el ejercicio de las facultades disciplinarias. En tal sentido, y por lo que se refiere al primer aspecto, cabe reseñar, entre otras novedades, la consagración expresa del «*bis in idem*», el notable incremento de los plazos de prescripción de las faltas, así como del número de infracciones, la agravación de las sanciones, la introducción de las «*diligencias informativas*», la habilitación concedida a la Comisión Disciplinaria para adoptar la suspensión cautelar por iniciativa propia, por citar las más significativas. Por otra parte, son también innegables las mejoras, y entre ellas, en un destacado primer lugar, la inaplazable derogación de la responsabilidad disciplinaria procesal, la regulación de la figura y del *status* del denunciante, la supresión de infracciones que incumplían los requisitos mínimos de seguridad jurídica, la mejor regulación de las competencias sancionadoras, el incremento de las garantías en la tramitación, y finalmente el reconocimiento de legitimación para recurrir a las Asociaciones Profesionales. Ello puede producir, *a priori*, un falso efecto de compensación entre as-

pectos negativos y positivos de la reforma, que conduzca a emitir un juicio global de benignidad, o al menos de inocuidad, de la misma.

Sin embargo, antes de extraer conclusiones, analicemos someramente algunos de los aspectos de esta modificación legislativa. Como todo experimentado vendedor, que elude cualquier mención de los «*vicios ocultos*» de la mercancía, y resalta tan sólo sus ventajas externas y aparentes, así el legislador, en la Exposición de Motivos de esta reforma, no aporta argumentos significativos acerca de la justificación del endurecimiento del régimen disciplinario, en tanto que se complace en mostrar las garantías que se introducen, lo que pudiera inducir a extraer un aparente objetivo subliminal de introducir, de la manera más imperceptible y desapercibida, un endurecimiento del régimen disciplinario, que de otra manera quizás hubiera resultado más contestado, máxime cuando las medidas que conllevan tales gravámenes sí que suponen un auténtico plus en el *status* jurídico judicial, en tanto que las mejoras que se introducen a favor del posible expedientado, constituyen garantías que ya tenía reconocidas éste por reiterada jurisprudencia, estuvieran o no plasmadas en el texto legislativo precedente, y que en cualquier caso operan también en beneficio de los órganos sancionadores, al reducir notablemente la posibilidad de anulación en vía de recurso jurisdiccional de sus decisiones.

Veamos de forma particularizada, y siempre dentro de los estrechos límites que conlleva la naturaleza de esta publicación, cada uno de tales aspectos.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Supresión de la denominada «*responsabilidad disciplinaria procesal*»

El artículo 414 LOPJ dispone que «*Los Jueces y Magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley*». Aparentemente, la claridad de la conclusión que se extrae del precepto es manifies-

ta: sólo es exigible responsabilidad disciplinaria en los supuestos previstos en la LOPJ, y a través del procedimiento garantista que en ella se establece. Tal mandato, unido a la cláusula derogatoria general contenida en esta Ley Orgánica de 1985, con relación a cuantas anteriores leyes y disposiciones se opusieran a lo previsto en ella, permitiría concluir, con aparente irrefutabilidad argumental, la plena derogación de las sanciones disciplinarias previstas en las Leyes Procesales anteriores a la LOPJ, que podían ser impuestas por los órganos judiciales funcionalmente superiores, con ocasión de la revisión en vía de recursos de la actuación de los primeros, máxime cuando éstas eran impuestas de plano, sin audiencia alguna de afectado, y sin recurso. Tal es el caso, entre otras, de la imposición de costas al Juez en las inhibitorias (art. 108), la corrección disciplinaria en los supuestos de abstención improcedente (art. 216.2), de infracción de los términos procesales (arts. 301.3 y 302), de defectos en la estructura formal de las sentencias (art. 373), retraso en resolver (art. 375.2), tramitación de asuntos sin diligencia de reparto (art. 433), o despacho indebido de la ejecución (art. 1.475.2); y, en el campo del enjuiciamiento criminal, la extralimitación en la sustanciación y decisión de cuestiones de competencia (art. 44), la demora en el cumplimiento de exhortos (art. 192), la tardanza en la resolución (art. 198), la dilación en la sustanciación de recursos (art. 230), la falta de celo y actividad en la formación de los sumarios (art. 325), las infracciones en las formas de tomar declaración a procesados (art. 394) o a testigos (art. 435), etc.

Pues bien, el Tribunal Constitucional nos sorprendió con la sentencia de su Sala Segunda, núm. 110/90, de 18 de junio (suplem. BOE núm. 160, de 5 de julio), que, con relación al tema de «... si las llamadas correcciones disciplinarias procesales, previstas en la LECrim. y también en la LEC, han quedado o no derogadas por la LOPJ 6/85, de 1 de julio» (FJ 3.º), afirmó que en los antedichos preceptos «... a diferencia de los artículos 414 a 427 LOPJ, se prevé y regula una responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados directamente vinculada al ejercicio y desarrollo de su propia actividad jurisdiccional, posibilitándose así que los órganos jurisdiccionales superiores, al examinar la actuación de los inferiores con ocasión de conocer de sus resoluciones en virtud de los correspondientes recursos, si observasen la comisión de faltas o errores en los autos de los que hubieren conocido, adopten las correcciones disciplinarias que el propio artículo 449 LEC enumera».

«Coexisten de esta manera dos tipos o clases de responsabilidades cuya funcionalidad y naturaleza jurídica son bien distintas. Mientras que la llamada responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal, atiende a la corrección de las faltas u omisiones cometidas por los funcionarios judiciales —englobando a estos efectos a Jueces y Magistrados— con ocasión de los actos y procedimientos judiciales, en el supuesto de la "responsabilidad disciplinaria gubernativa" son en general la forma y condiciones en que son cumplidos por dichos funcionarios los deberes a que están sujetos por el cargo que ostentan lo que justifica la potestad disciplinaria prevista. Ello

mismo explica que distintas sean las autoridades y órganos competentes para ejercitar, en uno y otro caso, la potestad disciplinaria, debiéndose añadir que sólo en el caso de las sanciones disciplinarias gubernativas, es posible acceder a la jurisdicción contencioso administrativa para su revisión jurisdiccional.»

Con tal distinción conceptual, el TC legitimó la pervivencia de tales mecanismos disciplinarios ajenos al régimen diseñado por la Ley Orgánica. En su día manifesté mis críticas a tal resolución («Responsabilidad disciplinaria procesal: sorprendente pronunciamiento del TC acerca de su subsistencia»), lo que asimismo hicieron voces mucho más calificadas en esta misma publicación (*vide*, Perfecto Andrés Ballester, «La resistible tentación de la disciplina», en esta revista, núm. 18, 1/93). Es, por tanto muy positivo que el legislador, superando las reticencias del garante constitucional, haya aprovechado esta reforma para proceder decididamente a derogar el régimen de responsabilidad disciplinaria procesal de Jueces y Magistrados contenido en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal (disposición derogatoria única), y merece en tal extremo nuestro comentario más favorable. De hecho, la literalidad del artículo 414 LOPJ se mantiene idéntica a la del texto anterior, pero ahora ya, por fin, no es susceptible más que de la lectura que inicialmente apuntábamos, acorde con cualquier exigencia lógica argumental derivada del mandato constitucional de reserva de Ley Orgánica para la determinación del «estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados» (art. 122.1), que difícilmente podíamos conciliar con la insólita tesis del Tribunal Constitucional.

2. Supresión del «non bis in idem»

Es sabido que ya desde la sentencia núm. 2/81, de 30 de enero, el TC ha venido afirmando que este principio conlleva la imposibilidad de que recayese duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se apreciara identidad de sujeto, hecho y fundamentos, sentándose así definitivamente la subordinación de la Administración a las decisiones del Juez penal. Tras dicho posicionamiento, por tanto, uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, derivado del artículo 25 CE., «... es la referida subordinación de los actos sancionatorios de aquélla a la autoridad judicial, que a su vez lleva el necesario control a posteriori de dichos actos mediante el oportuno recurso, y la imposibilidad de que los órganos de dicha Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos» (TS, sentencias 2 de febrero de 84, 29 de diciembre de 87, 6 de junio de 88, 24 de enero de 89).

Ahora bien, es igualmente cierto, sin embargo, que el propio T. Constitucional ha defendido la compatibilidad de sanciones penales y administrativas cuando se aplican a quienes tienen régimen legal de dependencia de la Administración (relaciones de su-

jección o de supremacía especial), ya que por sus diferentes finalidades, naturaleza, objeto y competencias, son contemplados los mismos hechos desde perspectivas diferenciadas (TC sentencia 2/87, 42/87, 61/90, 234/91, auto de 17 de junio de 91). No obstante, y aun cuando en el ámbito de la relación funcional puedan coexistir simultáneamente la sanción penal y la disciplinaria, con relación a unos mismos hechos, tal premisa es asumible tan sólo sobre la base de dos limitaciones:

A) De carácter material, la una, en cuanto, como afirma el propio TC, en su sentencia 234/91, de 10 de diciembre (FJ 2): «... las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho, sino dentro de él y, por tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección».

B) Y la otra, de carácter procedimental, derivada de la prevalencia del ámbito penal (art. 10.2 LOPJ), de manera que cuando se inicia un proceso penal por un hecho, las actuaciones de la Administración referidas al mismo hecho han de suspenderse hasta tanto se resuelva la causa criminal (T. Supremo, sentencia 30 de septiembre de 92, FJ4, R. 7405). Nada impedirá a la Administración, una vez sancionados penalmente tales hechos, proceder a depurar las responsabilidades disciplinarias en los términos que antes se expusieron, pero el ejercicio de su potestad sancionadora deberá esperar el previo pronunciamiento de la jurisdicción penal.

El legislador es, en este punto, y justo es reconocerlo, plenamente conocedor de la anterior doctrina y escrupulosamente respetuoso con la misma, afirmando en la Exposición de Motivos que «... se acogen las dos manifestaciones, material y procedimental, de la prohibición de la doble sanción penal y disciplinaria por la misma conducta de Jueces y Magistrados, pero se hace en los mismos términos en que ha sido establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional. Conforme a ella, es necesario para que resulte incompatible la punición penal y disciplinaria, que concurren las tres identidades de sujeto, hecho y fundamento jurídico, de tal manera que no existe obstáculo alguno para que puedan resultar concurrentes cuando se vulneran con una misma conducta bienes jurídicos distintos».

Así, el anterior artículo 415 es objeto de profunda modificación; frente a lo dispuesto en su antiguo

párrafo 2.º, conforme al cual «No se podrá incoar expediente de responsabilidad disciplinaria en relación con hechos objeto de causa penal, en tanto ésta no haya concluido por sobreseimiento o sentencia absolutoria...», se afirma ahora que «La incoación de un procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos...». Y frente a lo que preveía su anterior párrafo 3.º: «En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria», se dispone ahora que «Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido».

En cualquier caso subsiste la doble subordinación de la actuación disciplinaria respecto de la penal, y así: a) la resolución que recaiga en el expediente vendrá vinculada por la declaración de hechos probados de la sentencia penal, y b) no se dictará la resolución disciplinaria hasta que haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal.

II. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

1. En orden a la competencia, a los órganos unipersonales (las Presidencias), sólo se les mantienen sus facultades para imponer la sanción disciplinaria de advertencia, en tanto que la competencia para imponer todo tipo de sanciones pecuniarias, sean por faltas leves o graves, se residencia en órganos colegiados (Salas de Gobierno o Comisión Disciplinaria). Finalmente, es el Pleno del Consejo, y ya no su Comisión Disciplinaria, quien puede decidir en exclusiva la imposición de las sanciones de traslado, suspensión y separación.

2. Ninguna novedad significativa en relación con la iniciación del procedimiento; se sustituye la expresión «a instancia del agraviado», por «en virtud de denuncia»; la denuncia va a ser filtrada mediante las diligencias informativas, que, si bien presentan en este punto su aspecto positivo, no es asumible sin embargo que se prevean fuera de los supuestos en que las actuaciones disciplinarias se inician a instancia de parte, y aun en este caso, sin estar dotadas de las mínimas garantías de transparencia.

Efectivamente, y aun cuando la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/94 justifica las diligencias informativas en la necesidad de «evitar la apresurada apertura de expedientes disciplinarios sin un mínimo contraste de la realidad de los hechos denunciados», sin embargo, se reconoce en otro punto de dicho Preámbulo normativo que se trata de «unas actuaciones, de muy frecuente utilización, encaminadas realmente a depurar responsabilidades, aunque formalmente no hayan dado lugar al procedimiento disciplinario».

Con ello se las configura a manera de las «informaciones reservadas» que se prevén en otros sectores de la Administración, y que vienen consagradas en el artículo 28 del RD 33/86 (Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado), al señalar que «El órgano competente para incoar el procedimiento po-

drá acordar previamente la realización de una información reservada».

Se trata, en definitiva, de unas investigaciones llevadas a cabo a espaldas del investigado, sin que se prevean expresamente ni la imperativa notificación de su incoación, ni la intervención del afectado, pues únicamente se producirá la notificación del acuerdo por el que las mismas se convierten en expediente disciplinario (art. 423.2), y sólo en el artículo 416.3.º se alude a la notificación de tales diligencias informativas —y no a efectos de favorecer al afectado, sino al órgano instructor—, al advertir que si la misma se hubiera producido, tal fecha de notificación producirá efectos interruptivos de la prescripción de la falta investigada.

3. Se configura *ex novo* un *status* jurídico del denunciante, en los siguientes términos:

- a) Se reconoce su legitimación para promover la incoación de actuaciones disciplinarias (423.1), debiendo ser notificado de la resolución que se dicte acerca de la iniciación o no del expediente que, aun cuando no podrá impugnarla en vía administrativa, lo podrá hacer en vía jurisdiccional (423.2).
- b) Si se acuerda la incoación del expediente, se notificarán al denunciante todas las resoluciones que recaigan (¿también el pliego de descargos, o las alegaciones?: hay que suponer que no, al tratarse de actos de parte), y podrá formular alegaciones, pero no podrá recurrir en vía administrativa la decisión del expediente, sin perjuicio de su legitimación en vía jurisdiccional (423.2).
- c) La resolución final del expediente se notificará asimismo al denunciante, quien únicamente podrá recurrirla en vía contencioso-administrativa (425.8).

La Exposición de Motivos justifica este aspecto de la reforma en la necesidad de resolver el problema suscitado sobre *«la posibilidad de que los denunciantes recurran la decisión adoptada sobre la no iniciación del expediente disciplinario o la resolución misma recaída en éste, que había sido denegada por la jurisprudencia a la vista de la actual regulación. A tal efecto, se excluye la impugnación por los mismos en vía administrativa, aunque se deja a salvo la legitimación que puedan ostentar en el recurso contencioso administrativo, de acuerdo con la interpretación que a la luz de la Constitución debe hacerse del artículo 28.1 LJCA».*

Es cierto que la condición de denunciante, motivando la incoación de un expediente por parte de la Administración, no va a atribuir automáticamente la cualidad de interesado. Y es muy abundante la jurisprudencia recaída al respecto (v.gr.: sentencias TS 14 de mayo de 87, R. 5523; 23 de junio de 87, R. 6524; 27 de enero de 89, R. 9864; 15 marzo de 91, R. 2489,...). Así, en sentencia 15 de enero de 93 (R.113), el Tribunal Supremo afirma que *«... en materia sancionadora la actividad y los derechos de los particulares se limitan a denunciar los hechos ante la Administración Pública competente, pero sin que quepa, en este concreto punto, el ejercicio de recursos tendentes a que dicha Administración imponga (en contra de su voluntad sancionadora) el acto de gravamen que se le solicita, tal como lo tiene decla-*

rado el TS, entre otras, en sentencia 12 de diciembre de 70». En análogo sentido, se afirma en la STS 9 de febrero de 93 (R. 547): *«No siendo parte el denunciante en las diligencias previas informativas, carece de acción para instar la prosecución de la actividad sancionadora del Colegio de Abogados ante el que se presentó la denuncia, ni objetar la falta de motivación del acuerdo ordenando el archivo de dichas diligencias, toda vez que ese acuerdo no afecta a su derecho ni interés, sin perjuicio de ejercer las acciones que en el orden civil o penal creyere le corresponden por los actos denunciados que estime procedentes».*

El propio Tribunal Constitucional ha avalado tal doctrina al afirmar, en relación con este punto, en su auto de 15 de enero de 90, que *«la protección que ofrece el artículo 24.1 CE en materia de legitimación no puede ser la misma para quien trata de acceder a la justicia para preservar sus derechos fundamentales que cuando se pretende colaborar con la Administración demandada...».*

La reforma, sin embargo, desoyendo la tesis de aquellos sectores doctrinales (v.gr.: Rebollo Puig, et cetera) que propugnan la urgencia en corregir la jurisprudencia expuesta y la correlativa práctica administrativa de no admitir más interesados en el procedimiento sancionador que el presunto infractor, soluciona la discusión en orden a la legitimación del denunciante en sede administrativa, con el expeditivo medio de negarla, remitiéndose a la eventual legitimación jurisdiccional en sede contencioso-administrativa, al amparo de una interpretación flexible del artículo 28.1 LJCA, lo que inevitablemente va a dar lugar a una dispersión de las respuestas, en función del diverso criterio de cada órgano jurisdiccional. En tal sentido, la STS 20 de marzo de 92 (R. 3113) afirmó, con relación a la legitimación del denunciante que motivó la incoación de unas actuaciones disciplinarias, que *«Respecto a dicha legitimación entiende la Sala que debe diferenciarse, en general en nuestro derecho y desde luego también en el caso de autos, lo que se refiere a la actuación de los particulares en el procedimiento sancionador en vía administrativa en los casos de falta disciplinaria, y la legitimación para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, en el caso de la actuación ante la autoridad administrativa titular de la potestad sancionadora o disciplinaria las posibilidades de actuación del particular se agotan en la denuncia de la infracción cometida. Por el contrario, es competencia exclusiva del órgano administrativo decidir sobre si se produjo realmente la conducta constitutiva de falta y en consecuencia si debe incoarse el expediente sancionador o disciplinario. Sólo en este último caso el denunciante, si es precisamente el perjudicado por la conducta, puede intervenir en el procedimiento administrativo. Por el contrario, la legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, depende de la interpretación que se haga para cada caso de la existencia del interés a que se refiere el artículo 28.1 de la Ley Jurisdiccional».*

4. No se producen modificaciones señaladas respecto al sistema precedente, en lo relativo a la designación del instructor (que pasa a denominarse instructor delegado, lo que justifica la posibilidad que se confiere al órgano competente para acordar su

sustitución, o para devolverle lo actuado), del secretario, y, en general, a los trámites esenciales del procedimiento, a salvo de determinadas mejoras técnicas, como lo es la concreción del contenido del Pliego de Cargos (exposición de hechos imputados, con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que pueden ser aplicables) y de la Propuesta de Resolución (fijación precisa de hechos, valoración jurídica de los mismos e indicación de la sanción que se estime procedente), y la concreción del régimen de recursos contra la resolución que concluye el procedimiento, destacando como aspecto positivo la configuración de los recursos administrativos como potestativos para los sancionados y para el Ministerio Fiscal (422.1, párrafo 2.º y 425.8º).

5. En cuanto a las *garantías*, se hace mención de la posibilidad de ser asistido por Letrado (425.1), del carácter motivado de las resoluciones inicial (423.2) y final (425.7), del respeto al principio de proporcionalidad (421.3), o de la congruencia de la resolución final con la propuesta (425.7).

Hay que advertir, como ya apuntábamos, que tales garantías, pese a su no plasmación normativa expresa, eran ya reconocidas ampliamente por la jurisprudencia. Así, es sabido que *«La motivación de cualquier resolución administrativa constituye el cauce esencial para la expresión de la voluntad de la Administración, que a su vez constituye garantía básica del administrado que así puede impugnar, en su caso, el acto administrativo con plenitud de posibilidades críticas del mismo, porque el papel representado por la motivación del acto es que no prive al interesado del conocimiento de los datos fácticos y jurídicos necesarios para articular su defensa. El déficit de motivación, productor de la anulabilidad del acto, radica en definitiva en la producción de indefensión en el administrado»* (TS sentencia 29 de septiembre de 92, R. 7373, y en igual sentido sus sentencias 4 de junio de 91, 13 de febrero de 92,...).

Tal tesis es asimismo acogida por el Tribunal Constitucional, que afirma reiteradamente que *«... la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (SSTC 75/88, 199/91, 34/92, 49/92)»* (STC 165/93, de 18 de mayo). O, *«... es claro que el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las decisiones que le afecten, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación y utilización de los recursos»* (STC 232/92, de 14 de diciembre).

Con relación a la *proporcionalidad*, son numerosas las sentencias recaídas en relación con este principio por parte del Tribunal Constitucional (SSTC 19/83, 41/86, 77/93). Y respecto a la *congruencia*, ha sido asimismo abordada en reiteradísimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 20/82, 29/87, 211/88, 144/91, 43/92, 226/92, 16/93, 161/93, 280/93, 4/94, etc.). No obstante, y a la vista de su actual regulación legal, el hecho de que el órgano que resuelve pueda devolver el expediente al instructor para que modifique el Pliego de Cargos o la Propuesta de Resolución, asegura *de facto* la con-

gruencia, aunque parece entenderse ésta, no como la adaptación de la resolución final a la propuesta del instructor, sino, en sentido inverso, como la adecuación de la propuesta a las intenciones del órgano que va a resolver.

6. *Legitimación asociativa*: El artículo 425.8 confiere legitimación a las Asociaciones de Jueces y Magistrados para interponer, en nombre de sus asociados, recurso contencioso-administrativo contra la resolución del expediente, siempre que se acredite la expresa autorización de éstos. Se trata, como acertadamente se califica en la Exposición de Motivos, de una *«legitimación por sustitución»*, que no permite la intervención asociativa, ni al margen de su asociado, ni junto a éste, sino sólo en lugar del mismo y previa su expresa autorización.

Hubiera sido sin duda deseable una mayor amplitud y generosidad normativa en relación con la intervención asociativa en las diferentes fases y trámites del procedimiento sancionador, y no sólo en vía de fiscalización jurisdiccional del acto que le pone fin, y a través del instituto jurídico de la *«sustitución»*, pues ello sería más acorde con la tutela de los fines de las Asociaciones judiciales, con la asistencia de las mismas a sus afiliados, e incluso con la protección de sus legítimos intereses relativos a la fiscalización del correcto uso de las facultades disciplinarias por parte de los órganos que las detentan. La Ley parece no reconocer a las Asociaciones la titularidad de unos intereses *«autónomos»* y propios, que permitieran su personación en los expedientes, como interesados, y en virtud de legitimación directa, sino que tan sólo, como queda dicho, les faculta para sustituir a su afiliado en el ejercicio de las acciones judiciales frente al acto sancionador. Una Asociación no puede, pues, recurrir una resolución que concluya el expediente sin imposición de sanción alguna o con sanciones ínfimas, en el caso de estimarla contraria a derecho; tampoco puede recurrir contra la decisión de incoar el expediente, ni formular alegaciones frente a las propuestas del instructor. Ni que decir tiene que las restantes Asociaciones, que no lo son de Jueces y Magistrados (Fiscales, Secretarios,...), ningún interés legítimo ostentan en los expedientes disciplinarios, conforme a las disposiciones de la reforma que, en este punto, abre con notable cautela y desconfianza hacia las asociaciones profesionales la posibilidad de fiscalización de las actuaciones disciplinarias.

7. Por último, destacan dos factores indirectos que abundan en la tesis de la agravación, a saber:

- 1.º La posibilidad de que la Comisión Disciplinaria, medie o no solicitud del instructor, acuerde la suspensión cautelar.
- 2.º La insistencia expresa en el carácter ejecutivo de la resolución que ponga fin al expediente, salvo, obviamente, que otra cosa se disponga por los órganos jurisdiccionales que la fiscalicen.

III. ASPECTOS MATERIALES

A). Se incrementa, en términos absolutos, el número de *infracciones*, sin más justificación que el tratarse de conductas *«que merecen un innegable re-*

proche desde la perspectiva de la relación de servicio del Juez o Magistrado y que hasta ahora no eran sancionables por falta de una adecuada previsión normativa». Así, las faltas leves se mantienen, las graves pasan de 10 a 15, y las muy graves de 7 a 14, y tal incremento se produce pese a la desaparición de faltas, antes descritas en términos vagos y genéricos, tales como las «infracciones o la negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo establecidos en esta Ley» (art. 419, núm. 5), y la «infracción de las prohibiciones o deberes establecidos en la presente Ley» (art. 418, núm. 2), que no resistían la más superficial crítica desde la óptica de las exigencias derivadas del principio de tipicidad. El principio de legalidad no queda infringido «en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación» (SSTC 62/82, 89/93), pero sí que se conculca cuando los tipos aparecen «formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el sentido estricto de la palabra» (STC 105/88, 89/93).

Relatemos, pues, en líneas generales, las nuevas conductas objeto de represión disciplinaria:

1. En lo que afecta a la relación del juez con otros órganos institucionales y con autoridades:

- Se tipifica como falta leve la desatención a los requerimientos que en ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el CGPJ, o los Presidentes del TS, AN, TSJ o de sus Salas de Gobierno (art. 419.5), falta que será grave si la desatención es reiterada o se incumplen los requerimientos o se obstaculizan las funciones inspectoras de éstos (art. 418.11). ¿Qué debe entenderse por obstaculizar la función inspectora?: la jurisprudencia de los Tribunales de lo contencioso evidencia hasta qué punto es ambiguo el concepto de obstrucción en relación con las actas inspectoras de la Administración; tal inseguridad jurídica puede trasladarse a este punto del régimen disciplinario. Por otro lado, ¿un retraso en atender un requerimiento constituye un incumplimiento, a los efectos de este precepto?
- Se sanciona asimismo con el carácter de falta grave, el dirigir a los poderes, autoridades, funcionarios públicos, o Corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de Juez o sirviéndose de esta condición (art. 418, núm. 3). Si la condición de Juez se esgrime abusivamente para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales, la falta pasa a ser muy grave (art. 417, núm. 13). ¿Cabe el abuso para obtener un trato justificado?
- Finalmente, se sanciona como falta muy grave la provocación reiterada de enfrentamientos graves, por motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional, con las autoridades de la circunscripción (417,

núm. 3). Esta falta ya se contenía en el texto anterior, sin precisar la ajeneidad de los motivos y destacando, por contra, la imputabilidad al Juez de las causas del enfrentamiento.

2. En materia de incompatibilidades, frente a la situación derogada que castigaba sólo como falta muy grave cualquier infracción de las incompatibilidades establecidas en la presente ley, ahora se distingue entre:

- Una falta grave (418.13): el ejercicio de actividades compatibilizables, de las previstas en el artículo 389.5, sin obtener la pertinente autorización cuando así esté previsto, o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados. No entiendo cómo se concilia este último párrafo con el núm. 11 del artículo 417 que califica como falta muy grave el faltar a la verdad en las solicitudes de declaración de compatibilidad.

- Y junto a ella, como falta muy grave (417.6), el ejercicio de cualquier actividad incompatible con el cargo de Juez o Magistrado, de las establecidas en el artículo 389.

Y se añade además, como falta muy grave (417.7) el provocar el propio nombramiento para Juzgados o Tribunales cuando concorra alguna de las situaciones de incompatibilidad o prohibición previstas en los artículos 391 a 393, o mantenerse en el desempeño del cargo en dichos órganos, sin comunicar al CGPJ las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso previsto en el artículo 394.

3. Con relación al secreto de las actuaciones:

- Como falta grave (418, núm.7) se castiga el revelar hechos o datos por el Juez o Magistrado, conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta.

- Y como muy grave (417.12), tal revelación cuando se cause algún perjuicio a la tramitación del proceso o a cualquier persona.

Ya existía, para todos los funcionarios públicos, la previsión, como falta muy grave en el artículo 6.1.e) del RD 33/1986 la conducta consistente en «La publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por la Ley o clasificados como tales». Y como falta grave en el 7.1.j), el «No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio». El uso que se haga de esta infracción por parte de los órganos de gobierno de los Jueces, revelará cómo y con qué criterios se solucionan las frecuentes situaciones de conflicto con el derecho a la libertad de expresión que previsiblemente esta falta va a producir.

4. Se introduce como falta muy grave el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución, cuando así se apreciare en

sentencia firme (art. 417.1), falta ésta que ya existía para los demás funcionarios públicos: RD 33/1986, artículo 6.1.a): *El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública.*

No se contemplan, sin embargo, las actuaciones discriminatorias, o contrarias a derechos fundamentales, previstas para los restantes funcionarios en el artículo 6.1.b) y m) del RD 33/86: b) *Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social;* m) *Los actos limitativos de la libre expresión de pensamiento, ideas y opiniones.*

5. Se define asimismo como muy grave (417.2º), la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio.

Nada se dice sobre el derecho de huelga, perdiendo la doble oportunidad que proporcionaba esta reforma, en cuanto afectaba a la Ley Orgánica Judicial y en cuanto incidía sobre aspectos disciplinarios, pues no hay que olvidar que con carácter general se tipifica para los funcionarios públicos, como falta muy grave, en el artículo 6.1.k) del RD 33/1987 «*La participación en huelgas, a los que la tengan expresamente prohibida por la Ley*», y que para los Jueces y Magistrados, si se les considera desasistidos de tal derecho, su ejercicio sería reconducible plenamente a la órbita disciplinaria. Al respecto, debe recordarse que la iniciativa de esta reforma legislativa tiene su origen en un Ministerio cuyo titular ha defendido expresamente la titularidad de tal derecho por parte de los Jueces, reconduciendo el debate tan sólo a las modalidades de su ejercicio (vide J. Alberto Benlloch, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núms. 16-17, 1992, págs. 132 y ss.).

Además, como falta muy grave (417.11) se introduce el faltar a la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas; conductas estas últimas que pueden generar, incluso, responsabilidades penales. Y en el núm. 5, las acciones y omisiones que hayan dado lugar, en sentencia firme, a la declaración de responsabilidad civil por dolo o culpa grave en el ejercicio de la función, conforme al artículo 411.

6. Como faltas derivadas estrictamente de la condición funcional del Juez, hay que destacar:

- Relativas al deber de asistencia: su falta puede dar lugar a una infracción leve (más de un día y menos de cuatro), grave (más de tres y menos de siete) o muy grave (siete días o más; antes era más de diez días).
- En lo que atañe al deber de respeto: es infracción leve la falta de respeto a los superiores jerárquicos y la desatención o desconsideración con iguales o inferiores jerárquicos, con los ciudadanos, miembros

del Ministerio Fiscal, Médicos Forenses, Abogados, Procuradores, Graduados Sociales, Secretarios Judiciales, Oficiales, Auxiliares, Agentes y miembros de la Policía Judicial (419.1 y 2). Y será grave la falta de respeto a los superiores jerárquicos si se lleva a cabo en su presencia o en escrito que se les dirija con publicidad (418.1), así como el exceso o abuso de autoridad o la falta grave de consideración con los ciudadanos y colectivos antes enumerados (418.5). La novedad es la inclusión de los Médicos Forenses Graduados Sociales y funcionarios de la Policía Judicial. ¿Qué sucede con testigos o peritos?

- Con relación a la diligencia: es falta leve el incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legales para resolver en cualquier asunto (art. 419.3), es grave (art. 418.10) el retraso injustificado en la iniciación de los procedimientos o causas o en la tramitación (es difícil deslindarlo de la falta leve), y es muy grave la desatención o retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales (417.9)
 - Y con respecto a otros deberes, cabe señalar: Horarios: tipifica como falta grave el 418.9 el incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a actos procesales con audiencia pública que estuvieran señalados.
 - Es falta grave asimismo el incumplimiento de la obligación de elaborar alarde o relación de asuntos (418.12).
 - Y finalmente, también tiene tal consideración el dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria a los Secretarios y personal auxiliar subordinado cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden (418.6). Ninguna novedad digna de mención se contiene en estas nuevas conductas tipificadas respecto a su descripción contenida en la anterior LO de 1985.
7. Y entre las conductas relativas a la independencia en el desempeño de la función jurisdiccional tampoco hay variaciones significativas, y así:
- Constituyen infracciones graves, tanto el corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jerárquico, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción, como el interesarse, mediante recomendaciones, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez (418.2 y 4). ¿Qué sucede cuando el interés se produce en un asunto de los que conoce el propio Juez o Magistrado?
 - Y será infracción muy grave la intromisión, mediante órdenes o presiones de cual-

quier clase en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez (417.4).

8. Por último, la reiteración de dos faltas leves sigue constituyendo una falta grave, y la de dos graves una muy grave.

B) En cuanto a las sanciones, se suprime la reprobación, que venía prevista para faltas leves y graves, por cuanto la misma *«además de las dificultades de ejecución que suscita, parece haber perdido todo su sentido punitivo»* (Exp. Mot.). La multa de hasta 50.000 pesetas, pasa a ser de hasta 500.000 pesetas, *«adaptándola a la evolución del poder adquisitivo de las retribuciones judiciales»* (Exp. Mot.), que, aunque haya pasado inadvertido, parece ser que ha sido del 1.000 % desde 1985. La suspensión de un mes a un año, pasa a ser *«suspensión de hasta tres años»*, sin mayores explicaciones, y el traslado forzoso se considera que aparecía tipificado en términos de gran indeterminación, por lo que se *«precisa el alcance y contenido»* de tal sanción, entendiendo que será a Juzgado o Tribunal con sede separada, al menos, en cien kilómetros de aquella en que estuviere destinado el sancionado.

C) Y por lo que atañe a la prescripción, el anterior artículo 416.2 disponía que las faltas leves prescribirán a los dos meses; las graves, a los seis meses, y las muy graves, al año desde la fecha de su comisión. Tras la reforma, dichos plazos sufren un notable incremento, y así, las faltas leves prescribirán en el plazo previsto por el C.Penal para las faltas, las graves prescriben al año y las muy graves a los dos años.

En la Exposición de Motivos se justifica tal medida en el hecho de que en la práctica se viene convirtiendo la prescripción *«... en motivo de generalizada impunidad de conductas que, siendo ciertamente reprochables, se ven sin sanción por la brevedad de los plazos prescriptivos»*. Lo cierto es que

pese al incremento de los plazos prescriptivos, aún quedan estos muy alejados de los previstos con carácter general para los restantes funcionarios en el RD 33/1986, conforme a cuyo artículo 20.1: *«Las faltas muy graves prescribirán a los seis años, las graves a los dos años y las leves al mes. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiere cometido»*.

A parecidas conclusiones puede llegarse con relación a la prescripción de las sanciones. Así, el antiguo artículo 420.3 LOPJ de 1985 establecía que *«Las sanciones prescribirán a los cuatro meses en los casos de faltas leves, al año en los casos de faltas muy graves y a los dos años en los casos de faltas muy graves»*. En su actual redacción se mantienen tales plazos, a excepción del relativo a las sanciones impuestas por faltas leves, que de nuevo se remite a los plazos del Código Penal para las faltas; en cualquier caso, muy distantes aún de los establecidos con carácter general en el ámbito del resto de la función pública por el artículo 21.1 del RD. 33/1986, que dispone que *«Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los seis años, las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves al mes»*.

En definitiva, se ha perfeccionado el mecanismo disciplinario y se han reforzado sus medios; al tiempo que se depuran imperfecciones que contenía el anterior sistema, se introducen figuras controvertidas y se abordan tímidamente innovaciones que venían siendo reclamadas por amplios sectores; se contienen, por otra parte, las suficientes dosis de indefinición en algunos aspectos como para que el juicio de globalidad de la reforma deba quedar diferido al uso que en la práctica se haga de él. Bienvenidas sean las reformas, si finalmente, como se dice en la Exposición de Motivos, el único objetivo de todo ello es su instrumentación al servicio de la protección de la independencia de la función jurisdiccional.

INTERNACIONAL

La selección y formación inicial de jueces en Francia

Carlos GOMEZ

La Ley Orgánica 16/1994, de 18 de noviembre, por la que se reforma la 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, asigna al Consejo General del Poder Judicial competencia para la selección y formación de Jueces y Magistrados y para el ejercicio de las atribuciones legales sobre el centro de selección y formación de Jueces y Magistrados (art. 107, apartados 4 y 7). La concreta regulación de dichas materias se deja a un futuro desarrollo reglamentario que se encomienda al propio Consejo General del Poder Judicial en ejercicio de la potestad reglamentaria externa que la nueva Ley le reconoce (art. 110). Así ocurre con el sistema de ingreso (arts. 360.1 y 313.1), promoción y especialización en la Carrera Judicial (art. 312.3), régimen de los funcionarios judiciales en prácticas y de los jueces adjuntos (art. 307.2), cursos teóricos y prácticos en el centro de selección y formación de Jueces y Magistrados (art. 306.1) y organización y funciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (art. 434.3).

De este modo se abre un período «constituyente» en el que se habrán de sentar las bases del nuevo régimen de selección y formación inicial de jueces y en el que, por tanto, se va a definir el tipo de juez con el que a medio y largo plazo va a contar el país. La participación de las asociaciones judiciales en este proceso es indispensable. Este trabajo no quiere ser sino una aportación al debate mediante una exposición y valoración del sistema francés desde la perspectiva de nuestro propio Ordenamiento Jurídico, huyendo de cualquier deslumbramiento por lo foráneo pero con consciencia de que gran parte de la experiencia de una institución tan seria y de tanto prestigio como la «Ecole Nationale de la Magistrature» (ENM) puede sernos de gran utilidad.

I. EL INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL. EL ACCESO A LA «ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE»

Las críticas surgidas en nuestro país en relación a los denominados tercer y cuarto turnos pudieron hacer caer al legislador en la tentación de eliminar estas vías de ingreso en la carrera judicial para volver al sistema anterior a la Ley Orgánica en que se

adquiría la condición de juez a través de oposición libre, ello sin perjuicio del acceso al Tribunal Supremo de juristas de reconocida competencia.

Una opción como la descrita significaría reducir el segmento de población del que han de surgir los jueces al de los jóvenes que han finalizado sus estudios universitarios y carecen de toda experiencia profesional, lo que indudablemente supondría un empobrecimiento de la carrera judicial en cuanto que dejaría fuera de ella a profesionales cuya experiencia no deber ser desdeñada por el mero hecho de que en su juventud tomaran una opción distinta a la de preparar oposiciones.

Otra cosa es que la selección de estos profesionales del derecho deba hacerse de uno u otro modo. La Ley Orgánica 16/1994 limita el acceso a la carrera de juristas con más de seis años a una cuarta parte de las plazas de categoría de Juez (no una tercera parte como ocurría hasta ahora) y mediante concurso-oposición (no a través de concurso de méritos como acontecía hasta este momento). En cuanto al «cuarto turno» se intenta reducir la discrecionalidad en la selección y se posibilita el acceso directo de estos juristas con diez años de experiencia a un orden jurisdiccional especializado. Pues bien, en Francia las vías de acceso a la carrera judicial están aún más diversificadas. Así, el ingreso en la ENM se efectúa por varias vías:

- a) Se celebra anualmente una oposición libre para aspirantes que ostenten un título universitario superior (diploma nacional correspondiente al segundo ciclo de estudios superiores, no necesariamente de derecho) y que no sean mayores de veintisiete años.
- b) Existe un segundo concurso-oposición también anual para funcionarios que justifiquen cuatro años de servicios, sin requisito alguno de título.
- c) El tercer concurso, creado por la ley de febrero de 1992, permite el acceso a la escuela de personas que tienen un mínimo de ocho años de experiencia profesional, de ejercicio de cargo representativo en la administración local o de desempeño de funciones de juez no profesional (por ejemplo, en los Tribunales de Comercio, de Trabajo o de Menores).
- d) Existe, además, un procedimiento de acceso

directo a la ENM, sin prueba alguna, en base, únicamente, al currículum, para los titulares de un máster («maîtrise») en derecho que justifiquen cuatro años de actividad en el ámbito jurídico, económico o social, así como para los doctores en derecho y profesores universitarios con, al menos, tres años de enseñanza. En este caso los expedientes para el ingreso en la ENM son instruidos por el Ministerio de Justicia y sometidos a una comisión presidida por el presidente del Tribunal Supremo («Cour de Cassation») y compuesta, en su mayoría, por magistrados. Los seleccionados deben seguir una etapa lectiva en la ENM, junto a los que han accedido por oposición. Su permanencia en la escuela, sin embargo, se reduce ligeramente.

- e) Las personas mayores de treinta y cinco años pueden acceder directamente a la judicatura. Deben poseer título universitario superior y una experiencia profesional de, al menos, siete años. La misma comisión a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior decide sobre las candidaturas presentadas y puede, en su caso, subordinar su parecer al cumplimiento de un período de formación de seis meses cuya organización incumbe a la ENM. La comisión puede, además, decidir que un candidato reconocido como apto para las funciones judiciales deba, antes de su toma de posesión, seguir una formación suplementaria de una duración máxima de seis meses.

Cualquiera que sea la forma de acceso, el acto formal de nombramiento es un decreto del presidente de la República, precedido de un informe favorable del Consejo Superior de la Magistratura, si se trata de un juez, y del Consejo Consultivo del Ministerio Fiscal si se trata de un fiscal. Hemos de recordar que en Francia la carrera judicial en sentido estricto («magistrat du siège») y la fiscal («magistrat du parquet») son únicas e intercambiables las respectivas funciones.

II. LAS OPOSICIONES DE INGRESO A LA ENM

De la configuración de las pruebas selectivas para el acceso a la ENM destaca la preocupación por lo que los franceses denominan «la formación de fondo del magistrado» sin limitarla al ámbito estrictamente jurídico —se incluyen temas sociales, económicos y políticos—, la combinación de oralidad y escritura, el énfasis no sólo en el contenido sino en los razonamientos que el opositor pueda articular —ha de hacerse una redacción de síntesis sobre materiales que se facilitan en el momento y mantenerse una entrevista con el Tribunal sin programa previo—, la exhaustividad —se celebran un mínimo de 11 pruebas—, y la atención a aspectos que en nuestro país se consideran totalmente ajenas a la formación de juez, como son los idiomas extranjeros y la educación física.

En efecto, los grupos a y b a los que más arriba se ha hecho referencia acceden a la ENM a través de oposiciones que consisten en las siguientes pruebas:

- 1.ª Redacción sobre aspectos sociales económicos, políticos y jurídicos del mundo actual. Sin temario predeterminado. Duración de cinco horas. Coeficiente 5.
- 2.ª Redacción sobre un tema de derecho civil de los comprendidos en el temario de oposiciones y que coincide, básicamente, con el programa de esta materia que se imparte en nuestras universidades. Duración de cinco horas. Coeficiente 4.
- 3.ª Examen escrito de una duración de cinco horas sobre un tema, elegido al azar del temario previamente publicado, de derecho penal o de derecho público interno, a elección del aspirante, opción que debe ejercitar en el momento de matricularse para tomar parte en la oposición. Coeficiente 4.
- 4.ª Redacción de síntesis a partir de documentos que se facilitan al aspirante y que hacen referencia a problemas jurídicos. Duración de cinco horas. Coeficiente 3.
- 5.ª Conversación de treinta minutos con el tribunal. Sin programa previo. Los temas de la entrevista son introducidos por el tribunal en dos series distintas de sobres, una que contiene temas de reflexión sociales, jurídicos, políticos, económicos y culturales, y otro que contiene temas de carácter general. Cada candidato saca, al azar, un sobre de cada serie y escoge uno de los dos temas una hora antes de que sea llamado a exponer su comentario y conclusiones ante el tribunal. Coeficiente 5.
- 6.ª Examen oral de quince minutos de duración sobre un tema de derecho mercantil o de derecho administrativo, a elección del aspirante efectuada en el momento de matricularse para tomar parte en la oposición. Con temario. Coeficiente 3.
- 7.ª Examen oral de quince minutos de duración sobre aquella materia que no haya escogido para la prueba tercera (derecho penal o constitucional-administrativo). Con temario. Coeficiente 2.
- 8.ª Examen oral de quince minutos sobre la organización judicial y la jurisdicción administrativa, el proceso civil, penal y administrativo. Programa previo. Coeficiente 2.
- 9.ª Exposición oral durante quince minutos de un tema de derecho laboral extraído del programa. Coeficiente 2.
- 10.ª Examen de una lengua extranjera consistente en la traducción de un texto y una conversación (alemán, inglés, árabe clásico y moderno, español, italiano y ruso). Duración de treinta minutos. Coeficiente 2.
- 11.ª Prueba de ejercicios físicos de la que los aspirantes sólo pueden ser dispensados previo informe de una comisión médica. Se atribuye distinta puntuación a hombres y a mujeres en una serie de pruebas deportivas que consisten en una carrera de 100 metros, otra de 1.000 metros, salto de altura, lanzamiento de peso y natación. Coeficiente 1.

- 12.º Examen facultativo de una lengua extranjera que no haya sido objeto de la prueba número 10.

III. LA ORGANIZACION DE LA «ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE»

La formación, tanto inicial como continua, de los jueces en Francia está encomendada a la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM). Por este establecimiento, creado por la ley de 22 de diciembre de 1958 con el nombre de Centro Nacional de Estudios Judiciales, denominación que en 1958 fue sustituida por la actual, han pasado 5.573 magistrados de los 6.300 con que en 1993 contaba el cuerpo de jueces en el país vecino.

Del esquema organizativo de la «Ecole Nationale de la Magistrature» destaca su dependencia del Ministerio de Justicia y su dotación de un cuerpo docente estable de profesores que pertenecen a la carrera judicial. Es administrada por un Consejo de Administración y por un director. El presidente y el vicepresidente del Consejo de Administración son, respectivamente, el presidente y el fiscal jefe del Tribunal Supremo («Cour de Cassation»).

A las órdenes del director trabajan: el director de la formación inicial, el director de la formación continua, el subdirector de estudios, el subdirector de prácticas («stages»), el subdirector de la formación continua, el jefe del Departamento Internacional y el secretario general, aparte de los profesores o «maîtres de conférences» (20 en 1993).

La dirección y la secretaría general tienen su sede en Burdeos, ciudad en la que se desarrolla la formación inicial de los jueces que han superado la oposición de ingreso en el cuerpo («auditeurs de justice»). Esta ubicación «periférica» en una «típica ciudad de provincias» supone un desplazamiento para la mayoría de los alumnos pero, a la vez, permite que se creen entre ellos mayores vínculos de relación, y posibilita que algunas actividades en la sede de los órganos jurisdiccionales o en el medio económico-social puedan hacerse con comodidad. En el establecimiento de París tiene lugar la formación continua de los magistrados.

IV. EL PROGRAMA DE LA FORMACION INICIAL

A. Principios generales

Duración

El primer dato que salta a la vista y que sorprende al observador español es el de la duración del período de formación de los futuros jueces que pasó, en Francia, en 1990, de veintisiete a treinta y un meses. En nuestro país, hasta la fecha, la Ley Orgánica del Poder Judicial no determinaba la duración de la formación inicial. El nuevo artículo 307 fija un plazo mínimo de un año tanto para el curso teórico como para el práctico, es decir, que el período de formación inicial se desarrollará durante, al menos, dos años, pero la duración concreta de una y otra fase

de la formación de los futuros jueces se deja a la regulación que sobre la materia habrá de dictar el Consejo General del Poder Judicial.

Naturaleza «judicial» de las enseñanzas impartidas

La formación va dirigida a preparar a los futuros jueces para el ejercicio de sus diversas funciones. La diferencia con la enseñanza universitaria se pone de manifiesto ya en la nomenclatura de las «direcciones de estudio» o asignaturas básicas en torno a las cuales se articula el programa pedagógico. En lugar de utilizar la denominación de la materia se usa la del órgano jurisdiccional en cuya esfera de competencias están comprendidos los diversos temas que se tratan en cada una de las asignaturas. Así, en lugar de la denominación «derecho civil» se emplea la equivalente a «juzgado de primera instancia», en lugar de «derecho penal», la asignatura se llama «juzgado de instrucción», etc. El temario de cada «dirección de estudios», se compone de aquellas materias que con más frecuencia se pueden presentar al juez que desempeña la función respectiva.

Además, se considera imprescindible que la enseñanza sea impartida por magistrados ya que, en principio, sólo ellos pueden transmitir la «pasión por la profesión».

El carácter multidisciplinario

El punto de partida es que los jueces en formación (auditores de justicia) poseen la suficiente formación técnica teórica puesto que han superado la oposición. Durante la fase de prácticas en órganos jurisdiccionales adquieren los conocimientos concretos necesarios para el ejercicio cotidiano de sus futuras funciones. Durante su permanencia en la ENM deberán adquirir instrumentos para la comprensión de la cambiante realidad jurídica y de los fenómenos sociales y económicos en curso. Por ello se da especial valor en el programa pedagógico a las ciencias humanísticas que facilitan la decisión judicial (psicología, psiquiatría, medicina legal, filosofía, sociología, economía e historia), aplicadas siempre a los distintos problemas con los que el futuro juez se va a enfrentar. A tales efectos se utiliza una gran variedad de técnicas pedagógicas como son los talleres, las conferencias magistrales, los trabajos en pequeños grupos con la intervención, en su caso, de invitados exteriores asistidos por profesores de la escuela.

Dentro de esta línea de no limitarse a lo estrictamente jurídico, la escuela ofrece cursos de perfeccionamiento de inglés, alemán y español.

Referencia al contexto económico-social

Se considera necesario que el futuro juez tome conciencia de la importancia que sus decisiones van a tener en el entorno humano, económico y social sobre el que han de recaer. Se desarrollan actividades especialmente concebidas a tal fin como

son la de «oficina de información jurídica» o la denominada «contexto judicial», de las que más adelante trataremos. Además, el entorno de la decisión judicial es tema recurrente en las exposiciones de los profesores y objeto de las asignaturas «transversales» («el juez, lo económico y lo social», «la familia», «el acto de juzgar» y «la sanción»).

Apertura a las técnicas de gestión y a la informática

La ENM asume como uno de sus objetivos el de hacer surgir o reforzar en sus alumnos el interés en adaptar su actuación a las tecnologías modernas, especialmente la informática.

Se concede especial relieve a la formación de los futuros jueces en la micro-informática. Se pretende que puedan dominar el tratamiento de textos así como el de ficheros y la consulta a bancos de datos de jurisprudencia. Se les facilita un microprocesador del que los alumnos de la Escuela sólo pagan un 25 por 100. La diferencia es asumida por el Ministerio de Justicia con la única limitación de que los beneficiarios de esta subvención han de destinar el microprocesador a su uso personal sin posibilidad de transmitirlo a un tercero. Se intenta que los trabajos que se encargan a los alumnos a partir de este momento sean redactados con ordenador.

Reflexión sobre la función de juez

Se entiende que la extensión de la esfera de actuación del juez y la diversificación de los ámbitos en los que la ley le obliga a intervenir, provoca un peligro de relajamiento en la naturaleza institucional de la función del magistrado. Por ello se pone énfasis en lo que constituye la especificidad de la Justicia, en los principios generales que la rigen y se desarrolla una reflexión de ética profesional. Especialmente diseñada para tal fin está el taller «el acto de juzgar» aunque este es, de nuevo, un tema que inspira toda la formación inicial.

La participación

Los alumnos o «auditeurs de justice» no tienen un papel pasivo. Al contrario, participan en los juegos de rol de juicios que continuamente se realizan —asumiendo los papeles de juez, abogado, testigo, reo, etc.—, tienen la iniciativa en las actividades del «contexto judicial», eligen a quienes hayan de dar las «conferencias de actualidad», y organizan otras actividades no exclusivamente académicas, como excursiones de interés ecológico, fiestas, etc., creándose así un ambiente de compañerismo que se refleja, entre otros aspectos, en el «bautizo» de la promoción. La de 1993 eligió el nombre de «Promotion Juge Giovanni Falcone», que le fue impuesto el 22 de septiembre de dicho año por el presidente de la «Cour de Cassation» en presencia del Cónsul General de Italia en Burdeos.

B. Las fases de la formación inicial. Esquema

Primer período: Formación general

1. Acogida:
 - Una semana en la sede de la ENM en Burdeos: prestación de juramento y preparación de la etapa práctica («stage») exterior.
 - Una semana de «descubrimiento de la función jurisdiccional» en el seno de un «Tribunal de Grande Instance» (órgano jurisdiccional común con competencias tanto civiles como penales).
2. Doce semanas de prácticas fuera del ámbito judicial.
3. Siete meses y medio de permanencia en la ENM de Burdeos.
4. Quince meses de prácticas en órganos jurisdiccionales (análogas al período de prácticas del juez adjunto del art. 307 1 y 2 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial).

Segundo período: Formación especializada

1. Un mes de perfeccionamiento funcional.
2. Cinco meses de prácticas con especialización en cada una de las funciones que los auditores de justicia van a asumir.

C. El desarrollo de la formación inicial general

1. Acogida

Los futuros jueces son acogidos en la ENM en donde se les presenta el programa de formación. Son recibidos por el presidente de la Cour de Cassation (Tribunal Supremo) y el fiscal general del Estado. Tras una conferencia sobre la simbología y el ritual judiciales, el ministerio de Justicia se dirige a los auditores de justicia que, acto seguido, prestan juramento ante la «Cour d'Appel» (equivalente a la Audiencia Provincial) de Burdeos.

Se propone a los alumnos una reflexión sobre el juez y la Justicia hoy. Se preparan las prácticas no jurisdiccionales («stages extérieurs») mediante una serie de encuentros con profesionales y con los auditores de justicia de la promoción precedente.

La mayoría de los auditores de justicia desconoce totalmente los tribunales y juzgados. Por ello antes de estudiar, desde el punto de vista teórico, el acto de juzgar, se provoca un contacto con la vida cotidiana de los órganos jurisdiccionales captando así una primera impresión de lo que es el ejercicio de la profesión.

2. Las prácticas exteriores

Se desarrollan en una empresa, en la administración local, en la policía, en juzgados o tribunales extranjeros, asociaciones, etc.

Su objetivo es, de un lado, permitir el descubrimiento y el conocimiento de ciertos ámbitos en los que la intervención del juez es cada día más impor-

tante: vida económica y social, políticas públicas, derecho internacional. Se trata de conocer al «destinatario» del servicio que presta el juez o de profundizar en la experiencia personal del alumno, desarrollando su capacidad de apertura y su curiosidad mediante la inserción en un medio nuevo.

Al final de esta fase se debe redactar un informe que, según los casos, revestirá la forma de memoria de tipo universitario o de simple dación de cuenta cronológica de las actividades desarrolladas. El informe y la entrevista que en el momento de su presentación tiene lugar son calificados y la nota obtenida será tenida en cuenta a la hora de la evaluación final del periodo de formación en la ENM.

3. *Período de escolarización en Burdeos*

Se pretende que en esta etapa los jueces en formación adquieran una cultura jurídica mediante el desarrollo de los siguientes temas básicos: a) el entorno judicial; b) los principios fundamentales de la actuación judicial, y c) metodología.

a) *El entorno judicial*

— Oficina de Información Jurídica

Los propios auditores asumen este servicio después de unos meses de permanencia en la escuela de Burdeos. Estas oficinas se hallan ubicadas en los ayuntamientos de los alrededores de la ciudad, en los propios locales de la ENM y de los juzgados y tribunales. La información jurídica puede darse también, por teléfono. No se trata de un servicio de asesoría jurídica sino de una mera información sobre la vía a seguir, el profesional que debe ser consultado, etc.

Esta actividad permite a los futuros jueces tratar una petición concreta de un justiciable, darse cuenta de la importancia de estar al día en cuestiones de derecho e incluso de percatarse directamente de la lentitud de la respuesta de la administración de Justicia a los problemas de los ciudadanos.

— El contexto judicial

Para esta actividad se pone en relación a cada grupo de quince auditores de justicia con un órgano jurisdiccional. Los grupos son animados por un profesor de la ENM que les ayuda a definir los ejes de trabajo y facilitan las relaciones con el órgano jurisdiccional.

Cada grupo se divide en subgrupos que eligen uno de los cuatro temas siguientes: familia, sanción, organización judicial o vida económica y social. Los titulares de los juzgados escogen varios expedientes que hagan referencia al tema elegido y se los remiten a los profesores.

Estos expedientes servirán de punto de partida a cada uno de los subgrupos que confeccionarán una lista de las personas a las que desean entrevistar para conocer el ámbito en el que se ha producido o va a producirse la decisión judicial objeto del expediente que están investigando, para comprender la estrategia y los intereses de los distintos interesados en el proceso. Intentarán, además, determinar la influencia de los factores locales en la decisión judicial.

Al término de esta investigación, que se lleva a cabo en el lugar de los hechos, los auditores dan cuenta de sus conclusiones al grupo, con la presencia, en su caso, de algún invitado, y del profesor encargado. Además redactan un informe de unas quince páginas sobre su actividad.

— Siquiatría y Psicología

La enseñanza de esta disciplina se efectúa en cuatro fases:

Primera. Un trabajo en grupo coanimado por un profesor de la ENM y un psicólogo con referencia a un caso concreto (actividad denominada «lectura doble»). Este estudio da lugar a un examen paralelo de un supuesto práctico desde el punto de vista, a la vez, del derecho y de la psicología. Conlleva una confrontación de puntos de vista, de lógicas profesionales y de métodos de análisis.

Segunda. Un profesor de psiquiatría, con conocimientos jurídicos da un ciclo de conferencias para proporcionar a los futuros magistrados las nociones básicas de psiquiatría que necesitarán en el ejercicio de sus funciones.

Tercera. Tras las conferencias los psicólogos abordan de nuevo los temas en ellas tratados pero, en esta ocasión, en pequeños grupos.

Cuarta. El profesor presenta una ilustración de los elementos teóricos y abre un debate con los auditores de justicia.

— Medicina legal

Varios profesores dirigen un ciclo de cuatro conferencias sobre las nociones básicas de esta disciplina. Los auditores de justicia tienen la posibilidad, durante todo el periodo de formación, de asistir a las autopsias que se practican en los locales del Instituto de Medicina Legal.

— Contabilidad

Un grupo de expertos contables animan un seminario que tiene por finalidad la iniciación en materia de contabilidad. Esta actividad se desarrolla en grupos pequeños y tiene un contenido muy concreto, tomando como base documentos relativos a situaciones reales que puedan ofrecer interés a los magistrados.

— Conferencias de actualidad

Se organizan a iniciativa de los propios auditores de justicia. Aquellos que se hallan interesados por un determinado tema de actualidad lo sugieren a la dirección. Después de haber informado a la promoción y haber recogido sus sugerencias, se invita a personalidades relacionadas con el tema para intervenir en los locales de la ENM.

b) *Los principios fundamentales de la actuación judicial*

— El convenio europeo de derechos humanos

La iniciación al derecho surgido de este tratado comprende, por una parte, una conferencia sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y, por otro lado, un trabajo en pequeños grupos, sobre expedientes concretos, bajo la dirección de los profesores de la ENM.

— Derecho comunitario

La ENM organiza un seminario de iniciación a esta disciplina. Los temas que se abordan son la libre cir-

culación de mercancías, la libre circulación de personas y la aplicación de la norma comunitaria por el juez nacional. Se trata de un trabajo sobre expedientes dirigido por profesores universitarios especializados en la materia o por «referendaires» del Tribunal de Justicia de la CEE.

— Estatuto de la magistratura

Una aproximación al estatuto de la magistratura que combina una información sobre el derecho positivo que regula esta materia y una comparación de las relaciones entre el poder ejecutivo y la administración de Justicia en los diversos países miembros del Consejo de Europa.

Además se desarrolla un trabajo en pequeños grupos sobre la aplicación concreta en la realidad de los principios definitorios del estatuto de la magistratura.

c) *Metodología de la actuación judicial.*
Las direcciones de estudio

— Prueba testifical

Se realizan ejercicios prácticos para poner en evidencia las dificultades que comporta la prueba testifical y las particularidades de la transcripción de las declaraciones por el magistrado o los auxiliares de la justicia. Se suele utilizar la filmación de un atraco a partir de la cual se montan distintos juegos de rol.

— Técnicas de comunicación

Se organizan dos actividades para familiarizar a los auditores de justicia con los medios de comunicación y sensibilizarles sobre las dificultades de las relaciones entre la Justicia y la prensa:

- 1.ª Justicia y medios de comunicación: sobre la base de un expediente judicial, grupos de quince auditores de justicia trabajan con periodistas sobre la forma y contenido de las informaciones generadas por la Administración de Justicia.
- 2.ª Entrenamiento para una entrevista televisiva. Periodistas especializados en este medio organizan sesiones de entrevistas televisivas que son grabadas y comentadas.

— La entrevista

Un gran número de resoluciones judiciales son tomadas después de una entrevista, formal o informal con el justiciable. Se intenta que los jueces en formación dominen las técnicas de la entrevista de manera que puedan extraer de ella los mejores resultados. Dos equipos de enseñantes trabajan simultáneamente, cada uno con la mitad de la promoción:

Equipo 1: Un equipo mixto formado por psicólogos y magistrados pone en marcha una aproximación sobre las experiencias vividas por los auditores de justicia relacionadas con el ejercicio de sus futuras funciones.

Equipo 2: Otro equipo compuesto por profesionales en la materia se centra sobre la entrevista como instrumento de trabajo, con el apoyo de medios audiovisuales y la colaboración esporádica de jueces y magistrados ejercientes.

— Las direcciones de estudios

Una serie de direcciones de estudios, a cargo de profesores de la Escuela («maîtres de conférences»)

proponen una primera aproximación a un tratamiento específicamente judicial de los litigios. Se pretende, en efecto, de que los auditores de justicia conozcan la manera de aprehender una situación litigiosa o problemática y de que se familiaricen con la construcción de las resoluciones del juez y con el marco legal de su intervención.

Las «direcciones de estudio» son las asignaturas básicas de la formación inicial y constituyen lo que podríamos llamar el «núcleo duro» de la enseñanza en la ENM. Son las actividades más académicas pero los métodos son esencialmente activos, de manera que el alumno trabaja con casos prácticos o expedientes reales sobre los cuales se les pide que redacte un auto o sentencia, con juegos de simulación y con los fascículos de índole tanto teórica como práctica que les son facilitados, todo ello favorecido por la pequeña dimensión de los grupos —un máximo de 15 «auditeurs de justice»—.

Las «direcciones de estudio» son las siguientes: «Tribunal de Grande Instance» (término equivalente al de Juzgado e Primera Instancia e Instrucción) y «Tribunal d'Instance», (equivalente al antiguo Juzgado de Distrito), Ministerio Fiscal, Juez de Menores, Juez de Instrucción y Juez de Aplicación de las Penas (de Vigilancia Penitenciaria).

El contenido de la enseñanza es esencialmente «judicial» con temas como la valoración de los daños personales, las técnicas de redacción de resoluciones, las relaciones personales del Juez de Instrucción con el detenido y los abogados, aplicaciones concretas del principio de oportunidad en el archivo de actuaciones penales, etc.

— Aproximaciones temáticas

Un equipo interdisciplinario de profesores de la ENM y de personas exteriores a la escuela preparan cada uno de los temas a través de conferencias, proyecciones, debates, talleres... Los auditores de justicia tienen un papel activo. Preparan y comentan las actividades.

El objetivo es desarrollar en los futuros jueces la curiosidad intelectual, la apertura al mundo que les rodea, el sentido de la iniciativa, la costumbre del trabajo en grupo. La ENM valora los trabajos más interesantes para su difusión en el seno de la promoción y, en su caso, para su publicación. Los temas tratados son:

— El juez, lo económico y lo social:

Se estudian las cuestiones de seguridad con visitas concretas a empresas, normativa aplicable, aprovechamiento de las prácticas «externas» de los auditores de justicia y debates con los jefes de empresas y responsables de seguridad; se abordan los problemas de la droga, la corrupción, los fenómenos mafiosos; y, finalmente, se trata de la Justicia y lo social, en concreto de los criterios de la Justicia social, las políticas contra la exclusión, sus costes y la precariedad en el trabajo.

— La familia:

La noción de la familia no es unívoca. Esta institución conoce profundas modificaciones según la época histórica, el medio social, el origen nacional o étnico. Los futuros magistrados habrán de tomar decisiones que afecten al gru-

po familiar por lo que deben disponer de los instrumentos teóricos que les permitan una aproximación a los problemas familiares con la necesaria flexibilidad.

Los temas que se abordan son principalmente: la ruptura familiar, la familia monoparental, el lugar de las personas mayores, el derecho a los hijos y el derecho a la infancia, la familia y el dinero, y las familias inmigradas (en este tema concreto durante diciembre de 1993 se desarrolló en la ENM un ciclo de conferencias sobre el Corán).

— El acto de juzgar:

Se pretende que afloren los mecanismos intelectuales puestos en juego por el juez y formalizados en su sentencia mediante debates sobre la concepción del derecho y el papel del juez.

Esta actividad, inicialmente centrada en el carácter argumentativo y discursivo de la justicia, sirve de apoyo al trabajo realizado en otras áreas: la metodología de la sentencia, la reflexión sobre la resolución judicial y, más generalmente, toda enseñanza dirigida a la confrontación entre el discurso jurídico y la idea de justicia, en el seno de un entorno institucional y social. Los temas que se abordan son las reglas del juego, el silogismo, la argumentación, la interpretación, la equidad, el lenguaje.

— La sanción:

La sanción está en el centro de las preocupaciones del magistrado llamado a juzgar comportamientos no conformes a la norma. Se aborda una aproximación histórica, antropológica, sociológica y filosófica que permita entender los aspectos complejos de la sanción. Un equipo de profesores de la ENM asistidos por un sociólogo criminólogo organiza un ciclo de conferencias con intervinientes exteriores, talleres y trabajos en grupo.

4. Período de prácticas relacionadas con la actividad jurisdiccional

Fase de catorce meses que comprende:

— Prácticas en un «Tribunal de Grande Instance». Constituye para el auditor de justicia un momento esencial de su formación (semejante al período de prácticas de nuestro nuevo «juez adjunto»).

— Prácticas complementarias de corta duración en:

- Policía.
- Establecimientos de tutela de menores.

- Establecimientos penitenciarios.
- Despacho de un «huissier de justice» (literalmente «ujier de justicia», profesional a quien incumbe citar a las partes ante el juez y ejecutar las sentencias firmes).
- Prácticas en un despacho de abogado. Se desarrollan durante dos meses. Concebido como un período de pleno ejercicio, ofrece al auditor la ocasión de afrontar las responsabilidades y las obligaciones del abogado, incluyendo la posibilidad de informar ante los tribunales.

D. La formación especializada tras el período de prácticas

1. Perfeccionamiento funcional

En las últimas semanas de prácticas los auditores habrán realizado un examen, a cuya nota se añadirá la de la fase de escolarización en Burdeos y la de las prácticas relacionadas con la Administración de Justicia. Tras haber escogido sus cargos, los futuros magistrados son divididos en grupos según sus futuras funciones.

Esta fase de la formación se centra exclusivamente en el ejercicio de las funciones que los auditores de justicia van a desempeñar en su primer destino. Lo que se pretende es el dominio de las técnicas jurídicas correspondientes a los litigios más especializados favoreciendo a los auditores el acceso a las últimas tendencias en las distintas materias. La enseñanza especializada se combina con actividades que tienen por finalidad un mejor conocimiento de los distintos intervinientes en los procesos seguidos ante el órgano jurisdiccional al que van a ser destinados. A estos fines se utilizan formas diversas de coanimación por los profesores de la ENM y por especialistas invitados, con trabajos en grupo y seminarios.

2. Prácticas inmediatamente anteriores a la toma de posesión en el primer destino

Etapa de cinco meses dedicada al perfeccionamiento funcional práctico, al término del cual los auditores de justicia deberán disponer de todos los conocimientos profesionales que les serán necesarios para empezar a desempeñar sus funciones.

Durante esta fase los auditores realizan prácticas exteriores, es decir, fuera del ámbito jurisdiccional, relacionadas con la especificidad de la función que van a desempeñar.

Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español

Amilton BUENO DE CARVALHO

Querido colega Perfecto: Con ocasión de nuestros dos debates (en La Rábida y en Buenos Aires) me hiciste una pregunta inquietante: ¿Cómo se es juez criminal en Brasil en el momento actual?

De entrada me sentí tentado de responder con otra pregunta: en vista de lo que aquí acontece, ¿cómo no ser juez?

Pero para que se entienda la realidad de nuestra justicia criminal son necesarias algunas explicaciones sobre el sistema federal brasileño, donde además de la Justicia Militar existe la Judicatura Federal, que se ocupa básicamente de las infracciones penales cometidas contra los bienes, servicios o intereses de la Unión, de sus autonomías, o de empresas públicas (la misma regla se da en la Jurisdicción Civil). Están, además, la Judicatura Laboral (con estructura federal) y la Electoral (que aunque también articulada de ese modo se ejerce por magistrados pertenecientes a la judicatura del Estado de que se trate); y, finalmente, la Judicatura de cada Estado, que actúa con competencia residual. Yo pertenezco a esta última.

La organización de esa Judicatura corresponde a cada Estado de la federación brasileña. Como las peculiaridades de cada Estado (incluso por la extensión del país) son muy específicas, me atrevería a decir que en Brasil no existe Judicatura, sino Judicaturas: la de Rio de Janeiro, ciertamente, no es la de Bahía, de Sao Paulo o de Amazonas.

Soy Juez Criminal en la ciudad de Porto Alegre, capital del Estado de Rio Grande do Sul (si miras en el mapa, notarás que Rio Grande do Sul queda en el extremo sur, frontera con Uruguay y Argentina: el lugar menos tropical de Brasil). Circula el tópico de que la Judicatura de Rio Grande do Sul es de las mejores (o de las menos malas), tanto por la estructura como por la cualificación técnica de sus integrantes. Por ejemplo, aquí la tramitación de los autos no desmerece nada de la de los países europeos.

Pero si el objeto de tu curiosidad es saber de la jurisdicción criminal, antes se debe tomar en consideración la situación de las cárceles. Es que, desde mi óptica, no hay manera de disociar la naturaleza de la pena (posiblemente prisión) del acto de juzgar. La pregunta que se me plantea es la siguiente: ¿cuál es el destino de las personas eventualmente condenadas a la cárcel?

Pues bien, la situación penitenciaria en Rio Grande do Sul (y en el resto del país) es caótica. El presidio Central de Porto Alegre tiene capacidad para alojar a 660 personas, pero está ocupado por 1.800, aproximadamente. Celdas de ocho metros cuadra-

dos albergan a seis presos. En determinadas penitenciarías, los presos duermen por turnos, debido a la falta de camas (unos por la mañana, otros por la noche, otros por la tarde); unos duermen en el suelo, otros de pie, atándose a las rejas); la alimentación es propia de animales (algunos comen con las manos). La violación de los derechos humanos es algo escandaloso y corriente (un colega encontró en una celda un preso herido de bala treinta días antes, que no había sido socorrido; otro apaleado por agentes penitenciarios, con fracturas, también sin atención). Los familiares de los presos, con ocasión de las visitas, sea cual fuere la edad, sufren examen visual ginecológico y anal, por parte de los encargados de seguridad, que, según ellos, están preocupados por la entrada de drogas en el presidio (es la revista íntima). Además, está el problema del SIDA, que alcanza a un porcentaje de en torno al 25 por 100 de los presos (aquí el drama es fuerte: condenar a alguien a presidio, donde probablemente será víctima de violencia sexual, implica la probabilidad de resultar contaminado). Pero hay más, mucho más, que necesitaría un libro para ser descrito. En suma, casi todo recuerda, para peor, a las mazmorras de la Edad Media.

Pero el surrealismo, querido colega, llega al extremo si se piensa que la Constitución Federal y la Ley de Ejecuciones Penales garantizan el respeto al preso, disponiendo que nadie será sometido a tratamiento inhumano o degradante, que se asegura a los presos el respeto a la integridad física y moral, el derecho a celda individual, etc. No obstante, todo esto se queda en puro discurso, pues existe la tendencia a cumplir la ley sólo cuando beneficia a nuestros iguales (pequeños burgueses perfumados).

En la ejecución de la pena surge algo que me parece patológico (muy próximo a la esquizofrenia). En el momento de apurar la culpa somos puntillosos en la obediencia a la legalidad y condenamos a los reos. El discurso es uno: la ley debe ser aplicada. Sin embargo, cuando el individuo va a cumplir la sanción, la legalidad no tiene el menor significado (principalmente para los positivistas legalistas). Así, la legalidad es obedecida para perseguir, pero no para favorecer. En este momento, querido Perfecto, ser revolucionario es luchar para que la ley se cumpla (lo que denomino «positividad combativa»), pero la tarea llega al límite de lo imposible.

Por otro lado, la población carcelaria está compuesta básicamente por pobres, negros y analfabetos. Y no pienses en un prejuicio solamente de los operadores jurídicos. ¡No! La propia legalidad es cruel, pues los delitos que conllevan una condena

de cárcel, son, por regla, los cometidos por los pobres. Los comportamientos delictivos que tienen el aval ético de los integrantes de las clases más favorecidas económicamente, o no llevan consigo pena de cárcel, o no son delitos, o no son investigados (aquí la investigación la realiza la policía, ligada al Ejecutivo, por lo que los jueces y los fiscales sólo actúan *cuando* quiere la policía), o son absueltos. La pregunta de Chambliss tiene sentido: no interesa saber por qué se cometen delitos, sino por qué ciertos actos son considerados crímenes y otros no. En verdad, quien tiene el poder de decir lo que es *delito* y cual la *pena correspondiente*, evidentemente se protege (e históricamente el legislador representa a las élites). Entonces, hasta el discurso sobre la seguridad necesita un cuestionamiento previo: ¿Seguridad para quién? ¿Contra quién?

Por eso se dice en Brasil que el derecho penal tiene algo en común con la Teología de la liberación: optó por los pobres, sólo que aquél para perseguirlos y ésta para emanciparlos. Y en Brasil hay cerca de treinta millones de miserables por las calles (lo que equivale a la población de Argentina, por ejemplo).

Así, en los tribunales aterrizan, por lo general, pobres que son autores de delitos de hurto, robo, o consumidores de drogas. Aquí está la clientela criminal básica.

¿Cómo actuar, con todo, en este contexto, sabiendo que la cárcel es degradante y que aquéllos que sufren procesos son, generalmente, los pobres?

Pienso que para los jueces esta situación tiene contornos dolorosos. Es que el juez, al condenar a alguien, consciente o inconscientemente, se adhiere en el plano ético al resultado de la decisión. O sea, el juez es responsable de los efectos de la condena: queda vinculado psicológicamente al hombre al que impuso la pena de prisión. En consecuencia, el acto condenatorio traspasa la mera relación procesal de depuración de la culpa. La vida (o la muerte) del condenado durante el cumplimiento de la pena, es un fuerte componente del proceso.

En fin, me parece que hay dos formas básicas de actuar. En la primera de ellas se aplica «neutra» (?) y fríamente la ley penal, aceptando el derecho como algo dado por el legislador y teniendo el operador únicamente la función de revelar la voluntad del Estado, procurando «olvidar» las consecuencias de la aplicación de la norma, usando el mecanismo psicológico de defensa de que la situación de las cárceles es un problema del poder Ejecutivo, eludiendo la responsabilidad ética en el plano de la conciencia.

O, en otra hipótesis, acepta el derecho como algo en construcción y busca crear, con todos los riesgos que encierra la creatividad. Pero una creatividad comprometida con los principios generales del derecho, con la radicalidad democrática, asumiendo el papel de garante de la libertad del ciudadano. En fin, actuando con la razón de la sociedad y no con la razón del Estado.

Así, lleva el principio general del derecho (aquí en Brasil, principio constitucional) de presunción de inocencia a su límite máximo, o sea, que la presunción exige actuación real, efectiva, del juzgador orientada a la inocencia, como algo activo y no pasivo.

La última es la hipótesis teórica básica que me anima: llego a todos los procesos convencido de la inocencia (hay un prejuicio con base en el principio de la presunción) y sólo condeno cuando no fuera posible, a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, absolver (ya admití cierta vez la eximente de estado de necesidad, entendiendo que un asalto a un banco era famélico —los dispositivos protectores del sistema deben ser tensados al máximo). Y cuando tengo que condenar, entonces hago todo lo posible por conceder beneficios que no llevan al condenado a la cárcel. Sólo en una clase de supuestos cabe la condena a la cárcel, cuando la alternativa es el caos: cuando hay que optar entre la libertad del ciudadano y la protección de la vida de los integrantes de la sociedad (por ejemplo en el caso de los violadores). Entonces, con todo el sufrimiento y la angustia, se condena al individuo a una pena que es casi igual (y a veces equivale) a la de muerte (la situación no es tan dolorosa cuando se trata de reincidentes, pues ya han desarrollado mecanismos de defensa para soportar aquel lugar). En ese caso, repito, angustiante, hay que marcar un límite, porque el grado de intolerancia (recuérdese lo escrito por López Calera en las páginas de esta revista) es insostenible e insuperable, y actuar sin incorporar el sentimiento de venganza que muchas veces impera en la sociedad frente a los criminales, principalmente si son pobres. Es que existen situaciones en que el individuo ha perdido de tal forma el freno interior que busca que el «padre-Estado», desde fuera, imponga coactivamente el límite perdido (mejor dicho: hay que dotarse de normas limitadoras de la libertad en defensa de la propia libertad).

La condena, más allá de un acto político debe ser un acto de amor, aunque castigue. Jamás un acto de venganza.

He aquí por qué, querido Perfecto, empecé diciendo que prefería responder a tu pregunta con otra: en este cuadro ¿cómo no ser juez criminal en Brasil? ¿Será que tenemos derecho a inhibirnos, a huir? ¿O podremos actuar buscando minimizar las injusticias que un pueblo sufre como consecuencia de la pobreza y del analfabetismo, que le impulsan inexorablemente a cometer delitos contra el patrimonio? Opté por la última hipótesis a pesar de toda la angustia en el plano personal, porque entiendo que, por regla general, la criminalidad tiene por madrasa a todas las injusticias sociales.

Pero, para resumir, me pregunto (y te pregunto): ¿Es que ahí, en Europa, no reciben el mismo trato los excluidos (las minorías, los desesperados)? ¿No será que ahí la exclusión se da de forma más sutil, ocultando una falta de respeto a los derechos del hombre? ¿Será que la «parcialidad» de los operadores jurídicos debe tener como única sede el tercer mundo? ¿O será que el compromiso de los operadores jurídicos (y del derecho) con los más frágiles no está en la propia esencia de lo jurídico?

Recibe un abrazo fraterno de tu compañero de lucha por la radicalización de la democracia.

(Traducción de Carlos López Keller).

Crisis y democratización del sistema político mexicano

Lorenzo CORDOVA VIANELLO

Una de las notas características del sistema político mexicano ha sido, desde la primera década post-revolucionaria, su gran estabilidad política, cifrada en la gran concentración de poder en manos del presidente de la República, el cual, en virtud de las amplias facultades que en su favor establece la Constitución, y de la gran cantidad de factores políticos que le permiten el liderazgo del partido hegemónico y, en consecuencia, el control de los destinos políticos de sus correligionarios —incluidos los diputados y senadores de ese partido—, se han convertido en la pieza clave del aparato político entero¹.

En efecto, desde los debates del Congreso Constituyente de 1916-1917 la idea de que sólo un gobierno fuerte y enérgico podía lograr la unidad nacional y propiciar el desarrollo del país, se convirtió en un verdadero paradigma y en el principio rector del juego político en México. En ese sentido, la creación de un partido que abanderara los ideales revolucionarios, y que a la vez conjuntara y ordenara bajo el mando indiscutible del presidente de la República a todas las fracciones —muchas de ellas contrapuestas— del grupo vencedor de la Revolución, se convirtió en una de las principales causas del gran poder que el titular del Ejecutivo encarna. Asimismo, la organización corporativa del partido en base a los llamados sectores, los que representaban organizadamente a la sociedad entera, hacía del

presidente la cabeza no sólo política, sino también moral de la nación².

Esa gran concentración de poder en manos del presidente y el aparato corporativo mexicano dieron al país un largo período de casi treinta años de gran estabilidad política, aunque de una mermada y restringida democracia³. Este hecho provocó que, a partir de 1968, el sistema entrara en una crisis política generada por el creciente reclamo democrático. La introducción en 1963 de la figura de «diputados de partido», los cuales eran otorgados a los partidos de oposición en caso de alcanzar un porcentaje mínimo³, significó el inicio de una gradual apertura que esa naciente exigencia democratizadora imponía al *statu quo*. Los movimientos estudiantiles de 1968 y de 1971 —reprimidos brutalmente— vinieron a sumarse a las luchas sindicales —también reprimidas— de los ferrocarrileros, entre otros, en los años cincuenta; no obstante, aquellos estuvieron enmarcados por el surgimiento desde inicios de los setenta de movimientos guerrilleros que, a pesar de sus limitadas dimensiones⁵, pusieron en jaque la legitimidad y la estabilidad del sistema político. Ello aceleró inevitablemente el proceso de apertura política cuyo espaldarazo fundamental fue la llamada «reforma política» que inició en 1977 y que delineó Jesús Reyes Heróles, quien reconocía:

«... hay quienes pretenden un endurecimiento del gobierno que lo conduciría a la rigidez. Tal rigidez impediría la adaptación de nuestro sistema político

¹ Para un análisis detallado de las facultades legales y políticas del presidente, véase, Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI Editores, México, 1978.

² La obra del presidente Calles, quien aprovechó el gran poder que le daba su carácter de «jefe máximo de la Revolución» para fundar el Partido Nacional Revolucionario, fue completada con la de Lázaro Cárdenas quien en la década de los treinta, con base en una activa política de masas, instrumentó la compleja y omnicompreensiva estructura corporativa del partido (que cambió de nombre a Partido Revolucionario Mexicano), hecho que lo consolidó como la fuerza política hegemónica por más de cincuenta años y que generó una virtual fusión entre el partido y la estructura del Estado misma. Para analizar la obra de Calles y Cárdenas, véase, Garrido, Luis Javier, *El partido de la Revolución Institucionalizada*, Siglo XXI Editores, México, 1982; Meyer, Lorenzo, *La segunda muerte de la Revolución Mexicana*, Cal y Arena, México, 1988; Meyer, Lorenzo, Rafael Sogovia y Alejandra Lajous, *Historia de la Revolución Mexicana 1928-1934*, El Colegio de México, México, 1978; Córdova, Arnaldo, *La Revolución en crisis. La aventura del maximato*, Cal y Arena, México (en prensa); y, Córdova, Arnaldo, *La política de masas del cardenismo*, Editorial Era, México, 1978.

³ En ese sentido, Silva Gómez Tagle señala que «... la permanencia en el poder de un partido no implica por sí misma que el sistema sea antidemocrático, pero el hecho de que el PRI haya usado los recursos del Estado con el fin de cerrar el paso a los demás partidos políticos, sí lo es; y también el hecho de que la

ausencia de competitividad en la lucha político-electoral, impida el ejercicio efectivo de la crítica de la gestión gubernamental y anule la posibilidad de elegir gobernantes y representantes ante el poder Legislativo. Por esto el resultado de la permanencia del PRI en el poder puede considerarse un hecho antidemocrático, así como el que este partido se haya ostentado por muchos años como único heredero de la Revolución y que esto haya limitado el desarrollo de un sistema de partidos más vigoroso...» (Gómez Tagle, Silvia, «Los partidos, las elecciones y la crisis», en González Casanova, Pablo y Jorge Cadena Roa, *Primer informe sobre la democracia: México 1988*, Siglo XXI Editores, México, 1988, pág. 211).

⁴ Con este primer sistema de representación de minorías, un partido político podía acceder a la Cámara de Diputados si alcanzaban el 2,5 por 100 de la votación total; de lograrlo, por ese hecho, le correspondía a cada partido cinco diputados más uno por cada medio por ciento que sobrepasara el porcentaje señalado hasta llegar a la cifra de 20 como máximo (Cfr., Cárdenas Gracia, Jaime F., *Transición política y reforma constitucional en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1994, pág. 93).

⁵ Carlos Montemayor escribe que la guerrilla de Lucio Cabañas nunca llegó a tener más de cincuenta efectivos entre sus filas (véase, para el tema de la guerrilla mexicana, en general, Montemayor, Carlos, *La guerra en el paraíso*, Océano, México, 1990).

a nuevas tendencias y a nuevas realidades... Endurecernos y caer en la rigidez es exponernos al fácil rompimiento del orden estatal y del orden político nacional. Frente a esta pretensión, el presidente López Portillo está empeñado en que el Estado ensanche las posibilidades de la representación política, de tal manera que se pueda captar en los órganos de representación el complicado mosaico ideológico nacional de una corriente mayoritaria, y pequeñas corrientes que, difiriendo en mucho de la mayoritaria, forman parte de la nación... Mayorías y minorías constituyen el todo nacional, y el respeto entre ellas, su convivencia pacífica dentro de la ley, es la base firme del desarrollo, del imperio de las libertades y de las posibilidades de progreso social»⁶.

La reforma de 1977, misma que trajo consigo una nueva codificación electoral (la famosa Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales —LFOPPE—), introdujo, por primera vez, la noción de «partidos políticos» en el texto constitucional (artículo 41), los cuales fueron considerados como entidades de interés público y, en consecuencia, sujetos de derechos y obligaciones, que tienen por objeto promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración nacional y permitir el acceso a los ciudadanos a los puestos de representación popular⁷. La nueva reglamentación permitió, en virtud de sus mecanismos de acceso al *status* de partido político, que muchas de las agrupaciones políticas que antes habían estado relegadas del juego político institucional obtuvieran el registro para contender en las elecciones de 1979. Así, en ese proceso electoral, el primero que recibía el aliento de la reforma política, participaron, condicionados a alcanzar el 1,5 por 100 de la votación total —situación que lograron todos los participantes—, el Partido Comunista Mexicano (PCM), el Socialista de los Trabajadores (PST) y el Demócrata Mexicano (PDM), quienes venían a sumarse a los institutos políticos que ya habían adquirido su reconocimiento previamente: Acción Nacional (PAN), Revolucionario Institucional (PRI), Popular Socialista (PPS) y Auténtico de la Revolución Mexicana (PARM)⁸.

A partir de 1977, el lento, pero cada vez más obligado reconocimiento de los triunfos electorales y de los espacios políticos que los partidos de oposición iban ganando —a pesar de la sombra, contra la que todavía hoy se lucha, del fraude electoral—, generó una disminución proporcional de la hegemonía, de la concentración de poder y de los espacios políticos que el llamado «partido oficial» antes gozaba. Este hecho ha provocado que algunas voces, las más retardatarias, hayan empezado a hablar, con un espíritu reaccionario y conservador, de una ingobernabilidad del sistema, idea que ha encontrado su auge particularmente durante las épocas de mayor conflictividad política, como ocurrió en 1988, cuando, luego de las elecciones más discutidas y disputadas que ha habido (las cuales estuvieron antece-

didadas de la más importante fractura en el partido oficial desde su nacimiento), se afirmaba con cierta frecuencia que el Estado mexicano había devenido ingobernable. Una cosa sí es cierta, no obstante: en la primera etapa de su gobierno, Salinas de Gortari, presidente surgido de las elecciones de 1988, tuvo que luchar a brazo partido para lograr la legitimidad que el obscuro manejo del proceso electoral no le había dado.

Tras el sexenio de López Portillo (1976-1982), el cual generó una de las peores crisis económicas de la historia contemporánea de México, causada por la corrupción, el endeudamiento externo y el fin del breve sueño de la abundancia petrolera, hechos que se materializaron en una devaluación de la moneda de proporciones jamás vistas, el gobierno de Miguel de la Madrid buscó instrumentar lo que los neoliberales de los setenta habían llamado Estado mínimo, a través de un proyecto de desincorporación de empresas estatales y de apertura comercial frente a naciones extranjeras; no obstante, el peso de los ideales revolucionarios, todavía vigentes —los cuales se habían convertido en el mito más grande de la nación—, y la política proteccionista con la que se afrontó la crisis y que pretendió ser una receta para generar el desarrollo de la planta productiva, hicieron que el proyecto neoliberal del nuevo gobierno apenas empezara a aplicarse.

Salinas de Gortari, por su parte, no solo aceleró la venta de empresas paraestatales al grado que, de más de dos mil que poseía el Estado a inicios del sexenio de De la Madrid, pasaron a tenerse unos cuantos centenares al final del salinismo, lo que acarreó una aparente bonanza económica, sino que complementó su política económica con mecanismos de carácter meramente especulativo para atraer capitales extranjeros, cuyo mejor ejemplo son diversos instrumentos de inversión en dólares, con altos rendimientos, a mediano y corto plazo (como es el caso de los «Bonos de la Tesorería» o «Teso-bonos», los que serían causantes, en primera instancia, de la crisis en las reservas financieras del Estado en diciembre de 1994). Este vertiginoso y radical cambio del manejo de la macroeconomía mexicana generó, a la vez, una gran e inevitable centralización de las decisiones —ya de por sí poco federalizadas— lo que aumentó enormemente la fortaleza del Ejecutivo, permitiendo un manejo cada vez más autoritario del Estado.

Paralelamente a ese manejo de la economía bajo un claro esquema neoliberal, y con la pretensión de amortizar los efectos que el mismo produciría entre la población de escasos recursos, la presidencia de Salinas, con base en la ideología que autodenominó «liberalismo social», instituyó un gran número de programas gubernamentales (como es el caso del Programa Nacional de Solidaridad —Pronasal— y de Procampo) a través de los cuales se pretendió realizar la añeja demanda revolucionaria de justicia social. Estos programas, manejados con una clara

⁶ Reyes Heróles, Jesús, «Discurso pronunciado en Chilpancingo Guerrero el 1.º de abril de 1977», en Cárdenas Gracia, Jaime, *Op. cit.*, págs. 94-95.

⁷ Cfr. Woldenberg, José, «Sistema, partidos y elecciones en México», en Aguirre, Pedro, Alberto Bagné y José Woldenberg,

Sistemas políticos, partidos y elecciones. Estudios comparados, Trazos-Instituto de Estudios para la Transición Democrática, México, 1993, págs. 291-292.

⁸ Cfr., *Ibidem*, pág. 294.

intención política, significaron uno de los elementos primordiales de la legitimación salinista.

En este contexto, la oposición se polarizó en torno a dos grandes partidos, el PAN, de derecha, el cual logró conseguir a lo largo del sexenio tres gubernaturas estatales, y el PRD —fruto de la alianza en torno a la figura de Cuauhtémoc Cárdenas de 1988—, que se presentó como la mayor oportunidad histórica de la izquierda, pero ha sido víctima de la intransigencia —la del gobierno y la propia— y de un gran divisionismo interno. El crecimiento y avance de estas dos opciones políticas provocó un acrecentamiento de los conflictos que afrontaba el partido oficial, dentro del cual cada vez se hacían más claras dos tendencias antagónicas, una conservadora y otra que pugnaba por la transformación —sin que ello implicara, de ninguna manera, la pérdida absoluta de la primacía y de las prerrogativas ya atesoradas— del aparato partidista e incluso de la estructura gubernamental misma. El surgimiento de esta mentalidad progresista en un importante sector del PRI generó un prolífico debate por parte de todos los grupos de la escena política en torno a la reforma del Estado, el cual tenía —y sigue teniendo— como punto central la discusión el tema de la separación del partido hegemónico del aparato estatal. Paralelamente a este proceso de apertura, las retardatarias veces que advertían la ingobernabilidad del sistema resurgieron, de este modo, con renovados ímpetus.

Mientras tanto, se vivía un aparente éxito de la política económica del «liberalismo social» salinista, el cual obtuvo su corolario con la aprobación y firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) por los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México, el cual daba origen a partir de 1994 a una zona de libre comercio en la cual las mercancías serían liberadas gradualmente de gravámenes aduaneros entre otros —acuerdo que fue promovido con particular empeño por el propio Gobierno de Salinas—. De manera simultánea, la reforma política avanzaba. Entre muchos tropiezos y reticencias, se materializaron esos avances en una nueva ley electoral, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE, el cual venía a sustituir al Código Federal Electoral sucesor, a su vez, de la lejana LFOPPE), en cuya aprobación participaron, en 1990, cinco de las fracciones parlamentarias, destacando las del PRI y del PAN, básicamente, mientras que el PRD, el tercer gran partido y principal fuerza de la izquierda, se mantenía al margen y expresaba su rechazo al mismo.

La nueva legislación electoral avanzaba en muchos aspectos, como la conformación de organismos formalmente autónomos para la preparación de las elecciones y las controversias que surgían de las mismas (Instituto Federal Electoral y Tribunal Federal Electoral, respectivamente), pero tenía graves retrocesos, tales como la existencia de la llamada «cláusula de gobernabilidad» (o «candado de gobernabilidad»), que daba al partido mayoritario una sobrepresentación en la Cámara de Diputados, con el

supuesto fin de facilitar un adecuado manejo de sus actividades, o como la extremosa dificultad para formar coaliciones electorales —sin duda fruto de la dolorosa experiencia que para el partido oficial fue la coalición formada en torno a Cárdenas en las elecciones de 1988⁹.

La nueva ley permitió que el PRI, gracias a la mencionada «cláusula de gobernabilidad», recuperara la hegemonía en la Cámara de Diputados, cuya carencia, antes, dada la composición que resultó de la elección federal de 1988, le impedía alcanzar el porcentaje que constitucionalmente se requiere para reformar el Texto Fundamental. Con la nueva Cámara de Diputados, surgida de las elecciones de 1991, las reformas a la Norma Fundamental no se hicieron esperar. En los últimos tres años del gobierno de Salinas (1991-1994) la Constitución sufrió 42 modificaciones¹⁰, entre las que destacan la del artículo 27 (que rompió con uno de los más grandes tabús revolucionarios al dar por terminado el reparto agrario y permitiendo la privatización —condicionada— de las unidades colectivas de producción, los «ejidos»), la del artículo 130 (a raíz de la cual, luego de más de 100 años, las iglesias fueron reconocidas nuevamente y muchas de las actividades que, más allá de la ley, en los hechos, ya realizaban, les fueron permitidas) y la del artículo 3.º (relativo a la educación).

En septiembre de 1993, en vísperas del proceso electoral federal del año siguiente, que incluía la renovación de la presidencia, se dio otra forma a la legislación electoral —en la cual el PRD tampoco formó parte—, la cual, conjuntada con una nueva modificación a la normativa legal y constitucional de la materia en los primeros meses de 1994 —en la que contó, por fin, con la participación del PRD, y que se enmarcaba en el trastocado escenario político a consecuencia de la aparición del grupo guerrillero «Ejército Zapatista de Liberación Nacional» (EZLN) en el Estado de Chiapas—, marcaba con claridad el rumbo que debía tomar la reforma del Estado en nuestro país.

Mil novecientos noventa y cuatro —año negro en la política mexicana— desenmascaró la cruda realidad que subyacía al neoliberalismo salinista. La aparición del EZLN el primer día del año demostró la insuficiencia y las limitaciones de la política social del gobierno y, sobre todo, de la profunda pobreza en la que están sumidos gran parte de los mexicanos —y no nos referimos sólo a la producida durante sexenio salinista sino a la que se generó en las últimas décadas—. El cobro de la factura que había provocado la creciente pobreza, en contraste con las inmensas fortunas que se amasaron en menos de seis años en las manos de apenas 24 familias, asumió, así, la peor de las facetas, la de la violencia armada, misma que, a diferencia de otros regímenes latinoamericanos en donde las guerrillas se sostuvieron por largo tiempo, en México entró inmediatamente en una larga etapa de negociaciones, ruptura de las mismas, movilizaciones de los grupos armados, enfrentamientos entre campesinos y guardias de los hacendados —conocidas como «guar-

⁹ Cfr., *Ibidem*, págs. 302-304.

¹⁰ Cfr., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,

Secretaría de Gobernación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, págs. 215-236.

días blancas»— y, finalmente, como lo demuestran las pláticas de abril de 1995, reinició de las negociaciones.

Es importante destacar que el levantamiento armado obedecía, al menos en la forma, a las demandas democráticas más elementales en particular las que se refieren al combate contra la miseria, la ignorancia y la explotación. No es el objeto de este artículo determinar si verdaderamente esas demandas son o no las que subyacen a los intereses del levantamiento armado que comentamos, o si es legítima o no su lucha por ellas; el arraigo que el mismo tuvo en Chiapas fue debido a la pobreza y marginación que revisten las vidas de una gran cantidad de indígenas y campesinos —la cual es una de las formas de expresión de la falta de democracia, entendida en un concepto más amplio que el electoral—. Que la pobreza conlleva violencia es, en ese sentido, la constatación de una de las verdades más sabidas de los países tercermundistas.

La aparición del EZLN, de esta manera, es una de las maneras en que se expresó la caducidad y la podredumbre de una insuficiente política social, acrecentada con la limitada, seleccionada y lenta, por burocrática, ayuda que Pronasol y Procampo brindaban, así como la pobreza en que muchos mexicanos están sumidos¹¹.

En este contexto se realizaron las elecciones de 1994, las que fueron, sin duda, una lección para todos los mexicanos. En un clima enrarecido por los acontecimientos en Chiapas y por el artero asesinato de Luis Donald Colosio, candidato presidencial del partido oficial, el PRI, obtuvo, en el que fue el proceso electoral más vigilado, controlado y menos impugnado de la historia reciente de nuestro país, en el que prácticamente el único punto negro fue la notoria inequidad de recursos financieros que favorecía al partido en el poder¹², el 49 por 100 de los votos frente al 25 por 100 del PAN y el 16 por 100 del PRD. Esa victoria se planteaba, por el contexto genérico de limpieza en que habían desarrollado las elecciones, como el hecho que legitimaba, indiscutiblemente a Ernesto Zedillo como presidente electo y al PRI como partido en el poder. Nunca un presidente en los dos últimos sexenios —por lo menos— estaba a punto de asumir el poder con una aureola de legitimidad como la que tenía Zedillo en septiembre de 1994.

No obstante, el asesinato de otro prominente político priista, José Francisco Ruiz Massieu, secretario general de ese partido —y en el cual se encuentra involucrado como presunto autor intelectual sujeto a proceso el hermano del hoy ex presidente Salinas—, así como los escándalos de narcocorrupción y el estallido de una crisis económica en diciembre de ese año —apenas a unos días de que Zedillo asumiera el poder—, se presentaron de inmediato como factores que sumados a los inexpertos, deficientes y lentos manejos del nuevo presidente, generaron

una creciente inestabilidad política que, nuevamente, sirvió de argumento para que muchos volvieran a hablar de una ingobernabilidad del sistema.

La crisis económica tuvo sus causas primordiales en el mal manejo de la política financiera, en particular la del fondo de reserva de dólares, del gobierno salinista, ya que se mantuvo una artificial paridad cambiaria del peso frente a la moneda norteamericana a lo largo de 1994, con el claro propósito de no perjudicar la imagen del PRI de cara al proceso electoral, lo que, sumado a la caducidad de una gran cantidad de documentos de inversión en dólares a mediano y corto plazo —en particular de los ya mencionados Tesobonos—, provocó que de más de 22 mil millones de dólares con los que contaba dicho fondo en enero, se redujera a alrededor de 11 mil millones. A este hecho se sumó la fuga de incontables capitales de carácter meramente especulativo —muchos de ellos mexicanos— que habían colaborado en muy poco a fortalecer y expandir la deficiente planta productiva del país. Este dramático panorama político y económico produjo la inmediata devaluación del peso a niveles exagerados, ya que se devaluó, en menos de dos meses, alrededor del 100 por 100 frente a la moneda estadounidense. El desempleo, del mismo modo, se acrecentó a niveles verdaderamente alarmantes —con un consecuente aumento de la delincuencia— y el valor adquisitivo del salario se evaporó ante una inflación calculada en más de un 70 por 100 para este año.

De lo anterior una conclusión se hace evidente: la inestabilidad política que se vive en México ha sido un producto de la inevitable democratización del sistema. No obstante, inferir por ello que debe darse marcha atrás y claudicar en los todavía insuficientes logros que la reforma política ha generado, es una apreciación errónea del problema. La aparición de la guerrilla en Chiapas y los frecuentes conflictos postelectorales son sólo dos de las formas en que se ha manifestado esa inconformidad social y política frente al autoritarismo que durante décadas ha caracterizado nuestro sistema político. Plantear un endurecimiento gubernamental como solución a la crisis política que vivimos no traería sino un incremento en los síntomas de rechazo a la política establecida. Podemos decir, así, que la situación que hoy se vive en México, consecuencia innegable de la lucha democratizadora que han emprendido grupos políticos y sociales, encuentra su causa de origen en el mismo autoritarismo que por muchos años hemos padecido.

Por otro lado, las conquistas democráticas que los mexicanos hemos logrado en los últimos veinte años no han sido obra de un solo sector de la sociedad, por un lado, ni una graciosa concesión del gobierno, todo lo contrario, la transición política en nuestro país ha asumido el carácter de un continuo acuerdo político, situación que hoy, con la negociación entre la guerrilla y el gobierno y con el establecimiento de una mesa de negociaciones entre los principales

¹¹ Sin que conozcan cifras oficiales certeras, hay quienes afirman que de una población de casi noventa millones de habitantes, existen en México alrededor de cuarenta millones de pobres de los cuales veinte viven en condiciones de pobreza extrema o miseria.

¹² Cfr. *Dictamen que presenta la Comisión de Consejeros del Consejo General del IFE, sobre los informes de gasto de campaña de los partidos políticos*, en el que se demuestra que el PRI gastó casi el 80 por 100 de las erogaciones totales de las campañas de la elección de 1994.

partidos, adquiere gran vigencia. Hoy parece ser que todos los actores políticos han reconocido que la única manera de lograr una transición pacífica hacia la democracia es lo que Bobbio llamó la reformulación constante del pacto social¹³, hecho que en México varios acuerdos gestados autónomamente y suscritos por amplios grupos sociales,

así como diversos pactos políticos signados entre los partidos parecen confirmar. La democratización del sistema política mexicano aparece ante nuestros ojos como inevitable, no obstante, el camino aún es largo y lleno de obstáculos, la única manera de sortearlo es no cejar en el esfuerzo y mantener la esperanza.

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.



¹³ Cfr., Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pág. 100.

Chiapas: descripción de una revolución imaginaria en el interior de una revolución armada

Bernardo BOLAÑOS GUERRA

*Hay cielos tan nublados que
solo los despeja una tormenta*
William Shakespeare

Hablar de una guerra sin tomar en cuenta sus horrores es una irresponsabilidad y una falacia. Por eso, al pensar en el conflicto de Chiapas vale la pena imaginar —a manera de introducción— las enormes aves de rapiña de la selva lacandona devorando una cabeza o un brazo humanos, durante los primeros días de enero de 1994. Algunos prefieren hacer el esfuerzo contrario y negarse el gesto de espanto o negárselo a los inversionistas extranjeros: el canciller mexicano, por ejemplo, les ha dicho a éstos que la de Chiapas es una guerra «de tintas, de palabra escrita, una guerra de Internet», que los tiros duraron diez días en enero de 1994 y «no ha habido ningún disparo en los últimos quince meses, ni un sólo disparo»¹.

La afirmación del canciller Gurría es falsa, escondiendo los datos de una antigua guerra que duerme y se despierta continuamente. Durante el lapso de quince meses en que han estado suspendidas las hostilidades militares directas, en Chiapas han sido asesinados más de 623 campesinos por conflictos agrarios, se han registrado 1.712 invasiones de ranchos particulares y 25 personas han sido secuestradas². Los chiapanecos hablan de sí mismos en términos de «contrarios»: indígenas y ladinos, campesinos y ganaderos, católicos y protestantes, zapatistas y «guardias blancas» (fuerzas mercenarias de los ganaderos). Esta complejidad de opuestos a veces es reducida, en una simplificación fomentada por religiosos y activistas políticos, a la clasificación bíblica de «los pobres» y «los ricos».

1. DE LA MODERNIDAD FORZADA A LA LIBERACION DE LA CONCIENCIA

Si en las macabras matemáticas de la guerra los cadáveres son las unidades, en Chiapas se está estrenando una nueva aritmética. Antes de 1994, un indio muerto no contaba ni de lejos lo que un ladino muerto.

La sociedad chiapaneca ha conservado desde la colonia su estructura de castas. De acuerdo con el principal estudioso de la historia regional, la clave de la permanencia de las relaciones estamentales

entre blancos, indios, mestizos y negros, se encuentra en la modalidad de producción imperante: la ganadería³. Ser ganadero es sinónimo de ser ladino, es decir, descendiente de europeos, primero porque a los indios les estuvo prohibida la cría de ganado mayor a escala comercial durante siglos y, después, porque su forma tradicional de organización económica ha sido colectiva y agraria. La expansión de la actividad ganadera se ha realizado a costa de las tierras comunales y los ejidos. A ello se suma el crecimiento demográfico que deja a los hijos de los campesinos sin una parcela que cultivar. La base del Ejército Zapatista de Liberación Nacional está formada precisamente por miembros de comunidades agrarias que han sido expulsadas de sus tierras por los ganaderos o han dejado la parcela de sus padres para buscar la propia en las montañas y la selva lacandona.

Ante el complejo conflicto de intereses, en Chiapas el Estado mexicano ha apoyado a los ganaderos. Por lo menos tres factores explican ese hecho: la clase gobernante de la zona ha estado formada por los terratenientes blancos; la reforma agraria que la Revolución Mexicana impuso en otras regiones, en Chiapas fue mucho menor, y, finalmente, el proyecto economicista de modernización del país en las últimas décadas ha tomado como modelo de prosperidad a los empresarios. Para los tecnócratas mexicanos educados en Harvard y Yale, el modo de producción indígena, que da prioridad al consumo propio y a los cultivos tradicionales (como frijol y maíz), es una inercia insostenible en el mundo contemporáneo.

Aunque Chiapas fue una de las cuatro entidades federativas a las cuales el gobierno mexicano otorgó más recursos en la última década como parte del programa oficial contra la pobreza, la dotación por goteo de servicios públicos no es el foco del problema (a pesar de que sean alarmantes las condiciones de salud y el aislamiento). Motivo de fondo del conflicto es el enfrentamiento entre, por un lado, las fuerzas que se proponen sustituir los modos de producción de las culturas indígenas y los rasgos distintivos de éstas, y, por el otro, la resistencia local a acogerse a las reglas ajenas y engañosas de la eco-

¹ Palabras de José Angel Gurría el 25 de abril de 1995 en la torre del World Trade Center, Ciudad de México.

² Revista *Proceso*, núm. 966, 8 de mayo de 1995, México, pág. 31.

³ Ver García de León, Antonio, *Resistencia y Utopía*, Tomos 1 y 2, Era, México, 1984.

nomía y la racionalidad occidentales⁴. En este sentido, es una curiosa paradoja que el levantamiento armado esté siendo más eficiente como acercamiento a la modernidad. El comandante indígena Tacho ha dicho que...

«hasta el primero de enero de 1994, pudimos conocerlos a ustedes: los que toman fotografías, los que están tomando película, los que escriben un artículo en el periódico, nunca conocíamos nosotros antes de 1994. Por eso los indígenas estábamos muy marginados, no teníamos voz»⁵:

La alianza del estado mexicano con los terratenientes blancos de Chiapas se ha servido del ejército y las policías. La constante ha sido la represión de los pueblos indígenas, el encarcelamiento y asesinato de líderes y la violación generalizada de derechos humanos. No obstante, también sucede el caso contrario, es decir, la expulsión violenta de minorías étnicas o religiosas de las comunidades indígenas⁶.

Ante esta historia de conflictos culturales, económicos y políticos, los campesinos indígenas han adquirido gran conciencia política. La lucha al interior de la burocracia administrativa y del aparato judicial es antigua y los ha dotado de cultura jurídica y constitucional; los campesinos —muchas veces analfabetos— se quejan de las reformas constitucionales recientes que los han afectado. Por otro lado, las referencias a Emiliano Zapata como símbolo de la lucha no son superficiales o gratuitas, sino reflejo de una conciencia histórica construida a lo largo de muchos años de educación nacionalista oficial, transformada en conciencia crítica por la acción de predicadores y activistas⁷. Algunos conceptos éticos y jurídicos del pensamiento europeo han sido introducidos por la iglesia o por intelectuales orgánicos con mucha fuerza, como la idea recurrente de «dignidad» de la persona y de los pueblos; otras ideas más sofisticadas ganan terreno, como la demanda de crear «Regiones Autónomas Pluriétnicas» a la manera de España o Canadá.

2. HISTORIA DE UNA FILOSOFÍA

Es sorprendente como la revolución indígena de Chiapas está traduciendo sus demandas gracias a las ideas más novedosas del pensamiento crítico contemporáneo, tomadas desde los filósofos franceses hasta el humanismo autocrítico de Emmanuel Levinas o las aportaciones de la antropología mexicana. Los intermediarios culturales del movimiento —filósofos, sacerdotes y antropólogos, no juristas— echan mano de ese arsenal teórico.

Con la sorpresa armada de enero de 1994 se hizo

público uno de esos «intelectuales orgánicos», además de líder carismático, jefe insurgente y enmascarado seductor. El subcomandante Marcos, «ese hombre que tiene un dios adentro» según la escritora Elena Poniatowska⁸, ha seducido a buena parte de la clase media intelectual, además de convertirse en símbolo sexual. El premio nobel Octavio Paz —enfrentado desde hace años con la izquierda mexicana— ha elogiado la prosa del subcomandante y en antologías literarias recientes los críticos destacan las «parrafadas memorables del incansable *Sup* Marcos cuando no se pone cursi o le da por redactar como conquistador español»⁹.

La leyenda de Marcos se revitalizó a partir de febrero de 1995 cuando el gobierno mexicano pretendió «desenmascararlo». En efecto, a su aura redentora se sumó la confirmación de su nacionalidad mexicana y de una gran trayectoria académica. En 1981, el estudiante de filosofía Rafael Sebastián Guillén Vicente, el mejor de su generación en la Universidad Nacional Autónoma de México, se inclinaba ya por las batallas ideológicas, discursivas (siguiendo la filosofía de Louis Althusser). Describía que en el lenguaje hay «objetos discursivos» que como las palabras «institución» o «nación» no son neutros o inocentes sino que reproducen la ideología burguesa, así como «explotación» o «lucha de clases» son conceptos proletarios que colaboran con los intereses proletarios. Guillén señalaba uno de los medios más sutiles que han permitido el funcionamiento del sistema político mexicano en el siglo XX: el nacionalismo inducido desde el poder gracias a libros escolares obligatorios y uniformes. El Estado mexicano edita millones de textos gratuitos de educación básica, según el joven marxista con el fin de hacer creer en la unión de todos los mexicanos y «escamotearle al obrero la conciencia de clase y de la lucha que libra contra el capital»¹⁰.

Al terminar la universidad, Guillén Vicente se convierte en profesor de una universidad pública, actividad que en México —y en particular en esos años de crisis económica— es pagada miserablemente. Sus vínculos con un movimiento guerrillero prácticamente desmantelado lo llevan a Chiapas, donde coinciden las labores de algunos religiosos católicos con la de activistas laicos.

4. LA ASAMBLEA DE LA SELVA

En Chiapas, como en experiencias revolucionarias anteriores de Latinoamérica, el éxito del movimiento insurgente ha sido resultado de la conjunción de grupos activos de izquierda, la Iglesia y los movimientos populares. Sin embargo, algunos detalles han cambiado profundamente el cauce de esta lu-

⁴ Bonfil Batalla, Guillermo, *México Profundo. Una Civilización Negada*, México, pág. 229; Pozas Ricardo, *Los Indios en las Clases Sociales de México*, México, pág. 8.

⁵ Periódico local *Tiempo*, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México, 11 de abril de 1995.

⁶ En la localidad de San Andrés Larraínzar, donde se realizan las conversaciones de paz entre el gobierno y la guerrilla, la población ladina fue expulsada por 3.000 indígenas con machetes. Tello Díez, Carlos, «Chiapas y la Guerrilla», revista *Nexos*, núm. 208, abril de 1995, pág. 65.

⁷ El libro *Zapata y la Revolución Mexicana*, de John Womack Jr., doctor en historia por la Universidad de Harvard, es popular entre los escasos militantes del EZLN que pueden leer.

⁸ Periódico *La Jornada*, México, 16 de agosto de 1994.

⁹ Villarreal, Rogelio, «Rebelión en el basurero», dentro del suplemento semanal de *La Jornada*, núm. 298, México, 26 de febrero de 1995, pág. 36.

¹⁰ Guillén Vicente, Rafael, «Filosofía y Educación», tesis para obtener el grado de licenciado en filosofía, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 103

cha: al ser la primera revolución poscomunista del mundo, la zapatista se ha librado de muchos dogmas marxistas y del lazo con la Unión Soviética. Además, luego de muchos años en que la izquierda latinoamericana ha sufrido la represión en carne propia, por fin incorporó los valores democráticos y de los derechos humanos. Si en 1980 el joven Guillén Vicente se refería a los derechos humanos como un concepto burgués que protege los intereses de la clase dominante disfrazándolos de intereses de toda la humanidad¹¹, en 1994 las organizaciones independientes de derechos humanos —que habían proliferado como respuesta al autoritarismo gubernamental— se volcaron a apoyar la paz y contribuyeron a la victoria moral de los zapatistas. Así, el ejército que detuvo al confrontación abierta en Chiapas está formado de civiles y su discurso pacifista terminó venciendo por igual al del gobierno y al de la guerrilla¹².

No hay definición que sirva para explicar el resultado de la revuelta civil al interior de la revuelta armada. Si recurrimos a imágenes, hay que imaginar una asombrosa: la Convención Nacional Democrática realizada en la Selva Lacandona en agosto de 1994. Se trató de una extraña convocatoria del zapatismo a ciertos sectores de la sociedad para hacer una asamblea en la selva. La organización del evento no estuvo exenta de pugnas, exclusiones tajantes y criterios arbitrarios de representatividad, pero el resultado fue histórico. Niños, mujeres y hombres zapatistas marcharon ante más de 5.000 convencionalistas llegados de las ciudades; a cada paso, la milicia indígena se llenaba de un orgullo inédito, desfilando como vanguardia transformadora del país (ruptura psicológica inversa a la que provocara la conquista española hace quinientos años). Por su parte, los militantes urbanos de una izquierda agobiada por fracasos y disputas internas se llenaron de ánimo en plena época de jauja neoliberal; cientos de estudiantes de filosofía, teatro y literatura —los universitarios más entusiastas en el apoyo a los zapatistas y quizá los opuestos perfectos de la tecnocracia utilitaria y antihumanista en el poder— recibieron una descarga estética indescriptible: aquéllo era el barco selvático de Fitzcarraldo, una alucinación de Juan Jacobo Rousseau, la resurrección del Che Guevara, en presencia de cantantes populares, profesores-proletarios, sacerdotes, escritores anónimos y célebres, sindicalistas, feministas, etc.

Antes de que la Convención fuera convertida en

Torre de Babel por los oradores de la plurisectaria izquierda mexicana, una tormenta derribó una lona enorme que habían montado los zapatistas y fundió a la concurrencia en un lodazal. Así terminó la primera aventura.

La revolución que sucede en Chiapas sigue siendo una locura que se alimenta de conciertos de miles de personas al aire libre, de caravanas de ayuda humanitaria que no dejan de ser fiestas trashumantes, de batallas epistolares en los periódicos y «diálogos de paz» que les destrozan los nervios a los enviados del gobierno. Detrás de la euforia, sin embargo, la guerra duerme.

A los pacifistas comprometidos con el movimiento les ayuda escuchar que el subcomandante Marcos diga, como renunciando a aspiraciones personales, que «no puede ser que alguien que haya tenido que recurrir a las armas pueda conducir un país»¹³. En cambio, las elites intelectuales mexicanas alimentadas por el sistema político temen «pecar de pensamiento» por reconocer las virtudes de una revuelta popular y la condenan usando la misma arrogancia intelectual de los tecnócratas. Miran con desconfianza a las organizaciones ciudadanas, dudan que los indígenas tengan conciencia política y descalifican al movimiento por su origen armado, pues «toda clase de violencia es mala». A cambio, también han recibido lecciones admirables. Norberto Bobbio supo que en México los intelectuales gobiernistas desempolvaron un texto suyo para justificarse moralmente y les respondió publicando un artículo en el periódico *La Jornada*. «¿La paz es un fin absoluto?» se preguntó en voz alta Bobbio, y respondió tajante: «No. Ella es uno de los posibles objetivos a los que tiende la humanidad.»¹⁴

La paz también parece ser uno de los objetivos de los neozapatistas, pero junto a los otros de justicia y democracia. El futuro de esta utopía de fin de siglo es incierto, la posibilidad de construir un sistema democrático, legítimo y estable en México se enfrenta a muchos obstáculos e intereses. Las elites y los sectores conservadores de la clase media se preguntan por qué no se ha exterminado a los rebeldes. Si a estos grupos no les pueden responder la razón y la ética, podrían hacerlo argumentos de tipo militar, de voces desde Robert McNamara, quien aprendió que las soluciones militares no son las adecuadas en las guerras populares, hasta Mao Tse Tung, quien decía que los guerrilleros son los peces y el pueblo es el agua en que éstos habitan. De Mao hay que recibir la advertencia: «Cuando la temperatura es propicia, los peces se multiplican».

¹¹ Guillén Vicente, Rafael, *Ob. cit.*, págs. 19 y 88.

¹² Algunos intelectuales gobiernistas denuncian que la movilización de la «sociedad civil» por la paz no es amplia, sino localizada exclusivamente en la izquierda. Si es así se debe a que el único partido sensible al surgimiento de las organizaciones no gubernamentales ha sido el de la Revolución Democrática (PRD).

¹³ Entrevista al subcomandante Marcos realizada por Tessa

Brisac y Carmen Castillo, en agosto de 1994, para la televisión francesa.

¹⁴ «Los límites del pacifismo», *La Jornada*, México, viernes 11 de marzo de 1994. El texto de Bobbio que usaron con oportunismo los intelectuales mexicanos fue «Los intelectuales y el poder», revista *Nexos*, número 195, marzo de 1994, México.

La larga noche de la República Italiana

Francesco VERRI

La República Italiana y su Constitución nacieron, como es sabido, de un pacto entre las fuerzas políticas —católicas, marxistas, liberales— que habían derrotado al fascismo y querían dar vida a un Estado nuevo, fundado sobre los principios y los valores de la democracia. No se trataba, pues, de una Constitución *ordinativa*¹, producto de una única fuerza política que dicta el nuevo orden, sino de una Constitución *convencional*², fruto de una serie de difíciles mediaciones y recíprocas concesiones. Una amplia convención que, en obsequio al principio del pluralismo político, pronto llegaría a ser *conventio ad escludendum*, antes contra la izquierda en su conjunto, después sólo contra el PCI.

UN PAIS CON SOBERANIA LIMITADA

En efecto, si es verdad que el artículo 1 de la Constitución de 1948 establece que la soberanía pertenece al pueblo, no es menos cierto que siempre el pueblo italiano se ha visto coartado en su posibilidad de decidir libremente, de elegir sin condicionamientos. Aquel artículo 1 del Texto fundamental ha sido de hecho abrogado, o al menos comprimido, por otro artículo —escrito por los gobiernos de Estados Unidos, la CIA, los vértices militares italianos, los grandes *lobbies* económicos, la mafia, la *masonería*, la *Democrazia Cristiana* —que se expresaba así: «Las fuerzas que detentan el poder se comprometen entre sí para conservarlo por cualquier medio y a colaborar para impedir que los partidos de izquierda alcancen el gobierno»³.

A la luz de los hechos que examinaremos no parece, pues, exagerado afirmar que Italia ha sido, durante los años de la llamada Primera República, un país con soberanía limitada. O al menos ésta es la tesis, a primera vista algo atrevida, que intentaré demostrar.

Será interesante leer algunas declaraciones que preceden a las primeras elecciones *libres* de 1948:

21 de noviembre de 1946. En una reunión de los jefes de la Mafia que tiene lugar en Palermo, el *boss* Cottone declara que «la mafia está preparada para combatir el comunismo, hasta con las armas».

22 de diciembre de 1946. El Papa Pio XII dice que el pueblo italiano debe elegir: «O con Cristo o en contra de Cristo, o con la Iglesia o en contra de su Iglesia».

10 de marzo de 1947. La Embajada estadounidense en Roma, en un telegrama enviado al Departamento de Estado, asegura que existe un ejército de 2.000 ultraderechistas dispuestos a matar y preparar atentados, que han ofrecido sus servicios en contra de los *rojos*.

12 de marzo de 1947. En su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos, el Presidente Truman lanza la doctrina en virtud de la cual Estados Unidos se arrogará el derecho de defender el «mundo libre» de toda agresión que pueda proceder del «peligro» comunista.

Estas que he recordado dejan de ser declaraciones de principio e indicaciones programáticas el 1.º de mayo de 1947, cuando los hombres del famoso bandido mafioso Salvatore Giuliano disparan contra los campesinos reunidos en el llano de Portella della Ginestra, en Sicilia, para celebrar con sus familias la Fiesta de los Trabajadores. Mueren 15 personas, unas sesenta resultan heridas. Probablemente es el caso de recordar que, días antes, la izquierda (*Fronte Democratico Popolare*) había ganado en Sicilia las elecciones administrativas. Giuliano, tras pocos años, será eliminado por mano de su primo, Gaspare Pisciotta, que, habiéndose entregado a la justicia en busca de protección, revelará, entre los nombres de los inductores de la masacre de Portella, el del entonces Ministro de Interior, Mario Scelba. Pisciotta será asesinado en la cárcel de Palermo antes de poder testificar.

LAS PRIMERAS ELECCIONES LIBRES Y LA OTAN

El 1.º de enero de 1948 entra en vigor la Constitución, y, finalmente, el 18 de abril se celebran las elecciones generales, pronto transformadas en un *referéndum* contra el comunismo⁴: los italianos son llamados a votar no tanto sobre programas políticos de signo progresista o conservador, sino por el comunismo o el anticomunismo, Estados Unidos o Unión Soviética, la Iglesia o el diablo. Y el miedo al comunismo y al totalitarismo soviético, la demagógica llamada de la clase media a defender los «valores de la Italia cristiana»⁴ juegan un papel de gran relieve al dirigir los votos de la mayoría de los italianos hacia la *Democrazia Cristiana*, que se afirma como el centro de la resistencia al comunismo. No parecen precisamente confirmar esta tesis de una iz-

¹ M.S. Giannini: Caratteri delle Costituzioni moderna, en AA.VV., *La Costituzione italiana. Verifica di un trentennio*.

² Ruffilli: *Quel primo compromesso*, en *Il Mulino*, enero-febrero 1988.

³ G. de Lutis: Fórum «*Dare voce al silenzio degli innocenti*», Pisa, 20/22 de enero de 1995.

⁴ A. Lepre, *Storia della prima Repubblica, L'Italia del 1942 al 1992*, Il Mulino, 1973.

quiera antidemocrática y bolchevique dos hechos: por un lado, la propia naturaleza de la Constitución, nacida del acuerdo entre la *Democrazia Cristiana*, el Partido socialista y el Partido comunista, «traducción en fórmulas jurídicas —como escribió Calamandrei⁵— del programa legalista de renovación democrática»; por otro, la adhesión al *Fronte Democratico Popolare*, además de una gran parte de campesinos y obreros, de muchos intelectuales y hombres de cultura de evidente inspiración democrática y liberal, como Russo y Sapegno, Quasimodo y Guttuso, Einaudi y Mondadori.

El resultado de las elecciones determina el triunfo de la *Democrazia Cristiana* que consigue el 47,3 por 100 de los votos y la mayoría absoluta en la Cámara de los Diputados; por consiguiente, la grave derrota del *Fronte Democratico Popolare* que se disuelve.

Esta votación concluye la atormentada fase de la historia italiana, comprendida entre la caída del fascismo y los primeros años de la democracia republicana. El sistema político italiano se constituye definitivamente en torno al peculiar equilibrio entre un partido (DC) que será, hasta el abril de 1992, el centro motor del gobierno del país, y el mayor partido de oposición (PCI), con una función de representación social e iniciativa política, pero nunca de gobierno. Como ha observado el historiador Francesco Barbagallo⁶, «la guerra fría entre las dos potencias mundiales actuará de partera de un sistema político con soberanía limitada». En efecto, «la eventual victoria electoral del *Fronte* hubiera producido no un gobierno de izquierda, sino una guerra civil para asegurar la permanencia de Italia en el campo de influencia occidental»⁷. El golpe de estado comunista realizado en Checoslovaquia encontraba su correspondencia en operaciones similares preparadas por Estados Unidos en Italia: se estrenaba la *estrategia de la contención*.

Un año más tarde, el 18 de marzo 1949, el Parlamento italiano votaba su adhesión al Pacto Atlántico. Los grandes países occidentales se comprometían formalmente a la defensa de la seguridad y de la *independencia* de la República: en el contexto de la confrontación ideológica y geopolítica entre Estados Unidos y Unión Soviética estos fines se identificaban con la estabilidad de la colocación política centrista de Italia⁸. Y con el Pacto Atlántico, EEUU completaba aquella arquitectura de una Europa occidental estable, próspera y bien conectada a la hegemonía americana, que había sido emprendida con la *doctrina Truman* y realizada a través de las medidas económicas (y militares) del *Plan Marshall*.

Ahora bien, que un país como Italia, estratégicamente situado en la frontera de la guerra fría, económicamente debilitado, ideológicamente lacerado e incapaz de encontrar un sustrato común de identidad nacional, pudiera recorrer el camino de la neutralidad política y militar y apartarse de la tensión bipolar no parece una hipótesis históricamente correc-

ta. Sin embargo, las motivaciones enteramente domésticas que inspiraron esta decisión y el rechazo hasta a imaginar una política exterior que no se agotase en la garantía americana, pusieron las bases para una condición de dependencia de Italia que trascendía los límites de su ya escaso peso internacional.

LA CONTENCION DESDE DENTRO: GLADIO

A pesar del resultado de las elecciones del 1948 y de la adhesión a la OTAN, Italia se presentaba a los ojos de Estados Unidos como intrínsecamente inestable, capaz de ablandar en cualquier momento la vigilancia y de no cumplir con las obligaciones de la estrategia de la contención. Por otro lado, la oposición comunista permanecía fuerte y «peligrosa».

Una función importante de control y soporte fue entonces confiada a la CIA que, en los primeros años cincuenta, emprendió un programa para reforzar, a largo plazo, los partidos del área de centro: a partir de 1953 la *intelligence* americana repartió ingentes sumas tanto a los partidos como a las organizaciones colaterales, con el objetivo de potenciar la capacidad de propaganda, ampliar el arraigo social y modernizar las actividades de aquellas estructuras.

Finalmente, la estrategia de la contención del comunismo llevó a una colaboración bilateral entre los servicios de seguridad italianos y los servicios americanos: entre 1951 y 1953 la CIA financió la constitución de una estructura oculta (llamada «Gladio»), cuya tarea era preparar formas de resistencia clandestina y de sabotaje frente a una eventual invasión soviética o a una insurrección comunista. Como ha recordado el historiador Federico Romero⁸, pese a las muchas, recientes polémicas, no han emergido pruebas —el secreto de Estado seguramente no ha facilitado la tarea de los jueces— de que *Gladio* haya interferido en las vicisitudes políticas de la República o en los oscuros episodios de violencia que se sucederán a partir del fin de los años sesenta y que examinaremos con más detalle. El papel central jugado por Estados Unidos en la historia de la postguerra italiana deriva de su hegemonía internacional, de las garantías de protección y, sobre todo, del apoyo político y económico a la *Democrazia Cristiana* y a las demás fuerzas de centro. Y, sin embargo, no hay que olvidar que *Gladio* era el fruto de una perversa razón de Estado a la luz de la que fue considerada normal e imprescindible tanto su existencia como su actuación fuera de cualquier tipo de control, es decir, fuera del marco de la Constitución.

Además, en el mes de marzo, el juez Salvini, de la Fiscalía de Verona, ha comunicado los primeros resultados de sus investigaciones: actuaba, en posición jerárquicamente superior respecto a Gladio, una *superestructura* —los *Legionarios*— formada por miles de hombres adiestrados en lugares secretos para intervenir en el caso de que el Partido Co-

⁵ P. Calamandrei: *La Costituzione e le leggi per attuarla*.

⁶ F. Barbagallo. *La formazione dell'Italia democratica*, en *Storia dell'Italia repubblicana*, Einaudi, 1994.

⁷ P. Calamandrei: *Preludio al 18 aprile*, en *Il Ponte*, abril de 1948.

⁸ F. Romero: *Gli Stati Uniti in Italia*, en *Storia dell'Italia repubblicana*, Einaudi, 1994.

munista hubiese ganado las elecciones. La peculiaridad de este ensayo general de golpe de Estado es que no estaba organizado por fuerzas ultraderechistas nostálgicas del régimen fascista, sino por quienes detentaban el poder y desconfiaban de la posibilidad de mantener el consenso largamente. Será interesante conocer el sucesivo desarrollo del trabajo de Salvini.

EL CENTRO-IZQUIERDA Y SU DOMESTICACION

En 1952, mientras la Unión Soviética alcanzaba a Estados Unidos en el armamento atómico y empezaba el «equilibrio del terror», la *Democrazia Cristiana* en las elecciones generales sufría un gravísimo descenso obteniendo sólo el 35,1 por 100 de los sufragios. Tras algunas tentativas frustradas de aliarse con la derecha, De Gasperi pensó en solucionar el problema de la pérdida de votos a través de una reforma electoral que permitiese al centro obtener, con la mayoría relativa de los votos, la mayoría absoluta en el Parlamento. Esta fórmula, cuyo objetivo era crear una forma de «democracia protegida» y que fue bautizada por la oposición «ley estafa», encontró un durísimo obstruccionismo, pronto superado por la DC, que no dudó, usando el habitual descarado maquiavelismo, en forzar el reglamento de las dos Cámaras. No obstante, el ansiado premio no pudo ser otorgado.

La quiebra de la ley electoral mayoritaria y la muerte, en 1954, de Alcide De Gasperi significaron el «principio del fin del centrismo»⁴.

En efecto, las elecciones de 1958, que registraron un crecimiento del Partido socialista, animaron a los sectores menos conservadores de la *Democrazia Cristiana* a pensar en una extensión de la mayoría de gobierno a los socialistas. Mientras tanto moría Pío XII, símbolo de una Iglesia monolítica y muy politizada, y le sucedía Juan XXIII, que ya al principio de su pontificado dejó clara su intención de innovar respecto a su predecesor.

Esta nueva situación permitió a Aldo Moro, en el curso del VIII congreso de la DC, formular la propuesta de un gobierno de centro-izquierda: propuesta que, tras una larga fase de incertidumbre, encontró finalmente actuación en el diciembre de 1963, con el *placet* del Vaticano y de Estados Unidos.

El primer gobierno de la nueva época pronto entró en crisis por razones contingentes. Existían, en realidad, fundadas razones de contraste que se referían a dos puntos de particular trascendencia del programa de reformas del centro-izquierda: la nacionalización de la energía eléctrica y, sobre todo, la nueva ley urbanística que contenía la posibilidad de expropiación generalizada de las áreas edificables por parte de la Administración Pública. Reformas que, en las intenciones del PSI, «tenían que encaminar el país hacia la formación de una sociedad socialista» y que encontraban la oposición de la llamada «mayoría silenciosa».

¿Cómo solucionar este dilema político? No se en-

contró mejor solución que preparar (o amenazar) un golpe de Estado, conocido como el «Piano Solo». Según ha recordado el historiador Giuseppe De Lutiis⁵, si el centro-izquierda hubiera actuado un programa auténticamente progresista la policía militar (*Carabinieri*), a las órdenes del general De Lorenzo, hubiera ocupado las sedes del PSI, del PCI y del PSIUP, las redacciones del diario comunista «l'Unità», la RAI y otros centros neurálgicos; otra medida hubiera sido la de capturar y deportar a los dirigentes de los partidos de izquierda a la base de *Gladio* en Cerdeña.

Entonces, ¿Italia como Chile? En realidad, si consideramos que no estaba prevista (ni hubiera sido posible) la participación del ejército y que, en cambio, era previsible una fuerte resistencia popular (como demuestra la inmensa participación en los funerales del líder del PCI, Palmiro Togliatti), el «Piano Solo» adquiere el carácter de instrumento más bien de presión que de subversión⁴. Como ha aclarado la Comisión parlamentaria de investigación, el fin del general De Lorenzo era «crear un particular estado psicológico que facilitase la solución de la crisis» y que empujase a los socialistas a ablandar su línea política y a modificar las condiciones para la participación en el gobierno. De hecho, la renuncia del PSI a la inserción en la Ley Urbanística de la expropiación obligatoria y de las medidas de planificación económica no parece poderse explicar sin tener en cuenta la turbia situación política de 1964.

EL SESENTA Y OCHO

Las reformas del centro-izquierda en materia escolar, por un lado, y la conciencia de la imposibilidad de alcanzar el bienestar que la sociedad parecía prometer a todos, por otro, fueron el origen de la revuelta estudiantil del 68. Emergía en el mundo de los estudiantes la voluntad de construir una sociedad *alternativa*, que tuviese sus raíces en una educación y en una instrucción *alternativas*, una sociedad imaginada como fuertemente colectivista de la que el rechazo del modelo capitalista, la *imaginación*, la creatividad, fuesen pilares fundamentales. Principal fuente de inspiración era la «revolución cultural» china, que ofrecía además un importante punto de contacto entre Universidad, clase obrera y un cierto mundo católico.

A nivel político y de organización no hubo particulares relaciones entre los partidos tradicionales de izquierda y los movimientos estudiantil y obrero (la fábricas llegaron a ser teatro de colisiones como las aulas de las facultades). Mas bien tomó nuevo vigor el rechazo de la política de objetivos intermedios y volvió a afirmarse la idea de que la revolución fuese inminente e inevitable.

Este nuevo maximalismo, las firmes reivindicaciones de los obreros —que pedían nuevos contratos, aumentos salariales, mejores condiciones de vida en la fábrica y fuera—, el propio (de hecho inocuo) gobierno de centro-izquierda, creaban mucha aprensión tanto a los sectores políticos de derechas como

⁴ G. De Lutiis: *Storia dei servizi segreti in Italia*, Editori Riuniti.

a los exponentes del centro moderado: la impresión era que el Partido comunista estaba a punto de entrar, con toda su carga subversiva, en el «santuario del poder», como dijo en mayo 1965 el ultraderechista Enrico de Boccard en un fórum sobre «La guerra revolucionaria», que puede ser considerado como el acta de nacimiento de la llamada «estrategia de la tensión»¹⁰.

LA ESTRATEGIA DE LA TENSION

Frente a este clima de extrema movilidad política y social era absolutamente necesario, para las fuerzas conservadoras, reconstituir un bloque histórico de defensa de los intereses consolidados, poder contar con la habitual *reserva* de ciudadanos moderados y temerosos. La *estrategia de la tensión* se presenta, pues, como un *continuum* respecto a la estrategia de la contención, a los elementos típicos de la cual añadía la trágica realización de una serie de feroces atentados: «estabilizar desestabilizando»⁹ el objetivo a perseguir, a través del uso ingenioso de la «categoría de la lucha de los opuestos extremismos»¹⁰ y de cualquier otro medio.

El 12 de diciembre 1969 un terrible atentado sacudía el centro de Milán: una bomba estallaba en el Banco de la Agricultura matando a 16 personas, haciendo otras 87. El diario «Il Giorno», progresista, el día siguiente titulaba «Infame agresión», insinuando la tesis de la masacre fascista. Empero, la tesis oficial, fruto de una serie de hábiles extravíos de pruebas indicaba los autores en los anarquistas, punta de lanza de una subversión partida de la Universidad y llegada a las fábricas. Los jueces, además, una vez escogida la pista que llevaba a la eversión de matriz fascista, tendrán que soportar gravísimas desviaciones e interferencias en las investigaciones: Giulio Andreotti y Mariano Rumor, consecutivamente Presidentes del Gobierno, opondrán el secreto de Estado sobre los hechos de los que emergía la responsabilidad del agente del Servicio Secreto Militar, Giannettini; morirán 12 testigos (cuatro *suicidios* y ocho *accidentes*); el Ministro de Interior ordenará la clausura de las investigaciones sobre la llamada «pista negra»; la Corte de Casación, considerando imposible proseguir el proceso en Milán por razones de orden público, lo trasladará a Catanzaro, en Calabria. Al fin de esta *odisea* judicial los autores serán absueltos.

Las características propias del atentado —y de la instrucción del correspondiente proceso— contra el Banco de la Agricultura volveremos a encontrarlas, inmutadas, en las otras trágicas etapas del llamado «stragismo». Entre ellas algunas *menores*: Peteano, en Veneto, donde una trampa cuesta la vida a tres carabinieri; Gioia Tauro, en Calabria, donde un atentado en un tren mata a otras seis personas; *via Fatebenefratelli*, en Milán, donde tres son las víctimas de otra bomba, colocada por un ex agente de los servicios de seguridad que, capturado, se definirá anarquista.

En 1970 otro episodio inquietante. En la noche entre el 7 y el 8 de diciembre un grupo de fascistas instigado por el príncipe Julio Valerio Borghese intentaba dar vida a otro golpe de Estado (operación «Tora-Tora»). El golpe no tuvo éxito, o, con mayor exactitud, ya se había planeado su fracaso, con el doble fin de intimidar a los partidos de izquierda y eliminar una parte de los grupos de extrema derecha, utilizados hasta entonces por la estrategia de la tensión, y que ahora los altos cargos de la *Democrazia Cristiana* y Licio Gelli, *Gran Maestro* de la Logia Masónica P2, consideraron oportuno quitar del medio al fin de poder denunciar la existencia de «opuestos extremismos» con el consiguiente provecho del centro moderado.

Pino Rauti, líder de la derecha de aquellos años, acusado y después absuelto por el atentado de Milán, hoy rival de Gianfranco Fini, en un libro-entrevista salido hace pocos meses¹¹, a la pregunta «¿Quién colocó la bomba en el banco?» ha contestado: «El Ministerio de Interior, cuyo fin era demostrar que si no se hubiera reforzado el centro, los opuestos extremismos hubieran ganado la delantera».

«Parece que no tengamos que decir Italia sino Derrumbe» dejó escrito Montale: considero que es un buen compendio de lo ocurrido.

EL COMPROMISO HISTORICO

La década de los setenta se caracteriza, en Italia, por un proyecto novedoso, revolucionario respecto al pasado: se abre camino, en los máximos dirigentes de la *Democrazia Cristiana* y del Partido comunista, la idea de un «compromiso» —en seguida definido «histórico»— entre los dos partidos. Berlinguer consideraba que un partido como la DC, que obtenía el 38 por 100 de los votos, tenía un alma popular en grado, de prevalecer en el futuro. Además el «pueblo comunista» ya no estaba formado sólo por obreros y campesinos, sino también por pequeños y medianos empresarios y otros sectores de la clase media. El propio Aldo Moro, máximo representante de la *corriente* de izquierda de la DC, en el XI Congreso de su partido, celebrado en 1973, dijo que la «historia podía determinar, en tiempos imprevisibles, la caída de la preclusión contra el PCI»⁴. En realidad, si Berlinguer pensaba en un pacto político y programático entre dos grandes fuerzas populares, Moro pensaba más bien en un mero compromiso que permitiese dar vida a una fase de transición.

En los mismos años, el golpe de estado en Chile y el asesinato de Salvador Allende —que había intentado un experimento que presentaba puntos de contacto con la llamada «vía italiana al socialismo»— provocó preocupación y alarma; sin embargo, tanto la *revolución de los claveles* en Portugal, como el fin de la *dictadura de los coroneles* en Grecia, volvieron a suscitar entusiasmo y optimismo por la idea de una colaboración entre la DC y el PCI.

En este contexto se colocan dos nuevos trágicos

¹⁰ G. P. Testa: *Storia dell'Italia delle stragi*, publicado por *Avvenimenti*.

¹¹ M. Brambilla: *Interrogatorio alle Destre*, Rizzoli, 1995.

atentados. «Così è se vi pare» (*Así son las cosas*), por decirlo con Pirandello.

El 28 de mayo de 1974, en *Piazza della Loggia*, en Brescia, Lombardia, se está celebrando una manifestación sindical de protesta contra la extrema gravedad de la situación que vive Italia, degarrada por los atentados y caída en el terror. En un rincón de la plaza estalla una bomba: ocho muertos y más de cien heridos, el dramático balance. Los magistrados se mueven en la dirección justa, a pesar de las misteriosas desapariciones de documentos, de las *ejecuciones* en la cárcel de los testigos y de las fugas favorecidas por «altas personalidades» —como escribió el juez Zinani, titular de la investigación¹⁰—. Los acusados en sede de juicio recibirán, además, condenas irrisorias y el proceso se concluirá entre besos, abrazos y saludos romanos.

El 4 de agosto 1974, una bomba colocada sobre el tren *Italicus* mata a 12 personas y otras 48 resultan heridas. Las investigaciones revelarán que el atentado ha sido organizado y realizado por grupos neofascistas, protegidos por los servicios de seguridad.

A pesar de estas nuevas *invitaciones al moderantismo*, los años 1975 y 1976 fueron el período de máxima popularidad para Berlinguer y el PCI. En 1976, el secretario del mayor partido comunista de occidente acentuó el alejamiento del Partido comunista soviético y en las elecciones generales del junio de 1976 el PCI alcanzó el 34,4 por 100, su máximo histórico. Este resultado abrió el paso a los llamados «gobiernos de solidaridad nacional» fundados sobre los votos de la DC y la abstención del PCI, que, «por el bien del país», se cargaba así con la responsabilidad de gobierno, sin participar realmente en la toma de decisiones.

EL TERRORISMO ROJO: UN INESPERADO DEUS EX MACHINA

Entre tanto había tomado cuerpo, entre algunos sectores de extrema izquierda que no se conformaban con la *ineluctabilidad* del capitalismo y no se reconocían en la política reformista del PCI, la posibilidad de una reanudación, teórica y práctica, de la lucha armada interrumpida después de la Resistencia.

No existían, sin embargo, las condiciones para un movimiento revolucionario de masa. La única posibilidad estaba representada por el terrorismo, que habría tenido que constituir el comienzo de la verdadera revolución y se resolvió en una guerrilla conducida por pequeños grupos de jóvenes. No es éste el lugar para una reflexión sobre el origen del *terrorismo rojo*: sólo es el caso de recordar que los militantes, entre regulares e irregulares, no alcanzaban el número de 6.000; y que, por contra, la resistencia del Estado a la agresión de las *Brigadas Rojas* y de *Primera Línea* encontraba el respaldo de la opinión pública y de la inmensa mayoría del pueblo de izquierda: «Ni con las *Brigadas Rojas*, ni con el Esta-

do» fue el *slogan* de los hombres de cultura progresistas.

En Italia, como sabemos, se vivía una peculiar situación de democracia *bloqueada*: a los terroristas, sin embargo, no les interesaba levantar el bloqueo, por la sencilla razón que no estaban interesados en la democracia. En uno de sus famosos documentos escribieron que «el compromiso histórico era un proyectil de goma en el fusil de la policía»: con el secuestro y el asesinato de Aldo Moro —que datan 1978— quisieron también impedir aquella sustitución⁴.

En efecto, este trágico episodio aceleró la constitución de un gobierno con el respaldo *desde fuera* del PCI: Berlinguer no puso condiciones particularmente onerosas, cosa que difícilmente se hubiera producido en un contexto menos exasperado. ¿Las *Brigadas Rojas* fueron dirigidas? Esta fue la tesis que de Leonardo Sciascia¹² y de otros estudiosos⁹. Guido Giannettini, depositario de muchos de los secretos de aquel dramático período, escribió que «no se puede excluir una manipulación, por parte de una sola central, de los grupos clandestinos de extrema izquierda y derecha».

Lo cierto es que, como en 1964 fue *domesticado* el centro izquierda con la amenaza de un golpe de Estado, de la misma manera en 1978 el *compromiso histórico* pasó, de posible instrumento de transformación social, a simple instrumento de defensa de la democracia, objetivo importante pero más limitado del que se había propuesto, inicialmente y con buenas posibilidades de éxito, Enrico Berlinguer.

El terrorismo rojo fue un verdadero *deus ex machina* para las fuerzas de la reacción; no puede considerarse casual el descenso de cuatro puntos respecto a las precedentes elecciones generales que el PCI, acusado de haber *criado* a los terroristas, tuvo que soportar en las elecciones de 1979.

LA DEGOLLINA DE LOS INOCENTES

El 2 de agosto de 1980, la estación de ferrocarril de Bolonia es escenario del atentado más grave de la reciente historia de Italia: una bomba potentísima mata a 85 personas, mientras los heridos son más de 200.

El día antes el juez Vella había presentado la sentencia de incriminación contra algunos fascistas por el atentado al tren *Italicus*.

Mientras que, a fines de junio, en el cielo de Ustica, había estallado un DC-9 de la compañía italiana Itavia, casi con certeza alcanzado por un misil libio en una oscura batalla aérea. Inútil especificar que toda tentativa de descubrir la verdad de los hechos chocará contra un auténtico «muro de goma»¹³ levantado por los vértices militares y los servicios de seguridad. ¿Cómo callar el clamor que el *caso-Ustica* había suscitado en el país? Realizando otro atentado y matando a otras 85 personas.

Las investigaciones acerca de la masacre de Bolonia, según el guión estrenado en 1969, irán a tien-

¹² L. Sciascia: *L'affaire Moro*, Sellerio.

¹³ «El muro di gomma» es el título de la buenisima película de Marco Risi acerca del *caso-Ustica*.

tas, los altos cargos del Estado envolverán los acontecimientos en una artificiosa oscuridad y, después de 15 años, aún no es fácil entrever una salida.

Un papel importantísimo en el desarrollo de la estrategia de la tensión fue el jugado por Licio Gelli, indiscutible jefe de la Logia Masónica P2 que contaba con afiliados en el Consejo Superior de la Magistratura, en la Corte de Casación, en muchos Tribunales y Fiscalías, en los bancos, entre los ministros, en el mundo de los grandes empresarios —entre los que destaca el presunto *homo novus* Silvio Berlusconi, carnet número 1.816, cuota de inscripción pagada el 5 de mayo de 1978. Como ha aclarado la Comisión parlamentaria de investigación instituida en el 1981 y presidida por Tina Anselmi, el *Plan de Renacimiento Democrático* de la P2 se proponía la constitución de un gobierno fuertemente conservador, a realizar a través de la intervención sobre los medios de comunicación, la normas que garantizan la independencia y autonomía de la magistratura, la leyes antimonopolísticas y, finalmente, sobre la propia Constitución republicana.

Impresiona los puntos de contacto entre el plan de Gelli y el programa político, declarado y subterráneo, de *Forza Italia*, el partido del ex presidente del Gobierno Berlusconi. Desgraciadamente sólo los elefantes tienen buena memoria.

Tras las elecciones del junio de 1983, Bettino Craxi formó el primer gobierno con presidencia socialista, más bien fruto de la calculadora que de un desplazamiento a la izquierda del Parlamento. Los gobiernos de Craxi, que han costado al dirigente socialista el dorado destierro voluntario en Hammamet (preferido a la fría celda de la cárcel de Milán), duraron hasta el 1987. ¿Este paréntesis laico y socialista introdujo reales novedades? Craxi reivindicó el mérito de haber salvado la economía: los jueces de *Manos Limpias* le han contestado.

Además, es noticia de última hora que la CIA en los años ochenta destinó ingentes sumas directamente a Bettino Craxi, al considerarle «el único en condición de parar la subida del PCI al gobierno»¹⁴.

Mientras tanto, en junio de 1984, en ocasión de las elecciones europeas, el Partido comunista superaba finalmente la *Democrazia Cristiana*, en parte gracias a la emoción suscitada por la muerte de Enrico Berlinguer, pero sobre todo gracias a la clara asunción del europeísmo como un valor y a la defensa de los trabajadores dependientes frente a la decisión del gobierno de intervenir sobre los mecanismos de adecuación de los sueldos a las tasas de inflación.

Puntual llegó el atentado: en la noche de Navidad del mismo año una bomba estallaba en el *Espresso* 904, provocando 15 muertos. La investigación sobre esta nueva masacre, que cierra la *composizione circolare* abierta con el atentado de Portella della Ginestra en 1946, comprobará la conexión entre el *boss* de la mafia siciliana, Pippo Caló, la eversión de extrema derecha y los servicios secretos.

Es éste el último capítulo del *stragismo* que ha ensangrentado Italia entre el 1969 y el 1984 y sobre el que no se ha hecho todavía plena luz.

EL PAPEL DE LA MAFIA

Los innumerables atentados a los jueces, la trágica muerte de Falcone y Borsellino, las nuevas bombas colocadas en Roma, en Milán, en Florencia, la amenaza de destruir el patrimonio artístico pertenecen, en cambio, a la estrategia de la mafia y constituyen un capítulo autónomo en la historia de la República. Parcialmente autónomo, si acudimos a los resultados de la Fiscalía de Palermo que ha averiguado la colusión de importantes sectores de la *Democrazia Cristiana*, de auténticas *columnas* del sistema, con *Cosa Nostra* y ha pedido la incriminación del *Gran Viejo*, Giulio Andreotti, por el delito de asociación mafiosa; o si consideramos las conclusiones de la Comisión Antimafia de la precedente legislatura, presidida por el ex juez Luciano Violante (la actual presidenta de la Comisión, Tiziana Parenti, ex jueza elegida en las listas de *Forza Italia*, ha declarado recientemente en Pisa haber, en los nueve meses de cargo, «reorganizado papeles»).

Desgraciadamente, la crónica es sobrepasada por los hechos. Mientras escribo, el diario «La Repubblica» titula «Falcone, la sombra de los 007»¹⁵, insinuando la duda de que la muerte del Fiscal ha sido el precio de la tentativa de reestrenar la estrategia de la tensión en un momento de grandes transformaciones políticas. De todas formas, el proceso-Falcone, que implica el *Gotha* de la mafia, está en buenas manos y tarde o temprano sabremos la verdad.

Lo que es cierto es que la mafia, estipulando pactos, desplazando votos, atemorizando enteras áreas geográficas, funcionando como una gran *agencia de colocaciones*, ha influenciado las dinámicas políticas de Italia: Sicilia siempre ha sido un importantísimo depósito de votos para la *Democrazia Cristiana*. Y no es casual que hoy lo sea para *Forza Italia*.

La mafia, sin embargo, es una realidad compleja que difícilmente se presta a generalizaciones. Si la tentativa de convertir Italia en un país con soberanía limitada constituye una válida clave de lectura de las vicisitudes de la República Italiana, no se puede —como bien ha escrito el historiador Paolo Pezzino¹⁶— explicar toda página de este medio siglo de historia con la teoría de un único gran complot del que la mafia sería parte integrante. Porque, como escribió Giovanni Falcone, «*Cosa Nostra* no acepta, en sus pactos, posiciones de inferioridad o dependencia».

Empero, distinguir se revela importante más allá de la cuestión de la mafia. Fundamental, si no se quiere caer en tristes y ofensivos tópicos; imprescindible, si se quiere aclarar las responsabilidades de todos y cada uno, según impone el artículo 27 de la Constitución italiana.

Resulta, entonces, que ha habido atentados políticos, mafiosos y político-mafiosos, así como ha habido felones y *heróes burgueses*¹⁷, jueces hones-

¹⁴ *l'Unità*, 12 de febrero 1995.

¹⁵ *La Repubblica*, 22 de febrero 1995.

¹⁶ Paolo Pezzino, *I Grandi Vecchi*, *l'Unità*, 30 de enero 1995.

¹⁷ *Un eroe borghese* es el título del libro de Corrado Stajano acerca del abogado Giorgio Ambrosoli; del libro el director Michele Placido, ha extraído recientemente una película.

tos, fieles servidores del Estado de Derecho, y jueces inscritos a la masonería o sometidos a los oblicuos intereses de siniestras camarillas, presidentes de la República que se han erigido en verdaderos garantes de las instituciones democráticas y presidentes golpistas, hombres políticos corruptos y hombres políticos íntegros.

LA IMPORTANCIA DE LA MEMORIA

En estas páginas he intentado ofrecer una síntesis de los acontecimientos que han caracterizado los últimos cincuenta años de la historia italiana: el resultado es un panorama que no merece ulteriores comentarios.

Lo que sí es necesario, en cambio, es ejercitar la

fatiga de la memoria. Como repetidamente se ha dicho durante el fórum nacional «Dar voz al silencio de los inocentes» que recientemente ha tenido lugar en Pisa, a las reiteradas tentativas de remoción, a la resignación, al silencio, a la complicidad del silencio, es preciso contraponer la memoria de la tragedia y de la justicia negada, que sea soporte, estímulo, impulso y escudo en el camino que lleva a la aseveración de la verdad. Esta es la lección, que no cabe olvidar, de los muchos mártires de la Primera República italiana, del abogado Ambrosoli y del general Dalla Chiesa, del industrial Enrico Mattei y del juez *muchachito* Rosario Livatino: «Muere quien queda aislado» escribió, meses antes de morir, Giovanni Falcone.

Por otro lado, y en fin, no es un misterio que no hay peor guía para el futuro que el olvido o la mala memoria.

APUNTES*

● Delincuentes favoritos

En este país asolado por la sequía, hay, sin embargo, algún terreno en el que llueve sobre mojado sin necesidad de rogativas. Así, sobre los condenados por delito de tortura siguen precipitándose torrencialmente los indultos. Y sobre el atónito lector de prensa el enfado del ministro de Justicia e Interior, para quien resulta «lamentable que todos los sectores de opinión se consideren con el derecho a tener sus delincuentes favoritos o sus enemigos y, a partir de ahí, valorar bien o mal una medida de este tipo, en función del delito cometido. Las medidas de reinserción e indulto son estrictamente individuales».

No se niega al ministro de Justicia e Interior el derecho a enfadarse. Más aún, en nuestra experiencia histórica próxima, resulta difícil imaginar un ministro de lo segundo sin el ceño bien fruncido y dispuesto a travestirse de Júpiter tonante a la primera objeción que se le plantee. Pero es que, además, el derecho de preferir a unos delincuentes sobre otros tiene carta de naturaleza implícita en nuestro ordenamiento formal y también en nuestra *constitución material*.

Así, resulta bien claro que el Código Penal maltrata a ciertos infractores mientras mima —e incluso olvida— a otros. Y el ministerio del Interior, en esto claramente intemporal por permanentemente igual a sí mismo, es —si no complaciente— al menos escasamente ejemplarizante con la tortura. Lo que también expresa una opción previa, en una perspectiva de efectividad práctica de alguna parte de la «parte especial» del texto punitivo.

Total, que el ministro no tenía motivos para irritarse, mientras que al ciudadano sensible en materia de derechos le asiste todo el derecho a la perplejidad y a la indignación. Porque, incluso aceptando que el ejercicio de la prerrogativa de gracia tiene una dimensión estrictamente personal, no cabe duda de que cuando los supuestos se reiteran, lo individual hace género, el caso, regla, la anécdota, categoría.

De todas formas, si los que indultan tuvieran razón, incluso cuando se trata de un reincidente en el delito nefando, lo razonable es pensar que habrán debido concurrir razones extraordinariamente poderosas, depuradas a través de profundas reflexiones en los medios competentes. Reflexiones que por su

indudable valor —eventualmente formativo, pero, al menos, informativo (de cómo está el patio interior)— nunca deberían hurtarse a la opinión.

Como se le han hurtado con obstinación, la gente puede legítimamente pensar que no hay justificación para esa clase de actos de poder, o que la que realmente los sustenta no es confesable. Algo que dado el campo institucional de operaciones no tendría nada de particular. Al fin y al cabo, no sería la primera vez —ni desgraciadamente la última— que el Estado tiene razones que la razón no podría identificar como propias. Tales, por ejemplo, las que llevan el Ejecutivo a reservar para sí los dos informes emitidos por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, a raíz de las dos visitas giradas a nuestro país.

Cuánta razón, en cambio, la de Sánchez Ferlosio: «Quien combina el indulto con la ya demente indiferencia de la ley hacia el delito del torturador, muestra, así pues, la más temeraria irresponsabilidad frente al tenebroso aspecto de mal impersonal de la tortura en cuanto obra objetiva del Estado».

● ¡Por favor, una dimisión —aunque sea experimental— con naturalidad!

Lo que anima esta demanda no es el morbo que late en las exigencias de la oposición, es pura curiosidad ciudadana y casi científica. Alguien debería tener la sensibilidad necesaria para entenderlo. Porque, al paso que van las cosas, teniendo en cuenta los índices de mortalidad, muchos ciudadanos de este país, a pesar del copioso brotar de los escándalos, se van a ir de este mundo atribulado sin llegar a imaginar siquiera lo que es de verdad *asumir*, directamente o por persona interpuesta, pero con democrática naturalidad, una verdadera responsabilidad política.

Entiéndase bien. No se pide a nadie que dimita. ¡Dios nos libre! No se quieren maniobras con fuego real, que siempre serían peligrosas. (Sobre todo si tuviera algo que ver el CESID en la parte técnica). No. Sólo una cosa discreta. Podría asesorar el Centro de Estudios Constitucionales en lo relativo a la *carpintería*, y bastaría escenificar, con cierto realismo, una dimisión, una *asunción* —un punto más que

* Sección a cargo de la Redacción.

retórica— de responsabilidad, como algo fisiológico en una madura experiencia política. Por tanto, sin esa risa floja que animó las últimas comparecencias vicepresidenciales, porque la gente se está volviendo un poco susceptible. Los datos, la anécdota, podrían tomarse de la experiencia comparada. (Quizá de Laos, ahora que las relaciones bilaterales parecen ser fluidas, y, de paso, por eso de rentabilizar algunas inversiones, al parecer ya realizadas, en cultura jurídica del Sudeste Asiático).

Se insiste: sería sólo un experimento. Una dimisión experimental, natural —como ecológica— sin forceps (de las de «Forges» ya tenemos). Pero, por favor, al menos una, para que la gente de aquí se haga una idea.

• Cuando no se 'puede' criticar a los jueces

En fechas todavía recientes, el número 3 del partido en el Gobierno, Benegas, escribía en un diario nacional: «se alude [en España] a la independencia del juez para acallar las críticas». Y, también: [el juez] «no puede pretender en una democracia sus traerse a las críticas de sus conciudadanos».

Afirmaciones semejantes vertidas en un país donde un mínimo contacto con la práctica jurisprudencial permite afirmar con fundamento que —precisamente en el ejercicio de la jurisdicción— se ha hecho caer en desuso el delito de desacato, denota, en el mejor de los casos, cierta falta de contacto con la realidad.

Quizá convenga recordar algunos datos elocuentes. Así, la afirmación por Pedro Pachecho de una confluencia de intereses entre una sala de lo contencioso de Sevilla, que no dio la razón a su ayuntamiento en un asunto, y la otra parte en el pleito; la atribución, por un parlamentario, a los componentes de un tribunal extremeño, de la condición de «salteadores de caminos»; la calificación —por un político hoy encarcelado— de una actuación de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como acto de «terrorismo psicológico»; las insensateces vertidas por Hormaechea sobre el presidente del Tribunal Superior de Justicia cántabro; la broma hortera sobre la vida conyugal del magistrado Barbero Santos, debida a otro presidente de comunidad autónoma; la descripción de un magistrado como «eyaculador precoz»... O evocar algunas imágenes de la prensa reaccionaria: la de la juez Huerta obligada a compartir portada con un etarra o la del juez Mangano ridiculizado en traje de luces...

Se trata de casos en los que, o no hubo denuncia, o si la hubo terminó sin condena, porque los jueces competentes hicieron prevalecer el derecho a la crítica, tan ampliamente entendido como se desprende del jaez de los supuestos enumerados. Supuestos emblemáticos, no sólo por lo bien que ilustran acerca de la altura del techo de lo tolerado en la materia, sino —sobre todo— porque dan cuenta de la lamentable calidad cultural de los críticos.

Aunque no hay que negar toda la razón a Benegas. El verbo criticar, como otros verbos, no lo *conjuga* el que quiere. No todo el que tiene derecho a la libertad de expresión cuenta con el rigor y el ba-

gaje, y menos aún con la gracia, necesarios para una buena práctica del noble ejercicio de la crítica. Por eso, algunos, desde la incapacidad objetiva para ejercerla con dignidad, sólo descalifican —y se autodescalifican— groseramente. En este sentido, Benegas sí podría estar en lo cierto. Hay quien *no puede* criticar a los jueces.

• La transición en la justicia, según Sáez de Cosculluela

«Los militares, los sindicatos, los partidos... todos han hecho la transición, menos el poder judicial. No se ha hecho la transición democrática en la judicatura». Sáez de Cosculluela, sorprendentemente, *dixit*.

Es, desde luego, para sorprender, y para preguntarse: ¿dónde habrán estado los jueces estos años? ¿Quién los habrá gobernado y quién elegido al órgano de gobierno? ¿A quién habrá correspondido la responsabilidad de legislar sobre esta parcela de la vida institucional, al parecer tan asilvestrada? ¿A quién el diseño del modelo de juez? ¿A qué instancia impartir la formación precisa?

Por otra parte, ¿qué concepto de *transición* tendrá Sáez de Cosculluela? Si, como afirma, la han hecho los partidos: ¿también en materia de financiación y de democracia interna? ¿Qué piensa el opinante del incumplimiento masivo de algunos cometidos básicos por la propia institución parlamentaria, a la que pertenece? ¿Y cuál será su punto de vista acerca de la calidad y los derroteros del tránsito en casos como, por ejemplo, el del ministerio del Interior de todos los escándalos? ¿Y cómo juzgará las dos predesignaciones extraparlamentarias de presidente del CGPJ y el condicionamiento a su aceptación de la ulterior predesignación de los vocales?

Diríase que, aparte de alguna desorientación en materia de historia política inmediata, el problema de Sáez de Cosculluela es de concepto de juez. Porque cualquiera con mejor memoria que él recordará su proximidad a la sospechosa *escuela de la muerte de Montesquieu*.

• Leguina penal-procesalista

El interés sobrevenido que algunos políticos del poder han manifestado por la cosa judicial es un fenómeno digno de análisis.

Uno de los más caracterizados al respecto es el último Leguina, que, en reciente intervención escrita, demandaba la recuperación del secreto sumarial en su versión de mayor rigor inquisitivo, curiosamente desde la reivindicación implícita de un proceso acusatorio.

Pero no queda ahí la cosa, en entrevista concedida, en fechas todavía más próximas, a un medio gráfico se manifestaba en los siguientes términos:

—«¿Quién se tiene que atrever con Pedro J. Ramírez?

—Pues los jueces. No hay un solo juez en este

país que se atreva a meter a Pedro J. Ramírez en la cárcel.

—¿Pero por qué tiene que ir a la cárcel?

—Porque comete delitos. La publicación de secretos sumariales está penada en el Código Penal y aquí nadie dice nada. Además él ha pagado a Amedo para que cante, ese es un delito muy grave.

—¿Usted tiene pruebas de que ha pagado a Amedo?

—¿Y él tiene pruebas de lo contrario? Lo que yo digo es: ¿Quién ha pagado a Amedo para que cante? Incluso sería un delito muy grave haberle prometido cosas, no dinero, para que hablara. Eso se llama coacción, y las coacciones son un delito».

Esperemos que el *look* leguinista en materia de derecho punitivo (sustantivo y procesal) no prenda en quienes en este momento parece que se afanan en la puesta a punto de reformas legislativas en ese campo.

● Paradojas de la libertad

«Ilustrísimo señor: En cumplimiento a cuanto se ordena en su escrito de la referencia; tengo el honor de participar a la respetada Autoridad de V.I., que practicadas las gestiones encaminadas a la detención e ingreso en prisión, para cumplir la pena de libertad impuesta de...»

(Comandante de puesto de la Guardia Civil, informando).

● Reinserción

«Ilustrísimo señor Juez de Vigilancia: Fulano de tal, mayor de edad, contrabandista, DNI... Habiendo hecho firme propósito, procurando los errores cometidos ir rectificándolos, doy mi palabra de seguir en la misma forma trabajando en mi oficio en la medida de mis posibilidades, para lo que solicito a V.I. la libertad provisional. En Palma de Mallorca. Atentamente...»

● Pascual Sala: contra la soberbia

El pasado abril la prensa nacional se hizo eco de unas declaraciones del presidente del Consejo General del Poder Judicial, en las que, entre otras consideraciones, lucía una apocalíptica condena de la *espectacularidad* de algunos jueces anónimos, al entender que la misma puede «ser un síntoma de soberbia y la soberbia es un brillo efímero. En la personalidad de un soberbio se descubren altas dosis de torpeza y de falta de inteligencia».

Tiene razón Pascual Sala porque, al menos desde Ripalda, la soberbia, el «apetito desordenado de ser a otro preferido», es un pecado, *capital*, como «cabeza de otros muchos». Un *pecado mortal*.

Con todo, en algunos medios de la magistratura ha cundido cierta preocupación, ante la eventualidad de que desde la presidencia del CGPJ pudiera impulsarse la exploración de esa rancia veta cultural, de estirpe tridentina, para la elaboración de un modelo deontológico fuerte, destinado a regir la conducta de los jueces de este convulso fin de milenio.