

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**M. Lorente**, Tomás y Valiente y el oficio de historiador. **M. Vázquez Montalbán**, **C. Movilla Alvarez**, **M. Revenga**, **F. Gor**, Acerca del secreto de Estado. **E. Paciotti**, Principios democráticos, opinión y legalidad. **A. Ruiz Miguel**, Objeción de conciencia a deberes cívicos. **A. Jorge Barreiro**, **E. Larrauri**, **R. Bona**, **F. Zubiri de Salinas**, **I. Muñagorri Laguía**, **J. R. de Prada Solaesa**, Sobre el Código Penal de 1995. **J. L. Serrano Moreno**, El conflicto ecológico en el momento judicial. **MEDEL**, Declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal. **P. Andrés Ibáñez**, Sobre asociacionismo e independencia judicial. **M. Carmona**, La nulidad de la prueba. **M. Ruiz Sanz**, Argumentación y consecuencialismo en la decisión judicial. **C. Ramón Chornet**, El Tribunal para la ex Yugoslavia. **M. Carbonell Sánchez**, La eficacia de las normas constitucionales en México.

**En este número:** Andrés Ibáñez, Perfecto, *magistrado*, Audiencia Provincial de Madrid.  
Bona, Remei, *juez de vigilancia*, Barcelona.  
Carbonell Sánchez, Miguel, *profesor de Introducción a la Teoría del Derecho*, UNAM (México).  
Carmona Ruano, Miguel, *presidente de Audiencia Provincial*, Sevilla.  
De Prada Solaesa, José Ricardo, *magistrado*, Audiencia Nacional (Madrid).  
Gor, Francisco, *periodista*, Diario «El País» (Madrid).  
Jorge Barreiro, Agustín, *catedrático de Derecho Penal*, Universidad Autónoma (Madrid).  
Larrauri, Elena, *profesora titular de Derecho Penal*, Universidad Autónoma (Barcelona).  
Lorente, Marta, *profesora titular de Historia del Derecho*, Universidad Autónoma (Madrid).  
Movilla Alvarez, Claudio, *presidente del Tribunal Superior de Justicia*, Cantabria.  
Muñagorri Laguía, Ignacio, *profesor titular de Derecho Penal* (San Sebastián).  
Paciotti, Elena, *magistrada*, Milán (Italia).  
Revenga, Miguel, *profesor titular de Derecho Constitucional*, Universidad de Cádiz.  
Ruiz Miguel, Alfonso, *catedrático de Filosofía del Derecho*, Universidad Autónoma (Madrid).  
Vázquez Montalbán, *escritor* (Barcelona).  
Ruiz Sanz, Mario, *profesor de Filosofía del Derecho*, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona.  
Serrano Moreno, José Luis, *profesor titular de Filosofía del Derecho*, Universidad de Granada.  
Zubiri de Salinas, Fernando, *presidente de la Audiencia Provincial*, Zaragoza.

### **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.

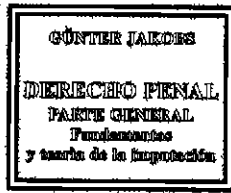
Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

# INDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b>	
— <i>Historia como compromiso: F. Tomás y Valiente y el oficio de historiador</i> , Marta Lorente .....	3
— <i>Contra el secreto de Estado</i> , Manuel Vázquez Montalbán .....	9
— <i>El secreto de Estado entre el control y el privilegio</i> , Claudio Movilla Alvarez .....	11
— <i>El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de derecho comparado</i> , Miguel Revenga .....	20
— <i>La prensa frente al secreto</i> , Francisco Gor .....	26
— <i>Principios democráticos, opinión pública y control de legalidad</i> , Elena Paciotti .....	29
<b>Estudios</b>	
— <i>La objeción de conciencia a deberes cívicos</i> , Alfonso Ruiz Miguel .....	35
— <i>Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español</i> , Agustín Jorge Barreiro .....	46
— <i>Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal</i> , Elena Larrauri .....	53
— <i>El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código Penal</i> , Remei Bona .....	57
— <i>Responsables civiles en el Código Penal</i> , Fernando Zubiri de Salinas .....	61
— <i>La regulación de la eutanasia en el nuevo Código Penal</i> , Ignacio Muñagorri Laguía .....	67
— <i>Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995</i> , José Ricardo de Prada Solaesa .....	73
— <i>El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho</i> , José Luis Serano Moreno .....	78
<b>Cuestiones de ordenamiento judicial</b>	
— <i>Declaración de Principios sobre el Ministerio Fiscal, Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDEL)</i> .....	87
— <i>Sobre asociacionismo e independencia judicial</i> , Perfecto Andrés Ibáñez .....	88
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b>	
— <i>De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?</i> , Miguel Carmona .....	95
— <i>Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial</i> , Mario Ruiz Sanz .....	100
<b>Internacional</b>	
— <i>El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional</i> , Consuelo Ramón Chornet .....	107
— <i>La eficacia de las normas constitucionales en México: notas para el estudio de una disfuncionalidad</i> , Miguel Carbonell Sánchez .....	111
<b>Apuntes</b>	
— <i>Estevill: ¿quién responde?</i> .....	115
— <i>Manzanares: de incendiario a bombero</i> .....	115
— <i>Legislar en las nubes</i> .....	115
— <i>Estadodederecho</i> .....	116
— <i>Sentido de la oportunidad</i> .....	116
— <i>Liberal en pellejo ajeno</i> .....	116
— <i>De nuevo el 'tertium genus'</i> .....	117
— <i>Implicaciones de la cosa juzgada</i> .....	117
— <i>Cuando lo que abunda sí daña</i> .....	117
— <i>La justicia en coplas</i> .....	117

# MARCIAL PONS

Ediciones Jurídicas y Sociales



DERECHO PENAL. Parte general  
Fundamentos y teoría de la imputación  
GUNTHER JAKOBS  
*Catedrático de la Universidad de Bonn*  
Traducido por Joaquín Cuello  
Contreras y José Luis Serrano  
González de Murillo

El doctor Gunther Jakobs, profesor de la Universidad de Bonn, se ha planteado como punto de partida para la elaboración de esta obra (2ª edición en alemán, 1991) que "...el mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad".

Tiene en cuenta el profesor Jakobs la doctrina y la jurisprudencia reciente y la ha incorporado a su obra adentrándose en el debate, de modo que el estudioso que maneje su Tratado tendrá la oportunidad de asomarse a las novedades doctrinales y filosóficas acaecidas en la (re) normativización de los conceptos que surgen en el contexto de las regulaciones del Derecho penal. El objetivo perseguido es la sistematización óptima del Derecho penal vigente, de modo que no hay en este libro propuesta de solución alguna que no sea viable.

Una preocupación recorre esta intensa y extensa obra: no pasar por alto las teorías existentes, sino referir y considerar el estado de la

discusión "no sólo para informar al lector, sino también —más aún— porque las opiniones propias surgen precisamente en la controversia con las teorías existentes".

**INDICE (GENERAL):** Libro primero. Fundamentos. I. La punición estatal. II. El principio de sujeción a la ley y la validez del Derecho penal. Libro segundo: Teoría de la imputación. I. La realización del tipo. II. La justificación. III. La culpabilidad. IV. Complemento a la realización del tipo: la participación. V. Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad. La tentativa y la tentativa de intervención. VI. La imputación en el delito de omisión. VII. Concurso aparente y concurso atenuado.

84-7248-301-0

Madrid, 1995 - 1 114 págs.

**14.000 Ptas.**

**San Sotero, 6 - 28037 MADRID - Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67**

# DEBATE

## Historia como compromiso: F. Tomás y Valiente y el oficio de historiador

Marta LORENTE

I. Hace ya muchos años, dos historiadores se disponían a recorrer Estocolmo. Uno de ellos sugirió visitar la capital sueca comenzando por el Ayuntamiento, que era una construcción completamente nueva; previendo alguna observación de su colega, se apresuró a decir: «Si yo fuera un anticuario, solamente querría ver las cosas viejas. Pero soy un historiador, por eso amo la vida»<sup>1</sup>. Es Marc Bloch el narrador de esta anécdota, en la que utiliza el recuerdo de H. Pirenne, el «amante de la vida», para arrancar una reflexión sobre la necesaria sensibilidad que, respecto de su entorno, debería ser atributo imprescindible del historiador. Bloch estaba convencido de que el distanciamiento respecto del presente incapacitaba para adentrarse en el pasado, por más que de la ignorancia de este último naciera fatalmente la incompreensión de la sociedad contemporánea.

Marc Bloch fue víctima de la barbarie nacionalsocialista que arrasó Europa a mitad de nuestro siglo: fue fusilado sin juicio el 16 de junio de 1944 en un campo al norte de Lyon junto con otros patriotas que, como él, fueron ejecutados en masa después de que el desembarco alemán en Provenza vaciara las prisiones francesas. Hombre preocupado, y espantado, por la realidad que lo circundó, su muerte constituyó para algunos «la más cruel y quizás, la más inexpiable de todas las pérdidas humanas sufridas por Francia entre 1940 y 1945»<sup>2</sup>. Pero no es la obra del gran historiador galo la que ocupará las presentes, e insuficientes, páginas. Si he traído aquí su recuerdo es porque en 1996 la Historia, de nuevo, se ha vestido de luto injustificadamente: una nueva barbarie, nuestra esta vez, ha acabado con la vida de un historiador cuya trayectoria intelectual y vital bien puede compararse con la del fundador de los famosos *Annales* franceses.

Pero, a Francisco Tomás y Valiente le han privado, incluso, de la posibilidad de dejarnos una re-

flexión sobre el primero de sus oficios: el de historiador. A pesar de las dificultades, a M. Bloch le alcanzó la vida para redactar un incompleto legado: su *Apologie pour l'histoire*; por el contrario, a F. Tomás y Valiente le faltó tiempo para redactar una aportación, que como la *Apologie*, estuviera destinada a enriquecer el taller de los presentes y futuros historiadores al poner en sus manos, más que una guía, una confesión sobre el «métier d'historien». Para esto, como para muchas otras cosas, ya no hay tiempo.

No obstante, F. Tomás y Valiente reflexionó en muchas ocasiones sobre el oficio de historiador a lo largo de su vida, apostando siempre por el valor de una historia comprometida con los hombres y mujeres de su tiempo. Lejos de pensar que las construcciones o relatos surgidos de la pluma del estudioso de tiempos pasados debían servir de vacío ornamento cultural, su postura fue siempre rotunda, atribuyendo al historiador la responsabilidad de idear instrumentos útiles para la comprensión y, por ello, reordenación del presente y construcción del futuro. Pero no hace falta recurrir a interpretaciones o valoraciones de su pensamiento; bástenos recordar sus propias palabras:

«¿Para qué sirve la historia? Si tuviera que responder a este interrogante, que así formulado bien parece la pregunta número uno del catecismo del historiador, contestaría con una frase tan escueta como las usuales en tales libritos: para entender el presente. Quien no haga ciencia de la historia con esa finalidad, escribirá libros muertos, acaso muy eruditos, pero carentes de interés»<sup>3</sup>.

Cierto es que cuando F. Tomás y Valiente escribió estas frases el país asistía a los estertores de un régimen; todos los esfuerzos parecían insuficientes en el intento de recuperar el tracto constitucional que había sido cancelado en 1936. No obstante, el historiador comprometido en 1975 con las libertades volvió a incidir, cuando éstas se habían reinstalado,

<sup>1</sup> M. Bloch, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, Librairie Armand Collin, París, 1974, pág. 47.

<sup>2</sup> L. Fevre, *Combates por la historia*, Barcelona, 1975, 4.ª ed., pág. 220. Este mismo autor es el que recuerda el libro de Bloch, *L'étrange défaite* (ed. Atlas, 1946, en 16.º), hermosa medita-

ción sobre las causas del desastre que, para Bloch, fue sobre todo un «desastre de la inteligencia francesa».

<sup>3</sup> F. Tomás y Valiente, «Pasado y futuro de los partidos políticos. (A propósito de un libro de Miguel Artola)», en *Sistema*, núm. 9 (abril, 1975), pág. 125.

en la misma idea. En su discurso de ingreso a la Real Academia de la Historia aprovechó la obra del clérigo liberal que fue Martínez Marina para reflexionar de nuevo sobre la dimensión comprometida del oficio de historiador:

«La importancia de lo que estudia y el talante crítico con el que lo hace, así como el apasionamiento con que vive la coyuntura revolucionaria de España impulsan a Marina a ocuparse de temas de su tiempo y de proyectar sobre éste sus conclusiones como historiador. Es cierto que el presentismo, entendido como invasión indebida del presente en la obra de un historiador, puede ser un pecado metodológico funesto cuanto podría convertir al historiador en un periodista del pasado determinado por la actualidad del hoy, del efímero y novedoso presente. Pero también lo es, en el extremo opuesto, que la historia puede convertirse en aburrido almacén de curiosidades o en inútil colección de relatos episódicos, en el sentido aristotélico, esto es, en la narración de simples acontecimientos laterales y adjetivos respecto a lo que verdad importa conocer»<sup>4</sup>.

Resulta frecuente alabar la obra de un historiador destacando caracteres tales como objetividad, distanciamiento y, en definitiva, rigor. No obstante, no haré aquí hincapié en ninguno de ellos, y no porque la obra de F. Tomás y Valiente se resintiera en modo alguno por su ausencia, sino porque a los mismos debe añadirse un elemento que concede a su producción historiográfica uno de sus principales atractivos. A lo largo de su vida supo siempre interesarse por la historia de cuestiones ardientes, intentando que, de su conocimiento y análisis, pudieran extraerse armas útiles para actuar sobre la realidad. Es de esta dimensión de la que intentaré dar aquí somera cuenta, recordando en esta clave algunas significativas piezas que forman parte de su legado historiográfico. Dejaré, pues, a otros más indicados, la tarea de analizar y valorar otro tipo de obras o intervenciones que, situadas en terrenos diferentes al histórico, fueron también producto de la fecunda vida intelectual de mi maestro.

II. Tres fueron las cuestiones alrededor de las cuales giró el interés del historiador F. Tomás y Valiente: la organización institucional y fundamentación política del Antiguo Régimen, la historia del derecho penal y la correspondiente a diferentes temáticas situadas en el histórico tiempo constitucional. De su mero enunciado puede ya inferirse un posicionamiento que, resultando significativo para cualquier historiador del derecho, no tiene porqué ser detectado por el público no especializado en una disciplina tan curiosa y extravagante para la mayoría de los juristas. Intentaré resumir con breves palabras cual

fue el contenido del mencionado posicionamiento que requiere, para ser comprendido, de una mínima descripción del contexto historiográfico en el que se incardinó.

A lo largo de los años que transcurren desde la fecha de la presentación al público de la primera obra de F. Tomás y Valiente<sup>5</sup>, hasta los que asistieron al desmantelamiento del régimen franquista, el paradigma que dominó el panorama de la historiografía jurídica española no era del todo ajeno al ambiente, no precisamente constitucional, que imperaba en España. La traducción historiográfica de aquella atmósfera de innecesario comentario se expresaba, entre otras cosas, a través de dos constantes: i) por un lado, en una obsesión cronológica que limitaba el hacer de los historiadores del derecho, centrados en el análisis de un lejano pasado medieval situado muy lejos de las peligrosas turbulencias revolucionarias decimonónicas, y ii) por otro, en el mismo tratamiento de los objetos de análisis, caracterizado por el aislamiento de los diferentes fenómenos jurídicos en un mundo ideal desconectado de la historia de las sociedades que los forjaron o sufrieron.

No debemos olvidar que el pasado puede no sólo ayudar a comprender el presente, sino también a justificarlo y, en cierta manera, a construirlo. La reconstrucción de una histórica tradición jurídica, que independientemente de sus préstamos teóricos, era netamente española, cimiento imprescindible de la unidad patria, fue durante mucho tiempo un objetivo compartido por un gran número de historiadores del derecho que tuvieron en sus manos la tarea de formar en determinados —y no inocentes— aspectos, la mentalidad de los futuros operadores jurídicos contribuyendo así a la forja de toda una cultura, no precisamente constitucional, de la que con dificultad estamos todavía saliendo.

La producción historiográfica de Tomás y Valiente supuso un revulsivo respecto de las concepciones dominantes. Desde sus mismos comienzos como historiador, no dejó que el medievalismo interesado le atrapara<sup>6</sup>, por más que hiciera algunas concesiones<sup>7</sup>, a la vez que fue compaginando una muy específica selección de los temas objeto de su interés con un novedoso tratamiento de los mismos. Así, por ejemplo, de 1964 es su primer trabajo sobre la tortura judicial en España<sup>8</sup>, con el que comenzó una serie de estudios que fueron escritos en unos tiempos en los que la antigua prueba judicial había desaparecido de las leyes y de los libros de los juristas para instalarse en las comisarías.

Como él mismo advirtió, no convenía cerrar los ojos a la realidad, ya que «...a finales del siglo XIX y aun en fechas más recientes, el tormento ha seguido siendo empleado; ya no como institución legalmente regulada, ni tampoco como medio de puer-

<sup>4</sup> *Martínez Marina historiador del Derecho*, (discurso leído el día 28 de abril de 1991 en el acto de su recepción pública por el Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente y contestación por el Excmo. Sr. D. Miguel Artola Gallego), Real Academia de la Historia, Madrid, 1991, pág. 79.

<sup>5</sup> F. Tomás y Valiente, «Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 (1960), págs. 33-132.

<sup>6</sup> Su primera monografía estuvo destinada al análisis del valimiento político: *Los validos de la Monarquía Española del siglo*

*XVII. (Estudio institucional)*, Madrid, 1963 (esta obra está en la actualidad agotada. Hay una segunda edición de 1982 y una tercera de 1990)

<sup>7</sup> F. Tomás y Valiente, «La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés», en *Anuario de Historia del Derecho español*, XXX (1960), págs. 249-489.

<sup>8</sup> «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, 1964, págs. 3-37

de la Base de Datos de Jurisprudencia y "Tribunales menores".

**2 ventajas por partida doble.**



Porque al utilizar conjuntamente estas dos Bases de Datos dispondrá de la herramienta más potente y eficaz del mercado para conocer la doctrina de cualquier Tribunal en todas las materias. Para que sume ventajas por partida doble:

**Utilización conjunta:** Porque con sólo una pregunta puede obtener la totalidad de las sentencias de cualquier Tribunal sobre cualquier materia.

**La única información completa y exhaustiva sobre Jurisprudencia.**

**B.D.A. JURISPRUDENCIA**

- Más de 137.000 sentencias y resoluciones desde 1979.
- Incluye las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y Tribunales Superiores de Justicia que resuelven recursos de casación en materia Civil y resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado.
- Incluye con todas las sentencias y resoluciones a texto completo.
- Completamente interrelacionada con el resto de Bases de Datos Aranzadi.

**Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.**

- Incluye todas las sentencias y resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional y Tribunal Económico-Administrativo Central.
- Incluye Base de Datos de "Jurisprudencia menor" en todas las materias Civil, Penal, Comercial, Social y Tributario.
- Incluye base de datos con todas las sentencias y resoluciones a texto completo.
- Completamente interrelacionada con el resto de Bases de Datos Aranzadi.

**olicite más información sin compromiso.**

948 - 33 02 26      948 - 33 08 45  
33 18 11      33 09 19

**ARANZADI**  
EDITORIAL

Carretera de Aoiz, km. 3,5 • 31486 Elcano (Navarra)

- + **Interrelación:** Mediante el sistema de citas "exclusivo" de Editorial Aranzadi podrá localizar automáticamente y a texto completo todas las informaciones legislativas o jurisprudenciales contenidas en cualquier sentencia o resolución.
- + **Facilidad de uso:** Cuenta a diferencia de otras bases de datos con un completo Tesoro de conceptos jurídicos, además de búsqueda por voces y texto libre que le ayudará a localizar rápidamente la sentencia que usted necesita.
- + **Entorno Windows:** No es necesario tener conocimientos informáticos para manejarlas con absoluta facilidad.
- + **Servicio Aranzadi:** Porque es la única que cuenta con unos servicios gratuitos de instalación y enseñanza en el manejo de las Bases de Datos, así como un Servicio Telefónico Personalizado para la resolución de todas las dudas y consultas que se planteen. Y todo, con la garantía de más de 65 años de experiencia que han consagrado a las Bases de Datos Aranzadi como las más completas y reconocidas del mercado.

**SOLICITUD DE DEMOSTRACIÓN GRATUITA**

**Sí,** deseo recibir gratis y sin compromiso información detallada sobre todas las ventajas que me ofrecen la Base de Datos de Jurisprudencia y la Base de Datos de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales. Marque con una X el sistema de información que desee para conocer todas las ventajas de las B.D.A.



- Diskette interactivo       Demostración en mi despacho

DATOS PERSONALES (Rellene todos los datos)

Apellidos \_\_\_\_\_  
 Nombre \_\_\_\_\_  
 Profesión \_\_\_\_\_ Especialidad \_\_\_\_\_  
 Empresa \_\_\_\_\_ Actividad \_\_\_\_\_  
 Domicilio \_\_\_\_\_  
 Teléfono \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_  
 Población \_\_\_\_\_  
 Provincia \_\_\_\_\_ NIF/CIF \_\_\_\_\_

Rellene y envíe este cupón a: EDITORIAL ARANZADI  
Carretera de Aoiz, km. 3,5 • 31486 Elcano (Navarra)

ba ante los Tribunales, sino más bien como recurso utilizado en la persecución y averiguación de los delitos de tipo político. Si olvidáramos tal cosa cometeríamos el mismo error pero, en este caso, ya sin ingenuidad) de aquellos liberales de las primeras horas, creyentes de que, borrado el tormento de la ley, quedaba también extinguido de la vida real»<sup>9</sup>.

En pocas palabras, creo que puede afirmarse que en la apuesta política frente a la realidad que lo circundaba, puede identificarse la naturaleza y caracteres de un compromiso firmado, esta vez, con la historia entendida como arma de la razón crítica: «Creo en la racionalidad creciente (en líneas generales y salvo períodos transitorios regresivos) de la historia política de Europa. Y en último término creo que en esa línea se ha de luchar y que ésa es la más alta misión del Derecho y del jurista: la de defender jurídica y eficazmente el máximo respeto por los derechos del hombre»<sup>10</sup>. Si no hay nada más importante y valioso que el hombre, su historia es, también, la única que merece la pena conocer, una historia que, a pesar de extraerse de documentos de naturaleza jurídica, lo tuviera por objeto y destinatario. F. Tomás y Valiente rompió así con el paradigma histórico jurídico al que antes hice brevísimas referencias; en su momento explicitó las bases programáticas de su ruptura<sup>11</sup>, convirtiéndose en un referente para muchos otros que intentaron trabajar en un similar sentido.

Años más tarde, y en otro muy diferente contexto, pudo volver a reflexionar sobre la situación de la historiografía española con un grado mayor de distanciamiento<sup>12</sup>, incidiendo en un género que nunca le disgustó<sup>13</sup>. Y no debemos olvidar que la crítica historiográfica resulta comprometida siempre que no tenga por objeto el halago corporativo entre colegas. Sobre todo si entendemos que hablar y apostar por nuevas orientaciones en la historiografía no resultaba (ni resulta) ser una mera postura metodológica para el consumo de los artesanos de la historia: en la pluma de F. Tomás y Valiente, la crítica historiográfica se debe entender, también, en clave de compromiso con su tiempo, con el tiempo de la investigación, con el de la reflexión crítica y el conocimiento.

La deuda que la historia del derecho hispana tiene con la obra, y con la vida, de don Francisco es grande; lamentablemente es ahora cuando podemos comenzar a valorarla con el suficiente distanciamiento. Contribuyó a renovar un discurso iushistórico que contribuía a afianzar la cultura de un régimen no democrático, por más que éste dijera de sí mismo que la neutralidad proporcionada por el estudio científico de las fuentes lo convertía en, poco más o menos, que objetivo. Y la mencionada reno-

vación no puede predicarse de su obra en exclusiva: Tomás y Valiente formó, apoyó y, sobre todo, animó a todos aquellos que, como él, quisieron situarse fuera de una forma de entender la historia del derecho, que no por deber ser reconocida en algunos aspectos positivos, dejó nunca de ser ajena o inocente respecto del contexto político y cultural que la hizo posible.

III. Dejemos ya de hablar del espacio ocupado por la obra de F. Tomás y Valiente en la historiografía jurídica española para referirnos más específicamente a la misma. Y hagámoslo desarrollando el presupuesto ya consignado: si la comprensión del pasado puede ayudar a reordenar el presente y a construir el futuro, no parece que, a F. Tomás y Valiente, el modelo de sociedad y gobierno propio del Antiguo Régimen le resultara aceptable en casi ninguno de sus aspectos. Simpatizante de los más representativos hombres del siglo de las luces<sup>14</sup> y, él mismo, polifacético ilustrado de nuestro siglo, nos ha dejado una serie de hermosos cuadros de instituciones y construcciones jurídicas que tienen emplazamiento imposible en el mundo actual.

Porque, no sólo la tortura judicial le resultaba obviamente inaceptable, sino toda la concepción que del derecho penal se mantuvo por la Monarquía absoluta en la que aquélla, la tortura, no era más que una pieza dentro de un sistema destinado a mantener a la propia Monarquía y a su nobleza («ilustrada o no, en fin de cuentas señorial, ociosa y conservadora de sus privilegios») <sup>15</sup>. Comprender el derecho penal como instrumento para el fortalecimiento de la Monarquía, para él absoluta, le hizo situar la fundamentación de tal derecho en las necesidades del poder y no en las correspondientes a la organización de la convivencia de los hombres. No le interesó pues el desarrollo, supuestamente progresivo, de la depuración técnica de categorías o instrumentos, ya que este tipo de historia neutra no abordaba la determinación de la función que correspondía a la coacción organizada, por más que ésta fuera formalmente legítima. Aun cuando hoy estemos ya en disposición de repensar el modelo de derecho penal que, basado en la emergencia de los derechos del individuo, ha transformado sus presupuestos respecto del existente con anterioridad, lo cierto es que cuando se publicó el *Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, esta obra constituyó todo un alegato en favor de la formulación de un derecho penal pensado a partir del individuo, no desde el poder y al servicio de sus necesidades.

No debemos olvidarnos que en los años en que F. Tomás y Valiente se ocupó del derecho penal, del absolutismo judicial y de sus consecuencias<sup>16</sup>, de

<sup>9</sup> «La última etapa...», en *La tortura en España. Estudios históricos*, Salamanca, 1973, pág. 160.

<sup>10</sup> *Ibid.* pág. 246.

<sup>11</sup> Cfr. «Historia del Derecho e Historia», en el libro colectivo *Once ensayos sobre la Historia*, Madrid, 1976, págs. 161-181.

<sup>12</sup> «Escuelas e Historiografía en la Historia del Derecho Español (1960-1985)», en el libro colectivo *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca, 25, 26 y 27 maggio 1989, t. I, Milán, 1990.

<sup>13</sup> «Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España», en el libro colectivo *Estudios sobre Historia de España (Ho-*

*menaje a Tuñón de Lara)*, t. 2, Madrid, 1981, págs. 607-625.

<sup>14</sup> F. Tomás y Valiente se ocupó en numerosas ocasiones de la obra de diferentes ilustrados; por todo ello, baste recordar la traducción que de la famosa obra de Beccaria *De los delitos y de las penas*, publicó en Madrid en 1969, con introducción y notas.

<sup>15</sup> F. Tomás y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pág. 409.

<sup>16</sup> Vid. «Castillo de Bovadilla (c. 1547-c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLV (1975), págs. 159-238.

los desiertos generados en virtud de la existencia de la Inquisición<sup>17</sup>, de la patrimonialización (y aprovechamiento privado) de lo que hoy podríamos definir como función pública<sup>18</sup> o de algunos instrumentos diseñados para permitir la acumulación de las propiedades en manos de unos pocos<sup>19</sup>, no existía posibilidad jurídica, que no política, de transformar situaciones que si bien no eran idénticas a las del Antiguo Régimen por él descritas, si podían ser lejanamente comparables. Todo un régimen de derechos y libertades faltaba, un régimen que, fijado constitucionalmente, pudiera hacerse efectivo.

F. Tomás y Valiente también lo reclamó haciendo historia, una historia de nuestro constitucionalismo que, como ya advertí, había sido evitada por los historiadores del derecho: de nuevo, el compromiso, esta vez con el deseo de que adviniera una nueva Constitución que fijara el marco necesario para que se produjera un cambio en la vida de los habitantes del país y en la cultura de los juristas. Con su obra se recupera un relato olvidado en nuestra tradición iushistórica, en la que parecían no tener mayor protagonismo los sucesivos, y en su mayoría, fracasados, intentos de igualar a los hombres garantizando sus libertades.

Y este relato no sólo se recupera mediante la investigación, sino, sobre todo, mediante la enseñanza. Gracias a un revolucionario *Manual de Historia del Derecho español*, publicado por primera vez en 1979, algunas generaciones de futuros juristas pudieron darse cuenta de que no sólo Cuenca tuvo fuero, sino España Constitución o Constituciones, unos curiosos textos que en absoluto se podían identificar con las famosas Leyes Fundamentales que por aquel entonces usurpaban el espacio de la inexistente norma suprema.

F. Tomás y Valiente fue uno de los pioneros en el estudio de nuestra historia constitucional. Nadando contra corriente, reclamó la necesidad de hacer una nueva historia del constitucionalismo<sup>20</sup>, en la que el texto de 1978 pudiera contemplarse y entenderse<sup>21</sup>. Pero, de todos es conocido que el advenimiento del régimen liberal no supuso la instauración ni de libertades ni oportunidades para todos: también de sus interesadas construcciones se ocupó quien ya, por entonces, era miembro del primer Tribunal constitucional español<sup>22</sup>. La nueva historia constitucional

que reclamaba no era, pues, una mera glosa de textos que se fueron sucediendo, una glosa o conjunto de ellas que no por cercana dejaba de ser conocimiento propio de anticuario; por ello, no sólo los textos constitucionales importaban, también otras realizaciones que hicieron posible lo que, con palabras de otro, definió como «paz burguesa»; en este sentido, F. Tomás y Valiente no se olvidó, entre otras muchas cosas, de preocuparse por el inconstitucional proceso de formación del Código Civil español<sup>23</sup>, o de la degradación de la ilustrada utopía codificadora<sup>24</sup>, contribuyendo con éstos y otros trabajos a aumentar nuestra comprensión respecto de la cultura legal decimonónica, esto es, respecto de la nuestra propia.

No podemos cerrar el capítulo de preocupaciones historiográficas situadas en tiempos de Constitución sin recordar que F. Tomás y Valiente entendió como problema, siempre abierto, la dificultosa formación de España. Los derechos y libertades de los españoles requerían, tanto ayer como hoy, que se diera entrada a aquellas reivindicaciones que rompieran la coactiva visión unitaria que se infería del seguimiento de los avatares del histórico destino común, existente ya desde tiempos inmemoriales<sup>25</sup>. Pero, esta vez, su compromiso tuvo una naturaleza más constitucional que historiográfica, ya que fue el resultado de una labor arquitectónica procedente de su función como juez<sup>26</sup>, por más en ella se ayudara de conocimientos proporcionados por el estudio del pasado<sup>27</sup>.

IV. En definitiva, de la producción historiográfica de F. Tomás y Valiente se puede extraer los caracteres de un compromiso con la cultura democrática y con el oficio de historiador. Y, aunque pudiera parecerlo, no resulta sencillo soportar ambas cargas. Esta dificultad se pone de relieve cuando, pasado ya el momento de reclamar libertades frente a la sinrazón franquista, de lo que se trata es de construir, repensarlas, reconstruirlas o, simplemente, garantizarlas. Y no me estoy refiriendo, ya lo advertí, a la vertiente institucional de la actividad de F. Tomás y Valiente, ni siquiera a su obra científica producto de tal actividad<sup>28</sup>: sigo encerrada en la historia.

¿Cuál es el lugar del compromiso del historiador

<sup>17</sup> «Expedientes de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIV (1964), págs. 417-462.

<sup>18</sup> F. Tomás y Valiente se ocupó en innumerables ocasiones de la problemática de la venta de oficios en el Antiguo Régimen. No haré aquí referencia exhaustiva a sus trabajos, limitándome a consignar el que me parece más significativo. *La venta de oficios en Indias (1492-1606)*. Madrid, 1972 (hay una segunda edición de 1982).

<sup>19</sup> La injusticia que supuso el reparto decimonónico de la tierra en virtud del proceso de desamortización fue también objeto de numerosos trabajos de F. Tomás y Valiente. Como en el caso anterior, también me limitaré a reseñar el más conocido. *El marco político de la desamortización en España*, 1.ª ed., Barcelona, 1971.

<sup>20</sup> «Notas para una nueva historia del constitucionalismo español», *Sistema*, núms. 17-18 (abril 1977), págs. 71-88.

<sup>21</sup> «La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español», *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXX (1980), págs. 721-751.

<sup>22</sup> «La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Ré-

gimen», en VV.AA. *La era isabelina y el Sexenio democrático*, t. XXXI de la *Historia de España Menéndez Pidal*, dirigida por J. M. Jover Zamora, Madrid, 1981, págs. 141-193.

<sup>23</sup> «Los supuestos ideológicos del Código Civil: El procedimiento legislativo», en *Códigos y Constituciones*, Madrid, 1989, págs. 31-81.

<sup>24</sup> «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», *ibid.*, págs. 111-125.

<sup>25</sup> «Los derechos históricos de Euzkadi», *Sistema*, núm. 31 (julio 1979), págs. 2-38.

<sup>26</sup> «Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional (Informe nacional relativo a España)», *Tribunales Constitucionales y Autonomías territoriales*, Madrid, 1985.

<sup>27</sup> «El 'Estado integral'. Nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en *Códigos...* cit. págs. 153-175.

<sup>28</sup> Vid. por ejemplo, «Garantías de los ciudadanos y papel del Tribunal Constitucional», *Diritto e Società*, núm. 1, Bolonia, 5 de mayo de 1988. Discurso de la investidura como Doctor Honoris Causa de S.M. el Rey.

que vive en un contexto democrático? ¿se puede liberar ya de otras responsabilidades que no sean las que se tejen en su propio taller? ¿puede, en definitiva, distanciarse encerrándose en discursos que, no por colectivos, sean autorreferenciales, compartidos sólo por colegas que militan en el mismo oficio? No es este el lugar indicado para plasmar por escrito opiniones o reflexiones que provengan de otras plumas que la del autor que nos ocupa. Sin embargo, resulta muy difícil hacer no sólo balance, sino simple extracto de la posición que el historiador Tomás y Valiente mantuvo respecto de esta cuestión más allá de 1978. Porque, si bien nunca abandonó el hacer historia, defendiendo la necesidad de la del derecho<sup>29</sup>, su dedicación a la misma no fue plena. No obstante, en los escasos años que han transcurrido desde su reincorporación a la Universidad hasta su violenta muerte, de su obra pueden inferirse una serie de tendencias que estaban apuntando.

Apuntaba sin duda una delimitación temática, si no exclusiva, sí predominante: la historia del constitucionalismo era la gran favorita entre sus preocupaciones historiográficas. Una opción que no sólo conectaba con antiguas preocupaciones sino que, como ha señalado recientemente B. Clavero, debía algo o mucho a su oficio como juez constitucional. Ya, previamente, el nuevo contexto histórico español había permitido al jurista e historiador reflexionar de una, sutilmente, nueva forma. Un artículo, de nuevo con el derecho penal por objeto, puede servirnos para apreciar los cambios: en «In dubio pro reo» el juez constitucional reflexiona sobre la libre apreciación de la prueba y la presunción de inocencia, no olvidando ni los caracteres del mundo antiguo ni las dificultades y contradicciones que, nacidas en el nuevo, deben ser superadas para la garantía de los derechos<sup>30</sup>.

La historia constitucional era, como afirmé, su actual y más importante preocupación. Ahora bien, no cualquier historia. Lejos ya de que la simple elección de la temática fuera por sí misma significativa y suficiente, el historiador requería de la formulación

de un, no nuevo, sino repensado compromiso: el establecido con el desarrollo de la cultura constitucional. Es ésta expresión de otro autor, pero no creo forzar voluntades si le atribuyo a F. Tomás y Valiente la misma vocación contributiva. Y no piense el lector que afirmaciones como la expresada carecen de significado fuerte, que son simples fórmulas de estilo ya que deben ser rellenadas y, posteriormente, valoradas.

En una muy reciente publicación, F. Tomás y Valiente aplaudió la emergencia de una nueva forma de entender nuestra historia constitucional, demostrando de nuevo, a través de su capacidad de asimilación, la naturaleza de su espíritu: «Sólo me atrevo a decir que un nuevo modo de estudiar el constitucionalismo está surgiendo o ha surgido ya entre nosotros y que tanto por la formación, el rigor y el entusiasmo de sus cultivadores como por la confluencia de perspectivas complementarias entre sí se están llenando huecos a la carrera, y sobre todo, se está pensando con una nueva mentalidad. La que consiste en olvidar tópicos, descubrir problemas, buscar influencias y procurar la integración de conocimientos»<sup>31</sup>.

Los caracteres de la «nueva mentalidad» de los que nos habla Tomás y Valiente desde el prólogo a una publicación periódica de la cual he extraído esta cita deben atribuirse no a los autores de la misma, sino al propio prologista. Por ello, no puedo dejar de consignar un lamento nacido de la pérdida de la obra, no de la escrita, sino la que estaba por escribir: ¿qué nos hubiera proporcionado la pluma de un historiador sensible, como Pirenne amante de la vida, enemigo de los tópicos y de las simplicidades, capaz de asimilar y de corregir, incluso, sus propias construcciones? Nadie ya es capaz de contestar a esta pregunta, pero quienes nos encontrábamos a su lado sospechamos que al historiador F. Tomás y Valiente le quedaba mucho por decir: el producto de un reformulado compromiso con la historia, con la cultura constitucional y, en definitiva, con la inteligencia, con una inteligencia puesta al servicio de la sociedad, que él siempre deseó libre y democrática.

<sup>29</sup> Vid. «La huella del derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel», en *Storia Sociale e Dimensione Giuridica*, Milán, 1985, págs. 245-273.

<sup>30</sup> «In dubio pro reo. Libre apreciación de la prueba y presun-

ción de inocencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20 (1987), págs. 379-395.

<sup>31</sup> *Historia Contemporánea*, núm. 12 (1995), pág. 23.

## Contra el secreto de estado\*

Manuel VAZQUEZ MONTALBAN

Me sorprendió ser invitado a un encuentro entre juristas democráticos, no por democráticos, sino por juristas. Normalmente se me presenta como poeta, ensayista, novelista, periodista y *gourmet*, sin que ser *gourmet* guarde alguna equivalencia con los otros adjetivos, pero me temo que a partir de ahora pueda añadirse el calificativo de jurista. Recuerdo un poema de Carlos Barral en el que glosaba los años de adolescencia pasados en una playa catalana, Calafell, especialmente mágicos cuando los pescadores le invitaban a subir a su barca para el faenar de la pesca nocturna, la *ensesa*: «Me regalaban el quehacer de un hombre...» dice el verso y permitidme una paráfrasis motivada por este encuentro. Me habéis regalado el quehacer de un jurista.

Pero inmediatamente os vais a dar cuenta de que no lo soy y que la lógica que aplico a la gran cuestión de los secretos de estado no es la que vosotros habéis aplicado y aplicaréis a partir de las leyes escritas y la jurisprudencia creada. No encuentro motivos para liberar al estado de toda sospecha y para mí el estado sigue apareciendo como sospechoso de ser un instrumento de clases emergentes que tratan de ratificar su hegemonía sublimando superestructuras a la medida de sus intereses. Tienen razón los que acusan a ciertas izquierdas de pasar de un antiestatalismo revolucionario a un estatalismo a la defensiva de los derechos colectivos frente a la primacía de lo individual. No es tan simple la condena del estado como sublimación de los intereses de la clase dominante como se pretendió en la etapa en que estuvo demasiado clara la dialéctica de la lucha de clases, pero sigue siendo evidente que se elaboran las leyes y se aplican decantadamente, y que siguen siendo muy diferentes las oportunidades de que gozan Agamenón y su porquero.

La supervivencia del derecho del estado a tener secretos que enmascaren su condición delincuente es una prueba de que no hemos profundizado la democracia suficientemente, pero sí hemos conseguido niveles de participación democrática que son considerados peligrosos por el estado liberal. El profesor Carlos de Cabo se refería ayer a la derrota estratégica de la izquierda y su influencia en las pautas de la conducta del poder, pero constatar la evidencia de esa derrota no impide tener en cuenta que ha sido la lucha histórica de la izquierda la que ha logrado constituciones integradoras, como el mal menor aceptado por los sectores dominantes. Constituciones avanzadas y embarazosas, tan embar-

zosas que una de las tendencias del poder es buscar contraindicaciones constitucionales, es decir, cómo defenderse del papel fiscalizador de las propias constituciones. Por eso algunos políticos de izquierda, un tanto desarmados de ofertas diferenciales, exigen Constitución, como si rezaran *Sanctus, Sanctus, Sanctus*, porque se cumple la contradicción de que las constituciones consensuadas pueden llegar a ser subversivas.

En la era de la suprainformación, cuando se plantean autopistas de datos que se mueven a la vez por la Tierra de nadie y por la Tierra de todos, que sobreviva la cultura del secreto de estado es una prueba de que el estado no se fía de la ciudadanía. Normalmente los secretos de estado esconden fechorías que han beneficiado una interpretación reaccionaria de las reglas de convivencia y es lógico que esa finalidad negativa sea enmascarada de virtud y se exalte la cultrua del secreto de estado como una muestra de la madurez democrática de un pueblo o del sentido de estado de sus políticos y como prueba de los nuevos de que un político es algo más que un político: un estadista. Una garantía de madurez es que en nombre del sentido del estado la policía paralela asesine a ecologistas y ese crimen no afecte a la conciencia social de una sociedad madura e incluso sea premiado con una condecoración por el presidente de la República que así demuestra su condición de estadista. Otra prueba de madurez es que en nombre del estado se deje secuestrar a enemigos del estado, torturarlos, asesinarlos, enterrarlos en cal viva buscando una silenciosa complicidad social madura desde la percepción ética de que el padrino de la operación es estadista. Nos moveríamos en los niveles más abyectos de *lo políticamente correcto* y sin embargo las leyes sobre estas cuestiones permiten una libertad de movimientos casi absoluta para el estado delincuente, como acaba de demostrar la conclusión a que ha llegado el Tribunal de Conflictos sobre la solicitud del juez Garzón de tener acceso a los papeles del CESID. Se interpreta la legislación realmente existente para obstaculizar la clarificación de posibles delitos de estado y se deja al gobierno la capacidad de favorecer o impedir informaciones sobre hechos que afectan a su propia condición de culpable o inocente. ¿Estamos en el terreno de la correcta aplicación de las leyes realmente existentes o del leguleyismo impune y cínico? Si el poder judicial no es el llamado a fiscalizar las acciones del poder político ¿quién va a hacerlo? ¿el mediático? ¿Los héroes de papel? ¿Los héroes hertzianos? ¿Quiénes son los propietarios de

\* Texto de la intervención del autor en un seminario sobre el secreto de estado organizada por Jueces para la Democracia, en diciembre de 1995, en El Escorial (Madrid)

medios de información y en qué medida su finalidad histórica y ética puede ser diferente de la del estado sospechoso de servir un orden que enmascara el desorden real?

Sin duda los jueces, como todo tipo de trabajador intelectual, asumen dos actitudes fundamentales: los que se dedican a reproducir y perpetuar la escala de valores establecidos y los que forcejean con esa escala para adecuarla a las necesidades objetivas de emancipación social. El juez es un sabio que domina la teoría la técnica y el lenguaje de una actividad fundamental para la convivencia, su saber se vale normalmente de una lógica interna ensimismada y de unos códigos que se expresan mediante jergas bastante impenetrables. Mientras exista la división del trabajo, o el jurista, en todos los niveles, toma partido por prestar ese saber a los que carecen de él y tienen que soportar una justicia hecha a medida de los sectores dominantes o se convierte en un instrumento aséptico del conservacionismo de la peor especie, el conservacionismo aplicado a conseguir la foto fija de la desigualdad de oportunidades. Hay que escoger entre la actitud reproductora y legitimadora del desorden establecido que puede llevar incluso a que existan abogados y médicos que presten su saber a enmascarar la tortura y la actitud de prestar el saber específico del jurista a reclamar un estado transparente, asistencial y decente, sobre

todo decente, reivindicación posibilista que se ha convertido en tan subversiva como puede ser reivindicar la Constitución. En encuentros de este tipo nos movemos dentro de los encomiables cauces de un reformismo posibilista que trata de sacar partido de las leyes vigentes con una finalidad virtuosa y no perversa. Pero ya hemos visto que incluso el posibilismo es muy difícil de aplicar y nos lo acaba de ratificar una decisión jurídica, la del Tribunal de Conflictos, que puede llegar a inspirar repugnancia. Si bien es cierto que ya sería tremendamente positivo que todos los jueces democráticos aplicaran su saber a un reformismo posibilista, no por ello hay que prescindir de los referentes culturales absolutos, aun a sabiendas de que son hoy por hoy inalcanzables. Hay que estar *contra el secreto de estado* como hubo que estar *contra la esclavitud* o *contra la pena de muerte* cuando estas posiciones eran consideradas utópicas, *imposibles*. No hay que mantener esa exigencia *absoluta* como un derecho al pataleo utópico, sino como un referente disuasorio de la tendencia delictiva del poder. El secreto de estado destinado a proteger el Estado delincuente se sitúa en la prehistoria de la democracia participativa y no lanzo el desesperado grito de ¡estamos rodeados! porque me parece que entre los aquí presentes, todos juristas menos yo, son aplastante mayoría los que no quieren ser cómplices del estado delincuente, del terrorismo de Estado.

# El secreto de Estado entre el control y el privilegio\*

Claudio MOVILLA ALVAREZ

I. El ejercicio del poder, la forma en que se desarrolla, los resultados de la actividad para valorar si es no conforme con los fines legalmente previstos y los intereses públicos, deben ser tributarios del principio de publicidad como ingrediente imprescindible para, en su caso, la exigencia de responsabilidad. Para Norberto Bobbio, la democracia es idealmente el gobierno del poder visible o sea del poder que se ejerce o debería siempre ejercerse en público, ratificando la antigua opinión de Platón al calificar la democracia de *teatrocracia*. Voltaire desde su radical compromiso, ha dicho: «Si algo puede detener en los hombres la rabia del fanatismo es la publicidad». Como siempre, Voltaire confía en que los crímenes dejarán de cometerse cuando la mayoría de los ciudadanos, estén convenientemente advertidos de ellos: transparencia social contra oscurantismo fanático. Por eso las cuestiones derivadas de esa zona del actuar del poder conocida como «secretos de Estado», en realidad clandestinidad del Ejecutivo y la denodada resistencia de este a toda forma de control, constituyen en mi entender un tema clave del Estado de Derecho y dato relevante para valorar la calidad de la democracia en que estamos viviendo, que en una primera aproximación suscita tres consideraciones.

En primer lugar, surge la pregunta de si es posible resolver esa tensión entre las exigencias de una Administración transparente, abierta, permeable a los ciudadanos y a la intervención de otros poderes públicos, como condición esencial para satisfacer la exigencia constitucional del derecho a participar en los asuntos públicos, (art. 9.2 y 23 de la CE) y hacer efectivo el principio de separación de poderes y de otra parte la invocación a la eficacia, a las exigencias de un buen funcionamiento de la Administración que reclaman para esta un espacio de clausura, una zona de penumbra en la que no es posible entrar, cualesquiera que sean los intereses o valores que se pretenden defender con esa accesibilidad. Una tensión que no sólo en España sino en otros muchos países termina siempre por inclinarse del lado del Ejecutivo.

Otra consideración hace referencia a la aceptación acrítica y no racionalizada de ese «privilegio del Ejecutivo» en base a una sedicente «razón de Estado» o de un indemostrado «estado de necesidad» que no sólo legitima la existencia de esa zona de secreto, sino que reclama la ausencia de *juridificación* de aquella. Si un carácter distintivo del moderno Estado de Derecho se encuentra en que todos los po-

deres son dosis medidas de potestad, sujetos por ello a verificación y control, este principio se desmorona cuando nos enfrentamos a estos modernos «*arcana imperii*» sometidos únicamente a la disponibilidad del príncipe.

En tercer lugar no puede menos de invadirnos un claro sentimiento de desazón, ante la insuficiencia de los instrumentos legales existentes para solucionar el conflicto, cuando el secreto sirve de velo para cubrir presuntas actuaciones delictivas surgidas en la zona de penumbra o en sus aledaños. Un conflicto que no puede saldarse como se pretende hacer por algunos entusiastas de la «razón de Estado», con el reconocimiento de que el Estado no puede dejar de ser delincuente, si quiere cumplir con las funciones de seguridad que constituyen su razón de ser, su última legitimidad, retomando el discurso hobbesiano.

Aunque se acepte que también en los sistemas democráticos de poder, puede darse esa tensión entre el principio de publicidad de la Administración y necesidad del secreto, el conflicto nunca puede saldarse con un aplastamiento del primero y una hipervaloración del segundo. Como señala con todo acierto Javier de Lucas, lo que resultaría incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que estos escapen a la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control, que sólo serviría para poner en peligro los intereses del Estado concretados de modo general en la defensa y la seguridad.

II. Es indudable que el mantener algo como secreto, como oculto, —en realidad como oculto para unos y conocido para otros—, no puede tener en principio connotaciones totalmente negativas e incluso diversas manifestaciones del secreto tienen rango de derecho fundamental: derecho a la intimidad personal y familiar, (artículo 18.1 de la CE); inviolabilidad del domicilio; (artículo 18.2 de la CE); secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE), secreto profesional de los periodistas, (artículo 20.1.d de la CE).

La protección del secreto en especial a través del derecho-deber a mantenerlo se justifica en unos casos en razones de *interés público* y en otros en razones de *interés particular*, diferenciación esta de una gran importancia y que no debe olvidarse para evitar peligrosas confusiones. Cuando nos referimos a la necesidad de proteger los derechos de los indi-

\* Texto de la conferencia pronunciada en El Escorial el 15 de diciembre de 1995 dentro del seminario sobre «El control demo-

crático de secreto de Estado» organizado por Jueces para la Democracia.

viduos, incluso cuando están a disposición de la propia Administración o son custodiados por esta, la razón está en que con ese mantenimiento del secreto se salvaguardan derechos e intereses de dichos individuos que incluso tienen relevancia constitucional. Como también es esa necesidad la que justifica la obligación de reserva de abogados, notarios, médicos, religiosos, etc. En estos casos el legislador constitucional y ordinario apuesta por esos derechos e intereses de los individuos en razón de su relevancia constitucional, frente a otros intereses gestionados por el Estado. En la propia Constitución el artículo 24.2 remite a la ley la regulación de los casos en que, por razones de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Por el contrario, cuando el secreto se fundamenta en razones de interés público, lo que se pretende preservar con el mantenimiento de aquel, es el buen funcionamiento de la Administración, la obligación de servir con objetividad los intereses generales, actuar con arreglo a principios de eficacia; también el evitar que la transmisión del secreto pueda causar daño a las tareas públicas o el abuso de información privilegiada. La Administración no tiene derechos sino potestades, —en todo caso la titularidad de aquellos tiene solamente un carácter medial para el ejercicio de las segundas—, y su funcionalización sólo se justifica en el servicio de los ciudadanos. Por ello los secretos de que sea depositaria la Administración no pueden convertirse en un plus de potestad, ni utilizarse para otros fines que la gestión con objetividad de los intereses generales, cuyo control en todo caso compete a los Tribunales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 de la CE. (Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, *así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.*) El saber-poder que se detenta en virtud del secreto no es instrumento de privilegio o de preeminencia en relación a los particulares o a otros poderes del Estado, sino que tiene un carácter medial, instrumental, para los fines constitucionalizados por el artículo 103 de la Norma fundamental.

III. Cuando nos planteamos la necesidad de una mejor juridificación del régimen de secretos de la Administración, tratando de eliminar o al menos paliar las tentaciones a la arbitrariedad que proscribe el artículo 9.3 de la CE, no estamos haciendo un ejercicio de desconfianza hacia el poder que monopoliza los secretos que pueden considerarse más conflictivos y si de encontrar las soluciones, si ello es posible, que permitan a los otros poderes del Estado el ejercicio armónico de sus competencias constitucionales y protejan los derechos fundamentales del individuo. No se trata de optar entre un poder «malo» y otro poder o poderes «buenos», aunque así se presente interesadamente por algunos juristas más o menos orgánicos y si de realizar una ponderación de derechos, intereses y valores, a fin de determinar cuales deben tener prevalencia de acuerdo con las pautas constitucionales.

Aquí conviene hacer una puntualización y es que la democratización de las estructuras políticas con la desaparición definitiva del principio monárquico

encarnado en el ejecutivo y copartícipe privilegiado del legislativo, no puede suponer una desaparición del sistema de legalidad de la Administración y una entrega del funcionamiento de esta a la discreción absoluta de los nuevos administradores democráticos. La formación de la democracia como principio único de gobierno no supuso el abandono del sistema de *gobierno de la ley* que la Revolución Francesa había aportado, para volver a recaer en el arcaico sistema prerrevolucionario del *gobierno de los hombres*, aunque estos fueran hombres designados democráticamente.

Cuando se enfatiza sobre la legitimidad democrática de los administradores, se está apuntando a la aplicación a sus actos del mecanismo de la representación política, ya que aquellos vendrían a ser como propios del pueblo a quien representan. Esto, como dice García de Enterría a quien sigo en este apartado, es radicalmente falso dado que la representación política es el instrumento para la formulación de la voluntad general y esta se expresa solo en la ley, (ley que hoy es ley más Constitución), con sus notas de superioridad e irresistibilidad; todos los demás actos del Estado son un *quid aliud* respecto de la ley y por tanto sujetos a verificabilidad y control a través de los órganos legislativos pero también y tal vez en mayor grado, ante los órganos jurisdiccionales.

IV. El régimen jurídico del secreto en el Derecho español se bifurca en dos sentidos: de una parte se hace preciso examinar los mecanismos que lo protegen, para evitar que su conocimiento a quienes no son sus depositarios pueda causar perjuicio a los intereses públicos o privados y de otra, determinar los supuestos que permiten su levantamiento y el procedimiento que debe seguirse, cuando sea necesaria para la protección de otros derechos o intereses de mayor relevancia.

A) Cuando se trata de secretos por razón de *interés privado* los instrumentos de protección son muy variados:

1. De *naturaleza penal* a través de las figuras delictivas recogidas en los artículos 497 a 499 del Código Penal bajo la rúbrica «Del descubrimiento y revelación de secretos», (artículo 197 del reciente Código), en que el comportamiento delictivo es realizado por un particular y el 367 en que la revelación del secreto del particular se realiza por un funcionario público o autoridad que tiene a su cargo la custodia o protección del secreto, (artículo 198 del último código).
2. De *naturaleza civil* ya que algunas de las intromisiones consideradas como ilegítimas en el artículo 7 de la Ley 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tienen como objeto directo manifestaciones del secreto personal.
3. De *carácter administrativo* que surge por una doble vía: En unos casos los ciudadanos tienen el derecho de no informar a la Administración por lo que la protección del secreto es máxima ya que es el propio interesado quien lo tutela y defiende. En otros supuestos exis-

te el deber de informar a la Administración, pero la protección del secreto no desaparece aunque se configura de forma distinta, surgiendo un deber público de proteger el secreto de que es depositaria la Administración. En los diversos ordenamientos sectoriales la protección suele ser doble. De una parte opera en el interior de la propia administración, para evitar que los datos obtenidos para un fin determinado se utilicen para otro diferente y de otra opera hacia fuera manteniendo secretos aquellos datos privados cuya difusión o comunicación a terceros, pueda dañar a las personas o perjudicar sus actividades profesionales o económicas. Tanto la protección del secreto dentro de la propia Administración como hacia fuera, constituyen un deber para todos los funcionarios y autoridades, sin que exista diferencia alguna en la exigencia del cumplimiento, en razón de la finalidad pública o privada justificadora del secreto.

4. De *índole procesal* a través del derecho constitucional que tiene el acusado o imputado de guardar silencio y de la dispensa de la obligación de declarar que el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece para determinados parientes del procesado o de la prohibición de prestar testimonio de los funcionarios públicos a que hace referencia el artículo 417, ya que si bien la finalidad de la interdicción es garantizar procesalmente el deber de sigilo y secreto de los funcionarios públicos, entre esos secretos pueden encontrarse los que afectan al interés particular.

B) Cuando se trata de secretos en que la condición de tales viene dada por razones de interés público los mecanismos de protección son también plurales:

1. De *naturaleza penal* a través de diversas tipificaciones que van desde la grave figura de la traición, (arts. 122, 122 bis y 124 del Código Penal), pasan por los tipos recogidos en los artículos 135,bis,a) a 135,bis,d), —descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional—, hasta el comportamiento recogido en el artículo 367 bajo la rúbrica de la revelación de secretos e informaciones ajenas a los intereses de la defensa nacional.
2. De *carácter administrativo* que se concretan en los deberes de sigilo y secreto de todos los funcionarios públicos. Como señala Sáinz Moreno el alcance y fundamento de cada uno de estos deberes es diverso en el derecho hoy vigente. Mientras que el deber de sigilo se configura como un deber genérico de discreción, cuya finalidad consiste en no perturbar ni causar daños o molestias innecesarias tanto a la propia Administración como a los ciudadanos, el deber de secreto hace referencia a asuntos concretos que tienen naturaleza secreta, bien porque así hayan sido clasificados o bien porque lo disponga la ley, diferencia de naturaleza que origina diversas consecuencias en los casos en que se infrinja el deber. Y así ve-

mos como la vulneración del deber de sigilo que recoge el artículo 80 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 1964, es constitutiva de infracción grave conforme al artículo 7º) del Reglamento Disciplinario, en tanto que la ruptura del secreto así declarado por ley o por acto del órgano competente para ello, se tipifica como infracción muy grave en el artículo 6ºe) del citado Reglamento, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan alcanzar al infractor.

3. De *orden procesal* en la misma forma que se deja señalado para los secretos de interés particular gestionados en alguna forma por los servidores públicos.

V. A través de las someras citas que se acaban de hacer, puede llegarse a la conclusión, todo lo provisional que se quiera, de que tanto los secretos de los particulares, estén o no administrativizados, como los propios secretos de interés público, gozan en el ordenamiento español de una efectiva protección.

El problema surge cuando ese saber-poder en que consiste el secreto, se clausura en sí mismo, se justifica en razón de su propia existencia y se hace inmune e impermeable a toda clase de apertura o control, aunque estos vengan exigidos por la necesidad de proteger derechos o valores con relevancia constitucional. Si como antes indicaba citando a Javier de Lucas, lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos sino que estos escapen a la ley, o mejor a la *Ley y el Derecho* como dice el artículo 1033.1 de la CE, habrá que buscar la instrumentación jurídica necesaria para evitar que el secreto recobre su etimología de *sagrado*, se convierta en una cuestión de fe con un sentido reverencial hacia determinados centros de poder del Estado, al margen de toda posibilidad de verificación y control. Si la existencia de esas zonas de secreto, de misterio, de penumbra, no pueden ser evitadas, a pesar de su acción perversa para el contenido esencial de algunos derechos fundamentales y el sistema de separación de poderes, habrá que encontrar la solución adecuada para evitar, como dice Andrés Ibáñez, que la suma de poder y secreto no conduzca a resultados monstruosos y con una postura beligerante en el rechazo a que la «democracia realmente existente» en que vivimos sea la única posible.

VI. En el marco constitucional no encontramos ningún precepto que signifique una disponibilidad absoluta del secreto por parte del Ejecutivo, cuando aquella se contraponen a derechos, intereses o valores cuya gestión o protección se confiere a otros poderes del Estado. Así vemos en lo que respecta a la relación entre los poderes del Estado como el artículo 66 establece entre las competencias de las Cortes el control de la acción del Gobierno; el 76 se refiere a la posibilidad de nombrar Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público; el 109 dice que las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar los informes y ayuda que precisen del Gobierno y sus Departamentos; el 111 que so-

mete al Gobierno y sus miembros a las interpelaciones y preguntas que formulen las Cámaras.

En cuanto a las relaciones del Ejecutivo con el Poder Judicial, al margen de la declaración del artículo 117 sobre la exclusividad de la potestad jurisdiccional, el 106 dispone que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifiquen». Al margen de esta normativa hay que destacar como el artículo 24 de la CE establece el derecho fundamental que todos tienen a obtener de los Tribunales la tutela judicial efectiva para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, *sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*. Asimismo es de tener en cuenta la proscripción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 o la invocación a la justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

En todo el ordenamiento constitucional no hay consagración alguna del secreto de Estado como valor constitucionalmente relevante ni hay referencia a privilegio del Ejecutivo en esta materia, en tanto que si se da naturaleza de derecho fundamental a diversas manifestaciones del secreto de los particulares, (artículos 16.2, 18, 20.1,d) de la CE). Por el contrario, el principio general en el actuar administrativo es el de la publicidad como se comprueba con la lectura sistematizada de los artículos 9.2, 23.2, 105 y 109 de la CE. Los problemas surgen por la difícil coordinación de una normativa ordinaria, alguna de carácter preconstitucional, con los preceptos de la Norma Fundamental que se dejan reseñados.

**VII.** El arsenal normativo que sustancialmente se invoca para el abroquelamiento del Ejecutivo en su defensa del secreto, en particular para fundamentar su negativa a facilitar datos a los órganos judiciales cuando es requerido en el curso de una investigación por razón de delito, para la que es relevante el conocimiento de algún material secreto, está constituido por la Ley 9/1968 de 5 de abril, modificada por la 48/1978 de 7 de octubre, así como por el artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las normas que regulan el deber de secreto de los funcionarios públicos a que se deja hecho referencia. En la actualidad hay que tener también en cuenta la Ley 11/1995 de 11 de mayo, que regula el control parlamentario de una de las zonas más conflictivas del secreto de Estado cual es la de los fondos reservados.

Es curioso señalar que la Ley 9/1968 parte en la Exposición de Motivos y en el artículo 1º del principio general de publicidad del actuar administrativo, salvo los casos en que por la *naturaleza* de la materia sea esta declarada expresamente clasificada bien por ley o por acuerdo del órgano con atribuciones para hacerlo. Pueden ser declaradas «materias clasificadas» los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas, *puede dañar o poner en riesgo la seguridad o defensa del Estado*, (art. 2º de la Ley según la redacción dada por la de 7 de octubre de 1978). Los órganos competentes para realizar la clasificación han quedado reducidos en esta

última norma, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. Debe tenerse en cuenta que el principio de inaccesibilidad a las materias secretas no tiene carácter absoluto, no sólo porque no alcanza a las Cámaras legisladoras, —artículo 10—, sino porque se prevé que los órganos a quienes compete la función clasificadora, faculten su conocimiento con las formalidades y limitaciones que se determinen (arts. 8 y 11).

Un dato de indudable relevancia es que el artículo 10.2 de la Ley 9/1968 excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se susciten en relación a las calificaciones a que se refiere la ley, exclusión en cierto modo contradictoria con la posibilidad que abría el artículo 13 de interponer recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones sancionadoras por incumplimiento de la obligación de reserva, ya que sería muy difícil por no decir imposible, que se pudiera revisar la decisión sancionadora sin conocer datos o antecedentes del expediente que fue objeto de la violación del secreto. La Ley 48/78 de 7 de octubre deroga expresamente no sólo el apartado 2º del artículo 10 —la exclusión del conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere la ley—, sino también el artículo 13 que en su apartado segundo posibilitaba el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones sancionadoras. Una derogación de la primera de las mencionadas que permite una doble interpretación: o estimar que la mención era innecesaria ya que la exclusión vendría ya exigida por lo dispuesto en el artículo 2,b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o por el contrario considerar que el recurso es posible si se tiene en cuenta la interpretación restrictiva que del citado precepto de la LJ, ha venido realizando el TC y el TS. En cuanto a la eliminación de la referencia a la posibilidad del recurso en materia sancionadora y dado que es impensable un rechazo a dicho control, el problema se reconduce a lo que se deja indicado en materia de prueba.

Lo que si debemos recalcar es que en ninguna parte de las leyes reguladoras de la materia, aparece un rechazo «ad limine» a que la jurisdicción del orden penal pueda conocer de materias reservadas o secretas, cuando este conocimiento es imprescindible para la investigación o enjuiciamiento de alguna actividad delictiva, que se ha realizado utilizando el poder-saber que confiere el secreto.

**VIII.** Como señala con todo acierto Luciano Varela, «cada vez que un derecho fundamental puede ser comprometido, la Constitución convoca al Poder Judicial como único que está legitimado para valorar la proporcionalidad de las medidas que lo limitan», (arts. 17, 18, 20, 22 de la CE). Por ello en esta materia del secreto se suscita un doble problema de legitimación: a) quien es competente para la determinación inicial de lo que es secreto y si es posible algún control de la decisión, y b) quien es competente para hacer accesible el secreto cuando el mantenimiento de este, comprometa esos derechos e intereses *constitucionalmente relevantes*.

En cuanto a la primera cuestión y como ya se deja señalado, en el artículo 4º de la Ley después de la

reforma de 1978, la competencia clasificatoria aparece reservada al Gobierno y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. La cuestión fundamental que se plantea es si existe posibilidad de impugnar el acuerdo clasificatorio cuando no se someta «a la Ley y el Derecho», como señala de modo rotundo el artículo 103.1 de la CE, posibilidad que como se deja indicado vedaba el artículo 102 de la Ley 9/68 pero que deja abierta la reforma de 1978.

Ante todo hay que decir que si la exclusión viene exigida por la condición de «acto político» del acuerdo clasificatorio, nunca podría amparar la exclusión de los realizados por la Junta de Jefes de Estado Mayor, al no tratarse de un *acto político del Gobierno* en el sentido constitucional de este, sino de un órgano que actúa bajo la dirección y control del Gobierno de acuerdo con lo que dispone el artículo 97 de la CE. Sin embargo el problema seguiría pendiente en aquellos supuestos en que es el Gobierno el que realiza la clasificación, tal como ocurrió en sesión de 28 de noviembre de 1986 en la que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LSO, se confirió el carácter de secreto a un amplio listado de materias, planos o documentos, en el que, los clasificados en el apartado A), —secretos—, tienen un claro referente militar con excepción del recogido en el apartado 10: «la estructura, organización y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlos». ¿Podría ser objeto de recurso contencioso-administrativo este acuerdo clasificatorio o los actos que se realicen en aplicación del mismo, que en muchas ocasiones serán necesarios en razón de la generalidad y falta de concreción de aquellos? ¿De admitirse el recurso, de que medios de prueba dispondría el posible recurrente?

Tengo que reconocer honestamente que la respuesta no es sencilla, aunque en definitiva vendrá condicionada por la determinación de lo que se consideren «actos políticos del gobierno», expresión esta que a pesar de los duros embates de la doctrina científica, (García de Enterría, Embid, Garrido Falla, Tomás Ramón Fernández), continúa siendo aceptada por la jurisprudencia del TC y del TS si bien desde una posición restringida y dentro del marco referencial del inciso primero del artículo 97 de la CE, («el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y Militar y la defensa del Estado»). Como manifestaciones concretas de esta actividad de dirección política, estas no controlables en sede contencioso-administrativa, estaría la programación política general, la elaboración de los Presupuestos del Estado, la iniciativa legislativa, manifestaciones de la potestad normativa (decretos-leyes), la gestión de la defensa, la dirección de la política exterior, etc. La sentencia del TC 45/1990 de 15 de marzo en esta vía restrictiva y de adaptación del artículo 2,b) de la LJ a la Constitución, si bien dice que no toda actuación del Gobierno cuyas funciones se enumeran en el artículo 97 está sujeta al Derecho Administrativo, ejemplifica como excluidas las que se refieren a las relaciones con otros órganos constitucionales o la decisión de enviar a las Cortes un Proyecto de Ley u otras semejantes, entre las cuales podrían indudablemente incluirse las

líneas directrices de la política exterior o de seguridad nacional. Exclusiones estas muy diferentes y que nada o muy poco tienen que ver con las actuaciones concretas clasificatorias a que hacen referencia las leyes sobre secretos oficiales.

Sin embargo la tentación siempre presente en el poder de inmunizarse contra la justiciabilidad de amplias parcelas de su actuación, ha recobrado nueva vida en el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa publicado en el BO de las Cortes Generales, Congreso de 30 de septiembre de 1995, que en opinión de García de Enterría, restablece la vieja doctrina de los «actos de Gobierno», pero en términos aún más extensos de lo que pretendió la doctrina de hace más de un siglo, ya que el artículo 3,c) del Proyecto excluye de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, «los actos de dirección de la política interior y exterior del Gobierno del Estado y de lo Consejos de Gobierno Autonómicos». (Censurar esta propuesta y compararla con la redacción del artículo 2,c) del Anteproyecto).

**IX.** Como se deja indicado la atribución por el Ejecutivo de la condición de secreta a una determinada materia, no significa la total inaccesibilidad para otros poderes del Estado, ni que estos no puedan ejercer una función de control más o menos amplia, en cuanto al uso que el Ejecutivo hace de lo declarado secreto.

A) La CE en su artículo 109 establece lo que Sáinz Moreno llama el principio de competencia universal de las Cortes para conocer la acción del Gobierno y de la Administración, al determinar que las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar a través de los presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las comunidades autónomas, principio que tiene su fundamento en el carácter de las Cortes como representantes del pueblo español —artículo 66.1 de la CE—, en quien reside la soberanía nacional y de quien emanan los poderes del Estado (art. 1.2 de la Norma Fundamental). Por eso el artículo 10.2 de la Ley de Secretos Oficiales después de la reforma efectuada por la Ley 48/1978 dice que, «la declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen sus respectivos Reglamentos y en su caso en sesiones secretas». Sin embargo el artículo 7 del Reglamento del Congreso establece que *razones fundadas* en Derecho permiten a la Administración requerida no facilitar la información o documentación solicitada, facultad denegatoria que se reitera en el artículo 44 del referido Reglamento en relación a las comisiones del citado órgano legislativo. Los artículos 66 y 67 del Reglamento del Senado establecen una competencia semejante para las Comisiones de la Cámara Alta.

La expresión «razones fundadas en Derecho» impiden que la negativa a facilitar la información requerida, pueda basarse únicamente en razones políticas y exige que el rechazo tenga cobertura legal, bien en virtud de mandato constitucional, bien en al-

guna norma aprobada por las mismas Cortes en que estas autolimiten su competencia informativa. De forma específica para los «fondos reservados» el artículo 7 de la Ley 11/1995 de 11 de mayo establece que «los créditos destinados a fondos reservados estarán sujetos al control del Congreso de los Diputados, a través de una Comisión parlamentaria compuesta por el presidente de la Cámara, que la presidirá y aquellos diputados que, de conformidad con la normativa parlamentaria, tengan acceso a secretos oficiales». Asimismo dispone que, «los titulares de los Departamentos que tengan asignadas partidas de gastos reservados, informarán semestralmente a la Comisión sobre la aplicación y uso de los correspondientes fondos presupuestarios»; «las sesiones de la Comisión serán en todo caso secretas y sus miembros vendrán obligados a no divulgar las informaciones obtenidas...»; «con carácter anual y atendiendo en todo caso a lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de la Ley, la Comisión podrá elaborar un informe para su remisión a los presidentes del Gobierno y del Tribunal de Cuentas».

En opinión de Sáinz Moreno la reacción frente a una denegación de facilitar información (expresa o presunta, manifiesta o encubierta bajo el velo de una respuesta insuficiente, tautológica o incongruente), puede venir por una triple vía: planteamiento de responsabilidad política; exigencia de responsabilidad penal por delito de desobediencia cuando esté previsto en una ley, como es el caso de la Ley Orgánica 5/1984 de 24 de mayo, de comparecencia ante las comisiones de Investigación del Congreso y el Senado, cuyo artículo 4 dispone que el «requerido que dejare voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de Investigación incurrirá en delito de desobediencia grave», o mediante la promoción de recurso de amparo ante el TC de acuerdo con el artículo 42 de su Ley Orgánica.

Vemos, pues, que el Poder Legislativo tiene a su disposición una serie de mecanismos que posibilitan un cierto control del uso de las materias clasificadas, que si no son lo suficientemente efectivos no es tanto por los defectos de la propia normativa y si por la inacción de los propios grupos parlamentarios o por el juego de alianzas, pactos y mutuas concesiones de aquellos.

B) Muy diferente es la situación del Poder Judicial que, al menos desde una interpretación muy simplista de la normativa existente sobre la materia, aparece inerte y desprovisto de la instrumentación adecuada para controlar el uso y el abuso que el Ejecutivo haga de los secretos, en aquellos casos en que un cierto control es absolutamente necesario para investigar y enjuiciar una actividad delictiva desarrollada en los espacios de clausura del poder o en sus aledaños. Aunque las confrontaciones hasta el momento no han sido muy numerosas, si han tenido una gran resonancia por las personas en ellas implicadas, han originado fuertes tensiones y lo que reviste más importancia es que la actuación seguida por el Ejecutivo no parece tener un carácter coyuntural y revela una concepción de las relaciones entre poderes muy poco acorde con los principios y valores del Estado de Derecho. La postura del Ejecutivo es muy rotunda al sostener que en materia de

secretos oficiales o de fondos reservados, sólo el tiene disponibilidad aunque el acceso sea el único medio de evitar que queden impunes gravísimos comportamientos delictivos y desprovisto de su contenido esencial el artículo 24 de la CE. El arsenal jurídico que fundamenta la clausura no reviste una gran finura, aunque haya sido esgrimido hasta el cansancio por intelectuales más o menos orgánicos y por complacientes «juristas de Estado».

Ya se deja indicado que en la CE no hay precepto alguno que establezca limitaciones al Poder Judicial para ejercer con plenitud la potestad jurisdiccional que tiene conferida y tampoco en la Ley de Secretos Oficiales o en la de Fondos Reservados aparece esa interdicción para el acceso al secreto. Los que sostienen la imposibilidad de que se llame a declarar a funcionarios sobre materias reservadas o fondos secretos o se requiera la entrega de documentos u otros objetos (Laporta, Leguina, Quintero, etc.), resumen su postura al decir que una cosa es que cualquier hecho sea controlable por el juez y otra bien distinta que para sentar la verdad sobre ese hecho se pueda recorrer por cualquier itinerario, metiendo en el mismo saco el derecho que tiene toda persona a no declarar ni presentar pruebas contra sí mismo, el secreto religioso, el secreto médico, el secreto periodístico, el de determinados parientes del inculcado de no declarar contra este y el de los funcionarios públicos o autoridades en relación a aquellas materias que tengan carácter secreto.

Sin embargo la fundamentación en unos y otro caso es bien diversa. Cuando se trata del imputado, religiosos, médicos, periodistas, parientes, la dispensa de la obligación de declarar se establece precisamente para preservar, proteger o defender otros bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, que forman parte del «status libertatis», de derechos reaccionales frente al Estado y no como en el caso del secreto de los funcionarios, de una dispensa por razones instrumentales de eficacia y de mejor gestión del servicio público que nunca puede tener un carácter absoluto.

El artículo 417 de la LECr no es más que el trasunto a nivel procesal del deber de sigilo y secreto de los funcionarios públicos; una obligación que tiene un carácter general pero que nada impide que pueda ceder cuando están en juego derechos o intereses con relevancia constitucional. Como señala Luciano Varela, la dispensa de la obligación de declarar sólo afectaría a la comparecencia como testigo del funcionario, pero no a que la materia reservada o secreta sea investigada por otros medios (documentos, soportes informáticos, objetos, etc.). Por otra parte, la excepción del número 2 del artículo 417 de la LECr puede y debe ser interpretada en el sentido de que en definitiva la negativa del funcionario se traslada al superior jerárquico que tiene la última disponibilidad del secreto, para que aquel decida sobre el mantenimiento o no de la excusa, con posibilidad de que el juez inicie causa penal cuando entiende en principio que la negativa no está justificada, por lo que será en esta causa donde se pondere la razonabilidad y proporcionalidad de la negativa.

Estamos, pues, en presencia de un conflicto de intereses que deberá ser resuelto a través de la téc-

nica del «balancing», ponderando en el caso concreto si los fines de seguridad y defensa del Estado, que nunca puede servir para cubrir cualquier actividad del Estado que tenga relación con aquellas finalidades, legitiman el vaciamiento del contenido esencial de algún derecho fundamental como puede ser el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE. La experiencia inmediata nos demuestra que no han sido precisamente esos fines de seguridad y defensa, los que se buscaban con las actividades objeto de investigación penal y si el beneficio personal o lo que aún es más reprochable la actividad antiterrorista al margen de las normas del Estado de Derecho.

Hay que señalar también que la operación de «balancing», la ponderación de la relevancia de los intereses en juego, nunca deberá ser realizada por el órgano que está bajo sospecha, no sólo por el evidente peligro de parcialidad que esto encierra, si no porque el principio de separación de poderes exige que aquella valoración sea efectuada por el Poder Judicial, único que está legitimado constitucionalmente para dicha valoración. Opinión esta bien diferente a la expresada por el señor ministro de Defensa en el escrito promoviendo conflicto jurisdiccional al Juzgado Central de Instrucción número 5 cuando dice: «Hoy cede la Ley de Secretos Oficiales y mañana será otra con lesión del principio de seguridad jurídica. *El límite, también el de una investigación judicial, está siempre en la ley que no tiene porque producir zonas de impunidad*». La filosofía que rezuma esta introducción es en verdad preocupante al presentar como una *cesión*, —¿o tal vez «concesión graciosa»?—, lo que sería una obligación del Ejecutivo para evitar queden impunes destrucciones o perjuicios de bienes jurídicos constitucionales. Como señala Andrés Ibáñez, «en el texto del ministro se hayan presentes algunos elementos relevantes del asunto..., aunque presentados según una curiosa jerarquía de valores que expresa mucho más de lo que dice». Mas rechazable aún es la opinión sostenida por J. Leguina en el diario «El País» del 6 de diciembre de 1995, cuando llega a considerar como una suma de corporativismo y demagogia, cualquier intento del Poder Judicial para penetrar en la zona oscura de los «secretos de Estado», un exceso verbal que viene a mostrar una vez más, como toda hiperlegitimación del Ejecutivo tiene que ser a costa del papel constitucional del Judicial.

El concepto constitucional de *imperio de la ley* hay que entenderlo no en el sentido estricto de imperio de las «leyes formales», sino *imperio de la Ley y el Derecho*. La CE hable de Estado social y democrático de *Derecho* y no de Estado «legal», con lo que se está haciendo una llamada a esos «valores superiores del ordenamiento jurídico» que son la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político. El *imperio del Derecho* engloba no sólo a las leyes formales sino también a los *valores constitucionales*, desde los proclamados como «superiores» en el mismo artículo 1 de la CE, hasta todos los esparcidos a lo largo del texto constitucional y en especial *los derechos fundamentales* (art. 53.1) en los que se incluyen ciertas garantías institucionales y los llama-

dos expresamente principios en el artículo 9.3 de la CE.

Pero el sometimiento pleno del actuar administrativo a la *Ley y el Derecho*, no puede tener sentido alguno si no implica una sumisión plena al juez, que es elemento indispensable para que cualquier Derecho pueda ser eficaz. Como dice Enterría, «sería incomprensible interpretar que la Ley y el Derecho que someten plenamente a la Administración, tuvieran para esta, no obstante, un valor meramente indicativo, el de una recomendación moral que sus órganos democráticos pudiesen luego seguir o no, o seguir en una medida mayor o menor, según su buen e ilustre arbitrio.

Hay que señalar que la fórmula anglosajona del *juicio in camera*, en la que se confiere al juez poder para inspeccionar de manera reservada los documentos secretos antes de decidir sobre su incorporación o no al proceso, es de difícil admisión en nuestro Derecho al presentar problemas de inconstitucionalidad, pero demuestra como también en este sistema la decisión última corresponde al juez. Confiarla al Ejecutivo en cuanto el acceso a la materia reservada, supone una limitación de la autonomía e independencia de la función jurisdiccional, porque haciendo depender la resolución de una específica cuestión del juicio de un órgano administrativo, se conculca la libertad de apreciación del juez sobre dicho punto.

X. Sin embargo todas las consideraciones que se dejan señaladas han caído por tierra después de la sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos, al resolver el existente entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, ante la negativa de aquel órgano del Ejecutivo de facilitar al jurisdiccional documentos e información que se le recababan por ser de interés decisivo en la investigación del caso Gal. La resolución del Tribunal de Conflictos, calificada el mismo día en que fue conocida, de «plana» en el diario «El País», blinda y absolutiza de tal modo el secreto oficial ante el Poder Judicial que deja en las exclusivas manos del Ejecutivo desvelarlo o no si un juez plantea la cuestión en el curso de una investigación judicial. Desde una postura de absoluto dogmatismo desecha toda posibilidad de encontrar una articulación entre la necesidad de que el Ejecutivo disponga de una zona secreta para cumplir algunas de las finalidades asignadas constitucionalmente y las exigencias de perseguir delitos gravísimos y dar tutela judicial efectiva a los derechos e intereses de los ciudadanos, competencia esta conferida en exclusiva a los órganos del Poder Judicial. La sentencia es un modelo de lo que no debe ser la argumentación judicial, que se pone al servicio de la preconcebida decisión final y que sienta un peligroso precedente ya que su afirmación de que en un Estado de Derecho todos los poderes públicos están obligados a colaborar con el juez en la tarea de investigación, es sólo una declaración semántica al ceder dicha obligación cuando esté por medio algún secreto oficial. Se consagra una zona de impunidad del Ejecutivo que debe primar por encima incluso de la defensa de derechos fundamentales, como son el 15 de la Constitución, (Todos tienen derecho a la vida...) y el 24 de

la norma fundamental, (Todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses...).

La sentencia del Tribunal de Conflictos justifica su fallo en tres argumentos fundamentales: 1.º) la «controversia» entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional reviste los caracteres de un verdadero conflicto de jurisdicción y en consecuencia dicho Tribunal es el competente para zanjar la discrepancia; 2.º) solamente al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor corresponde la facultad de clasificar una determinada materia o asunto como secreta, del mismo modo que le está atribuida la facultad «desclasificatoria», y 3.º) Aunque sea obligación de los poderes públicos colaborar con los órganos judiciales en la investigación de los delitos a fin de que no puedan darse espacios de impunidad, esta obligación queda vacía de contenido por un «acto de imperio» del Ejecutivo cuando así lo reclamen intereses superiores, cuya valoración queda a la absoluta discrecionalidad de aquel poder. En mi opinión, si los dos primeros argumentos son muy cuestionables, sobre todo en razón de la interesada finalidad que de ellos se hace, el tercero supone poner una mina en la línea de flotación del Estado de Derecho.

Es muy discutible el primer argumento porque el señor Juez de Instrucción del Juzgado número 5 de la Audiencia Nacional, no pretende en forma alguna atribuirse competencia en materia de clasificación de secretos oficiales, que obviamente pertenece a los órganos del Ejecutivo antes citados; la actuación del citado juez se limita a recabar información del Ministerio de Defensa, en relación a materias que están bajo la disponibilidad de aquel y cuyo conocimiento en sede judicial es absolutamente necesario para el buen fin de la investigación, que pretende depurar responsabilidades delictivas de relevante gravedad en razón de actividades realizadas en el área de gestión de aquel sector del Ejecutivo. La sentencia invoca los artículos 4.1 y 5 de la Ley Orgánica 2/87 de 18 de mayo, cuando es lo cierto que estos preceptos están haciendo referencia a una discrepancia entre órganos administrativos y judiciales en cuanto al *conocimiento* y *resolución* de los asuntos que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponde entender a ellos mismos, a las autoridades que de ellos dependan o a los órganos de la Administración Pública en las ramas que representan, discrepancia que si deberá ser resuelta por el Tribunal de Conflictos. No es, como señala P. Andrés Ibáñez, «que la Administración postule su competencia para mediar, decidiéndola, alguna cuestión en litigio, sino que es simple depositaria de datos relativos a su propio *modus operandi*, que son de crucial interés para el tratamiento de un caso sometido a la jurisdicción criminal». Se trata, en definitiva, de traer una prueba a un proceso penal por delitos gravísimos y las incidencias que pueden producirse en cuanto a su aportación deben ser decididas en la vía jurisdiccional. El Tribunal de Conflictos no está decidiendo sobre a que órgano corresponde el conocimiento de una determinada materia de conformidad a los artículos 4.1 y 5 de la Ley 2/87, sino que se está inmiscuyendo en algo que es atribución exclusiva del Poder Judicial, como es la decisión acer-

ca de la pertinencia y necesidad de una prueba en una investigación criminal.

En cuanto al segundo argumento que en principio puede estimarse como aceptable de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de la Ley de 5 de abril de 1967 reformada por la de 7 de octubre de 1978, pierde su validez si se tiene en cuenta lo que se pretende con su utilización, que no es otra que el abroquelamiento del Ejecutivo en su zona de secreto aunque esto vaya en contra de las exigencias de una investigación judicial. Hay que insistir en que no se trata de quien puede clasificar o desclasificar una determinada materia o asunto como secreto, sino de quien puede valorar y decidir si es preciso el acceso a aquellas, cuando este viene exigido por la funcionalización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El tercer argumento tiene que merecer el más absoluto rechazo, ya que en definitiva viene a significar la asunción por el Ejecutivo de la potestad jurisdiccional que, de conformidad con el artículo 117.3 de la CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales. Frente al Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de diciembre de 1994, que mantuvo de forma rotunda que aunque tuvieran el carácter de secretos, los Tribunales podían investigar los fondos reservados, si existían indicios de que habían sido objeto de delitos de malversación, reiterando doctrina contenida en la Sentencia de 22 de marzo de 1986, la resolución del Tribunal de Conflictos cierra el paso para cualquier conocimiento de lo reservado o secreto, al único poder que puede llevar a cabo la investigación y decisión en su día acerca de las actividades delictivas que hayan podido cometerse en esa zona secreta o en sus aledaños.

La decisión del Tribunal de Conflictos no se cuestiona para nada la compatibilidad del «secreto de Estado» con los principios y valores del Estado de Derecho, ni problematiza la vigencia de unas leyes preconstitucionales, en mi opinión desprovistas de valor normativo en lo que no fueran conformes con la Constitución por la Disposición Derogatoria Tercera, ni hace el mínimo esfuerzo para articular dicha legalidad ordinaria, «ordinarísima» me atrevo a decir, con el mantenimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a través de la ponderación y jerarquización de los intereses en conflicto que es la única vía adecuada para resolver el problema.

La sentencia admite, como no podía ser menos, que es posible el traslado de lo secreto o reservado a la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de los Diputados, tal como se establece en la normativa que se deja reseñada, sin que, por cierto, se haga mención al Defensor del Pueblo quien, de acuerdo con su ley orgánica reguladora, también puede tener acceso a los secretos oficiales, pero no a otros órganos, santificando a través de una lectura simplista y leguleyesca la letra de una normativa preconstitucional. Para nada se tiene en cuenta que esta reserva y esta prohibición de comunicación, difusión o publicación de lo declarado secreto, que se establece en el artículo 13 de la Ley 9/1968 reformada por la 4/1978, tiene un carácter de generalidad y no excluye que puedan darse supuestos en que para evitar la impunidad de los autores de graves comportamientos delictivos, tal como decía el

Auto del Tribunal Supremo antes citado, deba levantarse el velo del secreto a través de la oportuna decisión judicial. Sólo así pueden quedar salvaguardados el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución y el principio de exclusividad jurisdiccional del artículo 117.3, preceptos estos que, como es lógico, no estaban en vigor cuando se promulgaron las normas que regulan el secreto oficial.

Como este discurso legalista podía parecer demasiado descarnado, los miembros de la Sala de Conflictos —todos ellos ya que la decisión ha sido tomada por unanimidad—, traen en su ayuda otros dos «argumentos». En primer lugar el eurocomparatista de la similitud de regulación en otros países —Alemania, Francia, Italia, Reino Unido—, sobre todo cuando el secreto se justifica en razones de seguridad nacional y de preservación de las fuentes e instrumentos de servicios de inteligencia. Se olvida en la comparación que al margen de que en algunos de esos países el horizonte constitucional no es el mismo que en el nuestro, es lo cierto que la apoyatura se circunscribe a la simple mención geográfica, sin transcribir una sola norma de las legislaciones que se invocan, en algunas de las cuales hay serios intentos para hacer convivir el secreto de Estado con las exigencias de la potestad jurisdiccional, como es el caso del *juicio in camera* del derecho anglosajón al que antes se hizo referencia, solución de difícil aplicación al derecho español pero que es muestra de una ausencia del dogmatismo que aparece en dosis abundantes en la sentencia de la Sala de Conflictos.

El otro «argumento» retoma sin beneficio de inventario las opiniones de los «juristas de Estado» (Leguina, Quintero, Laporta) a los que se ha hecho referencia en el apartado IX de este trabajo, por lo que la crítica que allí se hacía en cuanto a su inconsistencia, es perfectamente trasladable en su integridad a la resolución del Tribunal de Conflictos. En resumen, una sentencia preocupante no tanto por la solución que ha dado al caso concreto, sino por el precedente que consagra de una legitimación total de las zonas oscuras del poder. Por ello sería muy conveniente que el problema planteado llegara al Tribunal Constitucional, mediante la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad contra la normativa reguladora de la materia o a través de un recurso de amparo por alguna de las partes intervinientes en el proceso de los Gal o en cualquier otro en que se reclame al Ejecutivo el conocimiento de lo declarado secreto.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Rafael del Aguila: «Razón de Estado y razón cívica», *Revista Claves*, núm. 52.
- P. Andrés Ibáñez: «Miserias del Estado», *El País*, 25 de julio de 1995.
- «Estado y secreto», *El País*, 8 de noviembre de 1995.
- «Lo que complace al Príncipe», *El País*, 23 de diciembre de 1995.
- Manuel Atienza: «Sobre el control de la Administración. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85 enero-marzo, 1985.
- J. A. Estévez Araujo: «Razón de Estado y lucha por los derechos», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 22.
- Eduardo García de Enterría: «Democracia, Jueces y control de la Administración», Editorial Civitas, 1995. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 38.
- Enrique Gómez Reino (1976): «El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 8.
- Francisco J. Laporta: «Los itinerarios del juez», *El País*, 9 de noviembre de 1995.
- Joaquín Leguina, «Secretos y verdades», *El País*, 6 de diciembre de 1995.
- Javier de Lucas: «De secretos, mentiras y razones de Estado», *Revista Claves*, núm. 52.
- Gonzalo Quintero Olivares: «Poderes y conflictos», *El País* 9 de noviembre de 1995.
- Tomás Ramón Fernández: «De la arbitrariedad de la Administración», Editorial Civitas, Madrid 1995.
- Miguel Revenga Sánchez: «El imperio de la Política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano», Ed. Ariel, 1995.
- Fernando Sáiz Moreno: «Secretos e información en Derecho Público», Estudios sobre la Constitución en homenaje a Eduardo García de Enterría.
- Luciano Varela Castro: «¿Secretos de Estado o secretos contra el Estado?», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991.
- José Vera Bermejo: «El secreto en la Administración Pública. Principios básicos y regulaciones específicas en el Derecho Español», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57, 1988.

# El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de derecho comparado<sup>1</sup>

Miguel REVENGA

Es sabido que en el mundo del derecho la ciencia de la comparación no consiste en la mera yuxtaposición descriptiva de unos cuantos sistemas, sino en la habilidad para deducir, desde la diversidad de problemas y soluciones particulares, unas *categorías generales* que hagan fructífera la descripción o sistematización de los elementos, comunes o diferenciados, que uno pueda hallar en el funcionamiento de una determinada institución o de un sistema jurídico.

Tengo la impresión de que en el asunto que hoy nos ocupa —el control democrático de los secretos de Estado— está por hacer una teoría que satisfaga los requisitos exigibles a una verdadera ciencia de la comparación. Yo, desde luego, no la tengo hecha y pido de antemano disculpas por haber renunciado siquiera a intentarlo con motivo de la amable invitación que he recibido para participar en estas Jornadas.

Empezaré por constatar una obviedad: los secretos de Estado tan sólo plantean problemas de no fácil resolución en el contexto de las sociedades que, a falta de mejor nombre, podemos llamar «abiertas» y cuyos sistemas políticos responden a las notas mínimas de las organizaciones democráticas; esto es, separación de poderes, derechos garantizados y, por tanto, libertad de prensa, y vigencia efectiva de la idea de responsabilidad política de los gobernantes. Los sistemas autoritarios disponen de sobrados mecanismos para que el secreto en el manejo de los asuntos públicos no necesite de cualificaciones o apellidos para convertirse en norma de conducta. Las legitimidades tradicionales o carismáticas implican una disposición generalizada a ceder a los gobernantes un espacio de actuación en el que el secreto reina con toda naturalidad.

En rigor, el solo hecho de hablar de secreto de Estado supone para la vigencia del secreto un golpe fatal. El verdadero secreto no es el secreto de Estado, sino aquel que no atrae ninguna atención y del que nada se dice, pues es su propia existencia la que permanece oculta. El calificativo «de Estado», aplicado al secreto, evoca en nuestra cultura jurídico política reminiscencias indeseables. La renacentista razón de Estado se aviene mal con los fundamentos de la modernidad. Tanto más si la modernidad se ha trastocado en modernidad democrática y aún postmoderna.

Esto se aprecia muy bien echando una ojeada a los textos constitucionales de la primera generación. No hay en ellos razón de Estado que ampare el secreto. Hay retórica, quizá sólo retórica, en favor de la publicidad y la libre discusión. El secreto surge como una concesión a la necesidad, sin más fundamento que una discutible razón práctica y, en último extremo, el miedo.

En 1877, un autor italiano, antiguo ministro bajo la vigencia del Estatuto Albertino, Alphonse della Marmora, publicó un libro llamado *Los Secretos de Estado en el Gobierno Constitucional* en el que criticaba ya la penalización de la conducta del funcionario que revelara secretos con las siguientes palabras:

«(...)Se hagan las leyes que se hagan, nada impedirá nunca que los pretendidos secretos de Estado lleguen a ser conocidos de una manera o de otra. Y cuanto más severas sean las leyes, con mayor razón se verá comprometido el Gobierno que las invoque ante los Tribunales con el fin de tapar sus irregularidades, sus abusos de poder o sus debilidades (...)»<sup>2</sup>

Las anteriores palabras, escritas hace más de cien años, en la prehistoria de la era comunicativa que vivimos hoy, conservan, creo, toda su vigencia. El secreto de Estado, una vez individualizado y convertido en objeto de la curiosidad general, acaba siempre por dejar de serlo. De algunos de ellos valdría decir que gozan de una larga vida o de un «mala salud de hierro», pero su destino último, como el del común de los mortales, es acabar pereciendo.

En el constitucionalismo la publicidad es la norma; el secreto, lo excepcional, al menos si estamos de acuerdo en que la aspiración última del gobierno constitucional es la del gobierno limitado por la ley. La vigencia del secreto supone una amenaza para la efectividad de los límites. De ahí que en los gobiernos democráticos, el secreto de Estado haya de ser necesariamente una *categoría sospechosa*, asediada por cautelas procedimentales y donde la carga de la prueba del carácter legítimo del secreto recaiga sobre quien lo invoca. Cuando se trata de la esfera pública, el recurso al secreto es en el Estado democrático una aporía o, cuando menos, un fenómeno espurio que plantea de inmediato un intrincado problema de controles.

Tengo para mí que el repertorio de soluciones a

<sup>1</sup> Texto de la conferencia pronunciada en El Escorial, el 15 de diciembre de 1995, en el marco del convenio organizado por «Jueces para la Democracia» sobre «El control democrático de los secretos de Estado».

<sup>2</sup> Alphonse della Marmora, *Les Secrets d'Etat dans le Gouvernement Constitutionnel* (Paris: Librairie Militaire de J. Dumaine, 1877), vol. II, pág. 223.

# NOVEDADES JURÍDICAS *tecno*

## Biblioteca de Textos Legales

### Legislación Administrativa

*Ed. de Jesús Leguina Villa, Carmen Chinchilla  
Marín y Eva Desdentado Daroca*

### Código Penal

*(Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)  
Ed. de E. Gimbernat Ordeig y E. Mestre Delgado*

### Legislación básica de crédito y banca

*Ed. de Luis Alberto Pomed Sánchez*

### Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados

*Prólogo de Rafael Illescas Ortiz*

### Ley de prevención de riesgos laborales

*Ed. de Eduardo González Biedma*

### Reglamento General de Recaudación

*Ed. de Juan Martín Queralt*

### Legislación electoral. Estatal, autonómica y de la Unión Europea

*Ed. dirigida por J. Fernando Merino Merchán*



## Práctica Jurídica

### Formación General de Seguridad e Higiene en el Trabajo

*Jesús Bernal Herrero*

### Público y privado en el sistema de pensiones

*José Luis Monereo Pérez*

## Biblioteca Universitaria

### Doctrinas modernas iusfilosóficas

*Ramón Maciá Manso*

### Lecciones de Derecho civil internacional

*Mariano Aguilar Benítez de Lugo y otros*

### Derecho de la Función Pública

*Miguel Sánchez Morón*

## Comentarios Jurídicos

### El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa

*Antonio Ojeda Avilés (coord.)*



*tecno*

EDITORIAL TECNOS  
Juan Ignacio Luca de Tena, 15  
28027 Madrid  
Tel: 91/393 86 86 - Fax: 91/742 66 31

DISTRIBUYE: COMERCIAL GRUPO ANAYA  
Oficina central: Juan Ignacio Luca de Tena, 15  
28027 Madrid  
Tel: 91/393 86 00 - Fax: 91/742 66 31

**CGA**  
COMERCIAL GRUPO ANAYA

dicho problema es bastante limitado. El procedimiento más expeditivo para resguardar el secreto en nombre de la defensa de intereses generales, es el recurso a la vía penal. En mayor o menor medida, todos los gobiernos democráticos acaban recurriendo a ella. Lo que ocurre es que la vía penal, mediante la tipificación de los delitos de revelación de secretos, espionaje u otras figuras afines, resulta sólo apta en el seno de lo que suelen llamarse relaciones de especial sujeción, es decir, las del Ejecutivo con sus funcionarios o agentes, pero es de utilización mucho más problemática cuando la aplicación del tipo penal pretende llevarse más allá y acaba invadiendo los confines de la libertad de información.

Quizá el ejemplo más interesante de definición de un ámbito de secreto oficial con sanción penal aplicable a los funcionarios que lo contravengan, sea el del Reino Unido. La Ley de Secretos Oficiales de 1989 reformó la vieja ley de 1911, con el fin de proteger determinadas informaciones relacionadas con los Servicios de Seguridad e Inteligencia, la Defensa, las Relaciones Internacionales y aquellas cuya revelación pudiera dar lugar a la comisión de un delito<sup>3</sup>. En la ley se aprecia el notable esfuerzo de sus redactores por ir más allá de las cláusulas indeterminadas que, por pura inercia, son de costumbre en este campo. En cada una de las materias protegidas se especifica qué es lo dañino. Así, por ejemplo, en materia Defensa, una revelación se considera dañina:

- a) Si afecta a la capacidad de las Fuerzas Armadas de la Corona, o de cualquiera de sus partes, para desempeñar sus funciones, o si provoca la muerte o lesiones a miembros de tales Fuerzas, o daños graves al material o las instalaciones.
- b) En el caso de que ponga en peligro los intereses del Reino Unido en el extranjero, obstaculice gravemente su protección o promoción por el Reino Unido, o ponga en peligro la seguridad de los ciudadanos británicos en el extranjero.

Las disposiciones de la ley son también aplicables a quienes obtengan información protegida, cualquiera que sea la fuente, y la difundan sin estar legalmente autorizados para ello. En ese caso, la ley británica exige la efectiva realización de daño para los intereses protegidos (conforme a la definición aproximativa de lo que es dañino recogida en la ley), así como la concurrencia de dolo o actuación maliciosa por parte de quien difunde la información.

«Quedará exento de responsabilidad —señala el artículo 7 de la ley— la persona acusada de un delito tipificado por cualquiera de las previsiones de esta ley que pruebe que en el momento del supuesto delito creía tener autorización legal para realizar la revelación, sin que hubiera motivo razonable para creer otra cosa».

Desde el punto de vista de los profesionales de la información, una disposición semejante traslada ne-

cesariamente al plano de los límites constitucionales de la libertad de prensa los conflictos causados por la difusión de secretos oficiales y, en último extremo, dada la peculiar estructura constitucional del Reino Unido, acaba por otorgar validez determinante a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre lo que sean «medidas necesarias en una sociedad democrática para la salvaguarda de la seguridad nacional». En un viaje de ida y vuelta, se termina desembocando, como se ve, en lo indeterminado.

El esfuerzo del legislador británico, reformando un sistema de protección de secretos que era tenido como uno de los más duros, es especialmente significativo si se tiene presente que, frente a los Tribunales, la invocación del secreto de Estado por el Ejecutivo ha sido considerada tradicionalmente como un privilegio de la Corona, si bien en 1968 la Cámara de los Lores afirmó que la reivindicación del privilegio no tiene carácter vinculante para los Tribunales.<sup>4</sup>

Un ejemplo de legislación especialmente indeterminada —aunque no tan indeterminada ni en forma tan arcaica como la ley española— es el de la ley italiana de 1977 sobre la disciplina del secreto de Estado. El artículo 12 de dicha ley declara cubiertos por el secreto de Estado

«los actos, documentos, noticias, actividad y cualquier otra cosa cuya difusión sea susceptible de causar daño a la integridad del Estado democrático, ya sea en relación con los acuerdos internacionales, la defensa de las instituciones que dan fundamento a la Constitución o el libre ejercicio de sus funciones por los órganos constitucionales, así como las que guarden relación con la independencia del Estado respecto a otros Estados, las relaciones exteriores, la preparación y la defensa militar del Estado».

Lo que en el Reino Unido se sistematiza y desmenuza sin necesidad de autoproclamar a cada paso el carácter democrático de las instituciones, aparece aquí en apretada síntesis de formulaciones abiertas, con el añadido inmediato de que «en ningún caso podrán ser objeto de secreto de Estado hechos subversivos del orden constitucional».

La ley italiana impone a los funcionarios públicos y agentes del Poder Ejecutivo el deber de abstenerse de prestar testimonio sobre los asuntos cubiertos por el secreto de Estado. Y para el caso de que dicho deber haya de oponerse con motivo de una investigación judicial, los artículos 15 y siguientes de la ley establecen un procedimiento de salvaguarda que, en síntesis, es el siguiente:

La autoridad judicial que considere infundada la invocación del deber de guardar el secreto de Estado, podrá dirigir una interpelación al presidente del Consejo de Ministros, responsable último, según el artículo 1.º de la ley, de la política de seguridad e Inteligencia. El presidente del Consejo dispone entonces de un plazo de sesenta días para confirmar la invocación, transcurrido el cual, y en el caso de que

<sup>3</sup> Puede verse el texto de la ley, traducido y anotado por Juan J. Lavilla y María P. Ezquerro, en «Ley Británica de Secretos Oficiales de 1989», *Revista de Administración Pública*, 126 (1991), págs. 533 y ss.

<sup>4</sup> Conway v. Rimmer; cfr. Mauro Cappelletti y C. J. Golden Jr., «Crown Privilege and Executive Privilege: a British Response to an American Controversy», *Stanford Law Review*, 25 (1972-1973), págs. 836 y ss.

la confirmación se produzca, el juez deberá decretar el archivo de las actuaciones siempre que los testimonios denegados resulten esenciales para la continuación de la causa.

Cuando tal es el caso, el sistema italiano deriva el control sobre el uso del secreto de Estado hacia la Comisión parlamentaria llamada «de control de los Servicios de Inteligencia y Seguridad y del secreto de Estado», a quien el presidente del Consejo debe comunicar sucintamente, pero en forma razonada, los motivos que justificaron la invocación del secreto de Estado. Si la Comisión parlamentaria, compuesta por ocho miembros, considera por mayoría absoluta que la invocación ha sido infundada «dará traslado del acuerdo —dice la ley— a ambas Cámaras a los efectos de las valoraciones políticas que correspondan».

En marzo de este mismo año 1995, la mencionada Comisión parlamentaria ha hecho público un exhaustivo Informe sobre el funcionamiento de los Servicios de Seguridad e Inteligencia, que resulta demoledor para la pretendida racionalidad del entero funcionamiento del sistema<sup>5</sup>. En el informe se describen minuciosamente las actuaciones delictivas cometidas al amparo del secreto, los abusos en la utilización de fondos reservados, la desresponsabilización política del presidente del Consejo como consecuencia de la amplitud de las delegaciones realizadas, y la inoperancia de un procedimiento de control en el que el controlado ha podido a menudo hurtar información de carácter decisivo al controlante.

A la vista de la experiencia acumulada desde 1977, el informe termina solicitando al Pleno de las Cámaras (cito literalmente) «medidas que innoven radicalmente la disciplina legal, con especial atención a la gestión de los fondos reservados por parte del SISDE (el llamado Servicio para la Información y la Seguridad Democrática)», un ámbito en el que la violación de la ley resulta, según el informe, «emblemática de las degeneraciones que la actual estructura y la carencia de control han producido en el funcionamiento de un servicio llamado a cumplir delicadas e importantes funciones para la defensa del Estado democrático contra la subversión y la criminalidad mafiosa».

Como ocurre tantas veces, conforta mirar a Italia por aquello del «consuelo de tontos». Aquí y allá son unos los males y una la necesidad de proceder a un replanteamiento en profundidad de la disciplina legal del secreto de Estado.

En lo que sigue, me detendré en lo que mejor conozco: las soluciones que pueden atisbarse a la luz del tratamiento del problema en la práctica constitucional norteamericana.

Los males ocasionados por la existencia del secreto de Estado provienen, a mi entender, de dos frentes:

1. La deficiente definición de su ámbito de vigencia.
2. Lo inadecuado de los procedimientos estatui-

dos para controlar su uso, quizá porque, como decía antes, el genuino secreto de Estado se aviene mal con la idea de control.

El caso de los Estados Unidos bien puede presentarse —sobre todo desde el punto de vista del control— como un modelo de referencia. Ello guarda relación con una teoría constitucional en cierto modo peculiar de aquel país y que ha diferido tradicionalmente (aunque hoy difiere mucho menos) de la que subyace al funcionamiento de los sistemas europeos. En éstos, otro concepto renacentista, el concepto de soberanía, parece haber dificultado que el artificio constitucional de la separación de poderes haya desplegado todos los efectos compensadores y garantistas que le fueron atribuidos.

La vigencia del secreto se generalizó en los Estados Unidos al término de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia del reparto del mundo surgido de ella y al amparo de un concepto tan ambiguo, pero pleno de connotaciones simbólicas, como la seguridad nacional.

El uso de órdenes del Ejecutivo para establecer un sistema de clasificación de documentos coincide exactamente con la implicación norteamericana en la guerra. Circunscrito por entonces al ámbito militar, el sistema clasificatorio fue ampliado por el presidente Truman al ámbito civil en 1950, con motivo de la guerra de Corea. A partir de entonces, las órdenes ejecutivas en materia de clasificación de documentos casi han sido tantas como presidentes. Pese a la movilidad normativa, las líneas maestras del sistema se han mantenido incólumes. Básicamente consisten en la tipificación de tres clases de materias reservadas —alto secreto, secreto y confidencial— en orden decreciente según la incidencia previsible que la difusión de las mismas sea susceptible de causar sobre la seguridad nacional. Con el citado soporte legal, el recurso al secreto por parte del presidente y los distintos organismos del Poder Ejecutivo ha llegado a alcanzar dimensiones gigantescas.

Por otro lado, la libertad de expresión, recogida en la Primera Enmienda constitucional, es quizá, junto a la cláusula del Proceso Debido, la libertad más preciada por los norteamericanos.

Una y otra realidad, la tendencia a abusar del sello clasificatorio frente a la voluntad de defender a machamartillo la libertad de prensa, han convivido en permanente tensión, dando lugar a grandes escándalos y pequeñas escaramuzas que hacen especialmente indicado la individualización de los Estados Unidos como un caso de estudio.

Un hito importante en el devenir de esa historia de conflictos fueron los acontecimientos que rodearon el tramo final de la guerra de Vietnam y la dimisión de Richard Nixon.

La filtración a la prensa, en 1971, del documento secreto conocido como los *Papeles del Pentágono*, y el consiguiente conflicto entre el Gobierno y la prensa, con el Tribunal Supremo como árbitro, es probablemente el caso de enfrentamiento entre los

<sup>5</sup> Comitato Parlamentare per I Servizi di Informazione e Sicurezza e per il Segreto di Stato. Primo Rapporto sul Sistema di Informazione e Sicurezza (Bari: Laterza, 1995), donde también pue-

de verse en Apéndice el texto de la ley sobre disciplina del secreto de Estado.

principios de publicidad y de secreto más famoso de la historia.

Que la publicidad salió como absoluta triunfadora del mismo confirma la idea de que no hay secreto de Estado que resista por mucho tiempo el fuego cruzado de la crítica periodística y el escrutinio judicial. El voto particular del juez Stewart en una Sentencia que el Tribunal decidió *per curiam* contiene una de las más contundentes réplicas contra los excesos clasificatorios que se hayan escrito nunca:

«cuando todo está clasificado —se lee en el voto particular— nada está clasificado, y el sistema induce a la falta generalizada de obediencia y a la manipulación del mismo por parte de quienes buscan autopromocionarse o autoprotegerse»<sup>6</sup>

La trascendencia del caso de los *Pentagon Papers* procede sobre todo de la impronta que marcaron sobre el sistema norteamericano. Como resultado de ella, se ha hablado alguna vez del *legado de la vigilancia*, un legado que se ha venido concretando en la disposición de mecanismos de control, jurisdiccionales y políticos, sobre el uso del secreto de Estado.

El privilegio de la guarda de secretos de Estado, reconocido como incondicionado en un caso de 1953, el caso *Reynolds*, ha ido quedando deslucido desde el momento en que los jueces reafirmaron su facultad de controlar el uso del privilegio, obligando al Ejecutivo a explayarse sobre las razones que amparan su invocación y, en su caso, a entregar documentos para ser inspeccionados con carácter secreto por el juez o el Tribunal (lo que se conoce con el nombre de inspección *in camera*).

La revisión *in camera* en el transcurso de procedimientos judiciales recibió un impulso decisivo gracias a una reforma de la *Freedom of Information Act*, un estatuto que confiere legitimación universal para dirigir demandas de información a los organismos administrativos, y que fue objeto de una importante reforma en 1974. Hasta ese año, el riesgo para la defensa nacional o para la política exterior, conforme a los criterios de las órdenes del Ejecutivo en materia de clasificación, era concebido como una excepción absoluta que derogaba los principios de la ley. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 1973, en el caso *Environmental Protection Agency v. Mink*, confirmó el carácter absoluto del privilegio, pero la respuesta del legislador, típica del furor pro apertura de la era post-Vietnam, fue reformar la ley al objeto de propiciar el control judicial sobre el uso del sello clasificatorio. Por su expresividad, permítaseme citar un voto particular discrepante, esta vez del juez Douglas, a la citada Sentencia de 1973:

«Como ha quedado demostrado —escribe Douglas— en acontecimientos como los *Pentagon Papers*, el incidente del golfo Tonkin y la invasión de la bahía de Cochinos, el Gobierno suprime habitualmente las noticias que le perjudican y realza las que le favorecen. En este proceso de filtración, el sello clasificatorio es la herramienta más útil, y ha sido uti-

lizada para ocultar información que en el 99 y medio por ciento de los casos no representaba un verdadero peligro para la seguridad nacional (...)»<sup>7</sup>

No explicita el juez Douglas los datos que respaldan un porcentaje tan elevado de uso torticero del sello, pero lo cierto es que, a partir de la reforma de la *Freedom of Information Act*, puede considerarse consolidada una línea jurisprudencial conforme a la cual queda al arbitrio de los Tribunales acordar inspecciones *in camera* de documentos secretos, cuando la misma resulte necesaria para resolver sobre el fondo de las cuestiones.

Así se viene haciendo habitualmente, recurriendo en ocasiones a prácticas como el empleo de peritos con franquicia para acceder a materias clasificadas, o la técnica del muestreo, cuando la complejidad o el volumen de lo clasificado así lo exigen.

Todo ello no significa que pueda hablarse de una propensión de los jueces a desvelar secretos oficiales. Más bien cabría hablar de la tendencia opuesta, sobre todo en aquellos casos en los que los Tribunales se las tienen que ver con el mundo de los servicios secretos y de inteligencia.

Otra ley de interés es una aprobada en 1980, bajo mandato del presidente Reagan, para intentar resolver el problema que se plantea cuando, en el curso de un procedimiento penal, alguno de los encausados amenaza con defenderse a base revelar secretos oficiales. Para tales casos, la *Classified Information Procedures Act* busca un punto de equilibrio. El encausado que pretenda utilizar en juicio información clasificada ha de comunicarlo de antemano al juez, concretando el tipo de información que estima imprescindible para su defensa. Esto abre un procedimiento incidental en el que el juez oye a las partes a puerta cerrada y decide al cabo sobre la relevancia y el uso, total o parcial, de los medios de prueba propuestos. Si la decisión es favorable a la utilización de información clasificada, se abre un trámite para que el Fiscal modifique, si lo desea, las acusaciones o proponga medios de prueba alternativos. El Ejecutivo dispone en cualquier caso de la posibilidad de vetar el uso de información clasificada como medio de prueba. Si lo hace así, el juez puede decidir que el proceso continúe tan sólo para dilucidar parte de las acusaciones, acordar abrir una investigación sobre la conducta del Ejecutivo o, en último extremo, sobreseer la causa.

Con motivo de la investigación judicial del gran escándalo de los años ochenta, el de la financiación oculta de la *Contra* nicaragüense con fondos allegados de la venta ilegal de armas a Irán, el principal de los acusados, el coronel Oliver North, utilizó profusamente las disposiciones de esta ley, con resultados bien favorables para sus intereses.<sup>8</sup>

A resultas de ello, en los inicios de los años noventa se abrió un debate destinado a mejorar los mecanismos parlamentarios de control sobre las llamadas «operaciones encubiertas». Fruto del mismo, una ley de 1991 amplió de forma considerable las posibilidades de actuación de las Comisiones de

<sup>6</sup> *New York Times Co. v. United States*, 403 US, 713, 729 (1971).

<sup>7</sup> *Environmental Protection Agency v. Mink*, 410 US, 73, 108-109 (1973).

<sup>8</sup> Cfr., en general, Harold H. Koh, *The National Security Constitution Sharing the Power after the Iran-Contra Affair* (New Haven: Yale University Press, 1990).

Control sobre los Servicios de Inteligencia existentes en la Cámara de Representantes y en el Senado. En último extremo, la aspiración de dichas Comisiones es convertirse en coparticipes de los más recónditos secretos, lo que, de ser así, supondría la mejor garantía para que el recurso al secreto por parte del Poder Ejecutivo no se extienda más allá de un ámbito legítimo.<sup>9</sup>

Del somero recorrido por tres sistemas de derecho comparado, podríamos concluir que, en el Reino Unido, las deficiencias del control se compensan

con una definición cuidadosa y detallista del secreto oficial. En Italia, las cláusulas definatorias son especialmente vagas, y el control sobre el uso del secreto, primordialmente político; en Estados Unidos, por último, hay máxima indeterminación en materia de definiciones, pero efectivas posibilidades de control parlamentario y judicial.

Lo que no debería combinarse nunca es la indefinición sobre el ámbito del secreto, junto a la carencia de mecanismos eficaces de control. Hasta hace bien poco, tal parece haber sido el caso de España.

<sup>9</sup> Sobre el particular puede verse mi trabajo, de próxima publicación en la *Revista de Estudios Políticos*, «Las tribulaciones

del *llanero Solitario*. El control parlamentario de las acciones encubiertas por el Congreso norteamericano».

# La prensa frente al secreto

Francisco GOR

Gran parte de la tarea informativa de los medios de comunicación se centra en desvelar asuntos y hechos mantenidos en secreto. Secreto no entendido en términos legales pero que no por ello deja de ser real y verdadero. Con frecuencia, la información oficial que proviene no sólo de las instancias públicas sino de las privadas —sobre todo las que tienen que ver con el mundo económico y financiero— tiene precisamente por objeto desviar la atención del periodista de la información que no conviene airear y que, por ello, se quiere por todos los medios ocultar.

El periodista francés Yves Mamou en su obra titulada *La culpa es de los medios* describe las diversas estrategias empleadas por los que llama «productores de informaciones» para ocultar los datos que no les interesa desvelar y, por el contrario, sacar a la luz los favorables a sus intereses y, sin embargo, anodinos o neutros desde el punto de vista del interés general. Los consejeros o portavoces de información de los estamentos generadores de noticias —tanto públicos como privados— bombardean las redacciones con toda suerte de comunicados «vacíos de todo contenido informativo» con la clara finalidad de «entretener» a los periodistas, ocupar espacios en los medios y evitar así que los ocupen otras informaciones menos favorables a sus intereses.

Es evidente que esa estrategia tiene inconvenientes. Lo normal es que las redacciones y los periodistas lleguen a desconfiar profundamente de ella. El destino natural de este tipo de informaciones «oficiales» tanto públicas como privadas suele ser la papelera. Pero es que, además, esta estrategia no tiene en cuenta la verdadera naturaleza de la información: su carácter de originalidad o mejor de exclusividad, aparente o real, pues ese es otro cantar. Recientemente, un jefe de prensa de un ministerio me confiaba la dificultad que tenía de colocar en los periódicos españoles noticias que él, sin embargo, consideraba interesantes. Sin duda, esta desconfianza profunda de los medios por lo que procede de las instancias públicas oficiales tiene que ver con las malas relaciones pacientemente cultivadas en estos años entre el poder político y los medios de comunicación.

## LA DESINFORMACION

La desinformación es la otra estrategia que utilizan las instancias «productoras de información». Nacida durante la guerra fría, la desinformación es hoy utilizada con desenvoltura por los actores del juego político, judicial y económico. Ello constituye

uno de los obstáculos más formidables con el que se encuentra el periodista en su trabajo. Es evidente que esa estrategia de la desinformación viene favorecida cuando quien la utiliza lo hace desde el parapeño del secreto de Estado y desde la materia legalmente clasificada. Un antiguo director de la Seguridad del Estado en Francia planteaba con toda crudeza esta cuestión en 1990: «La desinformación es un arma. Los regímenes totalitarios la usan. ¿Por qué, entonces, tiene que privarse de ella un régimen democrático?». Hoy ya no existe la guerra fría, pero no cabe duda de que los servicios de inteligencia la siguen usando, y no de cara a unos adversarios que ya no existen, sino de cara a sus propios nacionales. La invasión americana de la isla de Granada y la guerra del Golfo son dos ejemplos extremos de desinformación que llega a la pura y simple ocultación: en el primer caso impidiendo la libertad de movimiento *in situ* de los periodistas enviados a lugar de los hechos y en el segundo prohibiendo pura y simplemente su presencia en la zona del conflicto. El control oficial de la información permite desinformar mejor y dar un determinado sesgo informativo sobre lo que interesa o no interesa.

Pero no sólo esos servicios incrustados en el aparato del Estado. La desinformación es desgraciadamente utilizada en otros ámbitos: un político para desestabilizar a su adversario; una empresa para preservar su imagen; un abogado para hacer triunfar su causa. Y siempre la desinformación, para ser creíble y conseguir su objetivo de engañar sin que se note el engaño, tiene que hacerse a través de los medios. Los desinformadores apuestan sobre la credibilidad de los medios. No podrían difundir directamente su mentira, tienen que hacerla viable apoyándose en un tercero que goce de la confianza de la opinión pública.

No es mi intención, ni mucho menos, ensalzar el papel de los medios más allá de lo que se merezcan. La sociedad mediática en la que estamos metidos no creo que sea ni mucho menos sinónimo de transparencia y de mejor información; en todo caso sí de más información en su sentido cuantitativo y no cualitativo. Los medios de comunicación, convertidos cada vez más en auténticas industrias multimedia, forman parte como no podía ser de otro modo del entramado económico-financiero que les rodea. Están sujetos a sus reglas, también a la de opacidad e incluso a la de desinformación. En España existen empresas periodísticas que celebran sus juntas anuales a puerta cerrada —fuera periodistas— y existen otras de las que no es fácil saber a quién pertenecen. La pregunta quiénes están detrás de los medios tiene ahora —en la época de la globalización de la economía— más sentido que nun-

ca. Los intereses económicos e incluso políticos —legítimos unos y no tanto otros— están mezclados por doquier y los cada vez más complejos medios de comunicación no son ajenos —nunca lo han sido— a ellos.

## EL GUSTO DEL SECRETO

Pero no estamos aquí para hablar de los medios, ni siquiera críticamente, sino para ver cómo a través de ellos se pueden controlar democráticamente los secretos de Estado. Por supuesto que los medios son un instrumento idóneo para desvelar cosas que indebidamente pueden estar bajo secreto oficial o para hacer que éste sea lo más restringido posible. He dicho más arriba que desvelar secretos es tarea fundamental de los medios. Forma parte de su negocio. Pero si esta tarea domina todo el quehacer informativo o es exageradamente preponderante es porque el Estado mantiene en demasía zonas y ámbitos secretos. Sucede como con la justicia en relación con el fenómeno de la corrupción. Si su irrupción en este campo ha sido tan llamativa en los últimos años es porque otras instancias del Estado lo han tolerado o han sido incapaces de detectarlo.

Los medios de comunicación en general han dado la sensación en estos años de realizar una labor sin precedentes en la revelación de asuntos que permanecían ocultos a los ciudadanos, al margen de que fueran o no secretos desde el punto de vista legal. El poder o la clase político-económica dirigente los mantenía en secreto y eso es lo que cuenta. En relación con este punto es secundario, aunque en sí mismo merezca un serio análisis, el hecho de que esta proliferación de informaciones se haya producido cuando el poder del Gobierno se ha debilitado y sus adversarios políticos o de otro signo han comenzado a vislumbrar la posibilidad de cambiarlo. Ello significa que los medios de comunicación no viven al margen de las circunstancias políticas. Que sean unas u otras les facilitan o no el acceso a determinadas informaciones ocultas. Las circunstancias sobrevenidas tras la pérdida de la mayoría absoluta por parte del PSOE han facilitado el acceso a ese tipo de informaciones. En la mayoría de los casos no ha sido necesario ningún esfuerzo investigador por parte del periodista. Esas informaciones han llegado a él porque quienes las conocían de antemano tenían interés en desvelarlas.

Pero el hecho relevante es que si se ha producido desde hace tres o cuatro años esa revelación en cascada de hechos o asuntos mantenidos en secreto es porque el Gobierno y la clase político-económica dirigente ha abusado del secreto en los años precedentes, en la época de las mayorías absolutas y de mayor confianza de los ciudadanos en las instituciones. Entre 1978 y 1982, los Gobiernos democráticos de la época no consideraron conveniente clasificar como secreto o reservado ninguno de los asuntos que pasaron por sus manos. Es archiconocida la anécdota de Leopoldo Calvo Sotelo cuando se hizo cargo de la Presidencia del Gobierno preguntando a Adolfo Suárez dónde estaban los secretos de Estado y éste entregando unas pocas cuar-

tillas sacadas de su caja fuerte. En los años siguientes los secretos o asuntos clasificados se multiplicaron vertiginosamente. Algunas fuentes han llegado a sumar hasta 400 entre 1983 y 1989. Sería una demostración de que los socialistas, además de a la Guardia Civil, también «descubrieron» el secreto de Estado. Pero más que la cantidad es la naturaleza de muchos de estos asuntos los que nos puede dar una idea del gusto por el secreto de los gobiernos socialistas. No hay que olvidar que en algún momento el Ministerio de Defensa pretendió mantener en secreto los sueldos militares y que llegó a clasificar como materia reservada el expediente de expropiación de Cabañeros o que Interior se resistió a desvelar a los grupos parlamentarios interesados en el asunto el número de personas a las que se aplicó la legislación antiterrorista. Eran tiempos en que el Gobierno se reservaba para su exclusivo conocimiento las encuestas del CIS y se negaba a facilitar al Parlamento los datos que servían de base para elaborar el índice de precios al consumo (IPC) al amparo del llamado «secreto estadístico».

## LEGISLACION DESFASADA

Todos estos asuntos se hurtaban al conocimiento de la opinión pública y se pretendía ocultarlos también al Parlamento. Sin duda, la tendencia del poder a ejercerlo lo más ocultamente posible ha sido facilitada por una legislación desfasada y por una indefinición del concepto de «daño o amenaza para la seguridad del Estado». No es de ningún modo temerario afirmar que una legislación como la de secretos oficiales de 1968, modificada muy tenuemente en 1978, que no establece criterios precisos para la clasificación de los asuntos, ha encubierto muchas veces, bajo la apelación a la seguridad y defensa del Estado, situaciones de privilegio, actuaciones irregulares o delictivas o simplemente decisiones arbitrarias de responsables políticos o de grupos de funcionarios. ¿Entró dentro de alguna de estas categorías la negativa del Gobierno de informar en 1987 al Parlamento del contenido del memorándum sobre la OTAN? Al menos, los españoles pudieron enterarse por un boletín editado en Bruselas de que el Gobierno de la época iba a presentar un memorándum en la sede de la OTAN con las líneas maestras de lo que sería el modelo de participación española en la Alianza.

En España el secreto oficial tiene un entramado legal poco desarrollado. Ello amplía enormemente la discrecionalidad de quienes tienen en sus manos la aplicación de la ley, como se ha demostrado en estos años. Un intento de modernizar dicha legislación, la llamada Ley de Protección de Materias Clasificadas, se quedó sin saber por qué en el camino. Solo hace muy poco, en junio de 1992, se llegó a acuerdo estable de comunicación de materias clasificadas entre el Gobierno y el Parlamento a través de una comisión restringida de seis diputados, uno por cada grupo a excepción del Mixto. Esta comisión ha quedado de alguna manera reforzada por la posterior ley de regulación de los fondos reservados que la

considera destinataria de la información sobre su uso.

En materia de secretos oficiales, el reforzamiento del Estado de derecho no pasa ciertamente por la ampliación de la batería legal que la ampara. En todo caso, por una mayor clarificación y explicitación de sus reglas y, desde luego, por el aumento de las garantías frente a los abusos cometidos en su nombre o bajo su manto protector. Si el secreto se expande más allá de lo estrictamente necesario, se hace impermeable al Parlamento, se convierte en valladar frente al juez investigador del delito y se recurre a él para hacer opaca la gestión de los asuntos públicos a la mirada de los ciudadanos y de los medios de comunicación, estaremos ante una perversión de su justificación legal y ante su transformación en patente de corso para la arbitrariedad, el privilegio y la actuación irregular o delictiva.

Este secreto es una amenaza para la vida de los ciudadanos y nada tiene que ver con el secreto

como defensa de la intimidad, al que recientemente se ha referido en un artículo periodístico el ex presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid, Joaquín Leguina, en un intento de descalificar lo que él llama «las aguerridas tropas de la transparencia». Es posible que algunos mandos de estas tropas tengan intenciones aviesas, por ejemplo, echar del poder a Felipe González, pero su trabajo ha sido fundamentalmente poner al descubierto los abusos del ejercicio del poder al amparo del secreto y no desvelar intimidades personales de nadie. Incluso es admisible como afirma Leguina que los secretos del Estado y hasta la razón de Estado puedan proteger valores e intereses colectivos. Pero no el crimen, la arbitrariedad y el robo. En este caso, jueces, medios de comunicación, sociedad en general, cada cual desde su perspectiva, están obligados a impedirlo. La transparencia como seguro frente al exceso de ocultación y la arbitrariedad del poder es un elemento clave de la democracia.

# Principios democráticos, opinión pública y control de legalidad<sup>1</sup>

Elena PACIOTTI

En esta intervención daré por supuestas muchas cosas, y en primer lugar que existe entre nosotros un grado suficiente de consenso acerca de lo que designamos con los términos «principios democráticos», «opinión pública» y «control de legalidad»: algo probable, gracias a nuestro hábito no reciente de reflexionar y discutir juntos sobre estos problemas.

Añadiré que no pretendo —no sería posible en el breve espacio de esta intervención, o al menos yo no sabría hacerlo— tratar en general de las múltiples cuestiones que cabe razonablemente plantear hoy en nuestro país en el área de interferencia de los tres conceptos enunciados en el título.

Así, pues, me limitaré a hacer algunas observaciones fundadas en la preocupación por el exceso de confusión que reina actualmente en estos temas y por el intento de trazar una posible línea de intervención político cultural que sirva —en los límites de nuestro horizonte y en el ámbito de nuestras responsabilidades, las de Magistratura Democrática— para contribuir con una propuesta.

Diré antes de nada que si en la confusa situación política en que actualmente nos encontramos algunos problemas aparecen como dramáticamente actuales, no son, sin embargo, nuevos. Recuerdo, por ejemplo, que en el XV Congreso de la Asociación Nacional de Magistrados celebrado en Turín en 1973, hace veintidós años, sobre el tema «Justicia e información», una de las ponencias más interesantes se abría llamando la atención sobre la particular actualidad del problema de las relaciones entre medios de información y justicia «en un momento en que parte significativa de la crónica política italiana es crónica judicial (o, es lo mismo, en que la crónica judicial ha adquirido un relieve político de primer plano)»<sup>2</sup>.

Diez años después, en 1983, en un congreso del Centro de Estudios e Iniciativas para la Reforma del Estado, celebrado en Milán sobre el mismo tema, una de las intervenciones contenía estas observaciones: «A nadie escapa cuanta mayor —tal vez determinante— significación política inmediata han adquirido las intervenciones judiciales en los últimos años. Años que han visto desencadenarse la violencia terrorista, contra la que la respuesta institucional

ha sido casi en exclusiva una respuesta judicial; años que han visto emerger grandísimos “escándalos” políticos y económico-financieros, también éstos afrontados casi exclusivamente en el plano judicial y que, por último, han visto traducirse en terror cotidiano la actividad delincuente de las organizaciones mafiosas y camorristas.

El dato que más impresiona de estas vicisitudes es el particular aspecto de “suplencia” atribuido al ejercicio de la persecución penal en estas materias: la sustitución *tout court* a la iniciativa política... “Suplencia” debida a la sustancial renuncia a cualquier intervención efectiva del poder político en estos sectores, que se ha traducido en una suerte de delegación en la magistratura de la lucha global contra estos gravísimos fenómenos degenerativos; lo que no es ciertamente una tarea constitucional, sino política. Ninguna iniciativa política global sería se ha producido claramente en estos sectores por obra del gobierno y de las mayorías parlamentarias e incluso los juicios políticos corrientes en los medios de información más difundidos han sido de algún modo suspendidos y aplazados hasta el final de los procesos penales.

Esta situación demuestra una alarmante incapacidad de la dirección política del país para afrontar los problemas sociales, institucionales y políticos que atormentan a la nación: frente a fenómenos como la P2, las desviaciones de los servicios secretos, la conmixión de mafia y poderes públicos es necesario insistir en que las reglas conforme a las cuales se conduce y concluye un proceso penal no son las mismas que han de regir la formación de las opciones políticas. Indebidas confusiones de intereses, colusiones de potentados, pactos ocultos con la implicación de funciones institucionales pueden escapar muy bien a una represión penal que debe operar necesariamente según parámetros, procedimientos, modalidades específicas y carentes de elasticidad, pero no pueden y no deben escapar a valoraciones políticas, que obedecen a objetivos, criterios y exigencias del todo diversas.

Bastaría la sola transformación de los hábitos políticos: la adquisición de legítima autonomía de la intervención política global sobre los nudos más delicados de las degeneraciones político-institucionales

<sup>1</sup> Texto de la intervención de la autora en el seminario «La política e il diritto», celebrado en Turín el 2 de diciembre de 1995, en recuerdo de Amos Pignatelli.

(N. del t.: Amos Pignatelli, fallecido el 20 de agosto de 1994, fue magistrado en Turín y miembro destacado de Magistratura Democrática. Excelente procesal-penalista y tratadista de temas de ordenamiento judicial, fue autor de una importante obra escri-

ta. De ella forma parte «Ministerio público y juez en el futuro proceso penal italiano», expresamente redactado para esta revista, núm. 2/octubre de 1987).

<sup>2</sup> D. Pulitanò, «Potere d'informazione e giustizia: per un controllo democratico sulle istituzioni», en N. Lipari (ed.) *Giustizia e informazione*, Bari, 1975.

y económico-sociales, para cortar de raíz uno de los más preocupantes fenómenos que se manifiestan en el terreno de las relaciones justicia-información, el de la constante instrumentalización y el uso torcido de las noticias concernientes a las iniciativas judiciales en terrenos explosivos con fines de lucha política contingente...»<sup>3</sup>

Problemas no nuevos, en efecto, como no son nuevos los problemas de las distorsiones inevitablemente inducidas en la formación de la opinión pública por la espectacularización de la información.

Sigo citando de la ponencia de 1983: «...la masificación de los medios de información..., que traduce a menudo la noticia en espectáculo, en concomitancia con una fragmentación particularista de ciertos modos de hacer política, que ha sustituido a los grandes movimientos y a las opciones generales por las operaciones de grupos particulares o personas; todo esto hace así que la información sobre los acontecimientos se transforme a menudo en información (espectacular) sobre movimientos de personajes.

Se trata, pues, de un tipo de publicidad-dramatización, que es particularmente inadecuado para la información sobre la justicia, cuyo modo de operar tiene, y sobre todo debe tener, características de especificidad y de rigurosa mediación técnica, que deberían ser potenciadas al máximo en aras del interés general y no descuidadas.

Hay que insistir aquí en que no se trata sólo de una "culpa" exclusiva del sistema de información, sino que ésta no es más que un aspecto específico de las "culpas" de un hábito político más general, que influye también sobre las actitudes de algunos magistrados. Es cierto, sin embargo, que de ese modo de informar se deriva un fortísimo estímulo hacia el personalismo, el protagonismo, la sustitución de los objetos del debate por los sujetos; del mismo modo que un cambio de los estilos periodísticos, orientado a hacer comprender y profundizar los problemas y no sólo a representarlos en algunos aspectos llamativos, y, además, a menudo, para fines de parte, provocaría una fortísima desincentivación de esas tendencias».

Viejos problemas, por tanto, que han caracterizado a nuestra democracia, y no sólo a la nuestra, pero que hoy en Italia resultan extraordinariamente agravados por efecto de algunas circunstancias que no tienen parangón en el mundo: En primer lugar, la llamada «revolución» de *Mani Pulite*, es decir, el dato de que la quiebra del sistema político precedente haya pasado también, y quizá sobre todo, a través de la intervención —por lo demás no sólo legítima sino debida— de la magistratura penal. En segundo lugar, la circunstancia de que —a renglón seguido de un imprevisto y clamoroso éxito político (atribuido a la influencia directa de sus redes televisivas, por lo que se ha hablado de «videocracia») — llegase a ser presidente del Gobierno el patrón de un imperio mediático. En tercer lugar, el hecho de que el deplorable ejemplo del penúltimo presidente de la

Reupública —Cossiga— introdujo en los hábitos político-institucionales italianos la práctica tanto del insulto dirigido a personalidades individuales y a organismos institucionales, como de la búsqueda del consenso popular a través de la instrumentalización de la autoridad derivada de la propia posición o de la propia ejecutoria institucional.

Es obvio que el injerto de todo el conjunto de estos acontecimientos en los antiguos y difusos problemas preexistentes crea una situación de confusión en la que aparece bastante problemática la recuperación de una correcta relación entre los papeles que en un estado democrático de derecho corresponden a las funciones de dirección política y a las de control de la legalidad, y resulta aún más problemática la comprensión por parte de la opinión pública de la exigencia de esta correcta relación. Tanto más si, como sucede, nuestro país está aquejado de un tradicional déficit de sentido cívico, de aceptación de las exigencias de legalidad, de comprensión del inevitable coste de las reglas. Por eso no sorprenden las oleadas de justicialismo, las expectativas salvíficas y las sucesivas reacciones de rencorosa desilusión frente a quien ejerce el control de la legalidad.

Hacer frente a esta compleja trama de problemas es una empresa político-cultural de amplio alcance, que hoy, por desgracia, nadie parece querer asumir en el desolado panorama, de debilidad e impotencia, de un lado, y de arrogante simplificación, del otro, ofrecido por los protagonistas de la acción política en nuestro país.

Pero lo que me interesa ahora es concretar cuál es nuestra tarea y nuestra responsabilidad en esta situación: la nuestra como magistrados, como Magistratura Democrática.

Para saberlo es preciso ver donde nos hemos equivocado, en tema de control de legalidad y opinión pública, a la luz de los principios democráticos. Me explicaré, comenzando por mí misma, con algunos ejemplos.

En junio de 1992 participé en una de esas transmisiones televisivas de gran impacto popular sobre el decreto ley «antimafia», en posición crítica frente a un consistente grupo de ilustres colegas posicionados claramente a favor de aquél. Hubo un momento en que uno de estos excelentes colegas, para sostener con la fuerza de un caso ejemplar su convicción acerca de lo inadecuado de la normativa anterior, se jactó de haber violado conscientemente la ley una vez (creo recordar que en la cuestión del tiempo de duración de las interceptaciones telefónicas) con el fin de capturar a un peligroso rebelde. La confesión fue saludada con un interminable aplauso de aprobación. Todavía me pesa no haber tenido reflejos suficientes para intervenir duramente descalificando aquella gravísima afirmación, de una consciente traición a la propia función, presentada y recibida como la mejor manera de cumplirla.

Todos recordamos la «revuelta» del *pool Mani Pulite* contra el decreto Biondi<sup>4</sup>: el propio di Pietro me

<sup>3</sup> E. Paciotti, «Il rapporto fra giustizia e informazione: un punto di vista dall'interno dell'amministrazione giudiziaria», intervención

en el congreso *Giustizia e informazione alla prova degli anni '80*, Milán, 18-19 de marzo de 1983.

<sup>4</sup> Intento frustrado de modificar el régimen de la prisión provi-

# NOVEDADES

**ALIANZA**  
EDITORIAL



## LITERATURA

LEON TOLSTOI  
*La muerte de Ivan Ilich. Hadyi Murad*  
EL LIBRO DE BOLSILLO

ALBERT CAMUS  
*Obras, I*  
El revés y el derecho. Nupcias.  
El extranjero. El mito de Sísifo.  
Calígula. Carnets, 1  
ALIANZA TRES

ALBERT CAMUS  
*Obras, II*  
El malentendido. Los justos. El estado de  
sito. La peste. Carta a un amigo alemán.  
Crónicas, 1944-1948  
ALIANZA TRES

MIGUEL DE CERVANTES  
*La Galatea*  
Contiene la versión en disquette  
OBRAS COMPLETAS DE MIGUEL DE CERVANTES

## CIENCIA

HUBERT REEVES  
*Últimas noticias del cosmos*  
Hacia el primer segundo  
ALIANZA UNIVERSIDAD

FRANK J. TIPLER  
*La física de la inmortalidad*  
Cosmología contemporánea:  
Dios y la resurrección de los muertos  
ALIANZA UNIVERSIDAD

F. JAQUE RECHEA Y J. GARCÍA SOLÉ  
*La luz*  
El ayer, el hoy, el mañana  
ALIANZA UNIVERSIDAD

LYNN MARGULIS Y  
LORRAINE OLENDZENSKI  
*Evolución ambiental*  
Efectos del origen y evolución de la vida  
sobre el planeta Tierra  
ALIANZA UNIVERSIDAD

FRITZ REINHART Y HEINRICH SOEDER  
*Atlas de matemáticas, II*  
ALIANZA ATLAS

## CIENCIAS SOCIALES

RICHARD GILLESPIE, FERNANDO  
RODRIGO Y JONATHAN STORY  
*Las relaciones exteriores  
de la España democrática*  
ALIANZA UNIVERSIDAD

CONCEPCIÓN DE CASTRO  
*Campomanes*  
Estado y reformismo ilustrado  
ALIANZA UNIVERSIDAD

MIGUEL SIGUAN  
*La Europa de las lenguas*  
ALIANZA UNIVERSIDAD

MIGUEL CRUZ HERNÁNDEZ  
*Historia del pensamiento del mundo  
islámico*  
1 Desde los orígenes hasta el siglo XII  
en Oriente  
2. El pensamiento de Al-Andalus (Siglos  
IX-XIV)  
3. El pensamiento islámico desde Ibn  
Jaldun hasta nuestros días  
ALIANZA UNIVERSIDAD TEXTOS

## HISTORIA

FERNANDO GARCÍA DE CORTAZAR Y  
JOSÉ MARÍA LORENZO ESPINOSA  
*Historia del mundo actual  
(1945-1995)*  
1 Memoria de medio siglo  
EL LIBRO DE BOLSILLO

FERNANDO GARCÍA DE CORTAZAR Y  
JOSÉ MARÍA LORENZO ESPINOSA  
*Historia del mundo actual  
(1945-1995)*  
2. Imago mundi  
EL LIBRO DE BOLSILLO

AMIN MAALOUF  
*Las cruzadas vistas por los árabes*  
EL LIBRO DE BOLSILLO

## ARTE

ROSALIND E. KRAUSS  
*La originalidad de la Vanguardia y  
otros mitos modernos*  
ALIANZA FORMA

PHILIPPE BEAUSSANT  
*François Couperin*  
ALIANZA MUSICA

## PSICOLOGÍA

DIANE BAUMGART, JEANNE JOHNSON Y  
EDWIN HELMSTETTER  
*Sistemas alternativos de comunicación  
para personas con discapacidad*  
ALIANZA PSICOLOGIA

STEVEN PINKER  
*El instinto del lenguaje*  
Como crea el lenguaje la mente  
ALIANZA PSICOLOGIA MINOR

## VARIOS

JOSÉ PLANA  
*Hablar con las plantas*  
Las 75 plantas de interior fundamentales  
EL LIBRO DE BOLSILLO

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

dijo ser consciente de la «transgresión» de las reglas democráticas, asegurándose que sólo la excepcionalidad de la situación lo justificaba, por una vez. Pero el hecho se repitió con la famosa propuesta de «salida de *Tangentopoli*» en el congreso de Cernobbio<sup>5</sup>. En el marco de la Asociación Nacional de Magistrados sostuvo lo impropio de la iniciativa: no porque los magistrados no estén legitimados para hacer sugerencias técnicas al legislador, sino porque de hecho se utilizaba el prestigio adquirido en el ejercicio de la propia función de control de legalidad para obtener el consenso de la opinión pública.

De nuevo, la misma impropiedad ha caracterizado a mi juicio la reciente iniciativa de doscientos fiscales de suscribir un manifiesto contra el proyecto de ley sobre la prisión preventiva, después de que la Asociación Nacional de Magistrados hubiera hecho llegar al legislador, en varias ocasiones, amplias consideraciones críticas. Una vez más —por lo demás sin éxito— se ha querido forzar con una llamada a la opinión pública el debate que se estaba desarrollando en la sede institucional adecuada con la aportación crítica de los diversos sectores de operadores concernidos y una amplia discusión en la prensa.

He sostenido y sostengo que, a la luz de los principios democráticos, es preferible una mala ley querida por un legítimo parlamento a una buena ley impuesta por los fiscales jefes secundados por el fervor popular.

Creo que éste es un asunto sobre el que se debe suscitar una amplia discusión. Lo digo porque se advierte una expansión del instrumento de la iniciativa penal debido, ciertamente, como sabemos, a la ausencia de cualquier otra intervención eficaz de control de legalidad y de contención de la ilegalidad, pero quizá también —más allá de caídas, errores, aproximaciones, censurables pero menos alarmantes cuando son generalmente reconocidas como tales— a una mentalidad que tiende a recibir la anómala demanda de tutela que, a falta de otra, se vuelve hacia la justicia penal. Una mentalidad peligrosa que corre el riesgo de llevar el instrumento penal hasta los límites de su practicabilidad, por ejemplo en materia de abuso de función, en la que las posibilidades de condena definitiva representan una ínfima proporción de las iniciativas, o de concurso «externo» en delitos asociativos, donde cada vez es menos perceptible el confin de la taxatividad de los tipos penales.

Quizá tengamos que convencernos y convencer de que las ayudas más eficaces que reciben las organizaciones mafiosas a través de iniciativas políticas o culturales deben combatirse en el terreno político, cultural, ético y no con el instrumento penal.

Quizá debamos repertirnos y recordarnos que los magistrados no castigan a los malvados, sino que protegen y garantizan los derechos de los malvados tanto como los de la gente de bien, y se limitan a

castigar las acciones y las conductas ilícitas, tanto de los malvados como de la gente de bien. Añadiré que en esta confusa situación, y dadas esas singularidades del ordenamiento judicial italiano, a las que tenemos particular afición (me refiero a la obligatoriedad de la acción penal y a la unidad de las carreras de jueces y fiscales) yo personalmente —y supongo que con escaso consenso— creo que para contribuir a trazar netamente los límites de la función judicial en el control de la legalidad, un fiscal antimafia no debería hacer públicos llamamientos a la lucha contra la mafia; un fiscal anticorrupción no debería impartir públicamente lecciones sobre la corrupción. Quiero decir, dirigiéndose directamente a la opinión pública a través de los media (es obvio que no me refiero a cursos de formación, a la aportación de conocimientos en sedes institucionales, profesionales, culturales).

La relación con la opinión pública que se desarrolla actualmente a través de los medios de comunicación de masas es una relación que tiene inevitables connotaciones políticas y es bueno que su gestión se produzca a través de las sedes de mediación con la política, que bien pueden ser sedes de grupos profesionales o de asociaciones culturales. Pero me parece impropio que quien se encuentra en ese momento investido del poder —un terrible poder— de incriminar o de juzgar comportamientos específicos, desarrolle una labor directa de orientación política sobre los temas o los fenómenos objeto de su ejercicio de poder, valiéndose también de la autoridad que le atribuye o, peor aún, del consenso generado por el ejercicio concreto de ese mismo poder. De otro modo, será difícil hacer perceptible esa distinción de papeles y de responsabilidades que hoy me parece sumamente necesario contribuir a difundir en nuestra cultura.

Personalmente no he tenido ocasión de ocuparme de procesos de gran relieve político, salvo en la época en que ejercí funciones de juez instructor en procesos de terrorismo. Recuerdo que durante los primeros días de desempeño del cargo recibí la visita de dos valientes y competentes cronistas judiciales, en busca de noticias y opiniones. Les dije que podríamos vernos de nuevo cuando pasasen un par de años, cuando los sumarios que estaba instruyendo estuvieran concluidos. No volvieron más.

Lejos de mí postular que los magistrados no deban discutir públicamente y expresar hacia afuera opiniones, exigencias, demandas, propuestas. Muy al contrario, deben hacerlo. Pero para representar hechos, portar argumentos, defender soluciones insertándose en el circuito democrático a la par de cualquier otro. Es decir, evitando el favor popular que puede rodear a las estrellas judiciales del momento en relación con el ejercicio de un poder que debe ser —y evidentemente resultar— ejercicio imparcial de reafirmación de la legalidad en aquel caso concreto. Sólo así participarán en aquel «largo proceso de formación de las opiniones colectivas en el

sional para determinados delitos, con vistas a favorecer a los procesados de *Tangentopoli*.

<sup>5</sup> Se hace referencia a la propuesta formulada por Di Pietro en la reunión anual de la Confindustria (asociación empresarial), en 1994, para dar una salida a la situación procesal creada por las

investigaciones del *pool Mani pulite*. Incluía la posibilidad de pacto sobre la pena —comprendidas en este caso las superiores a dos años—, restitución de los fondos ilícitamente apropiados, no presentación a futuras elecciones. De este modo se trataría de dar una solución rápida a los complejos procesos en curso

que todos tienen la posibilidad de ejercer su influencia, y más los que disponen de mayores y mejores energías susceptibles de ser destinadas al cuidado de las cosas públicas. Si quienes se autoincluyen entre los próceres, no obstante sus posibilidades, no son capaces de influir en el pueblo y no pasan de ser una minoría a la que no se escucha, *imputent sibi*, no a un defecto de la democracia y, si acaso, redoblen sus esfuerzos y pregúntense en qué se han equivocado».

Quizá hayáis reconocido en esta frase una cita de Gramsci contenida en ese áureo librito de Gustavo Zagrebelsky *II «crucifige» e la democrazia* que tan bien ilustra la opción —que creo debe ser la nuestra— por una democracia crítica que si construye a través de la institucionalización social de la política,

a través de la compleja articulación de los poderes públicos, no pretende operar «en tiempo real» en relación con los problemas a resolver y los humores populares cambiantes.

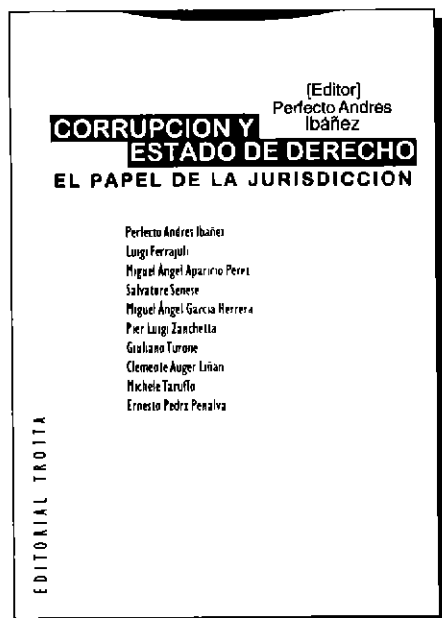
Entiendo que debemos participar conscientemente en la construcción de ese común sentir de aceptación de la democracia crítica, descrito por Zagrebelsky, mediante el esfuerzo constante de poner en práctica el arte de distinguir que nos enseñó Amos Pignatelli en todas sus intervenciones, en todos sus escritos: distinguir los papeles, las tareas, las responsabilidades, distinguir los conceptos y los valores perseguidos en cada caso, sin perder de vista ese sentido de la común pertenencia a la democracia que hace posible el mejoramiento común.

(Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ).

## CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN

[ EDICIÓN DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ ]



**PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ:** Introducción

**LUIGI FERRAJOLI:** El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad

**MIGUEL ÁNGEL APARICIO PÉREZ:** Modelo constitucional de Estado y realidad política

**SALVATORE SENESE:** Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial

**MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA:** Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional

**PIER LUIGI ZANCHETTA:** *Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales

**PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ:** *Tangentopoli* tiene traducción al castellano

**GIULIANO TURONE:** La Europa de los capitales y las fronteras de la acción penal

**CLEMENTE AUGER LIÑÁN:** Mercado mundial y ordenamiento penal

**MICHELE TARUFFO:** La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?

**ERNESTO PEDRAZA PENALVA:** Crisis y alternativas en la justicia civil

176 páginas. 1.600 ptas. 14 x 22 cm

Sagasta, 33. 28004 Madrid Teléfono 593 90 40 - Fax 593 91 11

**EDITORIAL TROTTA**

# ESTUDIOS

## La objeción de conciencia a deberes cívicos\*

Alfonso RUIZ MIGUEL

La objeción de conciencia en el ámbito público ha sido tratada casi hasta la saciedad en los últimos años en relación con el servicio militar. En ese mismo ámbito, sin embargo, hay dos deberes cívicos que, en el caso español al menos, no están claramente resueltos y que merecen discusión pública: el deber de actuar como presidente o vocal de mesas electorales y el de participar en juicios por jurados. Respecto del primer deber se han venido produciendo casos de objeción, algunos de los cuales han generado ya una considerable jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como se verá, está lejos de ser unívoca. Por su parte, la puesta en marcha del juicio por jurados ya ha dado lugar a alegaciones de excusa por motivos de conciencia sobre las que, como también se verá, parece que no se está siguiendo un criterio común. Para estar teóricamente fundada, una propuesta de resolución de ambos tipos de casos, entre los que sin duda existe una fuerte analogía, no puede prescindir ni de un adecuado encuadramiento conceptual de la objeción de conciencia en general ni del tratamiento que sus más importantes manifestaciones han recibido en nuestro sistema jurídico, especialmente a través de la interpretación del Tribunal Constitucional. Las páginas que siguen tratan de combinar coherentemente estas reflexiones más generales, que se desarrollan en los tres primeros apartados de la ponencia, con las observaciones sobre aquellas objeciones de conciencia específicas, que se desarrollan en los dos últimos.

### LA OBJECION DE CONCIENCIA COMO DERECHO: ALCANCE Y LIMITES IDEALES

Antes de nada, y para cumplir expresamente con

\* Texto de la ponencia, titulada «La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos», que inició el curso sobre «Libertad ideológica, objeción de conciencia y derecho a no ser discriminado» (febrero de 1996), del Plan de Formación de Jueces y Magistrados de 1996 del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>1</sup> Naturalmente, un criterio como el anterior es susceptible de cualificaciones, especialmente en lo que se refiere a la definición de «funcionario», pues parece claro que el régimen de un juez, un policía o un militar puede ser asimilado al de ciertas autoridades que no son propiamente funcionarios, como los altos cargos del gobierno o los cargos de confianza de empresas públicas, a

el deber de probidad intelectual que la tradición weberiana recomienda para aproximarse al ideal de la avaloratividad de las ciencias sociales, declararé mis preferencias personales en esta materia, por lo demás ya expuestas en un artículo dedicado a este tema escrito hace diez años (Ruiz Miguel, 1987). En mi opinión, frente a la tentación de afirmar que las leyes deben respetar siempre los dictados de la conciencia de los individuos, es fácil mostrar la posibilidad de criterios subjetivamente morales fanáticos o intolerantes que sería enormemente dañino e in-moral aceptar por parte del Estado: sin ir más lejos, piénsese en las sectas que provocan «suicidios» colectivos que en realidad suelen ser asesinatos masivos con suicidio final de los responsables o en la eventual negativa de un testigo de Jehová a que su hijo menor de edad reciba una transfusión de sangre necesaria para su salud. Aun sin extremar tanto las cosas, también es generalmente pacífico que los funcionarios del Estado no son ciudadanos cualesquiera y que sería absurdo garantizarles la posibilidad de objetar en conciencia el cumplimiento de las leyes que por su propia función están comprometidos a servir, especialmente cuando siempre tienen abierta la posibilidad de renunciar al puesto para salvaguardar su conciencia<sup>1</sup>.

Ahora bien, salvados tales tipos de casos y otros similares, en los que los daños de un ejercicio ilimitado de la libertad de conciencia son claramente graves y desproporcionados, también parece claramente indeseable que las leyes impongan deberes que violentan directamente la conciencia de los ciudadanos. Es cierto, sin embargo, que lo deseable no es siempre realizable y que, si bien teóricamente razo-

la vez que no tiene por qué ser idéntico al de un médico de la seguridad social o al de un profesor de instituto.

Por lo demás, la relevancia de la diferencia entre funcionarios (y autoridades) y ciudadanos fue recogida en la STC 101/1983, dictada a propósito de los efectos de la negativa a prestar juramento de los parlamentarios, al decir que «cuando la libertad ideológica se manifiesta en el ejercicio de un cargo público ha de hacerse con observancia de deberes inherentes a tal titularidad, que atribuye a una posición [*sic*: parece que debería decir "atribuye una posición"] distinta a la correspondiente a cualquier ciudadano» (FJ 5; igual doctrina en ATC 1.227/1988, de 7 de noviembre).

nable, puede ser pragmáticamente inconveniente o técnicamente inviable para el legislador descartar sin más ciertos deberes o establecer expresamente para ellos una excepción por razones de conciencia. Si se excluyen casos espinosos y seguramente fuera de la necesaria proporción, como el de la objeción selectiva a deberes fiscales<sup>2</sup>, la vía judicial podría ser un vehículo apropiado para, tras las oportunas comprobaciones sobre la veracidad de la objeción, excluir o atenuar la sanción en los deberes legales en los que es palmaria la escasa entidad del daño social producido en relación con el mayor beneficio de extender la libertad de conciencia de los ciudadanos.

La anterior situación tiende a producirse de manera típica en dos tipos de deberes, cuya ponderación respecto de la libertad de conciencia tiende, en mi opinión, a ser favorable a esta última: en primer lugar, en los de cumplimiento final colectivo o no individualizado, que incluyen a aquella parte de los deberes públicos (o establecidos en interés de terceros no identificables) cuyas finalidades se satisfacen mediante un conjunto complejo de actividades de numerosos sujetos (la defensa militar, p. ej., frente al deber del juez de no prevaricar en favor del reo, que también puede constituir un deber público en el mismo sentido pero que, sin embargo, es de cumplimiento final individualizado, debido por todos y cada uno de los jueces); en segundo lugar, en los deberes de sujeto activo indistinto, es decir, en aquellos que, sean de carácter público o privado, se atribuyen a colectivos en los que no es necesario que todos y cada uno actúen porque basta para cumplirlos la actividad de alguno de sus componentes (así, la disponibilidad de un equipo médico o la organización del colectivo de trabajadores de una empresa que garantiza los descansos semanales de trabajadores con distintas religiones)<sup>3</sup>.

Mi anterior propuesta, que tiene carácter ideal o, si se quiere, de política jurídica, es diferenciable de la interpretación que deba hacerse a propósito del grado de protección de la objeción de conciencia efectivamente reconocido en nuestro sistema jurídico. Aunque la justificación de mi propuesta constituye, creo, una interpretación razonable del criterio establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución cuando

«garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la

<sup>2</sup> Prueba de las severas dificultades para el reconocimiento jurídico de la objeción fiscal —que por esa razón parecería más asimilable a la figura de la desobediencia civil, claramente inaceptable para el Derecho, que a la de la objeción de conciencia directa o en sentido estricto— es que las propuestas doctrinales para su reconocimiento jurídico apuntan a la previsión legal de una alternativa para el contribuyente sobre el destino de una parte de su contribución, de modo más o menos similar al porcentaje hoy dedicado alternativamente a la subvención de la Iglesia católica o a la atención de otros fines de interés social (cf. Escobar, 1993, págs. 443-8; véase allí la referencia a varias sentencias de distintos tribunales españoles rechazando la aceptación de la objeción fiscal). Con esa propuesta, sin embargo, más que una excepción a un deber general se configuraría una simple alternativa y, por tanto, un permiso pleno para optar libremente entre dos posibilidades distintas.

necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»<sup>4</sup>,

este precepto admite también interpretaciones más restrictivas, que bien pueden haber sido las seguidas tanto por el legislador en su capacidad de desarrollo de las previsiones constitucionales como, en último término, por el juez constitucional en su función de delimitación del marco al que han de ajustarse las competencias del legislador y las actividades interpretativas de las leyes por parte de la Administración y los tribunales ordinarios.

Con gran plausibilidad, esta es la solución que finalmente, al menos hoy por hoy, parece haberse acogido oficialmente en nuestro ordenamiento jurídico, donde el Tribunal Constitucional, tras una compleja evolución, parece haber terminado reduciendo el alcance constitucional de la objeción de conciencia al ámbito de las obligaciones militares mencionadas en el artículo 30.2 de la Constitución (lo que, seguramente, no excluye la posibilidad de considerar la cláusula de conciencia de los periodistas del artículo 20.1.d como otro caso constitucionalmente reconocido de objeción de conciencia<sup>5</sup>). En este proceso de reducción de la objeción de conciencia constitucionalmente reconocida ha debido pesar decisivamente la peculiar intratabilidad jurídica del reconocimiento expreso de algo semejante a un derecho genérico a tal forma de objeción, incluso circunscrito en los límites que antes he propuesto o en otros más o menos similares. Por ello, antes de ver aquella evolución con algún detalle conviene considerar esa intratabilidad, lo que de paso servirá para glasar algunos rasgos importantes del concepto de la objeción de conciencia.

## LA INTRATABILIDAD JURIDICA DEL DERECHO GENERAL A LA OBJECION DE CONCIENCIA

Para comprender las particulares dificultades de tratamiento jurídico de la objeción de conciencia es necesario partir de un concepto riguroso de esta figura: a diferencia de los meros derechos de libertad (la libertad de expresión, reunión, etc.), la objeción de conciencia jurídicamente reconocida presupone la existencia de un deber legal genérico cuya exención personal por razones morales por parte de algunos de sus destinatarios es también aceptada jurídicamente. Cuando falta aquel deber no se puede hablar de objeción de conciencia propiamente dicha. Por lo demás, el carácter excepcional de la objeción

<sup>3</sup> No obstante, en lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, téngase en cuenta que la STC 19/1985 denegó el amparo en un caso de objeción de conciencia en el ámbito privado y de carácter sobrevenido (esto es, en la que el cambio de convicción moral se produjo en el curso de una relación o situación jurídica preexistente) por estimar que la pretensión de la recurrente de que la empresa debía garantizar su descanso semanal desde la puesta del sol del viernes a la del sábado habría provocado una modificación de la relación contractual libremente suscrita entre ambas partes no amparable en la libertad religiosa (FJ 1).

<sup>4</sup> Aun con matices diferenciales que no viene al caso mencionar ahora, comparto esta interpretación con la de los dos libros recientemente dedicados en España a la objeción de conciencia en general: Gascón, 1990, y Escobar, 1993.

<sup>5</sup> Sobre ello, véase la discusión de Escobar, 1993, pág. 396, con la bibliografía allí citada.

se correlaciona habitualmente con el rasgo de protección de minorías religiosas y similares: de otro modo, si la objeción fuera generalizada entre la población, la propia técnica jurídica de imposición de un deber general se mostraría, cuando menos, como pragmáticamente inadecuada para conseguir los objetivos buscados, que deberían reformularse políticamente o, en todo caso, intentarse por otras técnicas, especialmente mediante incentivos.

Para que se mantenga como excepción a un deber generalmente cumplido es por lo que, precisamente, la objeción de conciencia nunca se suele configurar legalmente como un derecho realizable mediante su mera alegación. Si así fuera, presumiblemente, la objeción dejaría pronto de ser una excepción hasta transformarse de hecho —al igual que el deber general originario— en una simple libertad<sup>6</sup>. Por ello, la finalidad específica de mantener el carácter excepcional de las objeciones, junto con la más genérica de evitar el potencial destructivo para otros deberes jurídicos y para el ordenamiento jurídico en su conjunto del descontrol de las objeciones, explica que los sistemas jurídicos que reconocen formas de objeción suelen establecer mecanismos legales de comprobación de la veracidad de las razones alegadas y, sea de forma alternativa o suplementaria con la técnica anterior, deberes sustitutos para los objetores.

Ambas técnicas legales comportan severos problemas de distinto tipo. La comprobación de la veracidad, además del problema jurídico-moral de la intervención a la esfera íntima de las personas, que han de expresar oficialmente sus creencias morales y pueden ser investigadas sobre éstas en distintos ámbitos, puede resultar pragmáticamente muy difícil si quiere ser rigurosa, especialmente cuando quien alega la objeción no pertenece a ninguna organización religiosa o similar con cierto grado de institucionalización<sup>7</sup>. De ahí la habitual utilización de la técnica de las prestaciones sustitutorias de cumplimiento más gravoso que el deber general como más fiable obstáculo al fraude en la presentación de objeciones. Se trata, sin embargo, de una razón apenas confesable públicamente. La mayor gravedad de tales prestaciones suele justificarse con una poco convincente apelación al principio de igualdad ante la ley (así, la STC 160/1987, FJ 5), con gran probabilidad porque aceptar aquel exceso por su valor pragmático para evitar la multiplicación ilegítima de

objeciones haría difícil diferenciarlo de la sanción por cumplir una obligación de conciencia.

Y, sin embargo, si en efecto se quieren salvaguardar a la vez, en la mayor medida posible, tanto el derecho a la intimidad de los objetores como su propio derecho a la objeción en el marco de un deber general estimado imprescindible, la técnica anterior puede ser la preferible, incluso a pesar de imponer un coste añadido en el objeto. Y obsérvese que, aplicada con rigor, a un resultado equivalente se llega si, al no estar específicamente prevista en la ley una determinada objeción de conciencia (por ejemplo, ante la participación en mesas electorales), son los jueces penales los que asumen en última instancia la función de aceptar su licitud tras la comprobación de la veracidad de la alegación. En este caso, contando el riesgo de ser condenado y las naturales molestias del proceso penal, también parece inevitable la imposición de un coste añadido al objeto. Aunque el resultado aparezca en alguna medida como paradójico, pues se reconocen las razones del objeto pero imponiéndole especiales cargas, la paradoja se disuelve en cuanto se tiene en cuenta que las reivindicaciones de los objetores carecerían de fuerza si no hubiera sido por la disposición de tantos de ellos a sufrir penas graves, e incluso desproporcionadas, antes que cumplir leyes que violentan sus convicciones más profundas.

## LA EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La evolución de nuestra jurisprudencia constitucional en materia de objeción de conciencia es relativamente fácil de sintetizar en sus líneas maestras, que pueden condensarse en tres momentos. La primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el asunto fue la 15/1982, de 23 de abril —con anterioridad, por tanto, a la aprobación en 1984 de la legislación reguladora de la objeción de conciencia al servicio militar—, en resolución del recurso de amparo de un objeto llamado a filas. Esta sentencia, tras sentar «la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia» reconocida en el artículo 16 de la Constitución, consideró la objeción al servicio militar, por un lado, como un derecho-excepción<sup>8</sup> a ser declarado exento del deber general correspondiente y, por otro

<sup>6</sup> Así parece ocurrir en nuestro sistema jurídico en materia de objeción médica al aborto. En el marco de la amplísima cláusula con que la STC 53/1986 se refirió a ese caso —sobre lo que se habla más adelante en el texto—, el deber genérico del personal médico de la sanidad pública de «prestar personalmente sus servicios profesionales» en las circunstancias que especifica el Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, parece que de hecho decae ante la mera y genérica alegación de que un médico (o ATS, etc.) no desea realizar abortos; esa práctica tiene además una alegable base legal en la vaga previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 9 del Real Decreto de 21 de noviembre de 1985, sobre centros sanitarios acreditados para la práctica de abortos legales, que dice que la negativa a realizar un aborto «habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro facultativo». Junto a esta última salvedad, de difícil cumplimiento, el único límite a la libertad de cualquier médico para no practicar un aborto se encuentra en el caso de peligro grave para la vida de

la madre, donde el delito de homicidio por omisión opera como deber que protege un bien claramente superior ante el que la objeción de conciencia no puede eximir de responsabilidad penal (sobre todo ello, más extensa y articuladamente, puede verse Ruiz Miguel, 1990, págs. 105-24; con algunas no graves diferencias respecto de mi interpretación, que no es pertinente considerar aquí, véase también Escobar, 1993, págs. 378 ss.

<sup>7</sup> Sobre la constitucionalidad en principio de las indagaciones a propósito de la veracidad de la alegación de objeción, véase la STC 160/1987, FJ 5, así como, en contra, los votos particulares de los magistrados De la Vega Benayas (núm. 2) y García-Mon (núm. 1).

<sup>8</sup> Por derecho-excepción se alude aquí a un derecho que se prevé para determinados y limitados sujetos y/o por determinados y limitados motivos como excepción a un deber impuesto en general. Tal categoría, por tanto, no tiene nada que ver con el carácter normal o excepcional con que tal derecho se encuentre establecido o se suponga que se deba establecer.

lado, como un derecho directamente ejercible en su contenido esencial, incluso antes del desarrollo legislativo, mediante la suspensión de la incorporación a filas de cualquier ciudadano que lo alegara (cf. FFJJ 6-8). Al reconocer en el fallo el derecho de todo objetor a aplazar su incorporación a filas hasta la aprobación de la ley, esta sentencia tuvo una eficacia inmediata en la práctica de la Administración militar, hasta el punto de que no hubo posteriores recursos en la materia que tuvieran que ser resueltos materialmente en el mismo sentido<sup>9</sup>. Conviene añadir, no obstante, que en esta primera sentencia el Tribunal Constitucional no sólo vino a identificar objeción de conciencia sin más con objeción de conciencia al servicio militar, sino que, frente al palmario carácter potestativo que el establecimiento de la prestación social sustitutoria tiene en el artículo 30.2 de la Constitución, afirmó que

«el principio de igualdad exige que el objetor de conciencia no goce de un tratamiento preferencial en el cumplimiento de ese fundamental deber [el de prestar el servicio militar] de solidaridad social» (FJ 7).

El segundo momento, que en su concisión tuvo amplia repercusión e importancia, lo constituye la STC 53/1985, de 11 de abril, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la legislación despenalizadora de ciertas formas de aborto. En esta sentencia, ante la alegación del recurso de que el proyecto de ley impugnado no reconocía la posibilidad de objetar en conciencia al personal sanitario, el Tribunal Constitucional despachó breve y apodícticamente la cuestión diciendo:

«cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (FJ 14)<sup>10</sup>.

Literalmente entendida, esta interpretación venía a configurar un derecho general a la objeción de

conciencia, por lo demás sin establecimiento de límite alguno (lo que incluso en el caso del aborto es particularmente discutible, por ejemplo ante el aborto necesario para salvar la vida de la madre). Ante ello, precisamente, el artículo sobre objeción de conciencia antes citado, que escribí muy poco tiempo después de esta sentencia, pretendía justificar posibles límites a un derecho tan general a la objeción de conciencia como el que se desprendía del referido enunciado del Tribunal Constitucional.

El tercer momento en la evolución de la interpretación constitucional, por ahora definitivo, lo configuraron las SSTC 160 y 161/1987, ambas de 27 de octubre, que resolvieron, respectivamente, un recurso y varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre la legislación a propósito de la objeción de conciencia al servicio militar aprobada en 1984 (Ley 48/1984, de 26 de diciembre, así como Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre). En lo que aquí importa, aquellas sentencias dejaron sentadas dos cosas bien rotundas, además de mutuamente relacionadas: en primer lugar, la tesis de que la objeción de conciencia al servicio militar no estaría constitucionalmente garantizada de no haber sido reconocida expresamente en el artículo 30.2, conclusión que mana claramente a través de la confusa argumentación por la que el Tribunal Constitucional quiso llevar a cabo la imposible misión de, por un lado, no revisar la doctrina de la citada STC 15/1982 y, por otro lado, mantener a la vez la tesis de que tal forma de objeción constituye un derecho no fundamental y autónomo (cf. STC 160/1987, FJ 3)<sup>11</sup>; y, en segundo lugar, la exclusión expresa de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho general a la objeción de conciencia, tesis manifestada ahora de forma tan breve, apodíctica e ilimitada como en la STC 53/1985 se había manifestado la tesis casi perfectamente opuesta:

«La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Esta-

<sup>9</sup> Así, las SSTC 23/1982, de 13 de mayo, y 25/1982, de 13 de mayo, resuelven recursos de amparo de objetores considerando únicamente el argumento formal del no agotamiento de la vía previa. Por su parte, la STC 40/1982, de 30 de junio, fallaba declarando «terminado el proceso por satisfacción de la pretensión» al haberse reconocido sobrevenidamente el derecho a la prórroga por parte de la Administración militar.

<sup>10</sup> Ha de observarse que, aunque esta sentencia recibió votos particulares firmados por seis de los doce magistrados, este aspecto no recibió objeción alguna salvo en el voto de los magistrados Latorre y Díez de Velasco que, afirmando expresamente compartir la derivación de tal derecho a la objeción de conciencia del artículo 16.1 de la Constitución, precisaron que su titularidad había de corresponder en exclusiva al «Médico y demás personal sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo».

<sup>11</sup> Así, en la STC 15/1982 se había afirmado que «puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español» (FJ 6, cursiva mía). A pesar de ello, por un lado, la STC

160/1987 vino a sostener que la anterior configuración no exigía calificar a la objeción de conciencia al servicio como derecho fundamental ya que sin el reconocimiento del artículo 30.2 «no podría ejercerse [...] ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia» (FJ 3); y, por otro lado, la STC 161/1987 forzó todavía más la interpretación al aseverar como compatible la afirmación de 1982 de que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es una concreción de la libertad ideológica del artículo 16, que dice aceptar, y su nueva caracterización de aquél como un «derecho autónomo» (FJ 3): cómo un derecho pueda ser autónomo y, a la vez, concreción de otro, es para mí un misterio todavía más inconcebible que el de la Trinidad.

Una interpretación más adecuada, que evita incoherentes malabarismos conceptuales como los anteriores y observa el evidente apartamiento de las dos sentencias posteriores a la 15/1982, la ofrece el voto particular del magistrado De la Vega Benayas a la propia STC 160/1987; por lo demás, para un comentario crítico de la doctrina de las SSTC 160 y 161/1987 en este punto, véase Atienza, 1987, pág. 199; Escobar, 1993, págs. 275-9; Gascón, 1990, págs. 308-19, y Prieto y Gascón, 1989).

do. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (STC 161/1987, FJ 3)<sup>12</sup>.

La sustancia de esta doctrina parece de momento consolidada a la luz de la posterior STC 321/1994, de 28 de noviembre, que rechaza el recurso de un insumiso que había alegado motivos de conciencia para negarse a presentar la objeción al servicio militar legalmente prevista y había sido condenado por delito contra el deber de prestación del servicio militar<sup>13</sup>.

Un aspecto llamativo, aunque desde luego poco insólito, de la anterior evolución del Tribunal Constitucional es la total ausencia de reconocimiento expreso de los cambios de doctrina operados sobre el mismo asunto. Al contrario, en el tercer momento indicado, no sólo no se realiza un expreso *overruling* de la doctrina precedente, sino que, a la vez que se ignora por completo y persistentemente lo afirmado en la STC 53/1985, y tras haber empezado restringiendo severamente, y hasta distorsionando, el sentido de lo que la STC 15/1982 había dicho<sup>14</sup>, se ha terminado por cerrar el círculo hasta llegar a citar a esta última sentencia como iniciadora de la doctrina que independiza la libertad ideológica y la objeción de conciencia, esto es, justo la doctrina opuesta a la realmente enunciada por aquella sentencia<sup>15</sup>. Esta falta de reconocimiento tiene relevancia práctica porque, en concreto, deja en la penumbra el exacto régimen constitucional de la posible regulación de la objeción de conciencia ante el aborto. Aunque de momento la existente regulación legal de ese tipo de intervención médica parece configurar los derechos al respecto del personal sanitario no como objeción-excepción frente a un deber previo sino como simples libertades<sup>16</sup>, la forma de la anterior evolución de la jurisprudencia constitucional hace dudosa la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una hipotética ley que, tras establecer un

deber general de intervención en abortos para el personal de la sanidad pública, limitara, o incluso negara, las posibilidades de eludir tal deber por razones de conciencia.

La interpretación más radical, pero no seguramente la más razonable, diría que con las sentencias de 1987 y su confirmación por la 321/1994 el Tribunal Constitucional ha operado implícitamente una total revisión de toda su doctrina anterior, exigiendo que cualquier objeción de conciencia sea legalmente regulada, incluidas las intervenciones sanitarias en materia de aborto<sup>17</sup>. Una interpretación más moderada consideraría que, operando la anterior como doctrina general, la STC 53/1985 establecería en todo caso, de modo similar a una *lex specialis*, una excepción legalmente intocable en aquella materia. Sea como sea, con tal excepción o sin ella, lo que resulta difícil es construir convincentemente una interpretación integradora de los tres momentos vistos, soslayando que la actual doctrina del Tribunal Constitucional parece excluir cualquier reconocimiento genérico de la objeción de conciencia, por limitado que sea, como derivado del artículo 16 de la Constitución<sup>18</sup>. Naturalmente, esa exclusión no afectaría a la eventual pero improbable posibilidad de reconocimiento *legal* de tal derecho general. Más dudoso y complejo, en cambio, parece el margen de interpretación de tal precepto constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria para el reconocimiento en concreto de determinadas formas de objeción como constitucionalmente reconocidas.

Dos caminos, sin embargo, parecen abiertos para ello. De un lado, la presentación de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante cualquier caso de objeción de conciencia que, sin estar reconocido legalmente, el juez dude de si está amparado por la Constitución; aunque esta opción tiende a presentar muy estrechos márgenes en el Derecho español, sobre todo por el tenor del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ),

<sup>12</sup> Obsérvese que el sentido en que el Tribunal Constitucional habla aquí de excepcionalidad en el reconocimiento de la objeción de conciencia no es el del derecho-excepción al que me he referido en la nota 8 y en el texto correspondiente, sino, precisamente, al sentido excluido en dicha nota.

<sup>13</sup> La argumentación del Tribunal Constitucional se centra en negar que el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE sea suficiente para eximir del cumplimiento por motivos de conciencia de otros deberes legales que no sean el servicio militar (STC 161/1987, FJ 3). Sin embargo, en este caso habría sido posible —y, desde mi punto de vista, preferible— una argumentación alternativa, más directamente dirigida al caso concreto y menos generalizadora a propósito del principio, según la cual debe negarse que la insumisión constituya una forma propiamente dicha de objeción de conciencia, siendo más bien una típica manifestación de desobediencia civil indirecta, por la que se incumple una ley no porque violente la propia conciencia, sino como mero instrumento para denunciar una política, situación o ley distinta (para más detalles sobre ello, véase Ruiz Miguel, 1987, págs. 403-4, así como Ruiz Miguel, 1993, págs. 145-8).

<sup>14</sup> Así se hace, como se ha visto en la nota 11, en las SSTC 160 y 161/1987.

<sup>15</sup> En efecto, la STC 321/1994 dice: «como en varias ocasiones ha declarado este Tribunal (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 1227/1988), el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos» (FJ 4)

<sup>16</sup> Vid. *supra*, nota 6.

<sup>17</sup> Naturalmente, esto no significa que el legislador esté cons-

titucionalmente obligado a excluir el actual régimen de libertad casi absoluta del que hoy disfruta el personal sanitario en esta materia, sino sólo que si el legislador suprimiera tal régimen mediante la imposición de obligaciones también debería regular las posibilidades de objetarlas de conciencia.

<sup>18</sup> Como veremos después, este mismo es el criterio del Tribunal Supremo. De opinión contraria son Marina Gascón y Guillermo Escobar, que —si bien con anterioridad a la citada STC 321/1994— niegan que las sentencias de 1987 modifiquen la jurisprudencia anterior y excluyan la apoyatura en el artículo 16.1 de un derecho general a la objeción de conciencia (cf. Gascón, 1990, págs. 301-2, y Escobar, 1993, págs. 186-8). Sin embargo, cuando sus argumentos no fuerzan hasta la irreconocibilidad el alcance de las sentencias de 1987, ofrecen en realidad razones contra las consecuencias que se derivan de su doctrina, que dichos autores no comparten precisamente por desconocer dicho derecho general. Por lo demás, la presunción implícita en uno de los argumentos de Escobar de que no puede admitirse una contradicción entre doctrinas del Tribunal Constitucional, y todavía menos de manera implícita, prescinde de la evidencia, casi cotidiana en cualquier sistema jurídico desarrollado, de los cambios de doctrina jurisprudencial. Cuestión diferente, ante dichos cambios, es la de si cuando se produce una doctrina jurisprudencial opuesta a otra anterior haya de entenderse que se sienta una modificación de doctrina o, como a veces suele ocurrir, que se abre una oscilación de líneas en conflicto. A esta otra cuestión, que es implantable cuando se sostiene una interpretación integradora de dos líneas jurisprudenciales opuestas, me refiero a continuación en el texto.

parece en todo caso abierta no sólo por la comentada ausencia de *overruling* expreso de la doctrina de las SSTC de 1987 y la existencia de una sola sentencia posterior confirmatoria, lo que consiente la duda de si la nueva jurisprudencia está realmente consolidada, sino también porque el citado precepto de la LOPJ, en mi opinión, no puede precluir la presentación de cuestiones de inconstitucionalidad, incluso cuando hay jurisprudencia consolidada, siempre que sea razonable intentar un cambio de la misma. De otro lado, y como vía probablemente más frecuentable, está la directa interpretación en relación con el artículo 16 de la Constitución de ciertas cláusulas legales abiertas que admiten excusas genéricas a determinados deberes para incluir en ellas la derivada de la existencia veraz de sólidas razones de conciencia (sólidas, naturalmente, desde el punto de vista del objetor, de modo que puedan reconocerse como de especial peso desde un punto de vista externo). Los dos apartados que siguen considerarán un tipo de itinerario argumentativo que sigue esta segunda vía en relación con los concretos supuestos de la objeción de conciencia al deber de participar en mesas electorales y al de integrar tribunales de jurados.

## LA OBJECION DE CONCIENCIA A LAS MESAS ELECTORALES

La obligación jurídica de ejercer la función de presidente o vocal de una mesa electoral viene impuesta por la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (arts. 26 y 27.1). Tras establecer un breve plazo para la alegación por los interesados de «causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo», esta ley encomienda sin ulterior recurso la resolución de la pertinencia de tal alegación a la Junta Electoral de Zona (art. 27.2). En consonancia con dicha obligación, en el capítulo de la misma ley sobre «Delitos e infracciones electorales» se prevé, además de la pena genérica para todo delito electoral de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo (art. 137), la pena específica de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas por la no concurrencia o el abandono injustificados del cargo (art. 143)<sup>19</sup>.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, si no estoy equivocado, ha habido una decena de sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto sendos recursos de casación en esta materia, todos ellos originados por la no concurrencia o el abandono de sedicentes testigos de Jehová designados como presidentes o vocales de mesas electorales. Excepto la primera de esta serie de sentencias, de 1979, todas las demás son posteriores a las SSTC 160 y 161/1987, si bien ninguna de ellas se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión y sólo dos argumentan, dándolo por inconcuso, que nuestro sistema jurídico única-

mente reconoce como constitucional la objeción de conciencia al deber de cumplir el servicio militar (SSTS 23-12-1992 [RJ 10325] y 27-3-1995 [RJ 2238]).

Salvo en las dos sentencias que se acaban de mencionar, el Tribunal Supremo ha venido aduciendo comúnmente, y a veces conjuntamente, dos argumentos diferentes para fundamentar la obligación general de participar en las mesas electorales. Por un lado, las exigencias derivadas del funcionamiento del sistema democrático y de su régimen electoral como interés colectivo que, según el propio Tribunal, autorizan la imposición de deberes individuales como los citados e incluso la sanción penal por su incumplimiento (vid SSTS 2312-1992, 29-9-1993 [RJ 7016], 18-10-1994 [RJ 8027], 27-3-1995 y 17-4-1995 [RJ 2891]). Y, por otro lado, la naturaleza políticamente imparcial de la participación como miembro de una mesa electoral, que al permitir (o, según algunas sentencias, exigir) que los designados mantengan la más estricta neutralidad política excluiría en principio la consideración de tal actividad como propiamente política y, en tal sentido, contraria a la libertad religiosa (SSTS 23-12-1992, 30-3-1993 [RJ 293], 8-6-1994 [RJ 4548], 14-12-1994 [RJ 9810] y 17-4-1995).

Ahora bien, a partir del criterio general anterior, que en principio reputa como antijurídica la objeción de conciencia a participar en mesas electorales, se pueden observar dos líneas jurisprudenciales no del todo concordantes, en especial en el peso de sus respectivas insistencias. Mientras que en una de esas líneas el Tribunal Supremo viene admitiendo la posibilidad de excepciones al criterio general, en la otra línea o bien no se reconoce tal posibilidad o, si se reconoce formalmente, el ámbito de la excepción queda reducido a mero símbolo prácticamente inaplicable de hecho. Obsérvese que no es que aparezca una abrupta contradicción entre una y otra línea, sino que entre ellas se da la conexión de un conjunto de momentos en transición gradual que, como en el conocido ejemplo de la calvicie, abren el paso desde una situación a la opuesta sin que exista un único punto de ruptura específicamente determinable.

La primera de las dos líneas anteriores, que es la primitiva además de la dominante, no es propiamente recta, pero sí converge en el reconocimiento franco de la posibilidad de excepcionar el deber de participación en mesas electorales por razones de conciencia. El punto de partida de esta línea lo proporcionan dos sentencias del Tribunal Supremo que confirmaron la absolución pronunciada por la Audiencia correspondiente mediante la aplicación del error de prohibición. Una y otra, sin embargo, aceptaron de forma diferente la idea de que la creencia de obrar conforme a Derecho excluye el dolo y que tal creencia puede producirse en personas que pertenecen a la confesión religiosa de los Testigos de Jehová: mientras en la primera se reconoce la concurrencia del error por «no constar de forma indubi-

<sup>19</sup> El tenor literal de este precepto es el siguiente: «El presidente y los vocales de las mesas electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa

justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley. Incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.»

tada el que el procesado tuviera conocimiento de la significación antijurídica de carácter penal» (STS 30-1-1979 [RJ 277]), en la segunda se da por probada positivamente la existencia del error (STS 29-9-1993)<sup>20</sup>. Junto a las dos sentencias anteriores, hay una importante serie de sentencias confirmatorias de condenas de instancia que introducen la cualificación de que si bien la *mera* alegación de la objeción de conciencia no puede servir para excluir la obligación de asistir a la mesa electoral, si podría ser relevante la «acreditación» bien sólo de la condición de testigo de Jehová (STS 23-12-1992), bien además de la efectiva predicación de tal particular objeción en la doctrina de esa confesión religiosa (SSTS 30-12-1992 [RJ 10543], 30-3-1993, 8-6-1994 y 27-3-1995).

La precedente aparece como una línea quebrada en cuanto se cae en la cuenta de que no existe conexión entre la excusa del error de prohibición y este último tipo de argumentación, relativa a la acreditación de la creencia religiosa y de su contenido. En realidad, esta segunda excepción resulta menos exigente que la anterior en cuanto que lo más que exige probar es la efectiva existencia de razones religiosas que a ciertas personas les impiden participar en mesas electorales, pero no la existencia de razones (no necesaria ni normalmente religiosas) en tales personas para considerar tal acción conforme a Derecho<sup>21</sup>. Más todavía, la simple acreditación de la pertenencia a una determinada confesión religiosa y del contenido de ésta puede excluir la responsabilidad penal no por existencia de un error de prohibición, sino por una causa diferente. Razonablemente, esta causa se sustanciaría legalmente a través de la cláusula de la «causa justificada y documentada» del artículo 27.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, interpretada en relación con el artículo 16 de la Constitución y, en último término, de ser necesario, de la eximente penal de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, a que se refiere el artículo 8.11 del actual Código Penal y 20.7º del próximamente vigente<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> La diferencia entre las dos sentencias no es atribuible a la distinta legislación aplicable en cada caso, pues el artículo 27.1 del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, también establecía la obligatoriedad del cargo de presidente o vocal de mesa electoral, previendo la posibilidad de «alegar excusa, justificada documentalmente, que impida la aceptación del cargo».

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo demás, y contra la opinión avanzada por Guillermo Escobar (cf. 1993, pág. 254, núm. 161), la redacción del artículo 143 de la LO 5/1985 no parece haber permitido «una más fácil solución» en favor de la aceptación de la objeción de conciencia: aparte de la cuantía de la multa, la única diferencia entre dicho precepto (cuyo texto puede verse *supra*, nota 19) y el precepto paralelo del Decreto-Ley de 1977 es que este último decía «incumplieren sin causa *extremadamente* justificada las obligaciones de excusa o aviso previo...» (art. 85)

<sup>21</sup> En realidad, la secuencia temporal de las sentencias no permite ligar una y otra fundamentación, pues a la STS de 1979 le sigue la STS de 23-12-1992, que introduce el argumento de la falta de acreditación de la condición de testigo de Jehová sin mencionar en absoluto la anterior. No obstante, la posterior STS de 29-9-1993, la segunda que confirma la absolución de la instancia aplicando el error de prohibición, argumenta que en el caso se cumplen, sin distinguir claramente entre ellos, los dos criterios de la convicción de haber actuado conforme a Derecho y de la acreditación de pertenencia a la confesión de los Testigos de Jehová.

<sup>22</sup> Si excluimos esa eximente y el error de prohibición, la otra

El anterior marco interpretativo permitiría mantener la obligación de asistir a las mesas electorales como criterio general y, a la vez, la posible existencia de «supuestos excepcionales de rigurosa comprobación», como dijo la STS 14-12-1994. Sin embargo, frente a la línea anterior de sentencias del Tribunal Supremo, aparece una segunda línea en la que la objetivación de la justificabilidad del deber de participación en mesas electorales por parte del juzgador, que adopta un punto de vista plenamente externo al del juzgado, tiende a reducir extremadamente, si no a obturar por completo, el resquicio abierto en favor de la libertad de conciencia por las sentencias citadas.

Tres sentencias pueden citarse en esta segunda línea. Aunque incipientemente, ya la STS 18-10-1994, tras aceptar únicamente «alguna circunstancia especial» de naturaleza igual o similar a la del estricto error de prohibición, relativa a «carencia directa del elemento culpabilístico, estado de necesidad, error, etc.», precisa ya que la prueba de la pertenencia a una determinada confesión religiosa no es en principio suficiente como eximente, pues «Frente a una obligación que tiene su raíz en un servicio esencial para la Comunidad, como lo es la convivencia democrática, en la que ninguna presión se realiza con el obligado, como no sea la de controlar la pureza del procedimiento, es difícil que la adscripción a una determinada Congregación pueda enervar el esencial deber al que nos venimos refiriendo».

Desarrollando esta misma línea, la STS de 27-3-1995, a pesar de dar a entender que la objeción podría haber excusado el deber si se hubiera acreditado la prohibición expresa de cumplirlo por parte del grupo religioso al que el condenado pertenecía, advierte en general que la imparcialidad de la actividad de participar en una mesa electoral y el carácter cívico y la fundamentación democrática del deber en cuestión impiden considerar conculcada la libertad religiosa.

Pero es la tercera sentencia, la más reciente STS

vía típica de exención alternativa podría ser la ausencia de libertad, según parece sugerirlo, al menos como posibilidad. La STS de 27-3-1995, cuando dice: «En el presente caso pocas dudas ofrece la existencia del dolo criminal, pocas dudas ofrece la existencia de la intención como sinónimo del dolo. La acusada conocía la obligación de desempeñar el cargo de vocal de la mesa para el que había sido nombrada, razón por la cual presentóse la excusa prevista en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General antes referida. Dificilmente puede alegarse ignorancia alguna sobre la antijuridicidad de la conducta cuando, al rechazarse la excusa por la Junta Electoral de Zona, se le apercibió que, de no cumplir con tal obligación, podría incurrir en delito. Así pues concurren aquí, como componentes del dolo intencional, el factor intelectual o conocimiento de la antijuridicidad acabada de señalar, y el factor volitivo como querer de la voluntad, como querer del hecho con sus resultados y consecuencias, sin que de otro lado se dé ahora alguna causa eliminatoria de la libertad en el actuar humano de la acusada. Ahora no se ha acreditado que el grupo religioso al que pertenece prohibiera expresamente participar en procesos electorales, ni menos aún formar parte de la mesa electoral correspondiente» (la cursiva es mía). Sin embargo, excluyo la discusión en el texto de esta posibilidad porque la consecuencia genérica de esta doctrina sería considerar a los adeptos a sectas religiosas que objetan deberes jurídicos como inimputables en un nivel semejante al de los enajenados mentales, lo que parece difícilmente defendible.

de 17-4-1995, la que ha extremado el anterior proceso de objetivación, pues, excluyendo ya cualquier referencia a la posible virtualidad de la comprobación de la efectiva existencia de creencias opuestas a la participación en mesas electorales por parte de los Testigos de Jehová, afirma que esa participación, «acto cívico por excelencia en una sociedad democrática», tampoco

«constituye en sí misma una actividad política que pueda entrar en colisión con dichas creencias ya que es sabido que los miembros que la componen, no sólo por conciencia sino por imperativo legal, como ya se ha dicho, deben actuar con total imparcialidad y neutralidad sin implicarse ni directa ni indirectamente en la contienda política. Si existía algún error de valoración sobre la antijuridicidad de su conducta, la contestación recibida de la Junta Electoral de Zona despejaba sus dudas y la expresaba con claridad, fácilmente comprensible, que la inasistencia constituía un delito específico que estaba sancionado por la Ley Electoral con las penas que en el escrito se señalaban».

Si bien esta segunda línea jurisprudencial es posterior a la anterior, no se puede considerar como definitivamente afirmada, sea porque no estamos ante sentencias consecutivas que por esa y/o alguna otra razón permitan pensar en un cambio consciente de criterio, sea también porque, en rigor, sólo en la última sentencia citada —que también es la última en el tiempo— se produce la completa objetivación en la consideración de las razones de conciencia que excluye la posibilidad de reconocer alguna virtualidad al punto de vista interno del objetor, siquiera sea por la vía de la exclusión del dolo.

Después de lo dicho en el primer apartado de este estudio, poca duda puede haber sobre cómo, en mi opinión, de las de las dos líneas anteriores, es la primera la que constituye una mejor interpretación de nuestro sistema jurídico, especialmente si la exigencia de acreditación de la existencia de la creencia que fundamenta la objeción se conecta con la libertad de conciencia del artículo 16 de la Constitución. Que la participación en mesas electorales constituya una función políticamente imparcial —esto es, partidista— no significa que no sea una actividad política, actividad cuya justificación y aun encomio desde un punto de vista externo al del objetor son en principio irrelevantes como criterios de juicio e imposición coactiva sobre quienes tienen profundas convicciones de carácter opuesto. Por ello, la alusión de la jurisprudencia a la imparcialidad de la participación en mesas electorales resulta, a mi modo de ver, manifiestamente desencaminada, tanto porque parece dar por supuesto que si la actividad fuera parcial cabría la objeción, cuando en tal caso lo que procedería es afirmar la total libertad de emprenderla, cuanto porque tiende a excluir que pueda haber objeciones de conciencia hacia actividades imparciales, cuando lo que caracteriza a toda objeción es el punto de vista asumido desde la conciencia del objetor y no la naturaleza de las acciones.

Cuestión diferente es que, aun definiéndose la objeción de conciencia desde el punto de vista interno del objetor, ese punto de vista haya de reconocerse jurídicamente en todo caso y sin ningún límite. Es en este punto, y no en el anterior, donde son relevantes los argumentos sobre los derechos básicos de terceros, sobre las consecuencias de generalización de la desobediencia o de vanificación de ciertas obligaciones jurídicas, o, en general, sobre la falta de proporción razonable entre los derechos de libertad religiosa y los deberes en juego. Que la libertad religiosa no puede ser absoluta lo pone claramente de manifiesto, por ejemplo, la ya mencionada e inaceptable posibilidad de que un testigo de Jehová niegue una transfusión de sangre necesaria para la vida de un menor a su cargo. Ahora bien, en el caso de la objeción de conciencia a la participación en mesas electorales, que de hecho resulta ser excepcional, la exigencia de comprobación de su veracidad garantiza suficientemente que la obligación correspondiente no quede anulada en la práctica. Junto a ello, la aceptación de tal objeción afecta muy marginalmente al funcionamiento electoral del sistema democrático, que ya prevé mecanismos para la sustitución de las personas legítimamente excusadas. En fin, tampoco puede decirse que las personas obligadas a tal sustitución reciban una carga desproporcionada si se considera que los deberes de conciencia pueden ser una causa de excusa tan legítima para la participación en una mesa electoral como, póngase por caso, el impedimento por un viaje inaplazable o el parentesco próximo a uno de los candidatos a la elección.

## LA OBJECION DE CONCIENCIA AL JURADO

La objeción de conciencia a participar en tribunales de jurados guarda considerables similitudes con la anterior forma de objeción, tanto por el contenido de la actividad, de carácter cívico y políticamente imparcial, como por los rasgos de la aleatoriedad de la elección de los obligados y el peso aproximadamente equivalente de las cargas impuestas por las respectivas obligaciones. Asimismo es bastante similar su régimen jurídico, tal y como ha quedado establecido en las Leyes Orgánicas 5/1995, de 22 de mayo, y 8/1995, de 16 de noviembre, del Tribunal del Jurado, especialmente en cuanto la participación en juicios por jurados se considera también como «un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse» (art. 6), admitiéndose entre las excusas posibles la alegación y acreditación suficiente de cualquier causa que «dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado» (art. 12.7), a criterio inapelable del Juez Decano del partido judicial correspondiente (art. 15). En fin, aunque el régimen sancionatorio es más difícil de comparar, la doble responsabilidad disciplinaria y penal (concretada en multas que pueden ir de las 25.000 a las 200.000 pesetas en la primera y de las 100.000 a las 500.000 pesetas en la segunda)<sup>23</sup>, se sitúa en una franja de gra-

<sup>23</sup> Por más que sea tema ajeno a mi especialidad, y aun al nu-

cleo central de los argumentos aquí desarrollados, no es ocioso

vedad —más bien moderada, si bien no despreciable— aproximadamente similar a la de las sanciones penales por incomparecencia o abandono de mesas electorales<sup>24</sup>.

En el marco de la anterior regulación es debatible en teoría si la existencia de una objeción de conciencia frente a la actividad de juzgar podría considerarse como causa de excusa<sup>25</sup>. Por una parte, la expresión legal «dificulte de forma grave el desempeño de la función» admite desde luego una interpretación que considera a la oposición moral o religiosa a juzgar como excusa válida, hasta el punto de que el pensamiento del legislador —en la medida en que pueda tenerse por tal al de la mayoría que vota el texto legal— al incluir semejante cláusula en la ley parece que fue precisamente referirse a la obje-

comentar que, en la hipótesis de que la objeción de conciencia no se considere reconocida como causa legal de excusa, las disposiciones sancionatorias de la ley del jurado pueden tener muy diferentes efectos según el momento y forma en que se presente tal objeción. Así, de un lado, la comparecencia a la constitución del Tribunal para alegar la objeción de conciencia podría conllevar, además quizá de la sanción disciplinaria de 50.000 pesetas por la negativa a prestar juramento o promesa (art. 41.4), sin duda la sanción penal prevista en el número 1 de la Disposición Adicional Segunda. En cambio, de otro lado, la simple incomparecencia del candidato a jurado a la constitución del Tribunal se sancionaría sólo disciplinariamente con una multa de 25.000 la primera vez y de 100.000 a 250.000 la segunda (art. 39.2). En este segundo caso, en efecto, parece que no cabe aplicar sanción penal alguna, ya que el precepto correspondiente se refiere únicamente a «los jurados que abandonen sus funciones sin causa legítima». Así, aparte de la defectuosa utilización del término «jurado» —que, literalmente, parece excluir la sanción a los meros candidatos a jurado, que todavía deben jurar conforme al artículo 41, cuando el inciso posterior de la misma Disposición Adicional (relativo a quienes «incumplan las obligaciones que les imponen los artículos 41.4 y 58.2» de la ley) únicamente puede referirse a aquella última categoría—, lo decisivo me parece que el «abandono» de funciones supone la previa comparecencia, sin que pueda quedar cubierta la mera incomparecencia: además de las consideraciones generales sobre el principio de legalidad penal, un argumento más específico en favor de esta interpretación no extensiva lo proporciona precisamente la redacción del artículo 143 de la Ley de Régimen Electoral General, que sanciona a quienes «dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta ley»; por lo demás, tal limitación puede haber sido deliberadamente buscada para diferenciar la mayor gravedad de la obstaculización de las actividades del tribunal una vez constituido.

<sup>24</sup> Aunque desde el punto de vista procesal hay una distinta valoración de su respectiva gravedad, pues el enjuiciamiento de los delitos previstos en la Ley del Jurado es competencia de los Juzgados de lo Penal, mientras que la pena de inhabilitación especial prevista para el delito de incomparecencia o abandono de mesa electoral otorga esa competencia a las Audiencias Provinciales (art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin embargo, desde un punto de vista sustantivo es plausible concluir que la pena de inhabilitación para el sufragio activo y pasivo, por larga que sea, resulta muy escasamente disuasoria y grave para los eventuales infractores, y tanto si en efecto se trata de genuinos objetores de conciencia como si son egoístas evasores del deber cívico en cuestión: ambos son «idiotés» en el sentido clásico griego del término, esto es «particulares» a los que, presumiblemente, poco importará su exclusión del ámbito político.

<sup>25</sup> Rafael de Asís ha defendido la inédita y, en mi criterio, peregrina y por varias razones inaceptable tesis de que en nuestro sistema jurídico los jueces tienen abierta la posibilidad de presentar objeción de conciencia a juzgar cualquier proceso utilizando la figura de la abstención, en concreto, por el motivo de «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa» del artículo 219.9.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (De Asís, 1993). Puesto que, de manera análoga, el artículo 11.5 de la Ley del Jurado incluye como una de las prohibiciones para ser jurado el tener «in-

ción de conciencia aun sin citarla de manera expresa<sup>26</sup>. Asimismo, ya algún autor ha avanzado su opinión favorable a aquella interpretación<sup>27</sup>.

Sin embargo, y por otra parte, alguna voz judicial autorizada también ha manifestado expresamente el criterio de que la función de jurado no consiente jurídicamente objeción de conciencia alguna: así, José Antonio Martín Pallín —por cierto, ponente de la citada STS 17-4-1995, y mediante una argumentación objetivista similar a la de esa sentencia— ha escrito que las excusas legales no alcanzan a quienes tengan «reservas sobre la asunción de la carga que supone condenar a un semejante», porque la objeción de conciencia «debe tener su base en una convicción íntima, éticamente aceptable, como la profesión de ideas pacifistas...»<sup>28</sup>, sin que quepa

terés, directo o indirecto, en la causa», tal vez alguien podría pensar en la posibilidad de aplicar en este caso la tesis de De Asís, teniendo en cuenta que, al fin y al cabo, los jurados no asumen deberes especiales por formar voluntariamente parte de los poderes públicos sino que, como en el caso del servicio militar, son llamados a ejercer una función pública precisamente en cuanto meros ciudadanos. Aun así, la irrelevancia de tal prohibición legal en la incorporación de la objeción de conciencia al jurado me parece clara. Y ello no sólo porque tal objeción, en lugar de ser un derecho, adquiriría la extravagante e inédita configuración de deber jurídico, sino porque resulta inverosímil que las convicciones, en las que es esencial el compromiso vital profundo, puedan considerarse intereses, en los que parece esencial el provecho práctico meramente externo. Por lo demás, incluso si se quisiera forzar la noción de interés hasta darle un sentido mucho más amplio, propio de otros contextos lingüísticos, habría de tenerse en cuenta que el objetor al jurado no tiene interés alguno en la causa, sino que lo que le «interesa» es, precisamente, no intervenir para nada en ella.

<sup>26</sup> La cláusula del artículo 12.7 fue introducida como enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso coincidiendo con una propuesta de similar redacción contenida en las observaciones hechas por Jueces para la Democracia al borrador de la ley. Posteriormente, ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Catalán propuso una enmienda para añadir al artículo 12 una excusa para «los miembros de una asociación u orden religiosa que, por motivo de su ideología o creencia, aleguen que no pueden desempeñar la función de jurado». En la discusión de la Comisión de Justicia del Senado, además del razonable reparo de que tal redacción confería un derecho por una mera alegación, uno de los argumentos por los que el grupo socialista se opuso a esta enmienda fue que «el apartado 7 de ese mismo artículo está redactado con tal generosidad y ambigüedad, que existe siempre la posibilidad, ante el magistrado correspondiente, de alegar esa excusa como elemento fundamental para no participar» (Senador Iglesias Marcelo, en *Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, sesión de 19 de abril de 1995, Comisiones, núm. 194, pág. 15) (agradezco a Juan Luis Ibarra Robles, Director General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia e Interior, la documentación que me ha facilitado sobre los anteriores y otros extremos utilizados en este trabajo).

<sup>27</sup> Así, el catedrático de Derecho Eclesiástico Rafael Navarro-Vals se ha pronunciado a favor de una interpretación amplia del artículo 12.7, conectada con el artículo 16.1 de la Constitución, alegando sobre todo argumentos de Derecho comparado, como las legislaciones sobre el jurado de Austria, Italia, Bélgica, Inglaterra e Irlanda, que reconocen como causa de incompatibilidad la condición de religioso o ministro de un culto, o como la jurisprudencia de Estados Unidos, que admite la exención de cualquier persona que objete por razones religiosas «mientras no se demuestre que la invocación de la libertad religiosa supone una seria amenaza al funcionamiento del sistema de jurado» («La objeción de conciencia al jurado», *El Mundo*, viernes 5 de enero de 1996).

<sup>28</sup> Hago observar que la condición que parece desprenderse de este texto, de que el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia exige que la convicción sea «éticamente aceptable» desde el punto de vista externo del observador, es ambigua y dis-

«fundamentar el rechazo a formar parte de un jurado en la oposición a la existencia de un sistema punitivo [...] inspirado en los principios garantistas de una sociedad democrática. Comprendo que puede resultar una carga pesada y no deseable, pero el ciudadano debe afrontarla como lo hace con la participación en las mesas electorales o cuando contribuye al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de impuestos»<sup>29</sup>.

Sea como sea, en su relativa ambigüedad y apertura, la regulación de esta materia en la ley del jurado puede provocar la adopción de criterios distintos y, por tanto, la administración de resultados desiguales, y aun contradictorios, según las distintas decisiones de los Jueces Decanos, que, recuérdese, son inapelables. Esta posibilidad de quiebra del principio de igualdad ante la ley me parece grave en la medida en que de la aceptación o no de la excusa depende la subsiguiente irrelevancia o aplicación del régimen disciplinario y/o penal al que ya me he referido.

A la anterior complicación en la aplicación de la ley del jurado —que, por cierto, también puede producirse en la objeción de conciencia a participar en mesas electorales—, se añaden al menos otras dos, exclusivas en principio de aquella institución, que no deben dejarse de mencionar. En primer lugar, si no se aceptara la objeción de conciencia como excusa por el órgano competente, el ejercicio del derecho de recusación libre que la ley del jurado confiere a las partes<sup>30</sup> podría dar lugar a la paradoja de que los candidatos a jurados que de buena fe se opongan a ejercer tal función por razones de conciencia terminen recibiendo un trato legal desproporcionadamente desfavorable en relación con otros candidatos que, por mostrar o esbozar, incluso de mala fe, un talante moral o personal obtuso, indeseable, parcial o insensible, sean libremente recusados por las partes y excluidos del tribunal correspondiente. En segundo lugar, y como mera previsión fáctica, es muy probable que en el caso del jurado la alegación de veraces motivos de conciencia excusatorios no proceda únicamente de personas adscritas a sectas más bien atípicas, como los Testigos de Jehová, sino que abarque a otras confesiones cristianas y a otras religiones y, en todo caso, que aparezca como posición estrictamente personal, no necesariamente ligada a algún credo comunitario o institucionalizado.

cutible. Es ambigua porque puede referirse tanto a la exigencia de que el observador externo comparta el criterio ético del objeto (aceptable como *asumible*), lo que entre otras cosas desnaturalizaría claramente el sentido de la objeción de conciencia, cuanto a la exigencia de que la objeción, aun no siendo compartida en todo su contenido por el observador, sea para él tolerable en el sentido de que no supera límites éticos básicos y pueda dejarse sin sanción (aceptable como *admisible*). Y es también discutible porque si bien aquella exigencia de aceptabilidad ética —en la segunda acepción dicha de «aceptabilidad», que a mi modo de ver es la única defendible— puede constituir una condición necesaria razonable (así, no parece defendible ninguna acción por razones de conciencia que desde el punto de vista del observador sea éticamente intolerable, como matar por compasión sin consentimiento del afectado o excluir una transfusión de sangre para un menor), no es sin embargo una condición suficiente (así, la objeción fiscal puede ser éticamente admisible pero, como digo en la nota 2, jurídicamente inarticulable). En todo caso,

La anterior circunstancia, a la vez que revela las dificultades prácticas de la acreditación de algunas alegaciones de objeción de conciencia al jurado, también pone de manifiesto sus amplias posibilidades de fraude, con la consabida alternativa entre propiciar invasivas indagaciones oficiales sobre la conciencia de las personas o diluir la verificación en un trámite formal que termine convirtiendo la objeción desde excepción a un deber en mero permiso que falsee el sentido de la institución del jurado. Es muy probable que el temor a que esta segunda opción convirtiera en la práctica a esa institución en un ejercicio cuasiprofesional y espúreo, como ha ocurrido históricamente en España en alguna ocasión anterior, explique la resistencia de los redactores de la ley a reconocer explícita y abiertamente la objeción de conciencia en este caso.

Complicaciones como las señaladas convierten en verdaderamente difícil ofrecer una propuesta de solución simple que, además de salvaguardar en la mayor medida posible los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, permita mantener a la vez los derechos de libertad de conciencia y la deseable finalidad social de que los tribunales por jurados sean plurales y verdaderamente aleatorios. Ciertamente, el problema comenzaría a reducirse si, por improbable que sea, todos los Jueces Decanos aceptaran el criterio general de que la citada cláusula de la dificultad grave del artículo 12.7 de la Ley del Jurado incluye las alegaciones de objeción de conciencia razonablemente acreditadas. Aun así, quedaría todavía abierta la posibilidad de disparidades en los criterios a propósito de la acreditación *razonable* de la alegación. Comprendo que decir que tal acreditación ni debería convertirse en un trámite formal, prácticamente equivalente a la simple alegación sin más, ni puede llevarse a una invasión intolerable de la intimidad de las personas, sigue dejando todavía un cierto margen en el que, con todo, no veo que quepa sino apelar al buen sentido de dichos órganos judiciales.

Lo peor, sin embargo, es que ni uno ni otro criterio, sobre el Derecho aplicable y sobre la prueba, se desprenden claramente de la ley ni, mucho menos, puede darse por seguro —y ni siquiera por probable<sup>31</sup>— que vayan a surgir espontáneamente de manera unificada de las prácticas de los distintos Jueces Decanos. En semejante eventualidad, tampoco el régimen de recursos hoy vigente para el tipo de infracciones penales previstas por la ley del jurado,

lo llamativo de la argumentación de Martín Pallín en este punto es que, por implicación, parezca considerar que la oposición a juzgar a otros conciudadanos no pueda estar basada en convicciones éticamente aceptables, en el sentido de tolerables.

<sup>29</sup> «Sin afecto ni odio», *El País*, 26 de octubre de 1995, pág. 14.

<sup>30</sup> Así, el artículo 40.3 dice que las acusaciones y las defensas pueden recusar, cada una por su parte, hasta cuatro de los candidatos a jurado «sin alegación de motivo determinado».

<sup>31</sup> En efecto, si la noticia del diario *ABC* del martes 2 de enero de 1996 efectivamente se ajusta a los hechos, mientras al menos un Juez Decano, el de Santander, ha considerado incluida una objeción de conciencia en el citado artículo 12.7, «los diecinueve Jueces Decanos de Madrid acordaron, antes de adoptar cualquier resolución respecto a las excusas, desestimar las que pudiesen presentarse alegando objeción al Jurado, según manifestaron fuentes jurídicas».

que concluye ante las Audiencias Provinciales, permite augurar una fácil ni automática unificación de criterios. Solamente el eventual amparo del Tribunal Constitucional podría servir para establecer una doctrina uniforme que relacionara la interpretación de la cláusula excusatoria del artículo 12.7 de la Ley del Jurado con las libertades de conciencia del artículo 16.1 de la Constitución. Pero a la vista de la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional, no me atrevería a predecir que tal interpretación termine siendo acogida. Lo único que me limito a asegurar es que, si la argumentación precedente es sólida, algo semejante a dicha interpretación es lo que debería prevalecer<sup>32</sup>.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

(Como la literatura sobre la objeción de conciencia ha sido abundantísima durante los últimos años, me limito a recoger la citada en este trabajo. Para una bibliografía más amplia véase la incluida en el libro de Escobar abajo citado).

Asís Roig, Rafael de (1993): «Juez y objeción de conciencia», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 113, marzo, págs. 57-72.

Atienza, Manuel (1987): «Para una razonable defi-

nición de "razonable"», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, págs. 189-200.

Escobar Roca, Guillermo (1993): *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Gascón Abellán, Marina (1990): *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Peces-Barba, Gregorio (comp.) (1993): *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1993.

Prieto, Luis, y Gascón Abellán, Marina (1989): «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-89, págs. 97-120.

Ruiz Miguel, Alfonso (1987): «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, *Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez*, 1986-87, págs. 399-421.

Ruiz Miguel, Alfonso (1988): *La justicia de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Miguel, Alfonso (1990): *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Miguel, Alfonso (1993): «Leyes y sentencias erróneas», en Peces-Barba 1993, págs. 143-152.

<sup>32</sup> Agradezco las muy útiles observaciones que, tras leer un borrador de este trabajo, me han hecho Liborio Hierro, Francisco J. Laporta y Blanca Mendoza.

# Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español

Agustín JORGE BARREIRO

I. La crisis de crecimiento del Derecho Penal, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo actual, proviene fundamentalmente de la aparición de las medidas de seguridad que se integran junto con las penas como sanciones penales y como los recursos punitivos del Estado para la lucha contra el delito.

Las medidas de seguridad, como sanción penal de prevención especial contra la delincuencia, aparecen por primera vez sistematizadas junto a las penas y dentro de la estructura de un futuro Código penal gracias a la obra de Carlos Stooss, autor del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893. Fue Stooss quien estableció las características que debían reunir estos nuevos medios de lucha contra el delito: 1.ª) Su carácter jurisdiccional, las medidas de seguridad han de ser impuestas por los tribunales de justicia; 2.ª) han de aplicarse bajo la forma de sentencia relativamente indeterminada, pues su duración dependerá, dentro de los límites fijados por la ley, de que cese el estado de peligrosidad criminal del sujeto; 3.ª) su función será de complemento de la pena y la de asumir cometidos de prevención especial que aquélla no puede cumplir, siendo posible en ciertos casos —delincuentes peligrosos con imputabilidad disminuida— que la medida de seguridad llegue a sustituir a la pena, y 4.ª) su ejecución debe tener lugar en establecimientos especialmente adecuados y con el personal idóneo a tal efecto.

La propuesta de política criminal formulada en su día por Stooss, con motivo de la elaboración del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, ha tenido un eco favorable en las legislaciones penales modernas de nuestro entorno cultural. También tiene actualidad su solución de compromiso, al relacionar las penas con las medidas de seguridad, plasmada en el sistema dualista (delito-pena; peligrosidad criminal-medida de seguridad) que trata de respetar la naturaleza y exigencias político-criminales de la pena y de las medidas de seguridad. Sin embargo, no se puede ocultar que el citado sistema de la doble vía tiene graves inconvenientes cuando nos encontramos ante los supuestos de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, resultando difícil diferenciar en la práctica el régimen de cumplimiento de tales medidas respecto del de las penas privativas de libertad («fraude de etiquetas»). Este grave inconveniente del dualismo, de la doble privación de la libertad por la aplicación cumulativa de pena y medidas de seguridad, podrá solventarse poniendo en práctica el sistema vicarial o de sustitución de la pena por la medida de seguridad. En todo caso, se habla de la crisis de la doble vía y, consecuentemente, de la crisis del —sistema

sancionador— Derecho Penal moderno: no sólo por el riesgo de un «fraude de etiquetas», al que puede conducir el dualismo, sino también porque la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad tiene asignada una misma finalidad, es decir, la «reeducación y reinserción social» del sujeto (art. 25.2 de la Constitución española de 1978, y art. 1 de la Ley General Penitenciaria de 1979).

¿Cómo ha estructurado el Derecho Penal español el sistema de medidas de seguridad hasta la actualidad?, y ¿qué nuevas perspectivas nos ofrece en esta materia el nuevo Código Penal español?

En esta introducción me referiré a la primera cuestión, dejando para el siguiente apartado de nuestras reflexiones la respuesta al segundo interrogante. Puede afirmarse que en el Derecho Penal español del siglo XX las medidas de seguridad aparecen reguladas fundamentalmente, salvo la excepción del CP de 1928 (en el que se incorporan las medidas de seguridad, dentro de un sistema dualista, como complemento de las penas y tienen carácter jurisdiccional, son postdelictivas y se imponen por la peligrosidad criminal del sujeto. Vid. arts. 90 y ss. del CP 1928), a través de la técnica legislativa de la *legislación especial*: la *Ley de Vagos y Maleantes* de 4 de agosto de 1933, y la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social* de 4 de agosto de 1970. Veamos brevemente las razones de ser de estas leyes especiales y las características fundamentales que ofrecían estos textos legislativos básicos sobre las medidas de seguridad.

La *Ley de Vagos y Maleantes* de 1933 (LVM) responde, como señala Landecho (*Peligrosidad social y peligrosidad criminal*, en AA.VV. «Peligrosidad social y medidas de seguridad», Valencia, 1974, págs. 251 y 252), a una doble necesidad: teórica y práctica. Teóricamente, al quedar abolida por la II República la legislación de la dictadura del general Primo de Rivera, era necesario colmar la laguna que se daba en el ámbito de las medidas de seguridad, pues quedaba derogado el CP de 1928 y el nuevo CP de 1932 no insertaba una regulación completa de las medidas de seguridad. Por otra parte, había la necesidad imperiosa de hacer frente a la cuestión práctica de orden público que se generaba con motivo de la amnistía casi general que había concedido el nuevo régimen democrático de la II República. Se trataba de elaborar una *Ley sobre la peligrosidad sin delito*, incluyendo junto al estado peligroso postdelictivo el predelictivo a los efectos de corregir el índice de peligrosidad y de prevenir los delitos futuros. Como señala uno de los impulsores de la LVM

«se trata de una ley de defensa social biológica que tiende a defender a la sociedad frente a los sujetos temibles aún antes de que delincan (Jiménez de Asua, L. *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, en RGL y J, 163, 1933, págs. 634 y 635). La mencionada LVM presentaba graves defectos e inconvenientes: la confusión entre peligrosidad social y peligrosidad criminal; la indeterminación legal y la ambigüedad de las categorías de estados peligrosos; el criticable adelantamiento del Derecho Penal preventivo, pudiendo imponerse medidas de seguridad —que implicaban privación de libertad— a sujetos que no habían cometido hechos previstos en la ley como delito, dando lugar al riesgo —que luego se cumpliría— de que el nuevo marco legal fuese utilizado por el poder del Estado como un instrumento con finalidades gubernativas (de orden público) y muy ajenas al propósito criminológico con el que se había dictado la ley; y el fracaso de la LVM por falta de personal idóneo y de establecimientos adecuados para su puesta en práctica, lo cual llevó a que los tribunales de justicia —con gran sensibilidad— se mostrasen reacios a aplicar la LVM. La Fiscalía del TS señaló en 1967 que «mientras los establecimientos dedicados a la aplicación de las medidas de seguridad no se determinen y adecuen a su función, los Tribunales seguirán siendo reacios a la aplicación de unas medidas que se concretan en verdaderas penas privativas de libertad» (Memoria de la FTS 1967, pág. 59).

La *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social* de 4 de agosto de 1970 (LPRS) contiene la regulación básica de las medidas de seguridad en el Derecho Penal español hasta nuestros días, con una doble advertencia: que a partir de la Constitución española de 1978 la LPRS es un cuerpo extraño, por atentar contra el principio de legalidad (medidas de seguridad predelictivas y la peligrosidad social como fundamento), y que el NCP de 1995 deroga la LPRS de 1970.

La LPRS de 1970, que sustituye a la LVM de 1933, viene a establecer —según manifiesta su preámbulo— «un sistema de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos socialmente peligrosos e inspiradas en las orientaciones de la rama científica que desde hace años se conoce con el nombre de defensa social», y se trata de una reforma que «mantiene sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de 1933 se inspiró... es una reforma de adaptación». Pues bien, la LPRS de 1970 reproduce e incluso incrementa los defectos de la LVM: la inclusión de supuestos de peligrosidad criminal y peligrosidad social; el mantenimiento de las medidas de seguridad predelictivas; el presupuesto indeterminado de «la peligrosidad social», que no cualifica a la peligrosidad ni se puede identificar con la peligrosidad criminal; el criticable sistema dualista rígido que consagra el artículo 25-2º de la LPRS; el establecimiento de medidas de seguridad que son auténticas penas como el arresto de fin de semana o la represión judicial; y la falta de centros adecuados para el cumplimiento de las medidas de seguridad y de personal idóneo ha hecho casi inviable la puesta en práctica de la LPRS. Las posteriores modificaciones

de la citada ley (especialmente las de 1974 y de 1978) han supuesto unas meras reformas o simples retoques de la LPRS: *la de 1974* (Ley de 28 de noviembre) significó un endurecimiento y ampliación de la LPRS, conforme con las exigencias de una mayor represión que reclamaba el final de la dictadura franquista; y *la de 1978* (Ley de 26 de diciembre) tiene un cierto carácter liberalizador del sistema de medidas de seguridad, derogando determinados supuestos de estos peligrosos en los que se recogían supuestos caracterizados por su vaguedad o por duplicar supuestos de hecho ya contemplados en el CP (así cabe citar: los números 2 —rufianes y proxenetas—, 3 —los que realicen actos de homosexualidad—, 13 —los que habitualmente utilicen de modo ilegítimo vehículos ajenos...—, 14 —los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella que se hallaren moralmente pervertidos—, 15 —los que por su trato asiduo con delinquentes o peligrosos sociales, por la frecuentación de los lugares donde se reúnan habitualmente o por la comisión de faltas penales, atendidos su número o su entidad, revelen inclinación delictiva— del artículo 2-B de la LPRS; y el artículo 3 de la LPRS —los enfermos y deficientes mentales que por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad—). En todo caso, la reforma de 1978 tuvo un alcance muy limitado pues no modificó los criticables criterios rectores de la LPRS —como el de la peligrosidad social— y estuvo condicionada por el compromiso de una revisión de conjunto de esta materia a la luz del inminente nuevo Código Penal, lo cual fue incumplido y habría que esperar hasta 1995 para una revisión profunda de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español (Vid. Jorge Barreiro, A. *La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «Comentarios a la legislación penal», II, El Derecho Penal del Estado democrático, dirigidos por M. Cobo y coordinados por M. Bajo, Edersa 1983, págs. 506 y ss.).

## II. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL

El sistema sancionador (penas y medidas de seguridad) de un Código Penal viene a ser uno de los aspectos nucleares del texto punitivo y la manifestación más relevante de sus tendencias de Política Criminal (vid. Mir Puig, S. *El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983*, en «Documentación Jurídica», vol. I, enero/diciembre 1983, 37/40, pág. 185). En la parca *Exposición de Motivos del nuevo Código Penal español* (LO de 23 de noviembre de 1995, BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995), dentro de los cambios más destacados, se alude sólo a la «reforma total del actual sistema de penas» sin mencionar el cambio significativo del sistema de medidas de seguridad, que se incorpora al nuevo Código Penal español y lleva consigo la derogación de la criticable LPRS de 1970.

El sistema sancionador del nuevo Código Penal de 1995 viene a ser deudor, en gran medida, de los textos prelegislativos de 1980 (Proyecto de 1980) y

de 1983 (Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983), y se corresponde en el nuevo sistema de medidas de seguridad a lo propuesto por los Proyectos de CP de 1992 y 1994, empeorando en aspectos relevantes —como en la formulación del principio de proporcionalidad, o en el tratamiento de delincuentes especialmente peligrosos— los proyectos mencionados de 1980 y de 1983. Me voy a referir a las novedades más significativas que nos presenta el nuevo Código Penal español en el ámbito de las medidas de seguridad.

1.º *Se abandona* la criticable y tradicional técnica legislativa española, con la excepción del CP de 1928, de regular fundamentalmente las medidas de seguridad a través de una *ley especial* (la LVM de 1933, y la LPRS de 1970). El nuevo Código Penal español establece en la *disposición derogatoria única*, apartado 1, letra c) que queda derogada «la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre *Peligrosidad y Rehabilitación Social*, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias».

2.º Siguiendo lo postulado por la «PANCP» (Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal) los *principios garantizadores* aplicables a las medidas de seguridad se recogen, junto con los de las penas, en el *Título Preliminar* («De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal») del *nuevo Código Penal*.

Dentro de este apartado merece ser destacado lo siguiente: a) la deficiente consagración del *principio de legalidad* previsto para las medidas de seguridad en el *artículo 1, apartado 2º del NCP* (Nuevo Código Penal), al proclamar que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley». De esta manera, el citado precepto olvida que la exigencia de ley previa ha de abarcar no sólo a los presupuestos sino también a las consecuencias, es decir, a las medidas de seguridad. Por lo tanto, falta una referencia expresa —como la contenida en el artículo 1-2 de la PANCP de 1983— a que «nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen con anterioridad legalmente establecidas»; b) el artículo 2, apartado 1º del NCP establece con carácter general la irretroactividad de las leyes reguladoras de las medidas de seguridad; c) el artículo 3 del NCP consagra las garantías de *jurisdiccionalidad* y de *ejecución*, derivadas del principio de legalidad, para las medidas de seguridad; d) el artículo 6, apartado 1º del NCP declara que «las medidas de seguridad se fundamentan en la *peligrosidad criminal* del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la *comisión de un hecho* previsto como *delito*»: se abandona acertadamente el criterio de la «*peligrosidad social*» que se sustituye por el de «*peligrosidad criminal*» como fundamento de las medidas de seguridad y, por otra parte, se requiere que se trate de una *peligrosidad postdelictiva*, satisfaciendo así las exigencias de garantía de los derechos fundamentales de la persona y desterrando de nuestro derecho las criticables medidas de seguridad predelictivas que admitieron la LVM y la LPRS. De esta manera, al circunscribir el sistema de medidas penales a los estados peligrosos postdelictivos y a la peligrosidad

criminal (como ya se postulaba desde el Proyecto de CP de 1980), el NCP permite —como señalaba la Exposición de Motivos del P. 1980— que se cumpla «una triple función garantizadora: se refuerza el pronóstico de peligrosidad, se fortalece la vigencia del principio de legalidad y se reduce a los límites tolerables la intervención preventiva». Resulta discutible la ubicación sistemática de tales criterios de aplicación de las medidas de seguridad dentro del Título Preliminar (art. 6-1 del NCP), advirtiéndose que las mismas circunstancias (la peligrosidad criminal y su carácter postdelictivo) se reiteran con otra redacción en el ámbito de los presupuestos para la aplicación de las medidas en el artículo 95 del NCP dentro de una ubicación sistemática más adecuada, en el Capítulo I («De las medidas de seguridad en general») del Título IV («De las medidas de seguridad») del Libro I del NCP, y e) el artículo 6-2 del NCP consagra los principios de «*proporcionalidad*» y de «*intervención mínima*». En su primera parte se contempla una fórmula desafortunada e incorrecta del *principio de proporcionalidad*, al proclamar que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», olvidándose que una adecuada formulación de tal principio ha de referirse necesariamente al grado de peligrosidad criminal del sujeto y tener en cuenta la significación no sólo del hecho delictivo cometido sino también —y sobre todo— de los delitos que cabe esperar que aquél pueda cometer en el futuro (cfr. una más adecuada formulación en el Proyecto de CP de 1980 —artículo 133— y en la PANCP de 1983 —art. 88-1—). La formulación del principio de proporcionalidad del artículo 6-2 del NCP proviene del Proyecto de CP de 1992 (art. 4-2) y obedece a la encomiable idea de limitar la duración de las medidas de seguridad privativas de libertad, tratando de evitar el «fraude de etiquetas». (A favor de esta formulación se han pronunciado, entre otros, Muñoz Conde, F. *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en *Derecho Penal y control social*, 1985, pág. 70; Zugaldía Espinar, J.M. *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª ed., 1993, pág. 141). De esta manera se pretende satisfacer las exigencias de seguridad jurídica que se ponen en entredicho con la duración indeterminada de las medidas de seguridad privativas de libertad. Sin embargo, con tal formulación se incurre en graves errores: 1.º) se olvida que la proporcionalidad debe aludir necesariamente al estado de peligrosidad criminal, que como fundamento que es de las medidas de seguridad ha de operar como límite principal para la duración de éstas; 2.º) que el límite de la medida de seguridad, previsto en el artículo 6-2 del NCP, se relaciona e identifica con la gravedad del hecho cometido y de la culpabilidad en el marco de la pena abstractamente considerada, olvidando el fundamento de la medida de seguridad y la gravedad de los hechos delictivos que probablemente pueda cometer el sujeto peligroso en el futuro, y estableciendo un límite de duración de la medida que puede resultar en la práctica muy rígido (vid. en sentido crítico a la formulación del principio de proporcionalidad en el Proyecto de 1992, Cerezo Mir, J. *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*,

Lección inaugural del Curso 1993-94, Universidad de Zaragoza, págs. 35 y 36; y Luzón Peña, D.M. *El Anteproyecto de Código Penal de 1992: observaciones de urgencia*, Jueces para la Democracia 14, 3/1991, pág. 57). No cabe duda que por razones de seguridad jurídica, por exigencias del Estado de Derecho, han de establecerse límites máximos de duración a las medidas de seguridad privativas de libertad, pero tal limitación vendrá dada por los presupuestos para su aplicación, por la puesta en práctica de una adecuada formulación del principio de proporcionalidad e incluso por una fijación en la Ley (CP) de unos topes máximos de duración para cada una de las medidas de seguridad privativas de libertad. Por último, la segunda parte del artículo 6-2 del NCP consagra el principio de *intervención mínima* en las medidas de seguridad, al declarar que «no pueden exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Hubiera sido más correcto el haber utilizado el verbo «eliminar» que el de «prevenir» referido a la peligrosidad. Una plasmación del principio de intervención mínima se encuentra en la regulación de la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad a los sujetos inimputables y semiimputables, advirtiendo expresamente que se les aplicará o podrán aplicarse tales medidas siempre que fueren necesarias (vid. arts. 101-104 del NCP).

**3.ª Presupuestos y clases de las medidas de seguridad.** El artículo 95.1 del NCP establece que las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código (Capítulo II, del Título IV, Libro I) siempre que concurran estas circunstancias: 1.ª) «que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito» (carácter *postdelictivo* de las medidas de seguridad), y 2.ª) «que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (*peligrosidad criminal del sujeto*). De esta manera se alude a los presupuestos de las medidas de seguridad penales, a los requisitos ya recogidos en el artículo 6.1 del NCP y contemplados acertadamente en los distintos textos prelegislativos desde 1980: a la peligrosidad criminal del sujeto y a que ésta se revele en la previa comisión de un hecho previsto en la ley como delito, quedando fuera del nuevo Código Penal las medidas de seguridad predelictivas y aquellas que se fundamentan en la mera peligrosidad social del sujeto.

En cuanto a los *supuestos* a los que son aplicables las medidas de seguridad, el NCP parte de la criticable concepción de limitar el ámbito de su aplicación a los *sujetos inimputables* y a los *semiimputables* (arts. 101.4 del NCP), dejando sin una respuesta político-criminal adecuada para los *delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave*. El nuevo CP sólo contempla la agravante de *reincidencia* (art. 22.8ª del NCP) para afrontar los casos de delincuentes peligrosos de delitos graves. Esta solución del NCP, que proviene del Proyecto de 1992, es criticable por no haber previsto un tratamiento especial para esa clase de peligrosidad de delincuentes habituales de delitos graves, siendo

político-criminalmente poco oportuno el acudir como única respuesta a la agravante de reincidencia: es discutible que se insista en la pena (agravada) cuando con el fenómeno de la reincidencia se ha demostrado la ineficacia de aquélla; y, resulta una respuesta inadecuada si tenemos en cuenta que puede darse la habitualidad en delincuentes peligrosos de criminalidad grave sin concurrir reincidencia. Un importante sector de nuestra doctrina penal ha aconsejado desde hace tiempo la supresión de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena y defendido la previsión de un tratamiento preventivo —medidas de seguridad— ajustado a realidades criminológicas (Vid. Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona 1972, pág. 744; Mir Puig, S., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª ed., 1990, págs. 712 y 713, espec. nota 37. Sobre los inconvenientes a que en futuro CP español no exista una previsión de medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave, vid. Luzón Peña, «PJ», 14, 3/1991, cit., pág. 58; Cerezo Mir, J., *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de CP de 1992*, cit., p. 37). En esta materia resultaba más adecuada la solución formulada en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, que suprimía la agravante de reincidencia y en su artículo 100 establecía para los delincuentes habituales peligrosos la aplicación de la medida de *internamiento en un centro de terapia social* que no podría exceder de cinco años. Esta medida privativa de libertad sería impuesta además de la pena correspondiente, y podría ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena. La vía propiciada por la PANCP de 1983 tenía, sin embargo, ciertos inconvenientes: por un lado, llevaba consigo la criticable doble privación de libertad, pues no entraba en juego el sistema vicarial; y, por otra parte, como se demostró con la experiencia alemana, tendría el problema de su puesta en práctica por el elevado coste de su financiación y la selección de personal cualificado (sobre ello vid., las sugerentes reflexiones de Cerezo Mir, en *ob. cit.*, págs. 39 y ss.).

En cuanto a las *clases de medidas de seguridad*, el artículo 86 del NCP establece que son: las *privativas de libertad* (de finalidad curativa: el internamiento en *centro psiquiátrico*, y el internamiento en centro de *deshabitación*; y con finalidad pedagógica, el internamiento en *centro educativo especial*) y las *no privativas de libertad* (la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; la privación de licencia o del permiso de armas; la inhabilitación profesional; la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España; y las demás previstas en el artículo 105 del CP, es decir, por un tiempo no superior a cinco años, la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario, obligación de residir en un lugar determinado, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, custodia familiar, y sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otras similares. El artículo 105.2 recoge como medidas por un tiempo de

*hasta diez años*: la privación de la licencia o del permiso de armas, y la privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores).

La imposición de una o varias de estas medidas no privativas de libertad, recogidas en el artículo 105 del NCP, podrán ser acordadas por el Juez o Tribunal para los casos previstos en los artículos 101 a 104 (de *inimputabilidad* y *semiinimputabilidad*), desde un principio o durante la ejecución de la sentencia (art. 105, párrafo 1º del NCP).

El artículo 107 del NCP establece que el Juez o Tribunal podrá decretar la *medida de inhabilitación* para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de *uno a cinco años*, cuando el sujeto haya cometido, con abuso de dicho ejercicio o en relación con él un *hecho delictivo*, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en algunas de las situaciones (de *inimputabilidad*) previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20.

El artículo 108 del NCP, dentro de la aplicación de las medidas no privativas de libertad y tratándose de un *extranjero no residente legalmente en España*, confiere al Juez o Tribunal la posibilidad de acordar, previa audiencia de aquél, la *expulsión del territorio nacional* como *sustitutiva* de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. El sujeto a esta medida, concluye el artículo 108, *no podrá volver a entrar en España* durante el *plazo* que se señale, *sin que puede exceder de diez años*.

A los efectos de realizar una valoración global sobre las clases de medidas de seguridad contenidas en el NCP, cabe formular dos observaciones críticas: una, por *defecto*, en cuanto a las *medidas de seguridad privativas de libertad*, al echarse en falta la previsión de alguna medida específica con finalidad de aseguramiento para los delincuentes habituales especialmente peligrosos de delitos graves; y, por *exceso*, en relación con las *medidas no privativas de libertad*, donde destaca el amplio elenco de medidas y un cierto mimetismo —lo cual se observa en las anteriores textos prelegislativos de CP— con respecto a la criticable LPRS: así, aparecen como medidas de seguridad auténticas penas, como la multa, la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y parte de armas, la inhabilitación profesional, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos... (Cfr. art. 39 del NCP, catálogo de las penas privativas de derechos y los arts. 96.3 y 105 del NCP, donde se recogen las medidas no privativas de libertad). Sorprende que el NCP incorpore una nueva medida no privativa de libertad de contornos muy poco precisos (art. 105.1.f del NCP: «sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares») y que no se haya previsto una medida de «*vigilancia de conducta*», es decir, de asistencia y observación por delegados del Juez de Vigilancia, como había previsto el art. 101.g) de la PANCP de 1983 (Cfr. art. 152.f) del P. 1980).

Por último, es preciso hacer una referencia a la

previsión contenida en el NCP de *aplicar ciertas medidas*, calificadas como «*consecuencias accesorias*», a las *personas jurídicas*. El artículo 129.1 del NCP, dentro del Título VI «*De las consecuencias accesorias*» donde se recoge además el comiso y la privación de beneficios ilícitos, contempla la posibilidad de que el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, pueda imponer las siguientes consecuencias: «*clausura de la empresa, locales o establecimientos*», con carácter *temporal* (hasta 5 años) o *definitivo*; «*disolución de la sociedad, asociación o fundación*»; «*suspensión de las actividades* de la sociedad, empresa, fundación o asociación» por un plazo que *no podrá exceder de cinco años*; «*prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos*» en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Tal prohibición podrá tener carácter *temporal* (plazo máximo de 5 años) o *definitivo*; y «*la intervención de la empresa*» para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario, sin que pueda exceder de un *plazo* máximo de *cinco años*.

El NCP, siguiendo las directrices marcadas por la PANCP de 1983, ubica sistemáticamente estas medidas, aplicables a personas jurídicas, dentro del Título dedicado a las «*consecuencias accesorias*», es decir, que no son penas ni medidas de seguridad. Si tenemos en cuenta, de acuerdo con la doctrina penal dominante, que las personas jurídicas (empresas, sociedades...) no tienen capacidad de delinquir tampoco podrán encontrarse en un estado personal de peligrosidad criminal, y por lo tanto, no se les podrá imponer penas ni medidas de seguridad. Puede aceptarse, desde un punto de vista político-criminal, que se incorporen al CP y se impongan por los tribunales de justicia ciertas sanciones —como las previstas en el artículo 129 del NCP— a personas jurídicas, con la salvedad de que el fundamento de aquéllas no puede ser la peligrosidad criminal sino la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, es decir, que procederá su aplicación cuando se ha cometido el delito en el ejercicio de la actividad empresarial o utilizando la organización de la persona jurídica para favorecerlo o encubrirlo y pueda emitirse un juicio fundado de que probablemente se siga utilizando la actividad u organización de la sociedad o empresa para seguir cometiendo delitos en el futuro (vid. en nuestra doctrina, entre otros, Romeo Casabona, C. M., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, págs. 68 y ss.. Cfr. arts. 153 del P. 1980 y 138 de la PANCP de 1983). La regulación que establece el NCP sobre estas consecuencias accesorias puede ser objeto de ciertas objeciones: no fija los criterios —que sí se recogían en el P. 1980 y en la PANCP 1983— para poder imponer estas sanciones; y a la hora de comprobar los supuestos concretos en los que es posible su aplicación, se observa que se confiere a los tribunales de justicia la posibilidad de adoptar las medidas o algunas de las medidas preventivas en el artículo 129, sin delimitar con precisión los supuestos en que son aplicables y sin tener en cuenta la diversa gravedad de tales medidas (Vid. arts. 288 y 294. Cfr. arts. 366 y 370).

El apartado 2º del artículo 129 del NCP permite al Juez Instructor la posibilidad de acordar —se entiende que como medidas cautelares—, durante la tramitación de la causa, las medidas de clausura temporal y la suspensión de las actividades de la empresa por un plazo máximo de cinco años.

4.º *Las relaciones entre pena y medidas de seguridad.* El NCP abandona el criticable sistema de dualismo rígido, previsto en el artículo 25.2 de la LPRS («si concurriere con las medidas de seguridad alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena»), y consagra el sistema vicarial o de sustitución en su artículo 99, al establecer que «en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105», es decir, medidas no privativas de libertad. Es un acierto el haber consagrado el sistema vicarial, que evita la criticable acumulación de pena y medida de seguridad privativa de libertad, si bien la redacción del artículo 99 del NCP no resulta muy afortunada cuando se refiere a la posibilidad de suspensión del cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, siendo más adecuada la previsión de la PANCP de 1983 o la del P. de 1992 que se referían a la posibilidad de suspender el cumplimiento del resto de la pena.

5.º *La ejecución de las medidas de seguridad.* El artículo 97.1º —letras b) y c) del NCP, al igual que se recogía en los textos prelegislativos de CP anteriores, establece que durante la ejecución de la sentencia el Juez o el Tribunal podrá sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate, o dejar en suspenso la ejecución de la medida, en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. Esta suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 del NCP, es decir, que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito o que se pueda apreciar la peligrosidad criminal del sujeto. A estos efectos, el artículo 97.2º del NCP declara que «el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta». Esta norma, del artículo 97.2º, afectará también al supuesto recogido por el artículo 97.1º (letra a) del NCP que confiere al Juez o Tribunal la posibilidad de decretar, durante la ejecución de la sentencia, el

cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. Por cierto, esta última previsión es superflua e incorrecta: el Juez o Tribunal —no «podrá» sino que— deberá decretar el cese de la medida de seguridad al desaparecer la peligrosidad criminal, pues ésta es el fundamento y uno de los presupuestos de toda medida de seguridad.

Por último, cabe denunciar la falta de previsión en el NCP acerca de la aplicación de las medidas de seguridad y sobre los medios de financiación de centros adecuados para su cumplimiento. Distinta y más acertada era la respuesta que ofrecía la PANCP de 1983 en esta cuestión de vital importancia, al establecer en su disposición final segunda que «el Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de ley de aplicación de las medidas de seguridad...», y en la disposición final tercera que declaraba lo siguiente: «Para el cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en los artículos 86 y siguientes que consistieren en internamiento, el Gobierno habilitará centros idóneos y hasta tanto no estén los centros habilitados, cualquier medida de las referidas deberá llevarse a efecto en centro no carcelario».

En cuanto a la extinción de las medidas de seguridad hay que tener en cuenta las reglas de prescripción previstas en el artículo 135 del NCP, y las que recogen el artículo 137 del NCP sobre la cancelación de las anotaciones de medidas de seguridad.

III. A título de conclusión, sobre el sistema de medidas de seguridad previsto en el NCP, pueden formularse las consideraciones siguientes: 1.ª) supone un avance con respecto a la situación anterior, ya que se incorporan al NCP —con todas las garantías penales— la regulación de las medidas de seguridad penales, que antes aparecían dispersas en la criticable LPRS de 1970, en el CP y en la LTTM; 2.ª) es un acierto del NCP el haber adaptado el sistema de medidas de seguridad a las exigencias constitucionales y propias de un Estado de Derecho, reconociendo los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad, y estableciendo que las medidas de seguridad han de ser postdelictivas y que su fundamento será la peligrosidad criminal del sujeto; 3.ª) el sistema de medidas del NCP, que es deudor de las directrices político-criminales marcadas por el P. de 1980 y la PANCP de 1983, resulta criticable en ciertos aspectos relevantes, empeorando las propuestas de los textos prelegislativos de CP citados: deficiente formulación del principio de proporcionalidad; la criticable laguna de no haber previsto un tratamiento específico para los delincuentes habituales especialmente peligrosos de criminalidad grave (delitos contra la vida, salud y libertad sexual); la imprecisión que informa la regulación de las medidas previstas para las personas jurídicas,...; 4.ª) es un acierto del NCP el haber reconducido la problemática de la delincuencia juvenil y de su peligrosidad criminalidad al ámbito de una futura Ley Penal Juvenil y del Menor, y 5.ª) La preocupante falta de previsión del NCP acerca de la infraestructura (centros idóneos) y personal cualificado, que hagan po-

sible un cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad. Si a todo ello se añade que la *vacatio legis* para la entrada en vigor del NCP es de seis meses, cabe poner en entredicho la viabilidad y el futuro de uno de los pilares del nuevo sistema sancionador.

No quisiera terminar estas reflexiones sobre el sistema de medidas de seguridad del NCP sin recor-

dar que el problema de la prevención del delito no es una cuestión exclusiva del Código Penal, resultando más procedente el atajar las causas de la delincuencia y buscar los correspondientes antidotos en el marco de una política social avanzada e inherente a todo Estado social y democrático de Derecho.

# Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal

Elena LARRAURI

«He visto condenas más bárbaras que el delito»  
(Michel de Montaigne).

## I. INTRODUCCION

La introducción de alternativas a la cárcel en el nuevo código penal ha sido saludada por algunos sectores como un gran avance, otros han destacado que éste es más restringido y conservador que los proyectos (de 1980 y 1983) precedentes.

Pienso que el debate no puede afrontarse encerrándose en la disyuntiva de «es insuficiente» frente a «es mejor que el código de 1944». Debido a que el código se aprueba en 1995 el debate, que se produce en el ámbito norteamericano y anglosajón<sup>1</sup>, no versa acerca de la necesidad de introducir alternativas a la cárcel. Ello ya está contestado afirmativamente. Las discusiones residen más bien en cómo introducir alternativas a la cárcel conjurando tres riesgos que estas conllevan<sup>2</sup>:

- a) Conseguir que las alternativas se configuren como alternativas a la cárcel en vez de como «añadidos» a esta. Esto es, configurar las alternativas de forma que estas no se conviertan en un complemento (p.ej., además de la cárcel) o añadan nuevos motivos de entrada en la cárcel (p. ej., cuando se prevé la cárcel por incumplimiento de la alternativa). Se trata de que las alternativas consigan efectivamente disminuir el número de personas encarceladas. Su objetivo no es ampliar el conjunto de población sometida a algún tipo de control penal, produciendo el efecto de «ampliar las redes penales» («*net widening*»).
- b) Definir que medidas deben ser favorecidas por tener el carácter de alternativa y cuáles presuponen la existencia de la cárcel. Así se discute el carácter de alternativa de medidas como la libertad condicional o la suspensión de la cárcel ya que ambas presuponen una condena de cárcel. De lo que se trata es de auspiciar alternativas que no impliquen una condena de cárcel y de buscar métodos de aseguramiento de las alternativas distintos de la cárcel.

- c) Delimitar las condiciones que se pueden exigir al amparo de las alternativas para evitar su contribución a la formación de una «sociedad disciplinaria». Esto es, cuestionar aquellas alternativas que conllevan por sus condiciones, por su gravosidad, por sus efectos estigmatizadores, por el grado de intromisión en la persona, un aumento excesivo de control.

Conjurar estos riesgos es, en mi opinión, el reto que tiene planteado cualquier regulación y aplicación que se realice de las alternativas a la cárcel en la década de los noventa.

## II. SUSPENSION DE LA PENA EN EL NCP

### II.1. Regulación

Las novedades más importantes que ofrece el nuevo código penal de 1995 respecto la regulación del código penal anterior son las siguientes:

- a) Toda suspensión pasa a ser *facultativa* (art. 80.1).
- b) Figura como novedad el requisito de dar *audiencia a las partes* (art. 80.2) para fijar el *plazo* de la suspensión<sup>3</sup> en toda suspensión.
- c) Son susceptibles de suspensión las penas privativas de libertad, esto es la prisión, el arresto de fin de semana y el arresto sustitutorio (art. 80.1)<sup>4</sup>.
- d) La suspensión de la pena no suspende la responsabilidad civil (art. 80.3)<sup>5</sup>.
- e) La pena impuesta o la *suma* de estas puede ser de hasta dos años: se aumenta en consecuencia el plazo (art. 81.2)<sup>6</sup>.
- f) Es condición el haber satisfecho la *responsabilidad civil*, si bien se impone una regulación que niega virtualidad a esta exigencia, ya que el Tribunal puede declarar la imposibilidad de hacer frente a las mismas (art. 81.3).
- g) Se inscribe en una sección especial la pena

<sup>1</sup> Ver Cohen (1988).

<sup>2</sup> He expuesto esta discusión en Larrauri (1991).

<sup>3</sup> Si es para decidir acerca de la suspensión no tiene sentido el artículo 86, pues ya estaría previsto con carácter general en el artículo 80.2.

<sup>4</sup> Se ha discutido la eficacia de la multa si ésta se asegura con una pena que puede ser suspendida. A favor de ello se alega que cuando no se reconoce la suspensión de la multa debe admitirse la posibilidad de suspender el arresto sustitutorio, pues de

lo contrario podría ser más gravosa la condena de multa que la de cárcel.

<sup>5</sup> Se entiende por el contrario que sí suspende las penas accesorias.

<sup>6</sup> Advierte, sin embargo, Carlos González que ello puede ser restrictivo respecto de las prácticas judiciales habituales que suspendían aun cuando existiesen múltiples penas si ninguna de ellas era superior a un año. En consecuencia la exigencia de la «suma de penas» restringe, no amplía.

suspendida, de la cual sólo pueden pedir informes los jueces<sup>7</sup>.

- h) Se incorpora la posibilidad de suspender *cualquier pena* y sin sujeción a requisito alguno si la persona está aquejada de una enfermedad incurable (art. 80.4).
- i) La novedad más llamativa es la posibilidad de que el juez o tribunales impongan adicionalmente a la condición de no delinquir unas *reglas de conducta* a la persona condenada (art. 83)<sup>8</sup>.
- j) Se mantiene una suspensión especial para las personas drogodependientes (art. 87), la cual introduce como novedad que se aumenta el plazo de pena suspendida hasta *tres años* siempre que no sean *reos habituales* (art. 94).

## II.2. Valoración

En una primera valoración de *urgencia* aparecen los siguientes temas destacables:

### a) *La suficiencia de la suspensión*

Es discutible el alcance: sólo a las penas privativas de libertad, cuando la suspensión podría extenderse a otras penas, por ejemplo, la multa o las penas privativas de derechos<sup>9</sup>.

Son discutibles las condiciones: entre ellas destaca negativamente la exigencia de que el condenado haya delinquido por primera vez<sup>10</sup>.

También discutible es el plazo: si lo que se quería era que fuese posible suspender las *penas menos graves* podría haberse elegido tres años (art. 33.3), o desde un punto de vista más ambicioso no haber marcado una pena ya que en definitiva también en delitos más graves puede faltar la «peligrosidad criminal del sujeto».

Finalmente excesivamente drástico aparece el hecho de que la realización de un delito comporte automáticamente el cese de la suspensión. Debido a la regulación de reglas de conducta podría haberse establecido un sistema graduado (p. ej., suspensión sin reglas de conducta y suspensión con reglas de conducta para la persona que realizara un nuevo delito).

Todo ello muestra que se ha mantenido una con-

cepción «estática» de la suspensión en vez de una concepción «dinámica» ligada a las necesidades de prevención especial de la persona que ha delinquido (Padovani, 1988).

### b) *La introducción de reglas de conducta*

La doctrina penal se había manifestado en general favorable a la posibilidad de incluir reglas de conducta que condicionasen la suspensión de la pena (además de a no delinquir) a su cumplimiento. Sin embargo también había insistido en enfatizar que estas debían tener carácter asistencial (más que de control) y había destacado la escasez de medios disponibles para llevar estas reglas de conducta a término.

El nuevo código penal ha decidido introducir un catálogo de reglas de conducta (art. 83) que en mi opinión son excesivamente gravosas. Esta impresión obedece a: las tres primeras reglas de conducta son exclusivamente de *control*<sup>11</sup> e implican una afeción a derechos civiles ya que estas medidas recortan también la libertad<sup>12</sup>; existe una *discrecionalidad* excesiva acerca de las personas<sup>13</sup> a las que se les va a conceder (art. 80.1) y las condiciones que se van a imponer (art. 83.5); finalmente el *incumplimiento de la regla de conducta* puede llevar al cese de la suspensión, esto es, a la cárcel (aun cuando la persona no haya delinquido), con el agravante de que no está previsto que se compute el tiempo que la persona ha pasado con la pena suspendida y cumpliendo las diversas reglas de conducta.

En síntesis, se abre una doble vía: la suspensión normal y la suspensión agravada. Late el temor de que la (nueva) suspensión agravada se configure como alternativa (no a la cárcel sino) a la antigua suspensión.

### c) *La mantención de un régimen especial para las personas drogodependientes*

La persona drogodependiente puede verse sometida a grandes trazos a un doble régimen: a) medidas de seguridad, si cuando comete el hecho delictivo está bajo la influencia de las drogas o a causa del síndrome de abstinencia (art. 20.2)<sup>14</sup>; b) si no en-

<sup>7</sup> Con ello se incorpora la ventaja asociada a la suspensión del fallo, cual es, que no debe inscribirse la condena.

<sup>8</sup> Debe observarse que estas reglas de conducta sólo son imponibles si la pena privativa de libertad es la de *prisión*, pero no la de arresto (art. 83). Sin embargo es posible imponer reglas de conducta cuando el arresto aparezca como sustitutivo de la prisión (art. 88).

<sup>9</sup> El problema refleja una falta de discusión acerca del fundamento de la suspensión. Si se pretende evitar la entrada en la cárcel entonces parece lógico limitar la suspensión sólo a ésta; si la suspensión se concibe como un beneficio que se otorga a la persona porque la pena en este caso no aparece proporcional o adecuada desde un punto de vista de prevención especial, entonces todas las penas podrían ser objeto de suspensión.

<sup>10</sup> Las investigaciones empíricas realizadas en Cataluña (Redondo-Funés-Luque, 1993) destacan que existe aproximadamente un 47 % de reincidencia, índice que aumenta entre los menores de dieciocho años, que siguen sometidos al código penal, hasta un 70 %.

<sup>11</sup> Un problema detectado por May (1995) es el recelo que suscitan los agentes de probation cuando se pretende que sean ellos quienes controlen las «exigencias negativas» (medidas de control), debido a que estos no pueden aparecer frente a la persona condenada como el agente encargado de ayudarlo y proporcionarle asistencia y al propio tiempo el agente encargado de informar al juez de cualquier quebrantamiento de las condiciones.

<sup>12</sup> El control de las obligaciones y deberes impuestos lo realiza el Juez Penal pero nada se dice del control de los derechos que pueden resultar conculcados. Por otra parte quizás sería más adecuado que el control lo ejerciese el Juez de Vigilancia ya que es la Administración quien pondrá en funcionamiento estos «servicios» y se trata de una forma de ejecución de la pena.

<sup>13</sup> Aun cuando el carácter de las mismas deja entrever que el legislador está pensando exclusivamente en la delincuencia común.

<sup>14</sup> Estas podrán ser privativas de libertad (art. 102.1) o no privativas de libertad. No queda claro si pueden ser *ambas* (ver art. 102.1, pero compárese con art. 105).

tra dentro de estos supuestos pero ha cometido el hecho delictivo «a causa de su dependencia», entonces se abre la vía de la *suspensión específica* de pena prevista en el artículo 87.

De esta suspensión la doctrina ha destacado: que debería poder aplicarse también a personas alcoholizadas; que puede representar un agravio comparativo debido a que la condena suspendida puede ser de hasta tres años y la persona puede ser reincidente; que la condición de someterse a tratamiento de desintoxicación no es tal debido a que ello es un requisito previo para conceder la suspensión.

Debe observarse sin embargo que es difícil concluir que la suspensión específica represente trato privilegiado alguno. Un breve examen de las posibilidades existentes nos muestra el siguiente panorama.

Si a la persona drogodependiente se le impone una medida de seguridad que consista en su internamiento en un centro de desintoxicación el juez puede suspender la ejecución de la medida en atención al resultado obtenido (art. 97 c); si concurre con una pena, el tiempo transcurrido bajo una medida de seguridad se computa a efectos de pena, la cual puede también suspenderse (art. 99).

Si a la persona drogodependiente se le impone una suspensión genérica agravada con la obligación de participar en algún programa (art. 83.5), el tiempo transcurrido no se computa en caso de que se proceda a ejecutar la pena, pero cuando menos la infracción de las reglas de conducta no comporta ineludiblemente la revocación de la suspensión (art. 84).

Finalmente si se le impone la suspensión específica nos encontramos con que: a) se impone la revocación automática en caso de infracción de alguna condición (art. 87.5); b) no se computa el tiempo transcurrido con la pena suspendida (art. 87.5); c) la remisión de la pena se condiciona a que la persona no delinca, no abandone el tratamiento y además tenga éxito en el tratamiento (sic.) (art. 87 *in fine*).

Debido a la existencia de una suspensión agravada que posibilita someter condiciones específicas para las personas drogodependientes no se ve la necesidad, pero sí los inconvenientes, de seguir reforzando la imagen de un trato diferenciado, benévolo, especial, para las personas a las cuales no se les castiga por drogarse sino por delinquir.

#### d) **La audiencia a las partes**

Los diversos estudios de la victimología pueden haber influido en el intento del legislador de dar una mayor participación a la víctima en el proceso penal. El mecanismo en base a como se ha articulado ello parece ser el de dar audiencia a las partes, a juzgar por la profusión con que ello está previsto: en el artículo 80.2 (plazo de la suspensión); en el artículo

81.3 (imposibilidad de satisfacer responsabilidades civiles); en el artículo 84.2 (infracción de regla de conducta y sustitución); en el artículo 86 (delitos privados para conceder la suspensión); en el artículo 87.1 (suspensión de la condena para personas drogodependientes).

Sin embargo sorprende que el legislador haya ignorado otra serie de medidas propuestas desde la victimología. Así por ejemplo es curioso que en las reglas de conducta previstas para la suspensión de la pena (art. 83.5) no se haga referencia en ningún momento a la posibilidad de *reparación* del mal a la víctima<sup>15</sup>.

También sorprende que en la regulación del trabajo en beneficio a la comunidad (art. 49) no se mencione la posibilidad de que el trabajo consista en algún tipo de reparación a la víctima. Además podría haberse previsto para estos mismos supuestos la posibilidad de una mediación con la víctima en aras de estipular cualquier otra medida que no tiene porque limitarse a prestaciones estrictamente económicas.

Finalmente se ha pasado por alto la posibilidad de introducir para algunos delitos (p. ej., delitos patrimoniales) la reparación como pena alternativa a la cárcel.

### III. SUSTITUCION DE LA PENA

En este caso podría señalarse que toda la regulación (artículo 88) es novedosa. En síntesis la sustitución de la pena consiste en:

- a) Posibilidad de sustituir la pena de prisión por arresto de fin de semana y multa (art. 88.1).
- b) Posibilidad de sustituir la pena de arresto de fin de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad (art. 88.2).

También en una valoración de *urgencia* aparecen los siguientes aspectos destacables:

- a) Contrasta en principio algunas diferencias inexplicables entre la suspensión y la sustitución de la pena. Así por ejemplo para la suspensión de la pena el delito debe tener una pena máxima de dos años, por el contrario para sustituir la pena debe ser inferior a un año (excepcionalmente dos). Ello es difícilmente comprensible si se admite que a efectos de prevención general la suspensión aparece como más benevola que la sustitución<sup>16</sup>.
- b) Los angostos límites en que está concebida la sustitución de la pena de cárcel. Indudablemente la mejor sustitución sería que se aumentasen los tipos penales en los que el juez puede optar por la imposición de la pena de multa en vez de la cárcel, pero debido a que ello no es así, sorprende que la pena de cárcel sólo pueda ser sustituida por arresto de fin de semana o multa pero no por trabajo en beneficio de la comunidad<sup>17</sup>. De esta forma el

<sup>15</sup> Posibilidad en cambio prevista para la sustitución de la pena (art. 88).

<sup>16</sup> Hay también otras diferencias para las cuales no encuentro explicación: por ejemplo, para sustituir la pena se tomará en cuenta el esfuerzo para reparar el daño causado, posibilidad que no

se menciona en la suspensión; o en el supuesto de que se revoque la sustitución se computará el tiempo transcurrido, aspecto que tampoco se menciona en la suspensión.

<sup>17</sup> Hay una forma expuesta por Carlos González. Si la pena es inferior a un año, el juez puede sustituir la pena de cárcel por

trabajo en beneficio de la comunidad se configura como una «alternativa de la alternativa»<sup>18</sup>.

- c) La desaparición del arresto domiciliario. Anteriormente sólo se preveía la sustitución del arresto menor por arresto domiciliario. Ahora hay la posibilidad de sustituir penas de un año (excepcionalmente dos), pero la opción del arresto domiciliario se ha eliminado y en su lugar aparece el arresto fin de semana que se cumplirá en centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado o en depósitos municipales<sup>19</sup>. Si se piensa en el distinto impacto psicológico y social que ello comporta pienso que la desaparición del arresto domiciliario debe valorarse como un retroceso<sup>20</sup>.
- d) Finalmente se prevé la posibilidad de imponer reglas de conducta además de la pena. Ello comporta algunos inconvenientes ya detectados anteriormente: además de una pena se establecen otras cargas, con lo cual cada vez más las alternativas a la cárcel van endureciendo sus condiciones y con ello perdiendo el carácter de «alternativa»; a su vez el incumplimiento de estas reglas de conducta, y no la realización de un delito, constituyen un motivo para revocar la sustitución de la pena e ingresar en prisión.

#### IV. CONCLUSIONES

Sería prematuro aventurar alguna conclusión sin esperar a ver como se procederá a su puesta en funcionamiento y supervisión. Sólo quisiera insistir en que el objetivo de las alternativas a la prisión no es establecer más control penal sobre más gente sino conseguir que entre menos gente en la cárcel.

Al respecto debe recordarse que debido a que la introducción de alternativas ha ido acompañada de una eliminación de los beneficios penitenciarios que acortan la pena ello comportará quizás, además de problemas de gobernabilidad en las cárceles, que entren menos (personas) pero estén más (tiempo).

multa (art. 88.1). Si posteriormente la persona es declarada insolvente deberá procederse al arresto subsidiario, el cual puede cumplirse en forma de trabajo en beneficio a la comunidad (art. 53.1).

<sup>18</sup> El trabajo en beneficio a la comunidad sólo procede en sustitución del arresto fin de semana (art. 88.2) o como forma de cumplimiento del arresto subsidiario por impago de multa (art. 53).

<sup>19</sup> Ello afecta también al arresto subsidiario, debido a que la multa no se puede suspender ni sustituir; lo único que podrá hacer el juez en el supuesto de insolvencia es imponer su cumplimiento mediante el arresto de fin de semana en la cárcel o depósito municipal.

#### BIBLIOGRAFIA<sup>21</sup>

- Clear, T. y Hardyman, P. (1990): «The new intensive supervision movement» en 36 *Crime and Delinquency* 42.
- Cohen, S. (1988): *Visiones de control social*. Barcelona, P.P.U.
- De la Cuesta, J. (1993): «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992» en *Política Criminal y Reforma Penal*. Libro Homenaje a J. del Rosal. Madrid, EDESA.
- González, C. (1996): «El sistema de penas en el nuevo código penal». Conferencia inédita, organizada por *Jueces para la Democracia*, Barcelona.
- Larrauri, E. (1991): «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en derecho penal español» en *Anuario de Derecho Penal*.
- De León, F.J. (1994): «Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma» en *Anuario de Derecho Penal*.
- Luzón, D. (1983): «La aplicación y sustitución de la pena en el futuro código penal» en *Estudios Penales*. Barcelona, P.P.U., 1991.
- May, T. (1995): «Probation and community sanctions» en *The Oxford Handbook of Criminology*. Maguire-Morgan-Reiner (eds.). Oxford, Clarendon Press.
- Mapelli, B. (1993): «Normas penitenciarias en el anteproyecto de código penal de 1992» en *Política Criminal y Reforma Penal*. Libro Homenaje a J. del Rosal. Madrid, Edersa.
- Mir, S. (1993): «Alternativas a la prisión en el borrador de anteproyecto de código penal de 1990» en *Política Criminal y Reforma Penal*. Libro Homenaje a J. del Rosal. Madrid, Edersa.
- Redondo, S.; Funes, J., y Luque, E. (1993): *Justicia Penal i Reincidència*. Centre D'estudis. Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya.
- De Sola, A. (1991): «Formes substitutives de l'execució penal a (l'esborrany) d'avantprojecte de codi penal 1990» en *Papers D'estudi i Formació*, núm. 7. Centre D'estudis. Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya.
- Padovani, T. (1988): «Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio» en *RIDPP*.

<sup>20</sup> Antes existía el problema de que la ausencia de domicilio daba lugar al delito de quebrantamiento de condena, pero también actualmente dos ausencias injustificadas darán lugar a que se procese por quebrantamiento de condena y a que el arresto se ejecute ininterrumpidamente (art. 37.3), lo que implica, como ha detectado la doctrina, que en este supuesto existirá una pena de cárcel inferior a seis meses.

<sup>21</sup> La bibliografía sobre alternativas a la cárcel es extensa; me limito a citar fundamentalmente los estudios que realizan una valoración de la regulación contenida en el proyecto de nuevo código penal.

# El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código Penal

Remei BONA

## LA RESOCIALIZACION CUESTIONADA

Si bien el artículo 25.2 de la Constitución Española establece que las penas y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, el Tribunal Constitucional ha venido declarando directa e indirectamente en varias de sus resoluciones, que la resocialización no es la única finalidad de las penas de privación de libertad, sino que se trata de una orientación dirigida tanto al legislador como a los encargados de su ejecución, y que junto a esta orientación global mantienen su vigencia otros principios, como el de prevención general o el de proporcionalidad.

El nuevo Código Penal se ha promulgado después de una dilatada etapa democrática, en la que la sociedad en general y los medios de comunicación en particular, han venido reclamando el cumplimiento efectivo de las penas impuestas en las sentencias condenatorias, existiendo por ello una opinión pública contraria a la reducción de las condenas que mediante las redenciones de penas por el trabajo se había venido produciendo.

## UN CODIGO PENAL MAS DURO

En cuanto a la prevención general, el legislador no ha sido insensible a este estado de opinión general, y ha procedido a derogar en el nuevo texto legal todas aquellas instituciones que como la redención de penas por el trabajo (antiguo art. 100 del CP y el Reglamento de los Servicios de Prisiones) o la posibilidad del avanzamiento de la libertad condicional (art. 256 del Reglamento Penitenciario) podían implicar una reducción efectiva de las penas.

Junto a ello, y en líneas generales, se ha procedido a una rebaja de la penalidad en la mayoría de los tipos penales, a fin de adecuarla a los países de nuestro entorno y equilibrar el reproche penal a las conductas antinormativas, atendidas las críticas que señalaban a nuestra legislación punitiva como una de las más duras.

Para la conjunción de ambos factores —la eliminación de la posibilidad de reducción de las penas y la rebaja general de la penalidad—, el legislador ha seguido una concepción realista, en el sentido de considerar que el instituto de la redención ordinaria venía a disminuir las penas en un tercio, y ha sido precisamente este porcentaje el que de modo global informa la rebaja de las penas que se ha producido.

Por ello, y desde un punto de vista estrictamente teórico, el nuevo Código Penal prevé penas inferiores para la mayoría de los delitos respecto del Có-

digo que deroga, pero se trata de una visión engañosa, ya que en la práctica ello no es así, pues para todos aquellos que tengan contacto con el mundo carcelario, saben que mediante la redención de penas por el trabajo (tanto en su modalidad ordinaria como extraordinaria) y la Libertad Condicional, los internos que hayan tenido una evolución normal y no conflictiva durante su estancia en prisión, son ex-carcelados aproximadamente a la mitad del cumplimiento de su condena.

En consecuencia, la entrada en vigor del nuevo texto legal implicará unas condiciones mucho más duras para los condenados a penas de privación de libertad, ya que al no existir posibilidad alguna de reducción de la condena, únicamente podrán ser ex-carcelados anticipadamente en virtud de la libertad condicional cuando hayan extinguido las tres cuartas partes, o en casos excepcionales los dos tercios de la pena impuesta, y no a la mitad como ocurre actualmente.

Si a todo ello se añade que en determinados delitos, como los cometidos contra el patrimonio o contra la salud pública, el nuevo Código Penal no sólo no ha disminuido la pena prevista sino que la ha aumentado, y que por otra parte *son precisamente por estos delitos por los que están condenados la gran mayoría de la población reclusa actual*, debe concluirse que de forma efectiva el nuevo texto legal endurece el sistema de penas, de tal manera que se produce la paradoja que un nuevo Código Penal no nacido de una etapa dictatorial es menos beneficioso que el anterior que deroga.

## EL CUESTIONAMIENTO DE LA RESOCIALIZACION

Desde el punto de vista de prevención especial, parece que el legislador más que apostar por la resocialización —quizás influido por las nuevas corrientes que propugnan el fracaso del tratamiento en prisión, o las doctrinas neoretribucionistas— ha optado por evitar la desocialización en determinados supuestos.

Así en los delitos menos graves, se ha eliminado la privación de libertad cuando la pena a imponer sea inferior a seis meses, o se establece la posibilidad de la suspensión de la condena, así como las medidas alternativas de los arrestos de fin de semana o el trabajo en beneficio de la comunidad.

Estas medidas alternativas, tienden pues a evitar la entrada en prisión de un porcentaje de personas —se calcula en un 20 por 100—, mediante las citadas alternativas así como de otra serie de medidas de seguridad para su control y seguimiento exterior.

Estas medidas, que indudablemente son de signo positivo y evitarán en muchos casos la desocialización de muchos condenados que actualmente cumplen en prisión penas cortas, están únicamente previstas para evitar el encarcelamiento, pero no existe posibilidad alguna, una vez se ha dictado una pena de privación de libertad de mayor duración, que la misma pueda ser sustituida —según la evolución del penado— por la aplicación de algunas de estas medidas alternativas, a diferencia de lo que ocurre en algunos de los países de nuestro entorno.

Por ello, y una vez una persona entre en prisión, la pena no podrá ser sustituida por ninguna otra medida y será indiferente su evolución, la actitud o los resultados positivos que obtenga, ya que únicamente se podrá producir su excarcelación por medio de la libertad condicional y dentro de los límites rígidos previstos para la misma.

### EL CASO DEL ARTICULO 78

En el supuesto de la acumulación jurídica prevista en el artículo 76 del nuevo texto legal (regla 2.ª del art. 70 del antiguo CP), referida a la aplicación del triple de la pena máxima cuando exista conexidad, se prevén varios límites de 20, 25 y el máximo de 30 años, al igual que el CP que se deroga.

Pero, además, en el artículo 78 del nuevo CP se establece que *«si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente»*.

*En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.»*

Este artículo, es el claro exponente de la concepción neorretribucionista que informa el sistema de penas de privación de libertad en el nuevo texto legal, y plantea una serie de cuestiones de difícil encaje incluso a nivel constitucional.

En primer lugar, si se aplica taxativamente, la orientación resocializadora queda eliminada, ya que en el supuesto de acumulación de penas superiores a 60 años, no será siquiera posible la posibilidad de la libertad condicional del penado.

En segundo lugar, introduce un concepto totalmente rechazable como el de la «peligrosidad criminal», ajeno al de la culpabilidad, y cuyo único precedente se encuentra en el Código Penal de 1928 de la dictadura de Primo de Rivera, dejando por otra parte sin determinar quién deberá efectuar el pronóstico de peligrosidad del sujeto.

En tercer lugar, una vez desaparecidas las instituciones que podían implicar un acortamiento de las condenas, el concepto relativo a los beneficios penitenciarios, queda totalmente vacío de contenido, a

no ser que como tales se entienda los permisos de salida, o la clasificación penitenciaria, cuya conceptualización como beneficio penitenciario es discutible ya que en muchos casos nada tienen que ver con la duración de la condena impuesta (caso de los permisos extraordinarios o la misma clasificación) puesto que responden a una finalidad de signo tratamental.

En cuarto lugar, y como si el legislador fuera consciente que el primer párrafo del citado artículo 78 puede resultar inconstitucional, introduce en el segundo párrafo la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria mitigue el rigor de la medida, pero ello plantea nuevas cuestiones:

- a) Invierte la regla general, de la aplicación del régimen penitenciario ordinario en una excepción restrictiva.
- b) Es contrario al principio de igualdad, máxime si la discriminación viene determinada por una valoración de signo criminológico.
- c) Implica una inseguridad jurídica para el afectado, ya que queda a merced del criterio de un determinado Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y atendidas las competencias en materia de traslado atribuidas en exclusiva a la administración penitenciaria, queda en realidad a merced de la misma al poder escoger a la carta la jurisdicción penitenciaria que mejor interese, como de hecho viene ocurriendo en la actualidad.
- d) Finalmente, el procedimiento previsto en el segundo párrafo, paradójicamente, prevé sólo oír al Ministerio Fiscal y no al condenado, conculcando así el principio de audiencia de las partes.

Por todo ello, las manifestaciones que han venido menudeando, reclamando el cumplimiento íntegro o efectivo de las penas de privación de libertad y por ello la modificación del texto que todavía no ha entrado en vigor, deben ser consideradas como demagógicas, a menos que pretendan la supresión del último párrafo del citado artículo 78 de cuya aplicación ya se ha visto que poco puede ofrecer, o que lisa y llanamente pretendan la introducción de la cadena perpetua, todo ello claramente contrario a los postulados contenidos en la Constitución.

### LA DESAPARICION DE LA REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO

Como se ha indicado, el nuevo texto penal elimina el antiguo artículo 100 relativo a la posibilidad del acortamiento de las condenas mediante la redención de penas por el trabajo, así como deroga los artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones que todavía estaban vigentes.

La desaparición de esta institución debe ser saludada favorablemente, tanto por su origen (institución creada por la dictadura franquista para vaciar las cárceles después de la guerra civil, y obtener mano de obra en condiciones infrahumanas para la construcción de obras públicas), como por la falta de control efectivo que su utilización ha propiciado y que ha venido permitiendo la excarcelación anticipada de muchos reclusos, no siempre a tenor de su alta

dedicación o rendimiento en las actividades de los centros penitenciarios.

Con su eliminación no obstante, se plantean no pocos problemas que a título indicativo pueden resumirse en los siguientes:

- 1) Desaparece un formidable medio de control en manos de la administración penitenciaria, que coadyuvaba al mantenimiento del orden interno de los establecimientos penitenciarios (se motivaba a los reclusos a su participación en las actividades ofertadas, y evitaba la proliferación de conductas antinormativas, ya que con la comisión de la segunda falta grave, o en los supuestos de evasión, se procedía a la baja en redención y por lo tanto a su inhabilitación para acortar la condena).
2. La entrada en vigor del nuevo Código Penal, implicará la duplicidad de dos sistemas intramuros de los centros penitenciarios —el de los reclusos que se regirán por el anterior CP y por lo tanto les será de aplicación lo relativo a las redenciones de penas por el trabajo, y el de los condenados por el nuevo texto legal que no podrán gozar de este beneficio—, lo que a buen seguro creará disfunciones de orden regimental.
3. Para la aplicación de la normativa penal más favorable, y atendido que el nuevo CP es en realidad menos beneficioso porque no permite acortamiento alguno de la condena y los delitos por los que se encuentra penada la mayoría actual de la población reclusa han experimentado un aumento y no una disminución de la pena prevista, se producirá un número relativamente escaso de revisiones por aplicación del nuevo texto legal (se calcula que no llegará a un 10 por 100).
4. Paradójicamente, la aplicación del nuevo CP sólo será beneficiosa en el caso de los internos más conflictivos, es decir, aquellos que por acumulación de sanciones o por causa de evasión, estén inhabilitados para redimir.

Finalmente, y en cuanto a la disposición transitoria segunda del nuevo CP plantea también problemas de interpretación, ya que cuando establece que «... Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo, sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquéllos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código», deja sin aclarar si se trata de las redenciones que pudieran serles aprobadas a partir de la entrada en vigor del nuevo texto legal, quedando por lo tanto acortadas las condenas en función de las redenciones ya aprobadas judicialmente, o por el contrario, éstas deben ser también eliminadas.

En este último supuesto, quedaría sin determinar qué valor tienen las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que ha venido aprobando las redenciones propuestas por las Juntas de Régimen de los centros penitenciarios, ya que de hecho quedarían nulas sin concurrir ninguno de los supuestos previstos en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## LA SITUACION DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Con la entrada en vigor del nuevo CP se produce, además, una situación que lejos de clarificar la naturaleza de esta jurisdicción, o de atribuirle competencias como las de los órganos jurisdiccionales afines en los países de nuestro entorno en materia de ejecución penal (en materia de traslados, o en la aplicación de medidas alternativas y sustitutorias) viene a introducir preocupantes interrogantes, con un efectivo vaciado de contenido fruto quizás de la desconfianza en esta nueva jurisdicción.

Si bien se mantienen las competencias jurisdiccionales en cuestiones estrictamente penitenciarias (autorización de permisos de salida, conocimiento en vía de recurso o queja de materias como régimen sancionador, clasificación, libertad condicional, o inclusive la facultad prevista en el citado artículo 78 del nuevo CP), en cuestiones relativas a la ejecución de penas y medidas de seguridad, la situación es muy distinta.

Así, en algunos casos como el relativo a los condenados extranjeros (art. 89 del nuevo CP), se sus traen competencias a los Juzgados de Vigilancia y se atribuye al Tribunal sentenciador la facultad de expulsar al condenado a penas superiores a seis años, cuando el mismo haya cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta, situación que encargaría totalmente en un supuesto de libertad condicional, y que debe entenderse que el Juzgado de Vigilancia sólo podrá entrar a conocer en el supuesto que el Tribunal sentenciador no haya hecho uso de esta previa facultad de expulsión que se le atribuye.

Con todo, lo más discutible son las funciones de informadores o proponentes que en el nuevo CP se asignan a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que de hecho, quedan como jueces adjuntos —o como asistentes sociales cualificados—, de los Jueces o Tribunales sentenciadores, al establecer en las medidas de seguridad reguladas en los artículos 97 y siguientes, un procedimiento contradictorio ante los mismos, en el que *el Juez de Vigilancia deberá previamente elevar la correspondiente propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las citadas medidas, estando además obligado a elevar anualmente dichas propuestas.*

Al margen del sinsentido que representa que un órgano jurisdiccional deba efectuar propuestas sin posibilidad de decisión, máxime si se trata de «elevarlas» a otro órgano unipersonal de idéntica jerarquía (caso de los Juzgados de lo Penal), no se comprende bien, como en el caso de las medidas privativas de libertad de los artículos 101 a 104, un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puede valorar cuestiones relativas a instituciones extrapenitenciarias como psiquiátricos, centros terapéuticos o de educación especial.

Los despropósitos llegan incluso, en el caso de las medidas no privativas de libertad, a que en el supuesto de la custodia familiar, el familiar designado deba ejercer la custodia del sometido *en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria* (art. 105.1), o que dicho Juzgado de Vigilancia, o los Servicios del Ministerio de Justicia o Interior, o de la Adminis-

tración Autónoma *informen* al Juez o Tribunal sentenciador, sobre el cumplimiento de medidas tan peregrinas como la privación de la licencia o permiso de armas, o la privación del derecho de conducción de vehículos a motor o ciclomotores (art. 105.2).

Por todo ello, la naturaleza jurisdiccional de los Juzgados de Vigilancia queda en entredicho, al margen de otros problemas que pueden plantearse en cuestiones como los arrestos de fin de semana, o el trabajo en beneficio de la comunidad, en los que a la espera del reglamento que se publique, la legislación penitenciaria debe actuar como supletoria (arts. 37 y 49), cuando en dicha legislación no hay prevención alguna sobre estos supuestos.

### **LA CONTINUIDAD EN EL OLVIDO DE LAS VÍCTIMAS**

Finalmente, en el nuevo CP no se han incluido instituciones específicas de compensación o resarcimiento a los perjudicados por los delitos, del mismo modo que como medidas alternativas o complementarias se encuentran previstas en otros países de nuestro entorno, como la figura del convenio con la víctima.

Las disposiciones contenidas en los artículos 81, 88, 112, y 136, continuarán permitiendo como hasta ahora, que esta importante faceta en la ejecución de las penas y medidas de seguridad, quede relegada e inoperante, al hacer depender el resarcimiento de las «posibilidades» «el esfuerzo por reparar» o «la solvencia» del condenado, a menos que los Juzgados o Tribunales sentenciadores hagan un uso imaginativo de las facultades atribuidas en el artículo 112, en que «la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el Juzgado o Tribunal establezca».

### **CONCLUSIONES**

De todo cuanto se ha expuesto, se deduce que el nuevo CP es un texto que implica un mayor endurecimiento de condiciones respecto al que deroga, al establecer el cumplimiento íntegro de las penas, salvo el supuesto de libertad condicional; aumentar las penas de los delitos por los que está condenada la mayoría de la población reclusa; y derogar las instituciones que hasta ahora permitían un acortamiento de las condenas.

Las medidas alternativas a la pena de privación de libertad, están previstas sólo para delitos menos graves y están orientadas a evitar la entrada en prisión en estos casos, y la correspondiente desocialización que ello implica.

No se prevén medidas alternativas que puedan sustituir la pena de privación de libertad en el caso de delitos graves, independientemente de la evolución del condenado, y una vez éste ha entrado en prisión.

Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria quedan en parte desnaturalizados, al convertirlos en materia de ejecución penal y concretamente en la aplicación de las medidas de seguridad, en órganos sólo informadores o proponentes de los Jueces y Tribunales sentenciadores y sin facultades de decisión.

Se ha perdido una nueva oportunidad en la regulación de las medidas alternativas a la pena de privación de libertad, al quedar fuera de su aplicación muchos de los supuestos por los que está condenada la mayoría de la población reclusa; no estar previstas como sustitutivas en los supuestos de largas condenas, y no contemplar instituciones de probada eficacia y sentido social, como el convenio con la víctima.

# Responsables civiles en el Código Penal

Fernando ZUBIRI DE SALINAS

## I. RESPONSABILIDAD CIVIL DIMANANTE DE ILÍCITO PENAL

Las acciones u omisiones que constituyen un hecho delictivo pueden ser, a la vez, determinantes de un perjuicio personal o patrimonial para la víctima del mismo, de modo que para la reparación del mismo puede derivar el ejercicio de una acción civil. En estos términos, el artículo 1089 del Código Civil configura a los actos y omisiones ilícitos entre las fuentes de las obligaciones.

Por su parte, el artículo 1092 del mismo Código Civil remite la regulación de las obligaciones civiles nacidas de los delitos o faltas a las disposiciones del Código Penal: En concreto, a los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del código todavía vigente.

Paralelamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la posibilidad de ejercicio en el proceso penal de las acciones civiles derivadas de los delitos o faltas. Así, el artículo 100 previene que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible; ejercicio que viene regulado en los artículos 108 a 113 de la misma ley procesal, además de en diversos preceptos a lo largo de su articulado.

La responsabilidad civil derivada de un ilícito penal está considerada por la doctrina civilista como de naturaleza puramente civil, dimanante en sus orígenes en la culpa aquiliana, la cual por razones históricas y de economía procesal ha venido rigiéndose por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para posibilitar su exigencia en el proceso penal, conjuntamente con el ejercicio de la acción punitiva<sup>1</sup>. De esta forma, salvo en los supuestos de renuncia al ejercicio de acciones civiles o de reserva de las mismas para el proceso civil —arts. 107 y 112 de la LECr.—, conjuntamente a la acusación penal se viene actuando la acción civil para la obtención de la responsabilidad de esta clase derivada del hecho punible.

La naturaleza reparatoria de esta responsabilidad civil derivada del delito no puede ocultar, sin embargo, la relevancia de la misma en el propio ámbito sancionador. De una parte, la reparación llevada a cabo por el sujeto activo del delito, de forma más o menos espontánea, puede ser valorada a la hora de determinar la culpabilidad del mismo, a través de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, novena del artículo 9 del Código Penal de 1973, o de la ex-

presada en el artículo 21-5º del nuevo código, consistente en haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.<sup>2</sup> Por otra parte esta reparación puede tener también efectos sobre la determinación de la pena y su ejecución, cuestiones a las que es especialmente sensible el nuevo código, tanto en orden a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad —art. 81-3º— cuanto a la sustitución de la pena de prisión inferior a un año por arresto de fin de semana o multa, en los términos prevenidos en el artículo 88.1 del mismo, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen.

De este modo se refuerza en el mismo proceso penal la relación entre el acusado responsable del delito y la víctima, permitiendo el legislador que una relación de composición o reparación produzca efectos beneficiosos para el reo, además de que sirva de satisfacción conforme al ordenamiento jurídico al perjudicado por el delito. Se lograría así que ya no la pena, sino el propio proceso, contribuyera a lograr el efecto de reinserción y prevención especial que es buscado mediante el ejercicio del «ius puniendi».

El nuevo código no modifica la forma de ejercicio de la acción civil en el proceso penal, de modo que es posible el ejercicio acumulado de ambas acciones, o la reserva de la acción civil para su ejercicio independiente. Expresamente, el artículo 109.2 establece que el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

El alcance de la responsabilidad civil viene regulado en los artículos 109 a 115. La normativa no modifica sensiblemente a la actual, si bien introduce algunos preceptos de índole claramente procesal, como son el antecitado artículo 109.2 y el 115; y recoge algunos conceptos que no aparecían de modo expreso en el código anterior, pero que habían sido acuñados por una jurisprudencia constante, como es la indemnización por perjuicios morales —art. 110.3— o la moderación de la reparación en caso de concurrencia de culpa de la víctima —art. 114—.

En igual sentido parece recogerse de modo expreso el criterio jurisprudencial, ya asentado, conforme al cuál las normas que en el código penal regulan la responsabilidad civil derivada del delito tienen

<sup>1</sup> Molina Blázquez: *La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995*. Poder Judicial núm. 38. Junio 1995, pág. 127.

<sup>2</sup> Molina Blázquez, obra citada, pág. 128.

naturaleza civil y no penal, por lo que están regidas, en su interpretación y aplicación, por los principios del derecho privado.<sup>3</sup> Así, la regulación que ahora se hace de la restitución de la cosa en el artículo 111 recoge criterios de la regulación de la posesión y la propiedad en el Código Civil, y la exigencia que aparece en el artículo 112, in fine, sobre la ejecución de las obligaciones del responsable a costa de éste, es una trasposición de lo preceptuado en dicho código sobre el cumplimiento de las obligaciones en general.

## II. PERSONAS CIVILMENTE RESPONSABLES

El capítulo II, integrado por los artículos 116 a 122, determina las personas que son civilmente responsables de las consecuencias de esta clase de los hechos punibles. De ellos, los tres primeros preceptos regulan la responsabilidad civil directa; los artículos 120 y 121 lo hacen sobre la responsabilidad civil subsidiaria, y el artículo 122 fija la obligación de restitución o resarcimiento del participante a título lucrativo de los efectos de un delito o falta, en forma similar al del anterior artículo 108.

De la responsabilidad civil que corresponde a los propios responsables criminalmente del hecho punible merece destacar, en la regulación del artículo 116, que en ésta se ha dado un paso atrás respecto a los precedentes prelegislativos, que establecían la solidaridad de todos los partícipes: así constaba en el anteproyecto de 1992 —art. 118— y en el proyecto de este mismo año —art. 119—; pero ya el proyecto de 1994, en su artículo 116, volvía a la regulación similar a la del código de 1973, que ha pasado al que entrará en vigor en mayo de 1996.

La graduación de la responsabilidad civil, con prioridad para la obligación resarcitoria de los autores y subsidiaridad de los cómplices, tiene raigambre en nuestro derecho, y responde a conceptos propios del derecho penal, como son la mayor culpabilidad del autor y el dominio del hecho, que le es atribuible a él y no al cómplice; pero no deberían ser extrapolables a las consecuencias civiles derivadas de la acción, pues si el resultado dañoso se produce como consecuencia de la acción típica de todos ellos, la solidaridad de deudores frente al acreedor debería ser la norma, sin perjuicio de la fijación de cuotas en atención a la mayor o menor intervención punible de cada uno de los copartícipes, y de la mayor o menor relevancia causal de su conducta en el resultado perjudicial.<sup>4</sup>

En el artículo 117 del nuevo texto legal se recoge expresamente la responsabilidad civil de los aseguradores, responsabilidad directa que se produce cuando, como consecuencia de un hecho previsto en dicho código, se produzca el evento que deter-

mine el riesgo asegurado. La citada norma es novedosa en el Código Penal, en el que no tiene precedente; pero responde a una exigencia jurisprudencial ya firmemente asentada y recogida también en la legislación de seguros, tanto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro como en la nueva ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, de 8 de noviembre de 1995.

Con arreglo a esta normativa, ahora recogida en el propio Código Penal, cuando se produzca el evento que determina el riesgo asegurado, como consecuencia de un hecho previsto en el Código Penal, surge la responsabilidad civil de las compañías aseguradoras, con un doble alcance: a) desde el punto de vista procesal, se permite a los perjudicados —y, por ellos, al Ministerio Fiscal, en los términos recogidos en el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— el ejercicio en el proceso penal de la acción directa contra la compañía aseguradora, que a estos efectos quedará legitimada pasivamente para actuar en el proceso; b) desde una perspectiva material, la responsabilidad civil directa significa una solidaridad de deudores frente al acreedor perjudicado, con los efectos recogidos en el artículo 1144 del Código Civil, aunque no puede la compañía aseguradora ejercitar acción de repetición contra el propio asegurado, salvo en los supuestos expresamente establecidos en la legislación de seguros.

Los términos en que viene redactado el indicado artículo 117 permiten inferir que esta responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora será exigible incluso en supuestos en que el causante de la acción u omisión típica esté exento de responsabilidad criminal conforme al artículo 14.1 y al artículo 20 del Código Penal, ya que la refiere a la producción del evento como consecuencia del hecho previsto en el Código, por el que deberá entenderse el constitutivo del tipo objetivo.<sup>5</sup>

En el artículo 118 del nuevo Código se regula la exigencia y efectividad de la responsabilidad civil en los supuestos de exención de la criminal, conforme a los números primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 20, supuestos referidos a la ausencia de capacidad de culpabilidad por enajenación, trastorno mental transitorio o intoxicación plena, por grave alteración de la conciencia de la realidad, a la causa de justificación de la conducta como consecuencia de un estado de necesidad, o al actuar impulsado por miedo insuperable.

De los diversos apartados que se contienen en el citado artículo merece destacarse, por una parte, la intervención que se atribuye al arbitrio judicial, tanto en el supuesto de enajenados, como en el de la responsabilidad civil derivada de hechos típicos realizados en situación de necesidad. Arbitrio que deberá ser ejercido motivadamente, y con sujeción al principio de rogación que preside el ejercicio de las ac-

<sup>3</sup> Al respecto puede verse: Vázquez Sotelo: *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, mayo 1994, págs. 105 y ss.

<sup>4</sup> En este sentido se pronuncia también Molina Blázquez, obra citada, pág. 132, cuando afirma: «Este precepto, que desde luego asegura más a la víctima del delito, ha debido parecerle excesivamente progresista al legislador del noventa y cinco». Critica además la conveniencia técnica de establecer esta subsidia-

riedad, cuando se está en presencia únicamente de dos clases de responsables criminales.

<sup>5</sup> La redacción de dicho precepto viene ya del anteproyecto de Código Penal de 1992, recogida entonces en el párrafo segundo del artículo 118, y se ha mantenido sin variación sustancial en el proyecto de dicho año, en el proyecto de ley orgánica del Código Penal de 1994 y en el texto legal definitivamente aprobado por las Cortes Generales.

ciones civiles en todo proceso, y también en el procedimiento penal.

Por otra parte es necesario detener la atención sobre la responsabilidad exigible a quienes tengan bajo su potestad a las personas enajenadas o con alteraciones en la percepción, desde el nacimiento o desde la infancia —números primero y tercero del art. 20—. Esta responsabilidad civil puede ser reclamada frente a aquellos que ostenten sobre dichas personas una potestad o guarda legal o de hecho, supuesto este último que planteará, sin duda, dificultades en la práctica en el terreno probatorio y en el de interpretación normativa: en el primero, por cuanto ante la comisión de un hecho delictivo resultará necesario acreditar la existencia de dicha relación fáctica en el momento de la realización del mismo, prueba que normalmente no podrá tener naturaleza documental, sino confesoria o testifical, con las dificultades de apreciación que suele conllevar; en el segundo, porque será preciso determinar el alcance del concepto legal de guarda de hecho, que no puede equipararse con la mera compañía o convivencia, sino que vendrá integrado por la realización de facto de las conductas que la legislación civil atribuye como propias a la patria potestad o a la tutela.

En la regla primera del citado artículo 118 se fija la responsabilidad civil de los guardadores en base al criterio subjetivo de «culpa in vigilando», pues sólo será exigible cuando haya mediado culpa o negligencia por su parte. Con esta regulación se modifica una línea interpretativa que venía objetivizando la responsabilidad civil dimanante de un hecho ilícito, tanto en base a criterios de búsqueda de un resarcimiento a la víctima, cuanto a los fundados en la doctrina de creación de riesgo. Como afirma Molina Blázquez, la interpretación de los tribunales civiles en relación al artículo 1903 del Código Civil conduce a una responsabilidad prácticamente objetiva, fundada en la citada doctrina de la creación de riesgo, frente a la cual los autores se preguntan acerca de cual es el riesgo generado por el hecho de tener un hijo, además de plantearse la existencia de riesgos derivados del hecho de existir y convivir en sociedad.<sup>6</sup>

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Tras regular los diversos supuestos de responsabilidad civil directa, se fija en el artículo 120 la responsabilidad civil subsidiaria, en términos muchos más amplios, pero no esencialmente diferentes, del contenido de los artículos 21 y 22 del Código actual.

El legislador ha actualizado los supuestos de hecho para atemperarlos a las actuales circunstancias de la vida social y económica, de forma que hace re-

ferencia a los titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o de televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual —número 2º—, y ha introducido la responsabilidad subsidiaria de los titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros. Fundamentalmente se pretende en esta regulación, además, dar cobertura normativa a criterios sobre responsabilidad civil que ya habían sido acuñados y establecidos por jurisprudencia consolidada, sobre la base de una objetivación de la responsabilidad en el orden civil y de las consecuencias del principio jurídico, ya señalado, de creación del riesgo.<sup>7</sup>

El primero de los apartados de este artículo establece la responsabilidad de los padres o tutores, por los daños y perjuicios ocasionados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. La sumisión a la patria potestad existirá únicamente en los casos de patria potestad prorrogada, en los términos prevenidos en el artículo 171 del Código Civil, puesto que de modo general la mayoría de edad se alcanza en dicho ámbito al cumplir los dieciocho años.

Desde una perspectiva del derecho transitorio ha quedado incorrectamente resuelta, a mi juicio, la cuestión relativa a la responsabilidad civil derivada de la acción punible cometida por mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, puesto que el artículo 19 del nuevo Código Penal, que previene la irresponsabilidad criminal con arreglo a este Código de los menores de dieciocho años, no entra en vigor hasta que adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto —disposición final 7ª, párrafo segundo, del mismo código— y sin embargo este artículo 120-1º entrará en pleno vigor a los seis meses de la publicación del texto legal en el «BOE».

Se exige, para la existencia de esta responsabilidad civil, la intervención de culpa o negligencia por parte de los padres o tutores, debiendo mantenerse al respecto el criterio de inversión de la carga de la prueba, consolidado por reiterada jurisprudencia, de forma que corresponderá al padre o tutor llamado al proceso acreditar que en su actuación de educación y vigilancia cumplió con las prevenciones establecidas legalmente y con los cuidados necesarios para el sujeto a dicha patria potestad prorrogada o tutela. A tal efecto no puede olvidarse que se estará en presencia, necesariamente, de personas mayores de edad cronológica pero con limitaciones en su capacidad de obrar, razón precisamente del mantenimiento en dicha potestad o tutela, por lo cual las características de personalidad del sujeto activo del hecho punible resultarán determinantes para la apreciación judicial de la existencia de la indicada culpa o negligencia.

<sup>6</sup> Véase Molina Blázquez, obra citada, págs. 143-144, y De Angel Yáñez: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, págs. 1032 y ss.

<sup>7</sup> La STS de 21 de noviembre de 1991, seguida por muchas otras, establece la naturaleza civil de las normas reguladoras de esta clase de responsabilidad civil en el Código Penal, por lo que es posible una interpretación objetivada de las mismas. En este

sentido puede verse el trabajo de Ruiz Vadillo en *Información jurídica*, número 315, 1972, pág. 7, y el del mismo autor: *La responsabilidad civil derivada del delito: daños, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, en «Cuadernos de Derecho judicial», 1994, págs. 29 y 30.

En el número tercero del artículo 120 se introduce una importante novedad legislativa, cual es la relativa a la relevancia de la infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad, en relación al resultado acaecido. Esta especial relevancia no venía recogida en el artículo 21 del anterior Código Penal, que únicamente se refería a los reglamentos generales o especiales de policía que estén relacionados con el hecho punible cometido. La adición que se expresa en el nuevo texto legal, y que exige para la existencia de esta clase de responsabilidad civil que el hecho punible no se hubiere producido sin dicha infracción, es una trasposición al caso de la doctrina penalista de la imputación objetiva del resultado, y de los supuesto en que no cabe entender concurrente dicha imputación, cuando el resultado hubiere acaecido igualmente aun sin infracción de los concretos reglamentos de aplicación al caso. Procesalmente corresponderá a la parte que ejercita la acción civil la prueba de la infracción del reglamento de policía o de la disposición de la autoridad administrativa, y a la parte a la que se atribuye esta responsabilidad acreditar, en cuanto sea posible dado que se trata de supuestos hipotéticos, que tal resultado hubiera acaecido igualmente incluso sin infracción de normas administrativas.<sup>8</sup>

En el número quinto de este artículo se incluye la responsabilidad civil subsidiaria de las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas. Como anteriormente he expuesto, esta norma se funda en el principio de creación del riesgo y en el brocardo latino «cuius est commoda, eius sit incommoda», recogidos por la jurisprudencia desde principios de la década de los setenta.<sup>9</sup> Tal principio tiene una indudable relevancia social y trascendencia jurídica, en cuanto atribuye a los titulares de vehículos susceptibles de crear estos riesgos para la comunidad la responsabilidad de carácter objetivo por los resultados dañosos que su utilización genere. Obviamente, esta utilización habrá de ser tipificable como delictiva, pues de otro modo no surgiría la responsabilidad civil subsidiaria dimanante del delito, aunque sí sería exigible conforme a las disposiciones que sobre culpa extracontractual vienen establecidas en el Código Civil.

No concreta el legislador, en este punto, las personas que utilizan los vehículos, ni la naturaleza de éstos. Respecto a las primeras, la amplitud del precepto permitirá incluir entre ellas a los trabajadores y a los relacionados con el titular por un contrato civil o mercantil de prestación de servicios, a los representantes legales o voluntarios y a cualquier persona autorizada, incluso tácitamente, a la utilización

del vehículo, aunque el empleo del mismo no redunde en beneficio del titular. En cuanto a la naturaleza de los vehículos, habrá que entender por tales no sólo a los considerados como vehículos en el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, sino también a cualesquiera que respondan al concepto gramatical de tales, sea cual sea el sistema de tracción y el lugar por el que puedan circular.

Fuera de estos supuestos especiales, sucintamente comentados, el artículo 120 recoge de modo general en su número cuarto la responsabilidad civil subsidiaria y objetiva de los titulares de cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas cometidos por los empleados o dependientes de cualquier clase, en términos similares a aquellos en que la jurisprudencia ha venido interpretando y aplicando el artículo 22 del Código Penal anterior.

#### IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

La responsabilidad civil exigible a los diversos sujetos de la Administración, como consecuencia de los delitos o faltas cometidos por sus empleados o funcionarios viene regulada en el artículo 121 del nuevo texto legal. Ha sido éste el precepto de más complicada gestación, y que ha dado lugar a encendidas polémicas en el debate prelegislativo. Merecerá la pena detenerse brevemente en el mismo.

El anteproyecto de Código Penal de 1992 (redacción de 31 de diciembre de 1991, sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial) regulaba la responsabilidad civil de los entes públicos en el artículo 121, como responsabilidad patrimonial y directa de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, para establecer a continuación: «La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente a la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia». En el informe preceptivo, el Consejo discrepaba de esta solución, al afirmar que «parece, sin embargo, discutible que se pretenda privilegiar sin fundamento suficiente a las administraciones públicas respecto de otros responsables civiles sujetos de derecho privado; al propio tiempo presupone dificultar de manera extraordinaria el camino hacia la indemnización, haciéndola pasar en buen número de casos por un doble proceso cuyo resultado sería difícilmente compatible con la debida observancia del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, condenando al perjudicado al lamentable "peregrinaje de jurisdicciones" que siempre se ha tratado de evitar en materia de responsabilidad patrimonial de los entes públicos».<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Sobre imputación objetiva puede verse: Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989; Gimbernat Ordeig: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990; Martínez Escamilla: *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992; Torio López: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», 1986, págs. 33 y ss.

<sup>9</sup> Para un examen de la primera jurisprudencia al respecto pue-

de verse: Rodrigo de la Llave: *Algunas cuestiones que suscita la responsabilidad civil «ex-delicto»*, Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 55, octubre de 1974, págs. 88 y ss. Respecto de los años siguientes: Albácar López: *Las infracciones penales de tráfico en la doctrina de los tribunales*, Madrid, 1984.

<sup>10</sup> El citado informe puede verse en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 11.

Pese a ello, el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 23 de septiembre de 1992 mantuvo la misma redacción, que fue objeto de encendidas críticas por parte de la doctrina y de contestación por asociaciones judiciales, en atención a la inaceptable remisión al procedimiento administrativo y por la exigencia de llevar al perjudicado ante una jurisdicción distinta de la penal.<sup>11</sup>

El siguiente proyecto de ley, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 26 de septiembre de 1994, eliminó el polémico apartado, pero a su vez limitó en dos sentidos la responsabilidad civil de los entes públicos, al fijarla en el artículo 121 como subsidiaria, y sólo para casos de delitos o faltas dolosas.

Finalmente, el mismo artículo del nuevo Código Penal establece la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos, afirmando que «responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes o contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria».

De este modo se establece una doble responsabilidad civil de las administraciones públicas: la exigible ante la propia jurisdicción penal, que es subsidiaria y que requiere que la lesión resarcible sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público; y la que podrá exigirse ante la propia administración y, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con base a la establecido en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

A cambio de permitir la exigencia de responsabilidad civil de la administración ante la jurisdicción criminal se ha tratado de restringir la amplitud con que venía fijando la jurisprudencia el alcance de los artículos 21 y 22 del Código Penal en este ámbito. Esta línea jurisprudencial había establecido la citada obligación de responder siempre que la autoridad o funcionario actuase en ejercicio de sus funciones, aunque se excediese de las mismas o incluso cuando obrase contra las normas prohibitivas. En tal sentido pueden consultarse las STS de 11 de septiembre de 1992 —funcionario en situación de enajenación mental—; 18 de septiembre, 14 de octubre y 8 de noviembre de 1991, sobre responsabilidad de las fuerzas armadas; 24 de febrero de 1989, 20 de octubre de 1989 y 23 de enero de 1990, acerca de responsabilidad por delitos cometidos en el ámbito penitenciario; 11 de octubre de 1990 sobre servicios

hospitalarios; 22 de diciembre de 1989, 23 de abril de 1990, 21 de junio de 1991, 3 de diciembre del mismo año y 19 de octubre de 1992 sobre responsabilidad por acciones de funcionarios policiales, entre otras.<sup>12</sup>

Especialmente la cualificación como subsidiaria de esta responsabilidad civil contradice la tendencia más progresiva y acorde con el artículo 106.2 de la Constitución española, introducida en los artículos 139 y 144 de la antes citada Ley 30/1992. Como dice Molina Blázquez, «resulta absurdo que la Administración pública esté directamente obligada a indemnizar por ilícitos meramente civiles y no, en cambio, por hechos que además son constitutivos de delito».<sup>13</sup>

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 121 es una disposición de naturaleza procesal que exige un litisconsorcio pasivo necesario, y que posiblemente se ha dictado para recoger expresamente el principio de audiencia y defensa en este ámbito, ya ordenado de modo general en las leyes procesales y exigido por la doctrina emanada del Tribunal Constitucional —STC núm. 243/1991, de 16 de diciembre de 1991, entre otras—; pero constituye una norma supreflua e innecesaria que, de instaurarse, debía haberse situado como disposición general dentro de la regulación de la responsabilidad civil de terceros y no, exclusivamente, como apéndice procesal de la responsabilidad de los entes públicos.

## V. A MODO DE CONCLUSION

Tratar de llegar a soluciones conclusivas sobre una normativa recién promulgada, y que todavía no ha entrado en vigor como ley, sería evidentemente arriesgado. Es pronto para conclusiones, pues nunca podemos olvidar que el contenido de una norma legal no es sólo el texto promulgado, sino la aplicación que del mismo llevan a cabo los órganos judiciales y demás operadores jurídicos. No obstante, pudieran adelantarse algunas conclusiones sobre las novedades que introduce en este ámbito el Código Penal, y sobre la vitalidad futura de estas normas.

El texto de los artículos 116 al 122 de este cuerpo legal no altera fundamentalmente la situación jurídica precedente, según hemos visto, ya que la exigencia y alcance de la responsabilidad civil dimanante de delito viene establecida por una doctrina jurisprudencial, estable y consolidada; pero sí modifica sensiblemente los textos legales, ampliando su contenido, recogiendo en norma escrita y codificada criterios y principios que venían establecidos en leyes dispersas y en la jurisprudencia, y actualizando supuestos de hecho que la evolución de la realidad social había dejado obsoletos.

Por otra parte, puede aventurarse que estamos en camino de una revitalización de la exigencia de la responsabilidad civil dimanante de delito. Frente a situaciones constatadas de desidia procesal, traducidas en declaraciones de insolvencia rápidamente

<sup>11</sup> Paz Rubio: *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado*, en Cuadernos de Derecho Judicial, mayo 1994, págs. 286 y 287.

<sup>12</sup> Una amplia reseña de esta línea jurisprudencial puede verse en Paz Rubio, obra citada, págs. 277 y ss.

<sup>13</sup> Molina Blázquez, obra citada, pág. 151.

dictadas, escasamente contrastadas y casi nunca revisadas, la nueva normativa en materia de determinación y forma de cumplimiento de las penas a que he hecho sucinta referencia van a precisar un mayor cuidado y atención a este punto.

Y en lo relativo a la responsabilidad civil de las ad-

ministraciones públicas resulta claramente advertible la pérdida de una oportunidad de establecer, en el propio ámbito del proceso penal, la responsabilidad directa como medio más eficaz de resarcimiento de las víctimas de los hechos punibles.

# La regulación de la eutanasia en el nuevo Código Penal de 1995

Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA

Limitaré mi exposición a un análisis jurídico-penal del artículo 143 del nuevo Código Penal en el que se recogen determinados supuestos eutanásicos.

El precepto tipifica las siguientes conductas: 1) El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2) Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3) Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4) El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

Dividiré la exposición en cinco partes: 1.º) Las conductas típicas que el precepto recoge. 2.º) Los presupuestos fácticos de esas conductas. 3.º) Lo que puede denominarse el consentimiento-petición. 4.º) Las penas. 5.º) Un comentario final, a modo de conclusión, proponiendo una solución distinta a partir de una interpretación constitucional del derecho a la vida en relación con las conductas tipificadas en el precepto.

## 1. CONDUCTAS TÍPICAS

A) La expresión «el que causare activamente la muerte de otro» puede interpretarse como una ejecución material, directa y activa de la muerte de otro en el que se den los requisitos típicos de la cualificada petición en la situación extrema descrita.

En el contexto del artículo, esta acción concuerda con la conducta descrita en el epígrafe tercero, «si la cooperación llegare hasta el punto de ejecutar la muerte», concordancia que se manifiesta expresamente en la remisión para la atenuación de la pena.

Esta específica cooperación, necesaria y además ejecutiva, se debe a la singularidad de esta figura. La causación de la muerte por la «petición expresa, seria e inequívoca» se produce manteniendo el titular del bien jurídico vida el eje conductor en el hecho de su propia muerte, como se manifiesta en su intervención a través de la petición realizada en la situación extrema, de manera que el comportamiento se realiza por un tercero a quien el titular solicita, reflexivamente, la realización de la acción ejecutiva.

Así, en este comportamiento, el que quiere morir mantiene con su voluntad manifestada en la petición seria, expresa e inequívoca, que el tercero atiende, un cierto dominio sobre su propia muerte.

Por ello se recurre a una especial forma de contribución al resultado que siendo necesaria para la producción de la muerte, se caracteriza, además, porque el carácter de necesario es singularizado por la ejecución directa, encontrándonos, por tanto, en sentido estricto, no ante un autor directo que realiza el hecho por sí mismo dominándolo totalmente, ni ante un autor mediato que realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento, ni ante un coautor que toma parte directa en la ejecución del hecho dominándolo junto con el otro coautor, porque le falta la condición esencial de la autoría del peticionario, sino ante quien interviene en la ejecución del hecho con el acto necesario de la ejecución, sin el cual no se hubiera efectuado el resultado, e interviene por la petición expresa, seria e inequívoca de la víctima en una situación de especial gravedad, supuesto que parece acomodarse mejor a la cooperación necesaria ejecutiva.

Esta delimitación, que se deduce del conjunto de elementos que están presentes en el precepto, responde también al interés político-criminal de penalizar, aunque sea de forma especialmente atenuada, los comportamientos más graves y mejor comprobables<sup>1</sup>. Por otra parte, permite comprender sistemáticamente la remisión que a efectos de la atenuación de la pena realiza expresamente el propio precepto.

Entendiendo así el comportamiento, como auxilio ejecutivo o cooperación necesaria y ejecutiva, quedarán excluidos e impunes los supuestos omisivos, por la expresa referencia al «activamente», los denominados de eutanasia impropia como la desconexión del reanimador, ya se entienda como comportamiento activo, al no interrumpir curso salvador alguno, o como comportamiento omisivo, pues ni siquiera puede hablarse de omisión cuando la única conducta posible no sería capaz de la salvaguarda del bien jurídico<sup>2</sup>.

También se excluirán los supuestos de la llamada eutanasia pasiva como, por ejemplo, la no entrega de medicamentos que prolonguen artificialmente la vida, ya que tales comportamientos no causan directamente el resultado muerte<sup>3</sup>. Con más razón queda excluida la no prolongación o el mantenimiento artificial de algunas funciones como la respiración o la circulación sanguínea cuando el sujeto está clí-

<sup>1</sup> F. Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte Especial*. 9.ª ed., 1993, pág. 73.

<sup>2</sup> J. M. Silva Sánchez: *La responsabilidad penal del médico por omisión*, 1987, pág. 966.

<sup>3</sup> C. García Valdés: *El Proyecto de Nuevo Código Penal*, 1992, pág. 21.

nicamente muerto por inexistencia de vida cerebral<sup>4</sup>. Igualmente se deriva la impunidad de quien omite un comportamiento dirigido a impedir que el enfermo grave, en la situación descrita en el tipo, se cause asimismo la muerte<sup>5</sup>.

En relación a los posibles supuestos de omisión impropia o comisión por omisión, además de la exigencia típica del «activamente», cabe entender que la posible posición de garante queda anulada por la petición expresa, seria e inequívoca de quien mantiene su dominio del hecho, el sujeto que realiza seria y expresamente la petición. Lo contrario respondería a una concepción paternalista del deber de garante, ignorante de la existencia de un ámbito de autonomía personal basado en la dignidad y libertad y que superaría la positiva noción de garantía para constituir una intromisión<sup>6</sup>. También sería discutible el criterio de la imputación objetiva de la omisión del garante pues de prolongarse a toda costa la vida del sujeto en esa situación extrema se le producirían graves padecimientos por lo que no alargarla y omitirlos es socialmente adecuado<sup>7</sup> en tanto en cuanto haya seguridad en la situación terminal del enfermo y certeza en que la continuación del tratamiento carece de fundamento<sup>8</sup> salvador. No habiendo posición de garante, tampoco se da una posible omisión de socorro pues el socorro solicitado es precisamente el contrario, el suprimir la situación de sufrimiento. No puede exigirse prestar socorro a quien no lo desea, además cuando el posible socorro, en este caso, consistirá en mantener la situación descrita.

El elemento subjetivo de la conducta se deriva de la interpretación que se está haciendo como producción activa y directa de la muerte de otro por su cualificada petición y en un supuesto de grave padecimiento permanente o de muerte irreversible que el autor conoce. Ello impide apreciar el dolo indirecto o de consecuencia necesaria y la eventualidad dolosa quedando así excluida e impune la actividad de aplicar procedimientos analgésicos que puedan acortar la vida en un enfermo con pronóstico terminal. En todo caso, dados los presupuestos fácticos en que no es posible la sanación y la posible estabilización sería en una situación extrema, la conducta dirigida a aliviar el dolor y no a producirle la muerte participaría del dolo de aliviar, no de matar, y en todo caso, aunque no sería necesario acudir a ello, estaría justificada por el cumplimiento de un deber.

La comisión imprudente queda expresamente excluida del tipo.

La consumación se produce con la muerte pudiendo, en principio, darse la tentativa que, ahora, en el nuevo Código Penal, eliminada la frustración, alcanza a la realización de «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado», artículo 16.1. Pero, la privilegiada atenuación del comportamiento consumado que llevaría, en el supuesto más grave, a una pena inferior en un grado

por la atenuación y un grado menos por la tentativa, pena especialmente leve, rebajable aún más en el caso de utilizar la atenuación y/o la tentativa en dos grados, artículo 62, muestra su mínimo interés político-criminal. En cualquier caso, la no producción del resultado intentado, actuando a petición expresa, sería e inequívoca con los presupuestos derivados de la grave enfermedad, si no agrava la situación de padecimiento ya de por sí especialmente grave sino que no termina de realizar el resultado solicitado o se frustra el móvil humanitario de acabar con su sufrimiento, no parece que deba ser penalizado al no crear, añadir, ninguna situación de riesgo.

No caben la conspiración, la proposición o la provocación carentes de previsión legal expresa.

En relación con los sujetos, aunque la exigencia típica de una «enfermedad grave» o de «padecimientos permanentes y difíciles de soportar» pueda dar a entender una remisión al ámbito médico, sin embargo la propia expresión utilizada, «el que», carente de todo rasgo de especialidad, y la posible presencia junto al enfermo de terceros ajenos al ámbito médico-sanitario pero cercanos a la víctima como familiares o personas a ella unidas por relaciones de afectividad, o simplemente personas que tengan conocimiento de la situación extrema y de la voluntad del peticionario, son razones que impiden limitar la condición del sujeto activo.

Sobre la complicidad su impunidad se deduce de una interpretación sistemática del propio artículo 143. Si el mero auxilio no se contempla en los supuestos más graves de los epígrafes uno, dos y tres, no tiene sentido contemplarlo en el supuesto privilegiado.

La cuestión que puede ahora dejarse planteada tras la interpretación de esta conducta típica, y que al final comentaré respecto a todo el precepto, es si en el caso extremo descrito, en una situación de enfermedad grave de consecuencia mortal irreversible o que produce permanentes y graves dolores difícilmente soportables, existiendo petición expresa, seria e inequívoca, por tanto actuando por móviles humanitarios ante esa extrema situación, no nos encontramos ante un estado de necesidad en el que el deber de respetar la vida convertida en padecimiento grave y permanente o en antesala irreversible de una muerte cierta, debe ponderarse y ceder ante el interés y el deber de eliminar el sufrimiento, atendiendo con ello la solicitud del titular del bien jurídico.

B) El segundo comportamiento típico viene descrito por «el que cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro».

Concuerda parcialmente con el epígrafe segundo del mismo artículo, «el que coopere con actos necesarios» si bien este supuesto privilegiado exige la cooperación activa, ausente esa exigencia en el epígrafe segundo relativo al suicidio. La concordancia

<sup>4</sup> C. Romeo Casabona: «El marco jurídico penal de la eutanasia en el Derecho Español», *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al profesor J. A. Sáinz Cantero, núm. 13, 1987, pág. 194.

<sup>5</sup> E. Gimbernat: «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pág. 279.

<sup>6</sup> M. Fernández Bermejo: «Autonomía personal y tratamiento

médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 132, 1994, pág. 3.

<sup>7</sup> A. Torro: «Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, pág. 237.

<sup>8</sup> M. Martínez Gómez y J. L. Alonso Tejuca: «Aproximación jurídica al problema de la eutanasia», *La Ley*, 1992, pág. 5.

parcial se pone de manifiesto asimismo en la expresa remisión que contiene el epígrafe cuarto a efectos atenuatorios.

Se trata en esta conducta de una ayuda necesaria, activa y directa a morir, no ejecutiva, realizada por la solicitud expresa, seria e inequívoca del paciente y consistente en un auxilio que sea activa y directamente eficaz para que el solicitante o el cooperador ejecutivo produzcan la muerte y sin el cual no podrían realizarla. A su vez, el cooperador necesario debe actuar movido por la solicitud expresa, seria e inequívoca del paciente, con conocimiento de que su comportamiento es necesario para la producción de la muerte del solicitante y con conocimiento también de la situación extrema que exige el tipo privilegiado. Pueden hacerse extensivos a este comportamiento los comentarios que se han hecho anteriormente.

Con la incriminación de estas conductas la nueva regulación, aunque con notables diferencias respecto a la anterior, sigue estimando merecedoras de represión penal determinadas conductas de contribución a un hecho atípico, la causación de la propia muerte, que aplicando las reglas de la participación deberían quedar impunes<sup>9</sup>.

Con la penalización, aún atenuada, de ambos comportamientos, como si de una exigente incompleta se tratase, se ha optado por limitar la eficacia de la voluntad del titular y por mantener el principio de intangibilidad de la vida.

Retomando la cuestión que antes he dejado planteada, cabe pensar que desde la fundamentación jurídico-constitucional es cuestionable la solución adoptada. Ante una situación de extremo padecimiento en la que se encuentra la víctima, que le lleva a la muerte o a sufrimientos insostenibles y ante su voluntad, expresada reflexivamente en su petición de morir, surgen fundadas dudas sobre si los comportamientos incriminados contribuyen decisivamente a la lesión del bien jurídico<sup>10</sup> cuando además no se trata de hechos en los que se actúa por móviles egoístas de los que pueda deducirse que suponen un desprecio a la dignidad humana<sup>11</sup>.

## **2. LOS PRESUPUESTOS FACTICOS («EN EL CASO QUE LA VÍCTIMA SUFRIERA UNA ENFERMEDAD GRAVE QUE HUBIERA CONDUCIDO NECESARIAMENTE A SU MUERTE O QUE PRODUJERA GRAVES PADECIMIENTOS PERMANENTES Y DIFÍCILES DE SOPORTAR»)**

La norma exige la presencia de una enfermedad grave como presupuesto necesario tanto de la muerte como de los padecimientos permanentes y difíciles de soportar y, a su vez, como soporte fáctico de las conductas anteriormente descritas («en el caso») que se realizarán «a petición».

En el primer supuesto deberá tratarse de una afección incurable en un momento del proceso irreversible hacia la muerte, esto es, una situación de inevitabilidad de la muerte. Si tales requisitos se plantean desde la debida presencia de garantías que eviten la desprotección del paciente, nos encontraremos ante situaciones ciertas en cuanto han de ser absolutamente comprobadas la gravedad de la enfermedad y su conexión necesaria con el resultado muerte. A su vez, deben ser situaciones inmutables, esto es, que en base a los conocimientos científicos del momento no exista posibilidad de curación.

En este supuesto no se exige que la situación de grave enfermedad que necesariamente lleve a la muerte produzca en quien la sufre un especial padecimiento doloroso. Se construye sobre el dato objetivo de la gravedad y su directa y necesaria conexión con la muerte.

En el segundo supuesto, la enfermedad grave es el antecedente necesario de una situación que se caracteriza por la carencia persistente durante el resto de la existencia de bienestar físico y/o psíquico que resulta subjetivamente difícil de soportar por el afectado<sup>12</sup>. Al situarse su origen, también, en una enfermedad grave, debe ser amparada esta situación por las garantías de certeza e inmutabilidad, deducibles de la exigencia normativa de «padecimiento permanente».

En este segundo supuesto, las exigencias de la permanencia del sufrimiento y del dolor difícil de soportar, consecuencias ambas de la grave enfermedad, no se conectan necesariamente con la muerte. Por otra parte, tanto el padecimiento como el dolor no son elementos estrictamente objetivos sino también manifestaciones del sentir profundo de la persona y dependientes de la capacidad de soportarlos.

Estos presupuestos normativos conforman, junto a la petición, el soporte del móvil humanitario de quien para evitar los sufrimientos permanentes o una situación irreversible de muerte por grave enfermedad, los suprime o adelanta la muerte, a petición. A mi entender, estos presupuestos de enfermedad y padecimiento grave muestran por sí mismos una situación de necesidad del paciente y, junto a la petición, un grave conflicto para quien pueda atenderla, lo que puede cuestionar la antijuridicidad de la conducta<sup>13</sup>.

## **3. EL CONSENTIMIENTO-PETICIÓN («POR LA PETICIÓN EXPRESA, SERIA E INEQUÍVOCA»)**

La petición se presenta como la expresión normativa que toma el consentimiento de la víctima en la causación activa o en la cooperación activa necesaria de la muerte por terceros. Pero con ella no sólo consiente sino que contribuye al hecho.

<sup>9</sup> E. Gimbernat: *Inducción...*, obr. cit., pág. 276.

<sup>10</sup> B. del Rosal Blasco: «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal», en ADPCP, 1987, pág. 89.

<sup>11</sup> F. Muñoz Conde: «Provocación del suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata de asesinato e inducción y auxilio al suicidio», *Revista Facultad de Derecho de la Uni-*

*versidad de Granada*, Homenaje al profesor J. A. Sáinz Cantero, núm. 13, 1987, pág. 37.

<sup>12</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida*, 1993, pág. 21.

<sup>13</sup> J. J. Queralt: «La eutanasia, perspectivas actuales y futuras», en ADPCP, 1988, pág. 131.

Este requisito de la petición supone junto a la situación objetiva, un elemento nuclear del supuesto privilegiado y a la vez revela unas singularidades con trascendencia constitucional.

Constituye la plasmación de la libertad del sujeto en cuanto manifestación expresa de la disposición que el titular hace del bien jurídico de su propia vida. Es expresión de la autodeterminación del titular y expresión libre de su personalidad que en ese momento elige ante esa vida y solicita se le suprima la situación de grave padecimiento o no se le retrase una muerte inevitable.

Además, tal petición constituye el eje conductor de las conductas que contemplamos. En ella el sujeto asume el protagonismo y la iniciativa del proceso y lo conduce<sup>14</sup>, permanentemente presente, hasta el resultado final que, como señala el precepto se produce «por petición», de manera que la víctima mantiene hasta el último momento la decisión de su muerte o lo que es lo mismo, dado el dominio que mantiene sobre la decisión final, le permite exigir la renuncia al hecho o el desistimiento activo<sup>15</sup>.

Sin embargo, la nueva regulación ha optado por otorgar al consentimiento-petición, en o para esas situaciones, una eficacia limitada, aunque sea con atenuación privilegiada, a la vez que lo caracteriza como «petición expresa, seria e inequívoca».

El precepto nada exige sobre que la petición deba ir expresamente dirigida a persona concreta por lo que cabrá la solicitud seria, expresa e inequívoca para que en determinadas situaciones como las descritas se le cause o se coopere necesariamente la muerte, siendo indiferente el sujeto que atienda la petición.

La exigencia de petición expresa, que no requiere que sea escrita, excluye la petición presunta y desde el requisito de la seriedad debe rechazarse cualquier duda sobre la capacidad del sujeto para consentir en el momento de la petición, así como desde la calificación de inequívoca se rechazará cualquier duda sobre el contenido de la petición.

La cuestión de la capacidad entiendo que no se resuelve como una cuestión de imputabilidad estricta. Sin duda que el supuesto de enfermedad grave recogido en el precepto puede afectar a la petición tanto si se realiza en el momento en que se padece como en el momento en que se prevé. De lo que se trata, como ha planteado el Grupo de Estudios de Política Criminal es de que el consentimiento-petición se sustente en la «capacidad natural de juicio»<sup>16</sup> para comprender el sentido y la trascendencia de su resolución y para decidir en consecuencia.

El precepto no exige expresamente el requisito de la «actualidad» pero puede entenderse que está implícito en la exigencia de «seriedad». El calificativo de seria, esto es, reflexiva y no viciada por violencia, intimidación, engaño o error, se ha interpretado como suficiente «para eliminar cualquier tipo de

duda sobre el carácter definitivo de la decisión por la permanencia o reproducción de la petición durante un período de tiempo suficientemente significativo en el caso concreto»<sup>17</sup>. Tal interpretación permite amparar supuestos de actuación sobre una víctima inconsciente en el momento de la acción que sin embargo haya realizado seriamente su petición de morir y dicha voluntad persista, lo que viene a otorgar eficacia a la petición recogida en el llamado «testamento vital». Puede comprobarse que en el precepto la expresión «en el caso de que la víctima sufra» va referido a los comportamientos y no a la petición por lo que cabe una petición genérica si bien inequívoca, anterior a la situación de sufrimiento grave aunque referida a ella.

El «testamento vital» ha sido descrito como «la declaración de voluntad documentada de una persona en la cual expresa como quiere que se actúe (u omita) con ella en caso de encontrarse en una de las situaciones de base de la eutanasia». La exigencia de autenticidad del documento, dada la posibilidad de que su contenido pueda ser revocado por el otorgante, le atribuye una validez relativa que deberá ser reforzada. La relatividad procede también de la realización de la declaración en una situación de salud para un supuesto que no puede valorarse totalmente desde la perspectiva de aquella situación<sup>18</sup>. La ratificación se presenta como un modo de reforzar la validez del documento.

Del requisito de la seriedad deriva la especial importancia del previo derecho a la información que está recogido, dentro de los principios generales del sistema sanitario, en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad como «derecho a que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (art. 10.5), que se concretará en el deber de informar al paciente de la terapia que el médico puede seguir<sup>19</sup> y que debe darse junto al respeto a su personalidad, dignidad e intimidad (art. 10.1) y al derecho a rehusar al tratamiento (art. 10.9). Tal negativa no debe imponer la solicitud y la firma del alta «voluntaria» como indebidamente exige la Ley (art. 10.9 y 11.4)<sup>20</sup>.

#### 4. LA PENA CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS MECANISMOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Las remisiones expresas, a efectos de reducción de pena, a los epígrafes segundo y tercero permiten concretar la pena de la siguiente manera: para el que «causare», una pena de un año y medio a tres años, supuesto de reducción en dos grados, o de

<sup>14</sup> J. M. Silva Sánchez: «Causación de la propia muerte y responsabilidad de terceros (a propósito de la STC 8 de julio de 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)» en ADPCP, 1987, pág. 457.

<sup>15</sup> J. M. Valle Muñiz: «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pág. 174.

<sup>16</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, obr. cit., pág. 36

<sup>17</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, obr. cit., pág. 23.

<sup>18</sup> A. Kaufmann: «¿Relativización de la protección jurídica a la vida?», trad., J. M. Silva Sánchez, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1967, pág. 48.

<sup>19</sup> J. M. Silva Sánchez: *La responsabilidad...*, obr. cit., pág. 965.

<sup>20</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, obr. cit., pág. 12.

tres a seis años de prisión en el caso en que la pena sea la inferior solo en un grado.

Para el cooperador necesario no ejecutivo, la pena podrá oscilar entre seis meses a un año, caso de bajar en dos grados, o entre uno a dos años si la reducción es solo en un grado.

Para este segundo supuesto de cooperación necesaria no ejecutiva, penas inferiores a dos años de privación de libertad, se podrá dejar en suspenso la pena y si la reducción alcanza a una pena inferior a un año podrá sustituirse por arrestos de fines de semana (dos por cada semana de prisión) o por multa (un día de prisión por dos cuotas diarias de 200 a 50.000 ptas.). A su vez, la suspensión podrá ser condicionada por el cumplimiento de reglas de conducta. Tales posibilidades de suspensión y/o sustitución pueden aplicarse también al causante ejecutivo en el caso de reducción en dos grados y determinación inferior a dos años. En todos los casos de suspensión el transcurso del plazo de suspensión sin haber delinquido, supondrá la remisión de la pena, la cancelación de la inscripción hecha en una sección especial del Registro Central de penados y rebeldes y la ineficacia absoluta de tal antecedente.

##### **5. A MODO DE CONCLUSION: INTERPRETACION DEL SUPUESTO DESCRITO COMO UN ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE**

Sin negar la especial relevancia del bien jurídico vida, se discute, sin embargo, si su protección, artículo 15 CE, debe tener un carácter absoluto o limitado y se plantea que, en todo caso, la comprensión del bien jurídico vida no puede ser ajena a la consideración de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (cuestiones relativas a la calidad de la vida) en cuanto fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10 CE), ni ajena tampoco a la consideración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), lo que, a su vez, plantea la cuestión de la disponibilidad del bien vida por su titular y la situación jurídica de los terceros ante su posible implicación.

La no desaprobación penal del suicidio y la consiguiente libre disponibilidad por su titular, no puede derivarse de la expresión «todos tienen derecho a la vida» contenida en el artículo 15 sino que se fundamenta desde una interpretación integradora del mencionado derecho con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad que como fundamentos de la paz social dan contenido al derecho a la vida. Doctrinalmente, por la interpretación del artículo 15 a la luz del libre desarrollo de la personalidad, se ha defendido que sólo la vida libremente elegida por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido<sup>21</sup>, incluyendo junto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica (art. 16.1 CE), la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del mismo artículo 15, la intimidad per-

sonal (art. 18 CE). De ello se deduce que ante posibles conflictos, como es el contemplado en la nueva regulación penal, el derecho a la vida puede ceder ante otros derechos y, en todo caso, debe estar fundamentado en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad también en su manifestación de libertad de elección sobre ella por su titular.

Puede recordarse que el contenido del epígrafe primero del artículo décimo constitucional no puede entenderse en un sentido meramente declarativo en el pórtico del título primero sino que, muy al contrario, debe entenderse que el sistema de los derechos fundamentales tiene su centro, su núcleo, su «tipo rector» podría decirse, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad en el interior de la comunidad social que refuerzan a su vez la autonomía de la libertad en cuanto plasmación de la libertad personal como valor superior del ordenamiento lo que plantea, a su vez, la renunciabilidad del derecho.

Por lo expuesto, el derecho a la vida no siempre puede considerarse inviolable sino que es susceptible de ponderación cuando entra en colisión con otros intereses porque la vida no es ajena a su cualidad de vida libre, digna, personal y querida por su titular lo que impide su reducción a mero hecho biológico carente de proyecto personal e impide su instrumentalización al servicio de intereses de terceros.

Como conclusión, entiendo que el supuesto extremo, límite, y por tanto especial, regulado en el nuevo Código Penal, debe ser contemplado desde el derecho de la persona a disponer libremente de su vida y especialmente para los supuestos descritos, en base al derecho a una muerte digna. Si el derecho a morir se encuentra en el reconocimiento del suicidio aunque especialmente se sancionen, atenuadas, formas de participación, el derecho a morir dignamente, ante una muerte inevitable en situación de grave enfermedad, o a liberarse del sufrimiento insufrible y que no puede aliviarse, en situaciones como las descritas, consolida y refuerza el derecho permitiendo con ello alcanzar, justificándolo, el comportamiento de terceros.

Con la muerte digna, la petición expresa y reflexiva de poner fin a una situación irreversible de padecimiento en cuanto decisión eminentemente personal en la que consta seriamente su transcendencia, expresa la capacidad de autodeterminación del sujeto, su autonomía en el desarrollo libre de su personalidad que en ese momento así se manifiesta y expresa su derecho fundamental a no soportar tratos inhumanos o degradantes. Tal planteamiento respondería, a su vez, a una concepción democrática y garantista del Derecho Penal por la que los ciudadanos han establecido el poder público y en él el poder punitivo para que proteja al individuo de intrusiones ajenas a su esfera personal y para que le ofrezca los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad pero no para que sea el poder público el que determine la esfera personal en base a concepciones que los ciudadanos no tienen por qué compartir<sup>22</sup> y que llevaría

<sup>21</sup> G. Quintero: *La disponibilidad del bien jurídico en los delitos contra la vida*, mecanografiado. Santander, 1993.

<sup>22</sup> C. L. Roxin: *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, Trad., in-

trod. y notas de F. Muñoz Conde y D. Luzón Peña, 1981, pág. 128.

a la expropiación de los ámbitos personales. La solución propuesta hubiera respondido mejor al compromiso institucional de articular penalmente la «au-

tonomía» y la «dignidad» de la persona como elementos cardinales de una reforma penal democrática<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> C. S. Nino: La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos, en *Doctrina Penal*, 1989, pág. 30.

# Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995

José Ricardo DE PRADA SOLAESA

Desde un punto de vista metodológico la primera reflexión debe versar sobre la, en absoluto fácil<sup>1</sup>, aunque imprescindible, tarea de establecer un concepto legal —jurídico penal— de terrorismo que nos permita hallar una noción útil y operativa para la reflexión jurídica y sobre todo determinar con el máximo rigor jurídico quienes son los sujetos y en que circunstancias se les debe aplicar la norma penal<sup>2</sup> y procesal<sup>3</sup> especial.

La dificultad técnica en la búsqueda de este concepto, hasta el momento, ha venido determinada por la falta de definición del concepto de terrorismo en la legislación hasta ahora vigente y la interpretación que de la misma, en ocasiones singular<sup>4</sup>, han realizado los Tribunales.

Por otra parte, más que nunca, en este momento histórico se plantea con especial agudeza la crisis del concepto de delito terrorista. Siguen existiendo conductas que por ser realizadas o estar en íntima relación con la actividad llevada a cabo por organizaciones conocidamente terroristas (ETA, GRAPO, etc...) no plantea problema —existe para ello general consenso— para calificarlas de terroristas... Sin embargo, en estos momentos, surgen serias dudas sobre la consideración y el tratamiento penal que se les deba dar a otras conductas llevadas a cabo generalmente por grupos de personas, en la mayoría de los casos jóvenes, más o menos organizados, que siguiendo determinadas consignas y con un planteamiento ideológico coincidente en mayor o menor medida con el de un grupo claramente o conocidamente terrorista, se dedican a realizar acciones delictivas violentas consistentes en daños, incendios, estragos e, incluso, en algunos casos, utilizando estos medios violentos para cometer delitos

contra la vida o contra la integridad física de las personas<sup>5</sup>. También en este crítico momento vivimos en el punto álgido de un episodio de investigación judicial de lo que se ha venido a llamar guerra sucia desde el poder contra un grupo terrorista, cuya actividad se concretó, durante el tiempo de su existencia, en acciones violentas llevadas a cabo por un grupo de personas suficientemente organizadas, con armas y explosivos a su disposición e importantes medios de financiación, que actuaban bajo la cobertura de unas siglas (Grupos Antiterroristas de Liberación —GAL—) y cuyas acciones estuvieron dirigidas a causar resultados lesivos contra la vida, la integridad física o la libertad de personas pertenecientes a un colectivo de personas, en unos casos ideológicamente próximos, en otros posiblemente pertenecientes a otra organización terrorista de signo opuesto, con la finalidad de dar respuesta a las acciones terroristas llevadas a cabo por ésta. Estas actuaciones estarían, según las tesis que parece ser manejan —a tenor de las resoluciones dictadas por los mismos— los jueces encargados de la investigación<sup>6</sup> y, desde luego, para cualquier desapasionado observador externo, sino auspiciadas si desde luego protegidas y financiadas desde Instituciones del Estado, por personas pertenecientes al Gobierno de la Nación.

## CONCEPTO DE DELITO TERRORISTA EN EL CODIGO PENAL DE 1995

Desde el punto de vista dogmático penal la noción de terrorismo gira en torno a la existencia de dos elementos característicos: uno estructural y otro teleológico<sup>7 8</sup>.

<sup>1</sup> En este trabajo, por la dificultad que ello entraña y por lo inabarcable que resulta, se va a prescindir expresamente de hacer consideraciones generales sobre el concepto de terrorismo-terrorismos; tema, por lo demás, ampliamente estudiado desde múltiples perspectivas (histórica, sociológica, política, jurídica, etc.) y sobre el que existe abundantísima bibliografía. Se pretende por tanto, en lo posible, hacer un planteamiento estrictamente jurídico-penal del tema.

<sup>2</sup> Lamarca Pérez, Carmen: *Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XLVI, fasc. 2, mayo-agosto de 1993, pág. 535.

<sup>3</sup> Debemos recordar que existen determinadas especialidades procesales, que constituyen importantes derogaciones del régimen de garantías generales, integradas por Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con cobertura en el artículo 55.2 de la Constitución y cuyos destinatarios son los «sujetos terroristas», cuya determinación viene encomendada a la norma penal, si bien esta determinación tiene importantes consecuencias extrapenales incluida la del órgano jurisdiccional competente para la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos.

diccional competente para la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos.

<sup>4</sup> Ad ex. Sentencia 30/91 de 20-09-91 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el asunto Amedo y Domínguez y Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 12-03-1992 en este mismo asunto.

<sup>5</sup> Estos son los grupos que en lenguaje policial se les ha venido a llamar grupos «X» e «Y» de apoyo a ETA.

<sup>6</sup> Esta es, según parece, la tesis que mantiene también el instructor de la causa que recientemente ha dictado auto de procesamiento entre otros delitos por colaboración con banda armada contra el primer ministro del Interior de la época socialista.

<sup>7</sup> Lamarca Pérez, Carmen: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

<sup>8</sup> La STTS 2838/1993 de 14 de diciembre establece en relación al concepto penal de terrorismo: «se trata de un concepto precisado de hermenéutica restrictiva y que requiere para su existencia dos notas: a) Una estructural consistente en una organización estable y nunca transitoria o de carácter ocasional. b) Un presupuesto teleológico de alteración del orden constitucional».

De forma sintética se puede decir que el elemento estructural viene constituido por la existencia de una organización armada y el elemento teleológico o finalístico por la búsqueda de sus autores de un concreto resultado político. De esta manera el terrorismo puede ser definido como violencia política organizada<sup>9</sup>, lo que, como indica Lamarca<sup>10</sup>, nos permite deslindar este tipo de actuaciones de la simple violencia organizada que no persigue fines o no alcanza resultados políticos —asociaciones ilícitas comunes—; de aquellas conductas de indubitada finalidad política que utiliza la violencia espontánea o no organizada y que constituye un ejercicio extralimitado de los derechos fundamentales con mayor o menor trascendencia penal; y de la mera disidencia política, es decir, de aquellas manifestaciones que incluso pueden situarse al margen de las reglas institucionales de participación, pero que no comportan, si no pierden su carácter pacífico, ninguna reacción penal.

Previamente a adentrarnos en el análisis del concepto de terrorismo que aporta el Código Penal de 1985, y por la importancia de las consecuencias que puede tener la concreta opción legislativa elegida, creo imprescindible hacer, aunque sea de forma somera, referencia a la polémica surgida como consecuencia de la interpretación realizada del concepto de delito terrorista por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 3ª) de 20-09-1991 en el asunto Amedo y Domínguez<sup>11</sup>, que vino a negar el carácter de terrorista a los actos realizados (asesinatos, lesiones, estragos, etc.) por dichas personas bajo las siglas GAL, al considerar, sin cuestionar en realidad la finalidad política de las actuaciones de éstos, que esta finalidad política, para caracterizar al terrorismo, debía de concretarse en la alteración del orden constitucional, entendida únicamente como cambio o modificación del mismo y no en «defender la estabilidad» del sistema, aunque ello se realizara «por medios jurídicamente repudiables». Es decir, sólo admitía como terrorismo, el que tuviera carácter subversivo y pretendiera cambiar o modificar el orden constitucional establecido, haciendo, por tanto, de facto, una diferenciación entre fines políticos terroristas y fines políticos no terroristas, con mayor carga de reproche —penal y parece ser que moral— en uno que otro caso. Esta idea de finalidad política subversiva que se recogió como una nueva exigencia conceptual del delito terrorista en la referida Sentencia, parece ser que ha hecho fortuna y es la que ha triunfado en la nueva regulación del delito terrorista en el Código Penal de 1995, que introduce por primera vez un elemento teleológico de forma expresa. Así, el artículo 571 en la nueva regulación construye el delito terrorista sobre la base de bandas armadas, organizaciones o grupos —elemento estructural— cuya finalidad sea la de subvertir el or-

den constitucional —elemento teleológico— añadiéndose también la de alterar gravemente la paz pública, confundiendo en este último caso el fin próximo o medio utilizado por la actividad terrorista con el fin último que es, en todo caso, una finalidad política. Al circunscribir esta finalidad política a la subversión o eversión del orden constitucional<sup>12</sup>, es decir, considerar como única forma de terrorismo el subversivo, parece que se quiere considerar como terrorismo al que ejerce contra el Estado y excluir toda posibilidad de considerar terrorismo al que se ejerce desde el Estado, no ya el llamado terrorismo de Estado, categoría que se desenvuelve en otros ámbitos de las ciencias sociales y que como tal no puede existir o no se puede considerar desde el punto de vista técnico-jurídico penal, sino, desde este estricto punto de vista, el realizado por funcionarios o autoridades que desde sus cargos públicos promueven, protegen o financian la comisión de graves delitos contra la vida, integridad física o libertad, con la eventual finalidad de «proteger» el orden constitucional establecido.

En nuestra opinión, en un Estado Democrático de Derecho, la única finalidad político criminal legítima y, por tanto, el único motivo de incriminación admisible para la delincuencia terrorista, debe ser la preservación de la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación en el poder<sup>13</sup>, lo que desde luego, a nuestro juicio, no viene contemplado, al menos expresamente, en la regulación contenida en el nuevo Código Penal, lo cual entendemos que es significativo...

Paradójicamente, esta tendencia restrictiva descrita choca con la ampliación de la consideración como terrorismo de situaciones de desórdenes públicos graves en las que falta el elemento finalístico y estructural u organizativo característico del delito terrorista, tal como hace el nuevo artículo 577 que establece una agravación de la pena —y también hemos de considerar que hace a estas conductas susceptibles del tratamiento procesal especial previsto para los delitos terroristas—, a los que sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad... de alterar gravemente la paz pública, cometieren alguno de los delitos que pormenorizadamente se expresa en el referido precepto (homicidios, lesiones, etc...); con lo que se otorga la consideración de terroristas a los actos o situaciones confusas que describíamos en el inicio de este trabajo y que hasta ahora o bien se las consideraba como desórdenes públicos del artículo 246 del vigente CP (terrorismo menor)<sup>14</sup> o a lo sumo, dependiendo de las concretas circunstancias, eran castigadas, en muchos casos de forma más que dudosa, como delitos de colaboración con banda armada en cuanto que se trataran de actos que coad-

<sup>9</sup> FD 4.º de la STC de 16-12-1987 (Recursos de Inconstitucionalidad núm. 285 y 292/1985).

<sup>10</sup> Lamarca Pérez, Carmen: *Sobre el concepto de terrorismo*. Obra citada, pág. 537.

<sup>11</sup> El desarrollo completo de esta polémica está especialmente bien estudiado por Carmen Lamarca en el trabajo varias veces citado publicado en el «Anuario de Derecho Penal».

<sup>12</sup> En el derecho italiano en virtud de Decreto/Ley de

15-12-1979 convertido en la Ley de 6-02-1980 se introdujo en el Código Penal la agravante de finalidad terrorista o de eversión del orden democrático que, para algunos autores, —Lamarca cita a Albanello o Valiente— se trata de fines diferentes.

<sup>13</sup> Lamarca, Carmen: *Sobre el concepto...* Obra citada, pág. 546

<sup>14</sup> STS de 25-11-1983, 30-01-1984, 21-11-1984, 19-06-1995, 18-06-1990, 11-11-1991, etc.

yuvaran a los fines o medios de actuación de una concreta organización terrorista.

## TIPOS PENALES RELATIVOS AL TERRORISMO CONTENIDOS EN EL CODIGO PENAL DE 1995

El Código Penal de 1995 sigue una técnica de punición de las conductas terroristas parcialmente semejante al Código Penal actual, cuya regulación fue introducida en dicho texto por Ley Orgánica 3/1988, después de la declaración de inconstitucionalidad, por STC de 16-12-1987, de varios artículos de la norma precedente que venía constituida por la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre.

Coincide con el actualmente vigente en la inclusión como modalidad especialmente grave de asociación ilícita (art. 515-2º) de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (no se hace mención a las rebeldes), constituyendo claramente tres categorías diferentes sin establecer ninguna definición ni mención que permita determinar sus elementos diferenciales, si bien existen antecedentes históricos interpretativos de estos conceptos que nos pueden resultar útiles. La banda armada contiene, además de las notas de colectividad o pluralidad de sujetos integrantes, la de disponibilidad de armas de una especial aptitud lesiva<sup>15</sup>. Su distinción respecto a la «organización terrorista»<sup>16</sup> sería, en todo caso, la menor estructuración organizativa de la banda e importancia del elemento permanencia<sup>17</sup>. Estos, a su vez, serían también los elementos de distinción de la «organización» con el «grupo» terrorista. En cualquier caso, la persecución de determinados fines —subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública—, constituye un elemento común a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, tal como se desprende de la redacción literal de los artículos 571 y 574 que introducen el elemento teleológico referido indistintamente para todos los supuestos.

Como modalidades concretas se castigan (art. 516-1º y 2º), por un lado, a los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos y, por otro, a los meros integrantes de las citadas organizaciones estableciendo en el primer supuesto, las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación y en el segundo la pena de seis a doce años e inhabilitación, de lo que se deduce que se ha producido un considerable agravamiento de las penas con respecto a las previstas en el artículo 174 número 3 del Código Penal actualmente vigente.

En el artículo 519 se castiga expresamente la provocación, la conspiración y la proposición para co-

meter el delito de asociación ilícita, incluida la terrorista.

El resto de las conductas relacionadas con el terrorismo vienen reguladas en la Sección 2ª del Capítulo V del Título XII del nuevo Código Penal que aparece bajo el título genérico de los «delitos contra el orden público». La ubicación sistemática ha variado con respecto a la regulación anterior, al no aparecer ya como modalidades de asociaciones ilícitas, siendo quizá más adecuada su ubicación actual que hace referencia cuando menos a la finalidad inmediata de este tipo de conductas. Aunque la técnica de punición del delito terrorista o del delito de terrorismo aparentemente ha variado de forma ostensible al haber desaparecido la agravante genérica terrorista (art. 57 bis a) contenida en la parte general del vigente Código Penal y haber quedado confinada la regulación a la parte especial del nuevo; sin embargo, la realidad es que la estructura de los nuevos artículos 571, 572, 573 y 574, si bien de una manera más perfecta y sistemática, una vez asentada en nuestro derecho la «destipificación» del delito de terrorismo, sigue consistiendo en una ex-hacerbación de las penas en relación a los mismos delitos «comunes», es decir, cuando no se cometen con una finalidad terrorista. La vigente redacción del llamado tradicionalmente, sobre todo por la jurisprudencia, «delito de terrorismo» —art. 174 bis b)— plantea múltiples problemas interpretativos que van desde el cuestionamiento de su naturaleza, ya que algunos sectores de la doctrina —Muñoz Conde, Lamarca, etc.— le asignan el valor ser una mera regla penológica, a aquellos otros que le otorgan el carácter de auténtico tipo penal con sustantividad propia.

El elemento común identificador de la nueva regulación de las distintas modalidades de delitos de terrorismo es que sean cometidos —se describen conductas de autoría— por aquellos que pertenezcan, o bien actúen al servicio o en colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos con la específica finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La pertenencia a banda armada u organización terrorista a que se refiere este precepto es sinónimo de integración y, por tanto, es una conducta también punible a tenor de lo establecido en el artículo 516-1º o 2º, que según la doctrina mayoritaria debe castigarse como un concurso de delitos<sup>18</sup>, lo que, por otra parte, puede plantear los mismos problemas de posible «bis in idem» que en la regulación anterior, al poderse estimar que se está castigando doblemente el hecho de pertenecer a una organización terrorista. La actuación al servicio o en colaboración con banda armada o etc., indica una relación esporádica desde el exterior de la banda armada u organización terro-

<sup>15</sup> Es esencial la nota de permanencia y estabilidad del grupo armado, y así expresamente se señala en la STC 199/1987, de 16 de diciembre (RTC 1987/199), así como, entre otras, en la STC 89/1993, de 12 de mayo (RTC 1993/89).

<sup>16</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 19-11-1985 (RJ 1985/5428), 25 de enero y 27 de mayo de 1988 (RJ 1988/3839), 18-3-1991 (RJ 1991/2173) y la núm. 338/1992, de 12 de marzo (RJ 1993/2442), 2838/1993 de 14-02-1993, exigen que se trate de agrupaciones para la acción armada provistas de una cierta organización de la que nacen vínculos en alguna manera estables o permanentes, prendidos por las ideas de

jerarquía y disciplina y con unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos (armas y explosivos).

<sup>17</sup> López Garrido, Diego, y García Aran, Mercedes: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, 1996, pág. 204.

<sup>18</sup> Lamarca Pérez, Carmen: *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*. «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XLII, fasc. 3, septiembre-diciembre de 1989, pág. 968.

rista. Esta actuación terrorista en colaboración con organización terrorista puede plantear problemas de concurso de normas con el específico delito de colaboración con banda armada u organización terrorista (art. 576), que habrá que resolver de acuerdo a las normas del artículo 8, encontrándose ambos, estimamos, en una relación de subsidiariedad tática<sup>19</sup>.

El artículo 571 se refiere a los delitos de estragos o incendios de los artículos 346 y 351. Las descritas en el artículo 572 se refieren a las distintas modalidades de ataques contra la vida, la integridad física, la libertad (detención ilegal, amenazas y coacciones), con una agravación específica (imposición de la pena en su mitad superior) si el sujeto pasivo del delito fuera alguna de las personas mencionadas en el número 2 del artículo 551 o contra miembros de las fuerzas armadas, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El artículo 573 se refiere al depósito de armas y explosivos. El artículo 574 constituye una cláusula residual que se refiere a la comisión de cualquier otra infracción, debemos entender penal (delito o falta). El artículo 575 se refiere en específico a los ataques al patrimonio y establece una finalidad inmediata cual es la de procurar o allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas o para el favorecimiento de sus finalidades, debemos entender en este caso tanto las inmediatas como las últimas.

Como segundo bloque de conductas terroristas nos debemos de referir a las de colaboración previstas en el artículo 576 del nuevo Código Penal. Se diferencian con las anteriores en que no consisten en actos en sí mismas delictivos, sino que en general constituyen actividades de favorecimiento de la actividad o finalidad terrorista lo que constituye la razón de su tipificación como delito. Como en la regulación actual, en el primer párrafo del precepto se hace una definición genérica de lo que constituyen actos de colaboración con distintas modalidades —llevar a cabo, recabar o facilitar— cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, debiéndonos preguntar en este segundo caso si se trata de las finalidades próximas —alteración grave de la paz pública— o de las últimas —subversión del orden constitucional—. Desde mi punto de vista la colaboración debe ser con la finalidad próxima o inmediata, siendo además la colaboración con la mediata hasta cierto punto irrelevante. Lo que no debe constituir este delito es la exclusiva colaboración con los fines mediatos o últimos. En el segundo párrafo se describen una serie de conductas concretas que se consideran normativamente como actos de colaboración. Muchas de estas conductas rozan la participación delictiva en concretos delitos, sin embargo se mantienen en la periferia. La novedad importante consiste en discriminar estos actos de colaboración —información o vigilancia de personas— cuando con ellos se ponga en peligro la vida, integridad física, la libertad o patrimonio imponiendo una mayor pena. También le de atribuir «ope legis» la condición de partícipe

—coautoría o complicidad según los casos— si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido. Esta norma introduce un delito de peligro o riesgo, entendemos que «in concreto» ya que la mera vigilancia o apotación de información ya constituye de por sí un riesgo «in abstracto», que pensamos de difícil aplicación en la práctica por las dificultades de probar la producción de ese peligro en concreto sino es por la objetividad de la producción del resultado, circunstancia que también esta expresamente prevista, castigándose en estos casos como autoría o complicidad según corresponda; sin embargo debemos entender que esta norma no deroga las categorías de la parte general del Código Penal, por lo que no comprendemos su utilidad.

Como tercer bloque de conductas podemos distinguir aquellas a las que nos hemos referido con anterioridad que no responden al modelo clásico de terrorismo, al no requerir el tipo penal que las prevé —art. 577— el elemento estructural u organizativo y si por el contrario la concurrencia del elemento teleológico o finalista de subvertir el orden constitucional o el inmediato de alterar gravemente la paz pública, consistiendo las conductas en la comisión de homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 o 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones o realizaren incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones. Significa, como ya hemos señalado con anterioridad, una importante ampliación del ámbito de lo terrorista y cuyos efectos probablemente se extiendan mucho mas allá de lo inicialmente previsto por la doctrina, que interpreta que esta figura se refiere al llamado terrorismo individual<sup>20</sup>.

El artículo 578 se refiere expresamente a la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos, tanto de terrorismo estricto sensu, como de colaboración con la actividad terrorista. La apología, no regulada por el nuevo Código Penal para estos delitos en específico, sino de forma general, queda definida en el artículo 18 del nuevo Código Penal como la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva, como forma de provocación, cuando por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Por incitación debemos entender gramaticalmente el acto de influir o tratar de influir sobre alguna persona para la comisión del delito, exigiendo la norma penal que esta incitación sea directa para la comisión del delito, lo que refuerza su consideración como provocación.

El artículo 579 regula, en unos términos semejantes al vigente artículo 57 bis b), el siempre discutido tema de los «arrepentidos»: el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a la autoridad confesando sus crímenes. Que además colabore activamente para impedir el delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas o para impedir la actuación de de-

<sup>19</sup> STS de 17-03-1992.

<sup>20</sup> López Garndo, Diego, y García Aran, Mercedes: Obra citada, pág. 206.

sarrollo de bandas armadas, etc., a los que haya participado o con los que haya colaborado. Consiste, como en la regulación actual, en una serie de actos de arrepentimiento activo cumulativos, entre los que estarían la propia confesión de los crímenes, constituyendo también una forma de arrepentimiento activo la delación. La diferencia fundamental con respecto a la anterior regulación esta en la limitación de los efectos al desaparecer la posibilidad de remisión total de la pena (indulto judicial) prevista para determinados supuestos.

Se convierte, por tanto, en una opción de política criminal de efecto limitado y de eficacia más que discutible, en cuanto que faculta, exclusivamente, al juez, razonándolo en la sentencia, a imponer la pena en uno o dos grados menos a la señalada por la ley para el delito cometido, parece que reservando otras posibles medidas a otros ámbitos no controlables jurisdiccionalmente. Por otra parte, su regulación es idéntica a la prevista para los delitos de tráfico de drogas (art. 376), no obstante la diversidad de etiologías, características y variedades de tipos, por lo que entendemos que debería haber tenido un tratamiento mas particularizado si se pretende que su valor exceda de lo puramente testimonial.

Por último el artículo 580 regula la reincidencia in-

ternacional dentro de la línea de persecución universal y colaboración internacional en la lucha contra este tipo de delitos.

## CONCLUSIONES

Como conclusiones podemos decir que si bien la nueva regulación mejora ostensiblemente la anterior, permitiendo el superar importantes problemas interpretativos que suscitaba a la que sustituye, sin embargo tiene importantes aspectos criticables especialmente en lo que se refiere al delicado tema de la inclusión del elemento teleológico; en la ampliación desmedida del ámbito de lo terrorista; en no venir acompañada de normas procesales que dejen sin efectos la posibilidad de las importantes restricciones de derechos fundamentales que permiten las actuales; el agravamiento de penas ya de por sí graves que no aumentan la eficacia de las normas y que sólo tiene una finalidad simbólica o testimonial; y, en fin, por la contribución de toda esta regulación perfectamente integrada en el nuevo Código Penal a dar sensación de normalidad e intemporalidad a una regulación caracterizada precisamente por su excepcionalidad.

# NO HAY DERECHO.

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

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

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

Dirección: \_\_\_\_\_

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

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

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



# El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho

José Luis SERRANO MORENO

## 1. INTRODUCCION

En este artículo<sup>1</sup> caracterizaremos como ambiental a un conflicto cuando al menos uno de los intereses concurrentes —con independencia de que sea individual o colectivo, público o privado— coincida con el *interés ecológico*<sup>2</sup>. Interés que, a su vez, podríamos definir como aquel difundido en nuestras sociedades y en virtud del cual es conveniente detener cada uno de los tres factores generales de la crisis ecológica —el agotamiento de recursos naturales, la contaminación o el crecimiento incesante<sup>3</sup>— o alguna de sus múltiples retroalimentaciones, porque de no hacerlo —y si nuestra información científica acerca del proceso civilizatorio es correcta— ponemos en juego la pervivencia de la especie sobre el planeta.

Dicha esta generalidad, lo primero que debe subrayar un jurista es que ni todo interés ecológico es un interés jurídicamente legítimo o tutelable, ni todo conflicto ambiental es un conflicto jurídico-ambiental. El que no todo interés ecológico sea un interés jurídicamente tutelable se debe a que todavía no tenemos un principio general o una norma constitucional que convierta en preferente al interés ambiental y a que, por lo tanto, este interés está llamado a concurrir con otros igualmente legítimos. Y el que no todo conflicto ambiental sea un conflicto jurídico-ambiental se debe a que el conflicto ambiental por excelencia es un conflicto entre un modelo civilizatorio —un modo universal de producción de la existencia social— y una percepción ético-política de los ries-

gos de ese modelo; un conflicto, por tanto, de alcance y naturaleza civilizatorios que desborda con mucho a los sistemas jurídicos.

Hechas estas dos importantes salvedades, aún quedaría por hacer una tercera para acabar de delimitar el ámbito de este trabajo: no todo conflicto jurídico-ambiental puede resolverse en el momento judicial de los sistemas jurídicos; más bien todo apunta hacia lo contrario: «un fenómeno paralelo a la progresiva degradación del medio ambiente a nivel nacional e internacional ha sido, tanto en nuestro derecho, como en el de otros países, el atribuir globalmente la tarea de corregir y disminuir dicha degradación (...) a la Administración» (Escribano, P., y López, J.I., 1980 pág. 367).

Cierto que todas estas afirmaciones no sólo son predicables de los conflictos ambientales. Incluso, puede decirse que tanto la impotencia jurídica, como la materialización administrativa son predicables hoy de casi todo conflicto social. Y, por lo tanto, ni una ni otra nos sirven para delimitar el territorio del conflicto ecológico en sede judicial. Para lo que sí nos deben servir es para relativizar la importancia del derecho para una adecuada protección del ambiente. La dimensión jurídica de la crisis ecológica no debe sustantivarse en exceso<sup>4</sup>. Los juristas que trabajan en este campo saben bien que, en la fase actual de desarrollo de las sociedades contemporáneas, sólo es posible hablar sobre Derecho Ambiental en la misma medida en que se pueda hablar de voluntad política de intervención ambiental<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Este texto es elaboración de la ponencia titulada «Posibilidades y límites de la protección jurisdiccional del ambiente» que defendí en el *Seminario de formación para fiscales, jueces y magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial* que se celebró en la ciudad de Baeza los días 8 y 9 de noviembre de 1993. Debo agradecer a don Pío Aguirre, juez decano de los de Jaén, su invitación, su amabilidad y su paciente espera para recibir este texto escrito.

<sup>2</sup> Utilizaremos aquí los términos «interés ecológico» e «interés ambiental» como sinónimos por entender que su distinción carece, por ahora, de relevancia jurídica. En cambio, la distinción entre «ecológico» y «ambiental» sí que parece relevante ya en el campo económico, como ponen de manifiesto Aguilera Klink, F. y Alcántara, V. (1994) págs. 13-30. Para una distinción sociológica entre conservacionismo, ecologismo y ambientalismo recomendamos la lectura de Riechmann, 1991, págs. 423-424.

<sup>3</sup> Nótese que si le quitamos a estos tres factores las connotaciones ecológicas podemos traducirlos con tres palabras mucho más generales: carencia, degradación y saturación. Y una vez generalizados, los tres términos se pueden volver a reespecificar aplicándolos a cualquier sistema —sea o no natural—. Por ejemplo, se dice que los medios de comunicación no informan de todo lo que deberían (carencia) o que contaminan la verdad o que sa-

uran los sistemas de información. Así también puede oírse que los sistemas jurídicos tienen carencias que le impiden adecuarse, están contaminados por normas sociales o económicas y, sin embargo, proliferan las normas, etcétera. Este juego de lenguaje no implica necesariamente la tan discutible analogía entre seres vivos, máquinas y sistemas sociales, pero sí que prueba el carácter civilizatorio de la crisis ecológica.

<sup>4</sup> Si lo hacemos podemos olvidar el dato de la instrumentalidad y artificialidad de lo jurídico. Un riesgo así sólo deberían correrlo quienes sostengan una concepción sustancialista del derecho, como una especie de encarnación de la justicia, o quienes, por el contrario, limiten el contenido del término «derecho» a la norma válida, excluyendo de él los aparatos que lo sostienen y las prácticas que lo aplican y ejecutan. Es decir, los humanistas bien intencionados y los positivistas por ellos caricaturizados.

<sup>5</sup> He aquí una de las pocas características generales de nuestra crisis civilizatoria que la Dogmática jurídica comparte con otras ciencias: la impotencia de los expertos. Característica ésta que ha sido expuesta por uno de los mejores analistas del aspecto de la crisis ecológica en cuanto crisis civilizatoria: «uno de los signos más sorprendentes, de nuestro tiempo es la impotencia de los llamados "expertos" ante los problemas urgentes que han sur-

Precisamente, trazar una caracterización más detallada del conflicto ambiental en sede judicial es el objetivo principal de este artículo. A lo largo de él traduciremos al lenguaje de nuestro sistema procesal los diagnósticos más globales de la crisis ecológica, sin negarlos y sin quitarles gravedad, pero intentando abrir algunas ventanas en el pesimismo de la inteligencia para dar entrada al optimismo de la voluntad. Cuenta Capra, en el libro antes citado, que en la lengua china la palabra crisis (*wei-ji*), está formada por dos términos traducibles por peligro y oportunidad. Adelantaremos algo de las conclusiones afirmando que, a nuestro juicio, el peligro reside en la incontinencia del mercado y en la arbitrariedad de la administración mientras que la oportunidad reside en una actuación judicial garantista.

## 2. PRIMERA CARACTERÍSTICA: LA INEXISTENCIA DE DERECHOS SUBJETIVOS Y LA SIMULTANEA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS INTERESES EN JUEGO

Una de las posibles acepciones de la palabra derecho en castellano la hace sinónima de potestad. Derecho puede significar que determinados sujetos tienen la potestad de promover el funcionamiento del aparato coactivo del Estado para que otros sujetos actúen o no actúen de una determinada manera. Así, la configuración más primaria del derecho subjetivo —considerado en un sentido amplio— es aquella según la cual el sujeto manifiesta autónomamente su *voluntad*, al hacerlo ejerce un poder que recae sobre una *cosa* y crea un *negocio jurídico*. De la autonomía de su voluntad nacen así, al mismo tiempo, una regla de conducta que se convierte en el *ordenamiento objetivo* relativo a la cosa y una «zona exenta al poder», un espacio de autonomía individual. El ordenamiento objetivo se subordina a la iniciativa, a la capacidad de decisión del sujeto y se pone en movimiento como consecuencia del ejercicio del *derecho subjetivo* por parte y sólo por parte del individuo propietario.

Por lo tanto, una construcción teórica del derecho subjetivo al medio ambiente tal y como lo tenemos formulado en nuestro ordenamiento sería la siguiente: un *sujeto* firmante del pacto constituyente, recibe del artículo 45 y otros de la misma Constitución —el contrato social— un poder que recae sobre una cosa —el medio ambiente—. De la Constitución nacen así, al mismo tiempo, una regla de conducta que se convierte en *ordenamiento objetivo del medio ambiente* y un espacio inmune a los poderes, una zona exenta reservada para el «disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad» (art. 45 CE).

Pero algo debe fallar en esta construcción. Imaginemos que un ciudadano se dirige al juez debido por la ley y argumenta que el disfrute de un medio

ambiente adecuado para el desarrollo de su personalidad —al que le da derecho el artículo 45 de la Constitución— se está viendo alterado por la contaminación acústica y atmosférica que provoca la saturación de automóviles en su ciudad, que ya ha ejercido sin respuesta del municipio su derecho de petición y que su pretensión es que se le tutele ese derecho obligando al Ayuntamiento a poner en marcha programas de peatonalización, planes de prevención de la contaminación o, en definitiva, políticas públicas sostenibles. ¿Obtendría este ciudadano la tutela de su derecho? ¿conseguiría que el juez obligase al Ayuntamiento a diseñar, por ejemplo, un sistema ecológico de transporte público? Seguramente no; para empezar, porque probablemente *no hay jurisdicción* para tutelar ese derecho, que debería haber sido argumentado a través de alguna ley ordinaria de desarrollo que lo concretase (art. 53.3 CE); por otra parte, es legal, sin duda, que el municipio permita el movimiento de vehículos privados, movimiento sometido a tributación y que reporta un buen porcentaje de la hacienda municipal; se dice, con otras palabras, que el Ayuntamiento puede permitir la circulación de vehículos privados porque eso forma parte de su *discrecionalidad*. Tal vez, por otra parte, debiera el ciudadano ejercer su derecho de participación en las elecciones municipales, votando programas más ecológicos o incluso presentándose como candidato (art. 23 C.e), al fin y al cabo la actuación del Ayuntamiento está respaldada por su elección democrática. ¿acaso es lícito que un ciudadano aislado corrija el sólo la actuación de una corporación mayoritariamente respaldada por el pueblo? Tampoco está claro que sea precisamente este ciudadano el *legitimado* para actuar, porque no está claro que sea el *sujeto* pasivo que sufre el daño en su patrimonio material o moral, menos claro aún estará si imaginamos que el demandante es un grupo ecologista o una asociación de defensa del patrimonio histórico de la ciudad. Es dudoso también que la cosa sobre la que recae su derecho —el medio ambiente— incluya dentro de sus límites —contenido esencial— la concreta pretensión formulada. Por si fuera poco habría que discutir mucho la *afeción causal* de su patrimonio ambiental por las emisiones sonoras y gaseosas de los vehículos. En definitiva, respondería cualquier jurista, aquí *no hay derecho subjetivo alguno para tutelar*.

Ahora bien, de la misma forma que es evidente que la peculiar problemática del conflicto ambiental se desvanecería si consiguiésemos una exhaustiva asignación de derechos específicos derivados del genérico contenido en la Constitución, también es evidente que la dificultad técnica para la articulación procesal del derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado no puede suponer que los conflictos ambientales derivados del interés ecológico carezcan de relevancia jurídica. Y ello, sobre todo, porque el interés ecológico ha sido asumido por el orden constitucional de forma substantiva —en el artículo 45— y de forma procedimental en los artículos 23 y 24.

gido en sus campos de especialización. Los economistas son incapaces de entender la inflación, los oncólogos están totalmente confundidos sobre las causas del cáncer, los psiquiatras están

desconcertados por la esquizofrenia, la policía se ve impotente ante el aumento de la criminalidad, y la lista continua» (Capra, 1982, pág. 26).

Por tanto, es verdad que estamos lejos de articular procesalmente un derecho sustantivo a un ambiente adecuado, pero también es verdad —como dice Martín Mateo, 1991 pág. 184— que aquí no se trata de impulsar la concesión de graciables beneficios mediante la actuación de grupos de presión que buscan pronunciamientos favorables para ellos pero indiferentes para el Derecho. Por el contrario, el interés ecológico cuenta con el respaldo del ordenamiento y se puede, por tanto, decir que es un interés legítimo.

Así que de alguna forma habrá que compaginar las reglas de la legitimación activa y de la titularidad individual de los derechos, con la tutela de intereses legítimos que se expresan sin el acompañamiento de derechos subjetivos. Veamos ahora por separado los problemas de la legitimación, del sujeto y de la cosa y dejemos para más adelante los relativos a la presencia de la administración en el conflicto ambiental.

### 3. SEGUNDA CARACTERÍSTICA: PROBLEMAS DE LEGITIMACION

Es importante comenzar afirmando que la función jurisdiccional del Estado necesita efectuar una rigurosa selección<sup>6</sup> de conflictos, como condición de posibilidad de su propia existencia. Ni todo es judicializable, ni todo debe serlo. Para lograr la necesaria selección existe en el modelo constitucional del Estado de derecho un principio que se formula sobre todo como regla de legitimación activa y en virtud del cual *sólo tienen legitimación para demandar aquellos que han sufrido en su patrimonio moral o material consecuencias no queridas por el Derecho e imputables a otras personas* (Martín Mateo, 1991, pág. 177). Esta regla ha sido clave para el ejercicio histórico de la jurisdicción. Ha sido exigencia de la propia existencia de un poder público judicial diferenciado del ejecutivo y del legislativo, de la separación entre derecho y moral, de la identificación de derecho con ley, del sometimiento exclusivo de los jueces a la ley, de los diversos grados de garantía, de la intervención del ministerio público, de la distinción entre diferentes órdenes jurisdiccionales, del equilibrio entre los poderes, etcétera. Observada desde el punto de vista interno al sistema jurídico —*ex parte principis*—, la regla de la legitimación es una autorrestricción de las esferas de poder, en virtud de la cual no todo conflicto social es un conflicto judicialmente soluble (ni tampoco administrativa o legislativamente soluble). En cambio, observada desde el punto de vista externo —*ex parte populi*—, el principio de selección o regla de la legitimación sugiere que la tutela judicial recae sólo sobre aquellos sujetos que sufren un daño imputable a otro sujeto. Por consiguiente, en tercer lugar y objetivamente

ahora, las reglas de la legitimación activa presuponen la existencia de *sujetos* determinables, de *bienes* concretos y de *afecciones causales* a estos bienes.

Precisamente estas tres exigencias le han provocado serias impugnaciones en las sociedades contemporáneas, impugnaciones que han puesto en tela de juicio los presupuestos teóricos y funcionales del principio de selección y de su regla de legitimación activa. Pero, antes de abordar este problema y para mejor exponerlo, demos un rápido vistazo a las especificidades de la regla de la legitimación en nuestro sistema procesal.

En primer lugar, el orden jurisdiccional penal es abierto y no plantea particulares problemas de legitimación activa. Existe acción popular, es decir, cualquier persona sea o no afectada puede —y debe— acudir a la autoridad competente si tuviere conocimiento de la comisión de un delito ecológico del artículo 347 bis del Código Penal.

A diferencia del orden jurisdiccional civil —en el que sólo la titularidad de un derecho subjetivo confiere legitimación a los sujetos para obtener una tutela judicial efectiva y en el que la reparación exige por lo general demostrar un nexo de causalidad directa, estática e inmediata entre el daño ambiental y el sujeto—, en el Derecho Procesal Administrativo la titularidad de un *interés directo* «se comporta como soporte jurídico suficiente para ostentarla» (Gimeno Sendra y otros, 1993 pág. 199). En efecto el artículo 28 de la LJCA distinguiendo entre «pretensiones de anulación» (art. 41 LJCA) y «pretensiones de plena jurisdicción» (art. 42 LJCA) confiere —en su párrafo 1.b— legitimación activa para promover las primeras a «los que tuvieran interés directo en ellas» y las segundas a los titulares de un «derecho derivado del ordenamiento» (art. 28.2 LJCA). Hasta 1979, correspondió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimar cuándo y en qué condiciones podía apreciarse la existencia de tal interés y, efectivamente, en numerosas sentencias se fue precisando, con cierta generosidad, cuáles eran los intereses tutelables. De manera muy sucinta puede decirse que la precisión jurisprudencial del precepto legal, de una parte, excluyó como elemento legitimador bastante el impulso de factores subjetivos, la mera pretensión de legalidad y la acción popular salvo en supuestos legalmente establecidos; incluyó, de otra, criterios de notoria amplitud como la simple razón de vecindad; y estableció, finalmente, el principio en virtud del cual en las situaciones dudosas no se debe cerrar el acceso al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Después de 1979 y a la vista de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 24 de la Constitución, resultaba difícil mantener el término *interés directo* en sentido estricto, y comenzó la tendencia a identificarlo con el concepto constitucional de «interés legítimo». Esta interpretación era la reclamada insistentemente por la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>7</sup> (STC

<sup>6</sup> En términos de teoría general de sistemas, la selección pertenece al ámbito de la teoría de la complejidad. La complejidad implica selección, la selección implica variabilidad y la variabilidad supone riesgo. Por tanto, la selección es el proceso en vir-

tud del cual un sistema reduce su propia complejidad. Para más información véase el capítulo primero de Luhmann, 1984.

<sup>7</sup> Doctrina que, por lo demás redundaba sobre la tradicional del Tribunal Supremo en el sentido de que la expresión «interés directo» ha de entenderse «referida a un interés en sentido pro-

60/1982, de 11 de octubre). Si bien en la importante sentencia 71/1982 de 30 de noviembre, este Tribunal, revisando la constitucionalidad de un precepto de la ley vasca de protección a los consumidores que declaraba la legitimación de sus organizaciones, estableció la doctrina en virtud de la cual no bastaban los artículos constitucionales para entender modificado el cuadro procesal entonces vigente, de manera que la ley de la Comunidad autónoma introducía un novum en el bloque del artículo 32 de la LJCA.

Con posterioridad el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial recogía ya expresamente la legitimación colectiva de determinados grupos sociales, en dos sentidos: por estar estos afectados, es decir, por compartir todos el mismo interés individual que sumado genera un interés colectivo; o bien, por estar legalmente habilitados. Y ya más recientemente el artículo 31.2 de la nueva LPA señala que «las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca». Como se ve redacción tan general como la del 7.3 de la LOPJ pero que hace alimentar la esperanza de una reforma legislativa que provea cauces razonables y eficaces para la tutela del interés ambiental mediante la habilitación expresa de aquellos grupos que hayan hecho de este interés colectivo su razón constitutiva.

De manera que, desde el punto de vista del interés ecológico como interés colectivo, podemos decir que tenemos un orden prácticamente cerrado —el civil—, otro totalmente abierto —el penal— y un tercero que debería estar abierto y anda semiabierto —el contencioso-administrativo—. Si añadimos algunos datos más nos será muy fácil extraer una primera conclusión. Estos datos serían telegráficamente los siguientes: la mayor contundencia y rapidez de los fallos penales, la mayor demora de los fallos contencioso-administrativos, los efectos *erga omnes* de la sentencia penal, las dificultades de ejecución de las sentencias de lo contencioso y la barbaridad del procedimiento penal. La conclusión es simple: sobreutilización del orden jurisdiccional penal incluso para satisfacer pretensiones civiles o administrativas.

Esta sobreutilización es un problema simultáneamente ambiental y constitucional. Ambiental, porque la saturación de un orden jurisdiccional con conflic-

tos ecológicos que deberían resolver los otros no garantiza una adecuada satisfacción del interés ambiental, más bien crispa en exceso al conjunto social y empuja la balanza hacia el interés ecocida. Constitucional porque, como se sabe, el sistema de garantías penales es todo lo rígido que requiere el hecho de que este orden pueda imponer sanciones privativas de libertad. Es —y debe seguir siendo— más difícil imponer una pena privativa de libertad que anular un acto administrativo o ratificar una sanción económica. Y es un disparate jurídico que las sanciones administrativas puedan llegar a ser en algunos casos más duras que las penales. Paradójicamente, este desnivel entre mayores garantías y menores sanciones en lo penal y mayores garantías y mayores sanciones en lo administrativo empuja también a los contaminadores hacia el orden penal<sup>8</sup>. La preferencia por el orden penal compartida por el interés ecocida y por el interés ecológico, debería hacernos pensar en la urgente necesidad de abrir los órdenes civil y contencioso-administrativo y de contener, al mismo tiempo, la enorme *vis atractiva* del derecho penal, situando al delito ecológico donde debe estar: en la *última ratio*, en la cúspide de un sistema de tutela judicial ambiental que sepa adecuarse al hecho evidente de que no todo ilícito ambiental reviste la gravedad de un delito.

#### 4. TERCERA CARACTERÍSTICA: LA EVANESCENCIA DEL SUJETO, DE LA COSA Y DE LA CAUSA

Otra característica de un contencioso ambiental estándar residirá en la frecuente dificultad —cuando no imposibilidad— de delimitar lesiones individualizadas. El sujeto jurídico es, en materia ecológica, tendencialmente evanescente. El daño ambiental, por definición es un daño que afecta a una colectividad que rodea al demandante. Probablemente sea esta la característica más definitoria del conflicto ambiental y, al mismo tiempo, la que mejor lo incardina en un marco más amplio de conflictividad social de alcance colectivo e intercomunicación de efectos jurídicos<sup>9</sup>.

En efecto, el interés ecológico forma parte de una categoría más amplia denominada intereses colec-

pio, cualificado o específico. No cabe, pues, confundirlo con el interés genérico en la preservación de derechos que tiene todo ente u órgano de naturaleza política, cuya actividad está orientada a fines generales y que ha de cumplir en su ámbito de atribuciones» (STC 257/1988). Siendo necesario, en todo caso, que exista «un interés real y actual en la base de la pretensión impugnatoria» (STC 93/1990). En cualquier caso «El interés legitimador para la impugnación o el control de los actos y disposiciones de la Administración, requiere, como mínimo cualquiera que sea el calificativo que se le aplique —«legítimo», según la Constitución, o «directo», conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa—, que derive directa o indirectamente de una norma jurídica» (STC 93/1990).

<sup>8</sup> Es ya notorio en los medios de la abogacía que, una vez lograda una benigna sanción penal —una pena privativa de libertad inferior a un año sin ingreso en prisión y una multa que no excedera los cinco millones en el peor de los casos—, pueden eludirse sanciones administrativas de hasta cincuenta millones

de pesetas con una impecable argumentación basada en el *non bis in idem*.

<sup>9</sup> «Al implicarse —dice Martín Mateo, 1991, pág. 183— un colectivo más o menos amplio de sujetos se produce en diversos planos un fenómeno de intercomunicación de efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el progreso en la defensa, procesal o administrativa, de un interés ecológico individual beneficiará a todos los que están en la misma situación. Aislados logros conseguidos en su defensa se prolongan automáticamente y de forma positiva a la esfera jurídica de otros individuos que nada han hecho en concreto». Es sorprendente el parecido entre esta descripción y el concepto económico de *externalidad*. Los problemas ecológicos, pensados económicamente, serían caracterizables como externalidades, esto es, divergencias entre lo que un agente económico paga por producir y los efectos ambientales que causa su proyecto o su propio proceso productivo. Para una visión clásica véase Coase, 1961.

tivos o difusos<sup>10</sup>, o necesidades colectivas<sup>11</sup>, acuñada —creo que no antes de 1974<sup>12</sup>— por las doctrina jurídica italiana. Esta amplia categoría describe justamente aquella situación en la que un interés, un deseo, una necesidad o una expectativa de tutela jurídica está difundida en una colectividad y es compartida por sujetos diversos del titular del específico bien lesionado. Y, por tanto, con ella podemos referirnos a cualquiera de las demandas contemporáneas relacionadas con la calidad de los bienes y servicios, la protección de la naturaleza, del entorno urbanístico, la veracidad informativa y, típicamente, la tutela ambiental.

Esta amplia categoría —que como se ha dicho no constituye un concepto acabado y categorial sino que más bien invoca una idea-fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal (Almagro, 1983 pág. 67)— tendría como característica central una cierta concurrencia y una continua interferencia entre el aspecto individual y el colectivo. Se trata, pues, de intereses simultáneamente individuales y transindividuales<sup>13</sup>.

Por otra parte, en el conflicto ambiental, el poder conferido por el ordenamiento al sujeto en forma de derecho subjetivo no podrá recaer sobre una cosa determinable, sino que recaerá sobre complejas relaciones ecológicas que cruzan los límites de no menos complejos sistemas naturales. Las cosas tienen límites, bordes, paredes o muros, que las convierten en *unidades*; los sistemas naturales en cambio no son unidades, sino *relaciones*; no tienen muros inmóviles que los delimiten como unidad, separándolos de su entorno; sino membranas que vibran al

comunicarse con y al diferenciarse de su entorno.

Por lo tanto, siempre será relativamente fácil determinar cuando las conductas están dentro del ordenamiento objetivo que recae sobre la cosa y cuando están fuera, en la zona exenta al poder que corresponde al derecho subjetivo; es relativamente fácil tutelar judicialmente las cosas, garantizar el ejercicio de derechos que recaen sobre bienes. Y, por el contrario, será siempre más difícil determinar si un interés ecológico pertenece o no a la esfera de lo judicialmente tutelable, si es un interés aislado o acumulativo y sinérgico<sup>14</sup>, si un daño ambiental es o no resarcible, si un colectivo difuso ha sido o no afectado, si hay relación de causalidad entre la conducta y el daño, si es cuantificable la afección sufrida, etcétera.

Esto explica, entre otras cosas, por qué en los procesos judiciales que resuelven conflictos ambientales, los particulares como demandantes se encuentran en una situación especialmente desfavorecida. Fundamentar una demanda en materia ambiental no es nada fácil desde el punto de vista técnico. Se trata casi siempre de demostrar una afección causal desde unos conocimientos científicos que provienen de un paradigma, el ecológico, que ya no trabaja con la ley de la causalidad o que al menos, a diferencia del lenguaje jurídico, asume las serias carencias que se le han imputado<sup>15</sup>. Se trata, por tanto, de un difícil y caro ejercicio de traducción al que una dogmática ambientalista, demasiado joven aún, no puede coadyuvar. Se requiere, además y por tanto, de una financiación capaz de hacer frente no sólo a los costes procesales, sino también a los informes científicos necesarios para probar la afección causal<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> La traducción correcta de la palabra italiana *difussi* sería «difundidos» y no difusos. Sin embargo el error ha tomado cuerpo y parece inútil intentar modificarlo.

<sup>11</sup> Así los llama la Constitución española: «El Estado . para planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas » (art. 129).

<sup>12</sup> La cita más antigua que yo he encontrado de la expresión es la de Sgubbi en su informe a la III Convención de la Asociación Italiana de Derecho Comparado celebrada en Salerno en mayo de 1975, sobre el tema «Tutela jurídica de los intereses difusos, con particular atención a la protección del ambiente y los consumidores»; Martín Mateo (1991, págs. 177 y ss.) cita, sin embargo, trabajos de 1974.

<sup>13</sup> La Corte Suprema Italiana de Casación (Sentencia 2207/78) define los intereses *difundidos* como aquellos «que en relación al objeto protegido, a las características y a la particular naturaleza de la normativa concierne, son idóneos para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos, pudiendo así dar lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas, con la consecuencia de que la disposición administrativa destinada a incidir sobre dichos intereses difusos no perjudica —en vía directa y actual— la esfera jurídica individual del sujeto». Lozano-Higuero, 1983 los describe así: «interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido —expandido— o compartible —expandible— por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal».

<sup>14</sup> En un contencioso ambiental suelen presentarse junto o frente al interés ecológico y de manera acumulativa o no, algunos o vanos de los siguientes institutos jurídicos: la propiedad, en cuanto a sus posibles minoraciones por causas exteriores no

queridas (art. 33 de la CE), la organización y tutela de la salud pública (art. 43.2 de la CE), extensible hoy a la calidad de la vida y al bienestar social, según la propia Organización Mundial de la Salud (véase Sánchez Alhama, 1993); el libre desarrollo de la personalidad mencionado por el mismo artículo 45 y por el 10.1; la utilización racional de los recursos naturales del artículo 45.2; el crecimiento económico del artículo 40 de la Constitución; el ambiente construido del artículo 46; la vivienda digna y adecuada y la utilización no especulativa del suelo reconocidos por el artículo 47; la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51)... La lista no es ni mucho menos exhaustiva y nos sirve sólo para añadir otra caracterización a lo que ya llevamos definido como interés ecológico y legítimo: *interés concurrente siempre con otros igualmente legítimos*.

<sup>15</sup> El problema de la traducibilidad de los postulados del paradigma ecológico no puede ser abordado aquí, por más que se trata de un problema central en nuestro estado civilizatorio.

<sup>16</sup> Carecemos todavía en nuestro país de organizaciones capaces de mantener financieramente el aparato legal y el nivel de asesoramiento técnico adecuado para enfrentarse con grandes empresas y grupos de sociedades. Estamos todavía lejos de conformar una red de bufetes especializados —al modo norteamericano del que informa Martín Mateo, 1991, pág. 178— financiados con cargo a fondos o instituciones filantrópicas que, a su vez, se beneficien de las deducciones tributarias que perciben quienes ayudan a tales organizaciones. «En otros casos —continúa Martín Mateo, 1991, pág. 178 citando a Macbeth, 1975, págs. 5 y ss.— se trata de firmas que sólo actúan en litigios en los que están involucrados intereses públicos importantes y cobran honorarios inferiores a los ordinarios o esperan resarcirse con base a condenas en costas. Por último, algunas firmas ordinarias acceden a participar en estos procesos con tarifas reducidas. Típico es el caso del *Sierra Club Legal Defense Fund*. A estas características responden también el *Natural Resources Defense Council* y el *Environmental Defense Fund*, todos los cuales tienen plantillas permanentes de abogados.

## 5. CUARTA CARACTERÍSTICA: LA PRESENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL MOMENTO JUDICIAL DEL CONFLICTO AMBIENTAL

En el conflicto que venimos caracterizando por la presencia de un interés ecológico, legítimo y transindividual las administraciones públicas estarán casi siempre presentes. La razón es obvia: la protección ambiental es, sobre todo, en óptica jurídica un título competencial que abre una *función administrativa*. En este sentido, las normas jurídicas ambientales pueden clasificarse en dos tipos: o bien disposiciones que declaran facultades o títulos de intervención administrativa y, por lo tanto simultáneamente, obligaciones de particulares; o bien, al contrario, obligaciones cuyo destinatario es la Administración y que, por lo tanto simultáneamente, generan derechos ciudadanos.

Al poder judicial le corresponde interpretar y aplicar ambas clases de normas. Cuando interpreta y aplica las primeras realiza —siempre aunque junto con otras— la función constitucional de control judicial de los actos de la administración (art. 106 de la CE), cuando interpreta y aplica las segundas realiza —siempre aunque junto con otras— la función de tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE).

La función de control judicial está sometida a límites. Ningún poder es ilimitado en un Estado de derecho. El poder judicial —como todos los otros poderes públicos— está sometido a reglas de actuación legales y constitucionales. En el caso de los conflictos ambientales, control judicial no puede significar ejercicio por el juez de la competencia administrativa conferida al órgano público. El poder ejecutivo-administrativo cumple funciones que se denominan competencias (la medida de la potestad de un órgano) y el poder judicial cumple funciones que derivan de su jurisdicción. La competencia tiene un ámbito, la jurisdicción otro, pero ni la administración puede juzgar ni los jueces pueden administrar.

Ahora bien, ¿significa esto que cuando hablamos de separación de poderes lo hacemos en un sentido tajante, como si juzgar y administrar fuesen dos compartimentos de la acción del Estado separados por muros? En absoluto, se trata de dos funciones del Estado, no separadas por muros, sino diferenciadas y comunicadas como se diferenciarían y comunicarían dos órganos de un mismo sistema vivo. De forma que en la actuación administrativa de relevancia ambiental<sup>17</sup> hay un límite más allá del cual el poder judicial no puede pasar y a la inversa: el control judicial de los actos de la administración es un instrumento de garantía de derechos ciudadanos cuyo límite la administración no puede transgredir. ¿Dónde está trazado ese límite?

En la Constitución, sin duda, pero no está trazado

de forma tajante, sino de forma tangente; es un límite que se desplaza y establece siguiendo la evolución histórica de un juego de principios: por un lado, el principio de discrecionalidad de la administración; por otro, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>18</sup>. Un juez no puede sustituir el Plan Director de Infraestructuras del Estado por otro plan que implique mayor proporción de inversiones ferroviarias, por muy ecocida que sea este plan y por muy convencido que el juez esté —como yo lo estoy— de que es un auténtico disparate ecológico dedicar tan poca inversión al transporte ferroviario y tanta al automóvil privado. Al elaborar ese plan el poder ejecutivo-administrativo ha ejercido su función constitucional de gobernar-administrar de acuerdo con el interés general y con sometimiento a la ley y el Derecho, que en ningún momento impiden potenciar al automóvil privado. Ni siquiera puede un juez diseñar el trazado de una carretera.

Ahora bien, lo que sí puede un juez es impedir que determinada autovía atraviase determinado paraje natural por capricho, por impericia o por aún más oscuras razones. Basta para impedirlo con que el juez argumente en razón y sea capaz de fundamentar en derecho que la decisión administrativa es arbitraria y que, por lo tanto, no puede ser amparada y debe derribarse su presunción de legalidad.

Lo primero —paralizar un plan— no puede hacerlo el poder judicial porque constitucionalmente no es su función ni elaborar políticas, planes o programas, ni ejecutar proyectos; lo segundo —impedir un ecocidio gratuito— sí puede hacerlo porque su función constitucional sí que consiste en controlar la adecuación de la actividad administrativa a los fines que la justifican y porque la Constitución no ampara el ejercicio arbitrario del poder. Cuando la ley se viola *ex parte populi* se corrige la ilegalidad, cuando el derecho se viola *ex parte principis* lo que se impide es la arbitrariedad.

Como se ve, aquí el juego es de principios y no de normas. Y el matiz es importante porque, como se sabe, las normas jurídicas o se aplican o no se aplican, mientras que los principios siempre se aplican en grados. Las normas son comparables con «interruptores» del sistema jurídico que funcionan con la lógica del *encendido/apagado*. Los principios, en cambio, serían comparables a «termostatos» del sistema que regulan su funcionamiento en grado. Por tanto, aquí no se trata de elegir con una condición de *tertium non datur* entre el principio de discrecionalidad y el de interdicción de la arbitrariedad con control judicial de los actos de la administración, sino más bien de graduar el porcentaje de aplicación de uno y otro.

Ciertamente, los científicos nos advierten que esa graduación debe ser inclinada hacia el interés ecológico y frente al interés ecocida, pero su opinión no

<sup>17</sup> No estará de sobra advertir que cuando hablo de actuación administrativa de relevancia ambiental, no me refiero exclusivamente a la administración ambiental, sino también a toda otra actuación que repercuta favorable o desfavorablemente, por acción o por omisión en el crecimiento o en la contención de los factores de la crisis ecológica.

<sup>18</sup> Creo que ya no se puede decir una palabra más sobre ar-

bitrariedad sin citar a Tomás Ramón Fernández (1991a, 1991b, 1992, 1993 y 1994). En estos cinco trabajos se perfilan, a mi juicio admirablemente, los problemas centrales del Derecho Administrativo contemporáneo y de la Teoría General del garantismo administrativo. El tercero de los cinco artículos fue contestado por Luciano Parejo, 1991 y a esa contestación debemos agradecerle el cuarto trabajo de Tomás Ramón Fernández.

es jurídicamente determinante: la ciencia no es fuente del derecho. De forma que la graduación del termostato jurídico ambiental dependerá, más que de la técnica, de la importancia y prioridad que los protagonistas sociales concedan al interés ambiental.

## 6. UN MODELO ECOJURIDICO PARA EL SISTEMA PROCESAL

Pero antes de proceder a esta necesaria tarea de graduación y precisamente para hacer posible su realización por los protagonistas sociales, sería imprescindible remover cierto obstáculo arraigado en la cultura jurídica española. Como se sabe, es todavía poderosa entre los juristas la opinión en virtud de la cual, en el ordenamiento español, el proceso contencioso administrativo es un proceso abierto al acto en el que la Administración aparece siempre como demandada y en el que los jueces administrativos se limitan a la revisión formal de sus actos. Esta interpretación es paralela a aquella otra en virtud de la cual determinados sectores de la magistratura y la fiscalía muy vinculados a conflictos ambientales exigen que toda actuación judicial esté respaldada por el legislador<sup>19</sup>.

Sólo dos respuestas que traducen dos modelos de Estado caben: la primera diría que el Estado es un fin en sí mismo, que el Estado posee una racionalidad, un devenir ético; que el Estado-sustancia, el Estado-persona puede verse obligado a contaminar, a destruir para progresar o a permitir que otros lo hagan y que, por lo tanto, es legítima la consideración de la discrecionalidad como autodefensa en perjuicio de otros bienes. Sometimiento a la ley aquí es sinónimo de cumplimiento de las disposiciones procedimentales.

La segunda respuesta diría que el Estado no es fin en sí, sino instrumento de los derechos individuales; que no es sustancia sino forma; que no es persona sino Constitución; que no es sujeto de derechos, sino sinónimo de derecho objetivo; que jurídica no es toda norma vigente, sino sólo la válida que además recibe su validez de un juicio positivo de constitucionalidad; que Constitución no es cualquier *prima lege*, sino sólo aquella norma suprema que reconoce un catálogo de derechos inviolables; que,

<sup>19</sup> Se observa aquí una cierta impregnación de la judicatura española de lo que podríamos llamar una cultura penalista exorbitante. En efecto, por ejemplo, el principio *nulla poena sine lege* cuyo respeto es fundamental en sede penal, puede presentar ciertas distorsiones cuando se le exorbita a otros ordenes judiciales. Pondré como ejemplo la frase que en cierta ocasión pude oírle a un magistrado: «yo no desví una carretera si el legislador no me dice en una ley que se pueden desviar las carreteras por razones ambientales». A veces —sólo a veces—, el control judicial no necesita anclajes tan explícitos en los textos legislativos. A veces —sólo a veces—, una moderada y prudente creación judicial de derecho en los marcos de la Constitución es tan garantista en otras sedes como el *nulla poena sine lege* en sede penal.

<sup>20</sup> La Ecología jurídica sería tanto la teoría crítica del Derecho ambiental como el programa de ecologización del sistema jurídico, es decir, la aplicación a éste de las reglas que permitan frenar sus propios procesos internos de carencia, degradación y saturación, paralelos a los procesos de agotamiento, contaminación y crecimiento ilimitado propios de los sistemas naturales. Una ex-

por lo tanto, las cláusulas de la LJCA que permiten restricciones a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses ambientales legítimos estarán vigentes, pero no son válidas por anticonstitucionales; que el Estado no puede contravenir el derecho porque él es derecho, que es intolerable que viole por acción u omisión derechos ciudadanos (aunque sólo sean de tercer grado como los ambientales) porque su sola razón, el único motivo por el que existe el Estado, es la tutela de los derechos; y, finalmente que una tutela efectiva del interés ecológico exige concebir los procesos judiciales y, muy en especial, el proceso contencioso-administrativo como un sistema de acciones para tutelar derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 7.3 LOPJ) y no como un mero proceso al acto que averigua si éste se ajusta o no al procedimiento.

Hay que optar individual y socialmente por uno de los dos modelos de Estado y el paradigma ecológico puede ayudarnos a ejercer la opción. Si admitimos la posible existencia de reglas ecológicas en el interior de los sistemas jurídicos y nos permitimos hablar así de Ecología jurídica<sup>20</sup>, entonces siempre será preferible el segundo modelo (el de los derechos) frente al primero (el de los poderes). En efecto, un modelo de Ecología jurídica para el sistema procesal administrativo exige desplazar el centro de gravedad desde la categoría de *acto administrativo* hacia la más compleja categoría de *relación jurídica*<sup>21</sup>. Esta segunda categoría traduce los intereses legítimos en pretensiones procesales y concibe el sistema procesal no de forma mecánica como revisión de actos (partes) de un procedimiento (todo), sino de forma compleja como relación entre elementos. Así, por ejemplo, el interés legítimo en que la administración deshaga lo que ha hecho debe traducirse en una pretensión de anulación; el interés en que la administración abandone su pasividad<sup>22</sup> —cuando no su tolerancia— se debe traducir en una pretensión prestacional; el interés en que la administración actúe frente a un sujeto se traducirá en una pretensión prestacional a favor de terceros<sup>23</sup>; el interés legítimo en prevenir una situación ecológicamente no sostenible se traducirá en una pretensión preventiva; el interés cautelar en una pretensión cautelar, etcétera.

Desde una perspectiva científico-ecológica resulta evidente que un sistema es la suma de sus elementos y *algo más*<sup>24</sup>. Para la Ecología jurídica ca-

posición algo más detenida de las reglas elementales de una Ecología jurídica puede verse en el prólogo de Peña y Serrano, 1994.

<sup>21</sup> Véase en este sentido el sugerente estudio de González Varas (1992) que supone un interesante esfuerzo de adecuación del proceso contencioso administrativo del derecho a la tutela judicial efectiva. Este estudio está lleno además de sugerencias y contiene interesantes relecturas adecuadoras de la Teoría General del Derecho, aunque no sea ésta la disciplina cultivada por el autor en su trabajo.

<sup>22</sup> El recurso a la presunción de actos por vía interpretativa del silencio constituye sin duda —como dice Martín Mateo, 1991, pag. 182— un alivio, pero no una solución satisfactoria para situaciones que requerirían enérgicas y rápidas respuestas para la eliminación de las perturbaciones denunciadas a los jueces.

<sup>23</sup> Véase García de Enterría, E., 1992.

<sup>24</sup> Ese *algo más* es una de las acepciones posibles de la complejidad. Para una teoría de la complejidad véase Morín, Edgar, 1977.

rece de fundamento la creencia de que el procedimiento administrativo es igual a la suma de actos administrativos que lo componen y de que, por tanto, basta con revisar la legalidad de cada uno de los actos para comprobar que todo el procedimiento es válido. Esta es la concepción legalista paralela en el tiempo jurídico a la ideología del mecanicismo. En óptica ecojurídica el procedimiento administrativo no puede verse como un todo compuesto de partes, sino como un sistema complejo de decisión susceptible siempre de al menos dos juicios el de legalidad y el de constitucionalidad. No toda decisión legal es una decisión constitucional.

La legitimidad jurídica del interés ecológico exige adecuar los sistemas procesales al sistema de principios y valores externos de la Ecología jurídica. Exige que el juez oriente su decisión no hacia dentro del sistema procesal de forma legalista, sino hacia fuera de forma garantista (Ferrajoli, 1989), tomando en serio los derechos (Dworkin, 1977). Como se ve, así vista, la propuesta de ecologización del sistema procesal es completamente sinónima de las propuestas para su constitucionalización.

La incorporación del interés ecológico (art. 45 CE) al catálogo de principios rectores de la actividad del poder judicial (art. 53.3 CE), la fuerza normativa de toda la Constitución (Disposición derogatoria tercera CE) y la consiguiente exigencia de que la decisión judicial contenga un juicio positivo de constitucionalidad de cada una de las normas aplicadas incluidas las procesales<sup>25</sup> resuelve en buena medida el problema de la orientación de la decisión judicial del conflicto ambiental.

Sin embargo, la incorporación del juicio constitucional de las leyes procesales, no hace sino reabrir el problema de cómo objetivar la toma de decisiones. El hecho de que el juez pueda y deba encontrar en el sistema constitucional y no en la norma procesal las pautas que necesita para resolver en justicia el conflicto ambiental no lo exime de decidir, ni lo inmuniza frente a su propia arbitrariedad. Pero este es ya otro problema<sup>26</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- Aguilera Klink, Federico y Alcántara, Vicent (1994): *De la economía ambiental a la economía ecológica* (Barcelona, Icaria: Fuhem, D.L., 1994).
- Almagro Nosete, J. (1983): «La protección procesal de los intereses difusos en España» en *Revista Justicia* 1983.
- Capra, Fritjof (1982): *El punto crucial* (Barcelona, Integral, 1985).
- Coase, R.H., (1960): «The problem of social cost» en *Journal of Law and Economics III* (vers. cast. por la que se cita: «El problema del coste social»

- en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, una nueva versión castellana en Aguilera, F. y Alcántara, V., 1994, págs. 65-124).
- Dworkin, Ronald (1977): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1984).
- Escribano, P., y López, J.I. (1980): «El medio ambiente como función administrativa» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 26 (1980).
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (1988): «Los principios constitucionales del procedimiento administrativo» en obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, 1988).
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón (1994): *De la arbitrariedad de la administración* (Madrid, Civitas, 1994).
- Ferrajoli, Luigi, (1989): *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale* (Bari, Laterza, 1989).
- García de Enterría, Eduardo (1992): «Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional» en *Revista del Poder Judicial* núm. 26, junio 1992.
- Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor; Garberi Llobregat, José, y González-Cuéllar Serrano, Nicolás (1992): *Derecho Procesal Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1993).
- González-Varas Ibáñez, Santiago, (1993): «Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa» en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* núm. 29.
- Grasso, Eduardo (1987): «Una tutela giurisdizionale per l'ambiente» en *Rivista de Diritto Processale* (1987).
- Huglo, Christian (1995): «Le contentieux de l'environnement, nouvelles dimensions, nouvelles stratégies» en *Revue juridique de l'environnement* (número especial bajo el título *Le juge administratif, juge vert?*, 1995).
- Lozano-Higuero y Pinto, Manuel (1983): *La protección procesal de los intereses difusos* (Madrid, Ed. Rufino García Blanco, 1983).
- Luhmann, Niklas, (1984): *Soziale Systeme* (Frankfurt, Suhrkamp, 1984). (Versión castellana del capítulo 1, en Luhmann, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría* (Barcelona, Paidós, 1990).
- Martín Mateo, Ramón, (1991): *Tratado de Derecho Ambiental* 2 vols. (Madrid, Trivium, 1991).
- Peña Freire, Antonio y Serrano Moreno, J.L., (1994): *Ecología y Derecho: 2. La evaluación ambiental* (Granada, Comares-Ecorama, 1994).
- Morín Edgar Morín, (1977): *El Método. La naturaleza de la naturaleza* (Madrid, Cátedra, 1986).
- Rehbinder, Eckart, (1991): «Évaluation et réparation du dommage écologique: rapport général» en Société Française pour le droit de l'environnement y Institut du droit de la paix et du développement (eds.) *Le dommage écologique en droit interne*,

<sup>25</sup> La exigencia de un juicio positivo de constitucionalidad de cada norma aplicada incluidas las procesales deriva del artículo 163.1.1) de la Constitución. Este precepto establece la obligación del juez de plantear cuestión de inconstitucionalidad si surgiese duda razonable y, por lo tanto y a contrario, exige suponer que si no ha habido cuestión de inconstitucionalidad, entonces ha habido juicio positivo. Este juicio, sin duda, se debe ejercitar com-

parando cada norma con toda la Constitución, sin distinguir en ella partes ni en función de los grados de garantía del artículo 33, ni en función de cualquier otro criterio.

<sup>26</sup> El problema de la racionalización de las decisiones normativas es uno de los objetos más importantes de discusión de la Teoría del Derecho contemporánea. Un excelente *status quaestionis* en Saavedra, 1993

# CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

---

## Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDEL): Declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal

### I. FUNCION

El Ministerio Fiscal tiene por función promover la aplicación del derecho, asegurando el respeto de la legalidad, de los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley.

### II. POSICION INSTITUCIONAL

El Ministerio Fiscal es un órgano judicial y, en consecuencia, autónomo respecto al ejecutivo, puesto que la autonomía del Ministerio Fiscal es un instrumento indispensable para garantizar la independencia del poder judicial y la igualdad ante la ley. Por ello, los órganos del poder ejecutivo no pueden dar instrucciones generales ni particulares al Ministerio Fiscal. A lo sumo, podrá solicitarse al Ministerio Fiscal información general sobre su actividad.

### III. ESTATUTO FUNCIONAL

El Ministerio Fiscal está sujeto únicamente al derecho y a la ley; su actividad se rige exclusivamente por criterios de legalidad, imparcialidad y objetividad. En consecuencia, el ejercicio de la acción penal será, en principio, obligatoria.

El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal sólo podrá ser aplicable a la pequeña delincuencia y en las condiciones que la ley determine. El cumplimiento de estas condiciones será controlado por el juez.

### IV. ESTATUTO PERSONAL

Los miembros del Ministerio Fiscal son necesariamente magistrados, integrados en un cuerpo judicial

único, o bien formando una magistratura distinta dotada de un estatuto de derechos y garantías equivalente al de los jueces.

### V. ORGANIZACION INTERNA

La coordinación dentro de las fiscalías no debe constituir un obstáculo para el cumplimiento del deber del Ministerio Público de rechazar las órdenes ilegales, ni para el ejercicio de la objeción de conciencia y de la libertad de expresión en el juicio. La distribución de los asuntos, la sustitución de los fiscales y la atribución de los casos, deben estar sometidos a criterios objetivos y predeterminados.

### VI. NOMBRAMIENTO, GESTION Y DISCIPLINA

El nombramiento, la gestión y la disciplina de los magistrados del Ministerio Fiscal deben corresponder a un Consejo Superior (que podrá ser común a los jueces o autónomo, según haya una sola magistratura o el Ministerio Fiscal constituya una magistratura distinta) que incluirá fiscales elegidos por los fiscales. Los responsables de la coordinación del Ministerio Fiscal serán designados por un período de tiempo determinado.

### VII. CONTROL DE LA POLICIA JUDICIAL

Cuando el Ministerio Fiscal dirija la investigación, deberá contar con los medios materiales indispensables para el desarrollo de su actividad y tener el control efectivo de la policía judicial.

# Sobre asociacionismo e independencia judicial

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

## CONSTITUCION DE 1978: EL MODELO DE JUEZ

En el curso de un número de años francamente reducido de la historia reciente de nuestro país, ha sido posible contemplar al juez *napoleónico* en todo su esplendor y, a la vez, el despegue de un modelo tendencialmente alternativo, no realizado y que, probablemente, nunca lo será del todo, que, a mi modo de ver, está implícito en la Constitución de 1978 y es al que idealmente apuntan los planteamientos de Jueces para la Democracia.

Las particularidades morfológicas del primero son conocidas: un juez burocratizado, partícipe de esa cultura de la subordinación que va ligada a la concepción de la función jurisdiccional como «carrera»; con un sentido de la independencia netamente ideológico por la carencia objetiva de posibilidades de realización en la práctica. Un juez que, a la altura de los años setenta, aún veía en la tensión hacia los valores que hoy integran la parte dogmática de nuestra Constitución una forma de esa «política» de la que había que abstenerse para *seguir siendo independiente*.

El segundo modelo al que me refiero —y hablo de un modelo en el sentido de «tipo ideal»— es el demandado por una lectura avanzada de nuestra Constitución y su realización sólo puede ser fruto de un esfuerzo firmemente orientado a:

- Profundizar en la desactivación del componente jerárquico, ahora facilitada por la separación del vértice de la jurisdicción de la cúpula del gobierno administrativo de la «carrera» (aquí todavía vigente).
- Potenciar el juego del pluralismo, de la discusión y la crítica en el interior de la magistratura.
- Intensificar la permeabilidad a la sociedad civil; en especial a través de la participación en el debate público sobre las cuestiones relacionadas con la jurisdicción; siempre desde la automarginación consciente de las dinámicas político-partidistas.
- Generar y difundir una cultura de la independencia que tenga en cuenta las recientes y desoladoras experiencias de degradación de la política y el papel que corresponde al poder judicial en situaciones de crisis de otros momentos de control. A este respecto, es ya claro que una función —no eventual ni *suplente*, sino propia y estable— de la jurisdicción es dar respuesta cumplida, desde el derecho, también a las ilegalidades del poder. Precisamente de la potencialidad real de que esto suceda depende en gran medida la eficacia ordenadora de aquél.

- Abandonar planteamientos masoquistas acerca de la legitimación del juez, que —con paradoja sólo aparente— en ordenamientos constitucionales como el nuestro ejerce una función de garante de derechos que le hace ser un factor esencial de democracia. Precisamente porque su legitimidad no está fundada en el sufragio.
- Postular, desde esa perspectiva, un juego riguroso de los mecanismos de responsabilidad, pero sólo de aquéllos efectivamente compatibles con el ejercicio de la función en condiciones de efectiva independencia.
- Promover una inteligencia del ordenamiento como realidad internamente contrastada y dinámica; y del juez como necesario agente de ese dinamismo a través de una interpretación del derecho de fuerte e inequívoca tensión constitucional.

El juez prefigurado en estas exigencias no es ciertamente el único juez postconstitucional posible. Porque la Constitución es también en este punto susceptible de otras lecturas. Y ahí está el sospechoso «juez constitucionalmente normalizado» postulado a veces desde instancias oficiales, para demostrarlo. Ese juez particularmente proclive a reducir técnicamente Constitución a ley (incluso si ésta es preconstitucional, como en el caso del Tribunal de Conflictos y «los papeles de los GAL»), para neutralizar la dimensión garantista del ordenamiento.

En todo caso, creo que hay que reconocer con Toharia que el perfil político-cultural del juez español medio actual corre paralelo al mismo perfil del ciudadano medio. Una afirmación, ésta, impensable hace no demasiados años.

Ese juez —el juez medio— no es una maravilla, pero tampoco hay nada que lo sea en la realidad institucional en que nos movemos, a pesar de los años transcurridos desde 1982. Se ha separado ostensiblemente del juez predemocrático, aunque en su conjunto, abiertamente plural, tiene todavía por delante una gran parte del camino abierto por la Constitución, en la lectura que aquí se propone. Ello es debido, en buena medida, según creo, a que se cerró demasiado pronto el horizonte de posibilidades inaugurado en 1978, como consecuencia de una torpe e instrumental política de la justicia.

## MOVIMIENTO ASOCIATIVO: EXPECTATIVAS Y FRUSTRACIONES

Uno de los factores positivos centrales de ese contexto de posibilidades fue precisamente el des-

pegue del movimiento asociativo, cuya eficacia transformadora se hizo patente desde los primeros momentos. Para demostrarlo, basta evocar un dato: el «sector progresista» de la judicatura, naturalmente minoritario, siempre estuvo sobrerrepresentado en las urnas de la primera Asociación Profesional de la Magistratura, entonces única (en ocasiones hasta alcanzar el 30 por 100 de los sufragios en elecciones para la designación de los componentes de los órganos directivos). Y es que, a pesar del déficit de cultura democrática, en aquellos momentos ya era perceptible un nuevo clima, se había abierto un espacio real para el debate sobre una propuesta de política judicial como la nuestra de entonces y era evidente que estaba en marcha una, también nueva, dinámica político-cultural. La falta de ductilidad y prudencia política de la mayoría socialista y, en concreto, del ministerio Ledesma, y la progresiva —en parte consecuente— radicalización del sector más conservador de la APM condujeron a una limitación lamentable en el desarrollo de aquel proceso.

El movimiento asociativo recibido a través de Justicia Democrática y que de algún modo vierte en la Constitución española tiene su origen en la experiencia italiana. Es un movimiento que, en la medida que representa tendencial y efectivamente un eficaz disolvente del complejo jerárquico-burocrático, es garantía de independencia *interna*. Y en cuanto potencia la articulación asociativa en un régimen de autonomía y, por esa vía, la participación plural de los jueces en el gobierno de la magistratura, contribuye a reforzar la garantía de la independencia *externa*.

Por eso, la dimensión asociativa es elemento estructural, constitutivo, orgánico del diseño de juez en esa lectura avanzada de la Constitución a que me refiero; e indisoluble del modelo genuino de Consejo tomado de la Constitución italiana.

El ejercicio de ese derecho de asociación es la forma precisa de participación de los jueces en el asunto público de la política de la justicia. Una forma peculiar de participación, como es particular también el estatuto de las propias asociaciones judiciales y el del mismo juez como ciudadano.

La asociación judicial no es un partido, pero tampoco es un sindicato. En efecto, no se mueve en el ámbito de los sujetos políticos generales; pero tampoco puede circunscribirse a lo reivindicativo-profesional estricto. La difusión del fenómeno asociativo genera una nueva forma de relación entre jueces y de éstos con su órgano de gobierno y un modo también nuevo de presencia de los jueces la sociedad. Asimismo, supone una forma de ingreso limitado de la magistratura en el *sistema político*.

En el modelo napoleónico, el juez no tiene otra dimensión que la puramente funcional. En la práctica es un burócrata, uno más, *al servicio* directo del poder político, del diseño político en acto. Este se transfunde a las resoluciones judiciales, no tanto por el cauce de la legalidad, como, sobre todo, por la vía del control ideológico ejercido a través de la articulación jerárquica y de la administración por el vértice (jurisdiccional y de gobierno, al mismo tiempo) de las expectativas de *carrera* de ese juez culturalmente empobrecido, y confinado como tal en una existencia atomizada.

En el marco constitucional, el juez —que no es

ciudadano pleno por obra del artículo 127 CE— recupera una parte sustantiva de esa condición por la vía del derecho de asociación profesional, en la medida en que éste le convierte en sujeto activo de un nuevo orden de relaciones de orden político-cultural. Entre las que, en el primer desarrollo constitucional, se contaba la contribución a la formación y participación en el gobierno de un poder del Estado.

La prohibición del artículo 127 CE quiere sustraer al juez al juego de los coyunturales intereses y de las opciones político partidistas. Por ese camino —quizá sea verdad que «no hay mal que por bien no venga»— contribuye a reforzar su integración en el marco político-sustancial de la *política de los derechos fundamentales*.

Así, el ámbito de intereses que da contenido al movimiento asociativo-judicial está integrado por:

- Los político-generales en su dimensión no partidista, esencialmente, el área de los derechos fundamentales.
- Los relacionados con las garantías del estatuto del juez y, en particular, la independencia judicial.
- Los derechos profesionales de los jueces en su dimensión más propiamente sindical. (Estos, hay que decirlo, han ocupado un pequeño espacio en la preocupación asociativa).

Es obvio que el modo de aproximación a estas cuestiones admite una variedad de opciones, que se concretarán en otras tantas eventuales posiciones asociativas. Sabido es que mientras que Jueces para la Democracia ha dado prioridad a las cuestiones de derechos y libertades; la APM se ha orientado más hacia temas relacionados con el estatuto judicial, en particular la independencia como independencia *externa*, puesto que nunca ha cuestionado la organización jerárquico-burocrática.

Pero es también claro que el texto del artículo 127 CE demanda un asociacionismo judicial *autónomo*, es decir no formal o informalmente vinculado a opciones políticas de partido. Esta autonomía efectiva del movimiento asociativo-judicial contribuye a crear condiciones favorables a la independencia, en la medida que propicia un clima cultural pluralista, que es, a su vez, una barrera de hecho frente a posibles caídas en el colateralismo partidista. Un asociacionismo de esta naturaleza, político-culturalmente abierto, tiene, por otra parte y en principio, escasos riesgos de cierre corporativo, de degradarse globalmente a puro gremialismo.

Llegados aquí resulta forzoso preguntarse cuáles han sido los desarrollos producidos a contar desde ese punto de partida.

Jueces para la Democracia vivió el triunfo electoral socialista de 1982 con esperanza. Hoy diré que también con ingenuidad. Pero esto no como reproche. Nadie nace enseñado y menos a la experiencia política.

Como en otros momentos similares, como Magistratura Democrática, en Italia, a mediados de los años setenta, como el Syndicat français en los ochenta, Jueces para la Democracia recibió un mensaje que, en el fondo, es el que cualquier fuerza política de gobierno (o con perspectivas de llegar a serlo) dirige a los —que considera *sus*— jueces:

- Desarme político-cultural e integración acrítica en el proyecto.
- La «ley es la ley» y toda legitimidad democrática radica *exclusivamente* en la mayoría que tiene la capacidad de producirla.
- El poder judicial carece de legitimidad democrática.
- En la aplicación de la ley: sólo exégesis y poca Constitución.

El presidente del Consejo General del Poder Judicial, Pascual Sala, lo ha dicho en varias ocasiones de forma harto expresiva: aquí nada de conflicto, «coordinación de poderes».

Por otra parte, el propio poder político socialista hacía su lectura de la nueva situación: el respaldo de tan extraordinario número de sufragios atribuía a su mandato rasgos de misión histórica e implícitamente le confería poderes extraordinarios. Cada acto del nuevo poder tendría carácter en cierto modo constituyente. Ello justificaba la relativización de todos los controles y, sobre todo y con mayor razón, del judicial, *no-democrático* (en un particular sentido de la democracia, lamentablemente aceptado por muchos entre nosotros). En un diseño político como éste, de estirpe marcadamente jacobina, no quedaba mucho espacio para un poder judicial seriamente independiente. (Por cierto que el jacobinismo se contagia... también a los jueces).

Se invocó en apoyo de esta tesis el carácter conservador y franquista residual de la mayor parte de la magistratura. Hoy sabemos que no era exactamente ese el problema, o cuando menos el problema fundamental. No hizo falta esperar al «caso Linaza», con la juez Huerta, para comprobarlo: ya antes supimos —por uno de los ahora procesados de los GAL— que, por ejemplo, investigar en San Sebastián a policías torturadores era hacer «terrorismo psicológico». Y hoy nos consta que el *verdadero problema*, después de la Constitución de 1978, era la existencia de una instancia judicial con aptitud para hacer valer la legalidad —*erga omnes*— desde la independencia.

## EL ANTIMODELO LOPJ 1985

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 representó un golpe de extraordinaria relevancia negativa para el asociacionismo judicial apenas inaugurado y todavía precariamente desarrollado. Y, en consecuencia, también para el crecimiento de la mejor cultura democrática de la jurisdicción y de la independencia judicial.

Las asociaciones judiciales —al cambiar el sistema de elección de la componente judicial del Consejo— dejaron de ser un elemento orgánico del sis-

tema de gobierno de la magistratura, que resultó fagocitado por el sistema de partidos. Perdieron una parte esencial de su carácter de instrumentos de participación, de agentes del pluralismo institucional. Pasaron a depender fácticamente de aquéllos, convertidos —sin mediaciones— en el único cauce de acceso al órgano de gobierno de la magistratura, es decir, al principal centro de elaboración y difusión de la política y la cultura judicial.

De esta manera se produjo —tendencial y, enseguida, prácticamente— una indeseable *repolitización partidista* del movimiento asociativo. El acceso del juez asociado —como juez— al órgano de gobierno de la magistratura se hace pasar por el partido, pero de manera informal, subrepticia. Hay que estar sin estar *con/en* el partido.

Por otra parte, la forma en que este sistema incide sobre la asociación es bien conocida: condiciona la propia dinámica, enrarece las relaciones internas, genera adhesiones interesadas, divide. Sobre todo, pone en manos de los partidos —de las ejecutivas de los partidos— un instrumento de extraordinaria eficacia distorsionadora<sup>1</sup>.

Después, tiene la consecuencia indeseable de que el juez asociado promovido al Consejo no ejerce ninguna representación de la asociación de procedencia, porque, allí, realmente, no se da otra relación efectiva de tal carácter que la que materialmente vincula al designado con el partido designante. O, aún peor, dentro de éste, con quien tiene de hecho el poder de designar.

Con ello, la dialéctica interna del órgano de gobierno se empobrece sensiblemente, se reduce a un único plano, el de la confrontación político-partidista. En el interior del Consejo se reproduce, sin especiales matices, casi mecánicamente, la confrontación política general. Como consecuencia, si la asociación pierde autonomía respecto del partido, al Consejo le sucede lo propio respecto de otros centros de poder político.

Nada mejor para ilustrar lo que se dice que la evocación de ejemplos como: la predesignación política extraparlamentaria de los presidentes de los dos últimos Consejos, después miméticamente confirmada en su primer pleno, por la inmensa mayoría de los cooptados; el espectáculo del intenso ir y venir del Ejecutivo al Consejo y viceversa, con la *guinda* del «caso Hernández»; la patética imagen del presidente del CGPJ, Pascual Sala, jaleando la fórmula burdamente inconstitucional de «la patada en la puerta»<sup>2</sup>; las significativas confrontaciones internas del Consejo, que siempre se rompe por la línea de *partido*; las vicisitudes del «caso Estevill» y la pragmática toma de posición de los vocales más representativos de entre los que deben su nombramiento al Partido Popular... Y ¿qué decir de los silencios?

Así resulta que, a pesar de las predicadas bonda-

<sup>1</sup> Un buen ejemplo de este tipo de perversiones de la práctica asociativa puede verse en el manifiesto llamado «Documento para un debate interno», promovido por un pequeño grupo de miembros de Jueces para la Democracia, caracterizado por su proximidad al partido en el Gobierno, para quienes sólo cabía una actitud asociativa correcta: la pura integración acrítica en el proyecto político de la mayoría. Este documento se encuentra recogido en separata del número 5 (1/1992) de *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, junto con otros textos en los que

se le hizo objeto de fuerte cuestionamiento. Discutido en el VII Congreso de la asociación, celebrado en Murcia del 4 al 6 de junio de 1992, fue rechazado por una aplastante mayoría de votos.

<sup>2</sup> Me refiero al *teorema*: «conocimiento fundado es igual a evidencia y ésta, unida a la urgencia, equivale a flagrancia», enunciado por el presidente del CGPJ y recogido por Bonifacio de la Cuadra, en «Sala avala el acceso policial a una casa con conocimiento fundado de un delito», en *El País*, 18 de noviembre de 1991.

des del modelo LOPJ 1985, éste no ha funcionado. El Consejo ha experimentado un imparable proceso de degradación, hasta llegar casi a la pura incapacidad funcional. Por no hablar de la deslegitimación ante sus gobernados, que difícilmente podría ser mayor ni contar con más fundamento.

El sistema de designación ha resultado ser un fracaso. Tanto que en los primeros momentos de la fase del llamado «impulso democrático», desde medios de la mayoría socialista se volvió la vista hacia las asociaciones, considerando la posibilidad de atribuirles alguna intervención en el proceso, en busca de una cierta *relegitimación*. Propuesta ésta paradójica, pero bien ilustrativa y nada desencaminada.

Los efectos constatados en el plano asociativo de la LOPJ de 1985 no son el fruto indeseable de una mala actuación del sistema, sino el resultado esperable y preanunciado de la absorción del gobierno judicial en la dinámica del poder partidista.

## REPENSAR EL ASOCIACIONISMO

Desde mi punto de vista, el actual estado de cosas sólo podría reconducirse al diseño implícito en el modelo constitucional a través de un replanteamiento profundo, mediante el regreso al sistema original, con sufragio proporcional en la elección de la componente judicial. De esta forma, en la línea de lo sugerido por Pizzorusso<sup>3</sup>, se difundiría al máximo la representatividad en el seno de la institución, impidiendo la concentración de poder —innecesaria y peligrosa en un órgano de garantía—, favoreciendo el pluralismo, el dinamismo interno y, en la misma medida, contribuyendo a conjurar los riesgos del colateralismo partidista que con tanta exuberancia se han materializado en la experiencia de estos años<sup>4</sup>. Una reforma de este tenor precisaría de una voluntad política seguramente inexistente. Consecuencia: habrá que moverse en el marco de la actual situación. Y si Jueces para la Democracia no puede modificarlo en sus elementos estructurales, sí puede replantearse reflexivamente su colocación en él.

Juán Alberto Belloch, en una ponencia sobre el asociacionismo judicial publicada hace algunos años<sup>5</sup>, identificaba tres posibles nudos conflictivos en el modo de concebir el movimiento asociativo. Creo que un análisis crítico de su planteamiento puede ser útil a los fines de esta exposición.

Señalaba Belloch, en primer lugar, el conflicto que puede derivarse del contraste entre una opción «estrechamente “judicialista”» y otra «en la que lo fun-

damental es la relación juez-sociedad». Creo que en un debate interno a Jueces para la Democracia ésta no puede ser sino una cuestión pacífica, porque nuestro modo de entender el asociacionismo judicial se inscribe claramente en la segunda de las opciones apuntadas. Como forma singular de participación política que es.

Una segundo punto de posible fricción podría surgir de la confrontación de dos modos de operar en el plano asociativo: el de los inclinados a tratar de «transponer al campo de lo judicial cualquiera de las legítimas opciones partidistas que se desenvuelven en el marco de la política general» y el de los partidarios de que la asociación tenga «su propio discurso». Pues bien, en lo que a mi me consta, es evidente que esa primera opción ha registrado una consistente presencia entre nosotros y, en efecto, ha generado tensiones y ha sido enormemente perturbadora. Ha sido la de la mayoría socialista en el gobierno y su entorno judicial, expresada emblemáticamente en el documento antes citado y en algunas actitudes. Y, sin duda, animada en algún momento por las necesidades autodefensivas de aquél, derivadas del hecho de que, tras de haber carecido de una convincente política judicial durante un dilatado período de tiempo, ha ido a dar con una parte significativa de su política general en el juzgado. En este hecho gravísimo —sería y negativamente condicionante de la ulterior política de la justicia de esta mayoría— radica la clave de lectura que permite entender su desmedido interés por la incorporación de jueces a las listas electorales y a la política activa, en esta última fase.

Un tercer momento de tensión, siempre según Belloch, es el que podría darse entre «quienes conciben el asociacionismo (y, de manera análoga, el CGPJ) a modo de herramienta de trabajo con la que “medir sus fuerzas” ya con el CGPJ ya con el poder Ejecutivo» y entre quienes optan por el “institucionalismo” como metodología elemental del trabajo asociativo. Ser “institucionalista” supone, en este contexto, reclamar el marco institucional para el desarrollo de nuestra actividad», concluía Belloch, que se autodefinía «institucionalista».

Aquí creo que se pone el dedo en la llaga de un problema real, pero bajo la forma de una alternativa que, tal como se plantea, es cuando menos irreal. Me explico.

No sé si sería pensable un movimiento de jueces volcado en la política extra-institucional y echando pulsos a las instituciones; sinceramente, no me resulta fácil de imaginar en nuestro contexto. Pero

<sup>3</sup> A. Pizzorusso, «La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 24, noviembre/1995, pág. 67, nota 18.

<sup>4</sup> Suele oponerse a esta propuesta una objeción estándar, que podría formularse más o menos así: «¿qué aportaría al CGPJ la sustitución parcial de un mecanismo *democrático* de elección por otro *corporativo*?». Pues bien, en pocas palabras: el sistema *mixto* insertaría en aquél el tipo de *dinámica democrática* que demanda una función como la de administrar el ámbito estatutario de los constitucionalmente encargados de ejercer la jurisdicción desde la independencia. Crearla en el CGPJ los presupuestos de una dialéctica interna que, para ser funcional al diseño de la política judicial idónea para *producir* jueces independientes, precisa integrar, como agentes, tanto —y por sí mismos— a quienes ex-

presan directamente los valores centrales de la jurisdicción, como a quienes representan los propios de la soberanía popular. Esto, no por simple yuxtaposición de los exponentes de uno y otro polo como bloques cerrados y compactos, sino generando las condiciones más adecuadas para propiciar, primero, el pluralismo dentro de cada uno de ellos y, así, la existencia, en el órgano como tal, de una tensión múltiple y omnidireccional, apta para conjurar el riesgo de instrumentalizaciones y eventuales dependencias y para asegurar la autonomía funcional que el CGPJ, como institución de garantía, necesita.

<sup>5</sup> J. A. Belloch Julbe, «Notas sobre el asociacionismo judicial», en *Poder Judicial*, número especial (dedicado a «Sistema judicial español: poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial»), págs. 35 y ss.

tampoco me parece compartible la opción definida como «institucionalista» tal como se la diseña, por que el campo de actividad de una asociación (y más si es) como Jueces para la Democracia no puede ser sólo —ni agotarse en— «el marco institucional». Jueces para la Democracia no está *porque no puede legítimamente estar, como tal*, en las instituciones. Algo que no cabe tratándose de un «cuerpo intermedio», de una articulación, no del Estado, sino de la sociedad civil<sup>6</sup>, por más que sus componentes tengan un singular estatuto funcional, que no absorbe, naturalmente, sus posibilidades de actuar y manifestarse como ciudadanos.

Esto es tan obvio como que ni siquiera el poder judicial, que se expresa en el ejercicio independiente de la jurisdicción puede considerarse plenamente integrado en el *Estado-aparato*<sup>7</sup>, en razón de la necesaria efectividad de la garantía de los derechos fundamentales y por exigencias de funcionalidad al principio de legalidad y de éste al de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Es, desde luego, cierto que, en general, caben diversas estrategias en el modo de relación con las instituciones. Una de ellas se concreta, al menos en ocasiones, en el uso instrumental de las mismas<sup>8</sup>. Así, nuestra historia inmediata y la realidad en curso registran elocuentes supuestos de un uso partidista de las instituciones; tanto del lado del partido del gobierno como de algunos de la oposición. Casos de este género se han hecho bien visibles en las vicisitudes de la renovación y de la cobertura de puestos ocasionalmente vacantes del propio Consejo y también de otros órganos. El caso *Hernández* es también de obligado recordatorio al respecto. En los usos ilegales en/de otras instituciones y las actitudes de justificación de esos usos ilegales no hace falta extenderse.

Cabría, a título de hipótesis, un movimiento asociativo *dentro de* las instituciones. En este caso, el marco que lo hiciera posible tendría que estar mucho más cerca de la democracia *orgánica* que de la inorgánica democracia participativa y pluralista que reclama la Constitución.

Hay, en cambio, otra posibilidad de relación con las instituciones, que me parece la más coherente con el dictado constitucional, entendido como aquí se propugna. El juez que se asocia hace uso de un *derecho cívico* (no exclusivamente *profesional*), inherente a su particular estatuto de ciudadano con limitaciones en el plano de la participación política. Y, en esa medida, ejerce tal derecho *desde la sociedad*. No *encerrado* en las instituciones, sino integrando un sujeto colectivo extrainstitucional *para la interlocución con éstas*, en una relación, pues, de exterioridad. Participa, pero *no desde dentro*: desde

<sup>6</sup> Tomo este concepto en la acepción más habitual en la sociología política. Es decir, como señala Bobbio, la que se usa para denotar «la esfera de las relaciones entre individuos, grupos, clases sociales, que se desarrollan fuera de las relaciones de poder que caracterizan a las instituciones estatales». (Voz «*Società civile*», en Bobbio-Matteucci-Pasquino (eds.), *Dizionario di politica*. Utet, Turín, 1993; Tea, Milán, 1990, pág. 1065, por donde se cita. Cfr. también: Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Turín, 1985, págs. 23 y ss.

la autonomía y de un modo que difícilmente podrá dejar de ser potencial y sanamente conflictual. Sobre todo porque, y en esto si me parece que tenía y tiene toda la razón Belloch, «los gobiernos, en todos los sitios [y digo yo que incluido el gobierno de la magistratura], reclaman como presupuesto de su acción de gobierno, el que “se les dejen las manos libres”. Cualquier forma de control es vivida como obstáculo a la eficacia de su acción política, detrás de la cual se tiende a ver, demasiadas veces, o burocracia, o corporativismo, u oscuros designios políticos». Porque «no son los “corruptos” los únicos que abominan del control...» Es por lo que «nuestro modelo constitucional... aspira a un delicado equilibrio de controles».

Creo que es, precisamente, de lo que se trata. Un nuevo sentido de la independencia *interna* exige un diferente estatuto judicial del que el derecho de asociación es elemento estructural, siempre que se ejerza con verdadera autonomía. Esta no significa por definición conflicto, pero sí *capacidad de conflicto*, es decir de elaboración y expresión de las propias opciones en materia de política de la justicia y de lo que en cada caso se considere más conveniente para la defensa de los derechos fundamentales, la independencia judicial y, en general, los intereses constitucionales de la jurisdicción. Así se contribuye al mismo tiempo al desarrollo de la independencia *externa*.

## SEÑAS DE IDENTIDAD

Por eso, no cabe engañarse, una asociación como Jueces para la Democracia nunca podrá tener fáciles las relaciones con el poder, ni siquiera con el *poder amigo*. Y no será infrecuente que sus posiciones críticas frente a éste encuentren momentos de coincidencia relativa con la oposición, incluida la oposición conservadora. Porque no se olvide que los valores constitucionales de la jurisdicción se han manifestado habitualmente como valores *de oposición*.

¿Tendrá Jueces para la Democracia la culpa de que haberse encontrado, *objetivamente y siempre con significativos matices*, más cerca del PP que del PSOE en casos concretos como: el debate de la «ley Corcuera»; la denuncia de la corrupción en medios gubernamentales; el cuestionamiento de la fusión de los ministerios de Justicia e Interior; la exigencia de la transparencia necesaria para perseguir con eficacia el uso criminal de los fondos reservados; el rechazo de un uso oportunista de la presunción de inocencia como garantía de irresponsabilidad política; la valoración negativa de la lamentable sentencia del

<sup>7</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 580.

<sup>8</sup> No es fácil que una asociación judicial pueda imponer este tipo de relación, como no sea en una situación de hegemonía y dándose ciertas condiciones de orden político-general, del tipo de la que propició el sistema electoral mayoritario de la componente judicial, en un régimen de —forzada— unidad asociativa, como el vigente en 1980, que dio a la APM la totalidad de los puestos judiciales en el primer CGPJ. Es bastante más fácil, en la situación actual que una asociación judicial pueda ser ella misma el objeto de un uso político-instrumental.

Tribunal de Conflictos sobre «los papeles de los GAL»? ¿Podría Jueces para la Democracia hallarse a gusto, *sentirse en casa*, en medios político-institucionales en los que, primero, se convive pacíficamente con la corrupción y luego se promueve la impunidad para los corruptos, se difama —que no critica— a quienes ejercen la jurisdicción y se deslegitima a la instancia judicial?

No son los afectos o desafectos coyunturales de los siempre coyunturales amigos o *desamigos* políticos lo que debe dar a Jueces para la Democracia la pauta de la justeza de sus actuaciones. La preocupación debe centrarse en la autenticidad de la toma de posiciones, en la búsqueda de la coherencia de éstas con los principios reflexivamente asumidos como rasgos de identidad. Esto que quizá para otros sea *un lujo que no podrían permitirse*, debe ser, sin embargo, el orden del día, de todos los días, de una asociación como Jueces para la Democracia.

Y ello con independencia de cual sea la fuerza política mayoritaria en las Cámaras, porque no estamos hablando de una cuestión de táctica ni de coyuntura, sino de un planteamiento de raíz, que deberá inspirar la acción asociativa con carácter permanente.

No es que tenga que ser indiferente a Jueces para la Democracia quien gobierne en cada momento concreto. Por el contrario, si quien lo hace es un par-

tido bien dispuesto a dar efectividad a los dictados constitucionales en materia de derechos y de justicia, serán mayores los momentos de encuentro que los de conflicto. Pero por definición habrá que estar en cada caso *a la prueba de los hechos*.

No es cometido de Jueces para la Democracia dar avales, ni apoyos gratuitos, ni sucumbir a los guiños de la oportunidad, sino reflexionar en voz alta sobre los asuntos que estatutariamente le comprometen, con un sólido anclaje en líneas de principio claras y bien definidas. Tanto el apoyo como la crítica tendrán que darse desde la claridad en las posiciones de partida y de las que puedan tomarse en los sucesivos momentos del debate.

Por otro lado y en fin, es diáfano que siendo nuestro campo específico de reflexión y de trabajo el de la política de la justicia y de los derechos nunca será posible (ni sería sensato aunque cupiera) hacer abstracción del marco político general. Nuestro reino *sí es de este mundo, pero lo es de una manera particular*. El ámbito de la política general no puede ser para una asociación como Jueces para la Democracia el lugar de instalación, pero tampoco podría dejar de ser un punto de referencia inexcusable, un dato (desde luego esencial) en el diseño de toda estrategia de defensa de la independencia judicial y de los valores de la jurisdicción que aspire a resultar efectiva.

**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**

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?

Miguel CARMONA

Las cuestiones relativas a la nulidad de la prueba han alcanzado entre nosotros notable relevancia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Basta consultar cualquier repertorio de ésta para darse cuenta de la dimensión incluso numérica del planteamiento de tales cuestiones.

No se trata ahora de resumir el estado de la cuestión sobre la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales, el alcance de la declaración de nulidad a otros medios de prueba directa o indirectamente derivados de aquélla y su exclusión del material probatorio a tener en cuenta por el órgano judicial. Toda esta teoría está en proceso de formación —probablemente lo estará siempre— y, seguramente, necesitada de una teorización profunda que delimite los supuestos de prueba nula y su alcance<sup>1</sup>.

Considero interesante, sin embargo, poner el acento en un tema al que, quizás, se ha prestado menor atención de la necesaria<sup>2</sup>, que es la determinación del momento en que ha de declararse la nulidad de la prueba, la influencia que pueda tener en la decisión final tal momento y el control por vía de recurso de la eventual desestimación de una cuestión previa formulada en un procedimiento abreviado conforme al artículo 793.2 L.E.Crim., pero luego acogida en la sentencia.

El Tribunal Supremo se ha ocupado, tangencialmente, de esta cuestión en la S.<sup>ª</sup> de 7 de abril de 1995, pte. de Vega,<sup>3</sup>. En ella se da cuenta de cómo la Audiencia, cuando se le planteó por la vía del artículo 793.2 L.E.Crim. la nulidad de unos registros domiciliarios y de una grabación videográfica, declaró que no había lugar «de momento» a lo solicitado, sin perjuicio de la que hubiera que resolver en sentencia «examinados los autos con detenimiento, visionado el

vídeo y practicadas las demás pruebas propuestas», a la vista de todo lo cual podría decidir si se daban las infracciones denunciadas o si sólo se trataba de meras irregularidades formales subsanables y subsanadas. De este modo, permitió la práctica de prueba sobre todo lo relativo a unos registros que luego, en la sentencia, fueron declarados efectivamente nulos (no así la grabación videográfica, obtenida en lugares públicos). El recurrente sostenía que la falta de resolución en su momento propició la declaración de culpabilidad y contaminó, por tanto, las demás pruebas practicadas. El Tribunal Supremo recordó la doctrina jurisprudencial sentada con ocasión del Auto de 3 de febrero de 1993<sup>4</sup> y la S.<sup>ª</sup> de 13 de diciembre de 1992<sup>5</sup> según la cual es correcto aplazar la decisión, que puede adoptarse en el incidente previo, hasta el momento de dictarse sentencia «siempre que existan razones objetivas para ello».

Quizás en esta última frase entrecomillada esté el quid de la cuestión.

En el momento inicial del juicio oral, cuando se plantea cuestión previa incidental sobre vulneración de derechos fundamentales en la obtención de determinada prueba, no se ha practicado aún prueba alguna. Sólo se cuenta, por lo tanto, con el material recogido durante la instrucción, del cual, en muchos casos, no resulta de modo claro la vulneración denunciada. Es posible encontrarse, por ejemplo, con entradas y registros que, en el atestado, se legitiman acudiendo a una flagrancia que, *prima facie*, existe, tal como se relata lo sucedido en el atestado, pero puede llegarse luego a la conclusión de su inexistencia una vez practicada la prueba. En este caso, no cabría declarar la nulidad probatoria en fase preliminar, pero sí se declarará luego en la sentencia<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> La «frontera» en estos momentos esta, seguramente, situada en los requisitos de licitud de las «retenciones» y los cacheos y otros registros personales más o menos íntimos, en los que resulta ciertamente preocupante la admisión general por parte del Tribunal Supremo de la sospecha e incluso la intuición policial como fuente legitimadora de cualquier forma de intervención sobre la persona del sospechoso. En este campo se ha llegado incluso a la legitimación *a posteriori* por el propio éxito de la medida.

<sup>2</sup> Al menos entre los juristas. Si ha sido examinado en el ámbito de la psicología.

<sup>3</sup> Los fundamentos jurídicos de la sentencia citada pueden consultarse en *Actualidad Aranzadi*, núm. 196, de 4 de mayo de 1995, y *Rep. Aranzadi*, RA 2885

<sup>4</sup> *Rep. Aranzadi* 855.

<sup>5</sup> *Rep. Aranzadi* 372/93.

<sup>6</sup> En la Sec. 7.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla se planteó el 19 de septiembre de 1995 la pretensión, en vía previa, de nulidad de una grabación de vídeo cuyo visionado se había pedido como prueba por el Ministerio Fiscal y admitido por el Tribunal. La petición de nulidad se fundaba en que la grabación incluía imágenes captadas en lugar cerrado y que, por tanto, vulneraban el derecho a la intimidad del acusado. Con independencia de la tesis que se sostenga sobre si una grabación de estas características vulneraría o no el derecho fundamental alegado, lo cierto es que para decidir si se daba o no el supuesto fáctico en que se basaba la petición de nulidad resultaba imprescindible el mismo visionado de la cinta. El Tribunal desestimó la pretensión, pero cabría preguntarse en qué medida hubieran influido en

Lo que ocurre es que la declaración de nulidad en una u otra fase no tienen los mismos efectos. La misma STS de 7/4/95 que se comenta llega a sostener que

«si el registro hubiera sido declarado nulo previamente, y la norma no obliga a ello, tal se viene diciendo, *entonces efectivamente hubiera sido ilícita también la confesión hecha en el juicio*, ya que las armas de fuego [encontradas en el registro] carecerían de existencia legal en el proceso, sin que en consecuencia la confesión pueda convalidar un acto radicalmente nulo».

Resulta, ciertamente, muy duro aceptar, por un lado, que es igualmente válido que la declaración de nulidad se lleve a cabo en fase previa o en la sentencia, para, inmediatamente después, descubrir que si hubiera precedido la declaración de nulidad no hubiera sido válida la confesión sobre unas armas que «carecerían de existencia legal» y, por ello, la sentencia hubiera sido absolutoria en vez de condenatoria. La solución coherente, a mi juicio, sería la contraria. Una vez declarada la vulneración de derechos fundamentales, tal declaración origina, ex artículo 11.1 LOPJ no sólo la nulidad de la prueba directamente afectada por la vulneración, sino también la de toda aquella que, directa o indirectamente, se deriva de ella, incluida la confesión sobre la tenencia de las armas irregularmente aprehendidas, cualquiera que sea el momento en que se lleva a cabo tal confesión, a cuyos efectos es indiferente que se haya prestado antes o después de la declaración de nulidad siempre que, como resulta evidente del contexto, tal confesión no se hubiera prestado de no haberse aprehendido las armas. Esta es, por otra parte, la doctrina que se desprendería del auto *Naseiro* de 18 de junio de 1992, en el cual la declaración de nulidad de las grabaciones telefónicas arrastró la de las declaraciones prestadas «con todas las bendiciones» por los acusados a raíz de ellas.

Sin embargo, una sentencia reciente del TC, la 86/1995, de 6 de junio (pte. Gimeno Sendra), puede suponer un punto de inflexión en los tan traídos y llevados frutos del árbol envenenado, al admitir la validez de la confesión del reo derivada de una prueba nula. Se trataba —cómo no— de un supuesto de tráfico de drogas. Se produce una intervención telefónica sin mandamiento judicial válido, que ya fue declarada nula por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de octubre de 1992, en la cual, pese a ello, se confirmó la condena del acusado por estimar el Tribunal que había otras pruebas válidas, concretamente la ocupación material de la droga y la confesión del imputado. El Tribunal Constitucional, ante el que se recurre en amparo contra la condena, empieza, como hace habitualmente, por recordar la doctrina que ya tiene establecida sobre la prueba nula, conforme a la cual

«una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE... hemos de concluir que todo elemento

probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria» (STC 85/1994, f.j. 4º).

El TC sigue razonando que, contra lo que pretendía el Ministerio Fiscal, existe una relación de causalidad entre la ocupación de la droga y la observación telefónica ilícita, ya que ésta fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo, el lugar en el que lo haría y el vehículo en el que se realizaría el traslado, lo que llevó a su detención y la intervención de la droga. De ello concluye que la prohibición probatoria se extiende también a esta ocupación. Sin embargo, estima que no queda viciada por la ilegalidad originaria lo que llama la «evidencia derivativa» constituida por la confesión del recurrente, con el argumento de que «pudiendo negarse a declarar, o limitarse a alegar su desconocimiento de los objetos incriminatorios intervenidos en su poder, reconoció paladinamente haber sido detenido cuando conducía el vehículo... en cuyo interior llevaba... 25 kg de hachís».

Lo curioso es que el mismo TC reconoce que tal confesión «difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito». Pero él mismo se tranquiliza al señalar que su validez «no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante».

En un más difícil todavía, resulta que la primera declaración, en la que reconocía el hecho, se le tomó por la Guardia Civil sin instrucción de derechos y sin asistencia letrada. También se reconoce por el Tribunal Constitucional que «en principio (??) tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado». Pero, al parecer, la ratificación ante el Juzgado y la declaración luego en el acto del juicio sana ya todos los defectos habidos y por haber.

En resumen, pelillos a la mar. Si la lectura que hago de esta sentencia es correcta, poco importa que a través de una intervención telefónica ilícita se llegase a conocer el alijo y, con él, a la ocupación del hachís y la detención del transportista, y que luego se tomara al detenido una declaración sin instrucción de derechos y sin abogado, en la que él, ante tal evidencia, reconoció su participación. Por supuesto, no vale la intervención, tampoco vale la ocupación y tampoco vale esa primera declaración. Pero si luego el mismo acusado, convencido el incauto de él de que le habían pillado con las manos en la masa y a lo mejor hasta aconsejado de que era mejor «colaborar con la justicia» confirma tal participación en el Juzgado —y hasta da el nombre de su socio, también condenado por ello— ya da todo igual. Se acabó la nulidad probatoria. Ya tenemos una prueba válida y podemos condenar tranquilamente.

La sentencia no aventura directamente, como hace con más ingenuidad el Tribunal Supremo el 7 de abril de 1995, cuál hubiera sido la posible con-

la convicción judicial unas imágenes que captaban transacciones de drogas, en el caso de que después, en la sentencia, se hubiera decretado la nulidad de la prueba (Agradezco la informa-

ción anterior al Magistrado de dicha Sección señor Romeo Laguna).

ducta del acusado de haber conocido, antes de declarar, que la prueba que le inculcaba tan directamente era nula. Pero lo deja traslucir: los «motivos» que tuviera para confesar no importa. Lo único que importa es que confesó.

La conclusión, inevitable, es que, diga lo que diga el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es eficaz.

La eficacia, de hecho, de la prueba nula estaría en:

a) La posibilidad de práctica de otra prueba en el juicio oral sobre los mismos hechos.

Esta otra prueba, como tal, no está viciada por la nula pero, de modo indudable, sin ésta no se hubiera practicado. La STS de 7 de abril de 1995 hace explícito el razonamiento: si se hubiera declarado previamente la nulidad del registro y la inexistencia legal de las armas en él aprehendidas, no se hubieran podido formular sobre ello las preguntas sobre su tenencia en las que el acusado la reconoció.

b) La influencia psicológica de la prueba prohibida en el ánimo del Tribunal y en la formación de su convicción.

Pero el alcance de la falta de una declaración oportuna de nulidad puede ser aún mayor y afectar también a supuestos en los que no se ha producido ninguna prueba derivada de la nula y, por tanto, no está en juego savia de árbol alguno. Se trata de la eficacia probatoria de hecho de la prueba nula. No cabe duda que el Tribunal, por mucho que luego declare nula la prueba, ha quedado psicológicamente influenciado por ella. De este modo, será difícil eludir la tentación de valorar la prueba válida restante teniendo en cuenta el resultado de la declarada nula. Un ejemplo de tal proceso mental sería: el registro es nulo por haberse llevado a cabo sin mandamiento judicial, pero a través de él sabemos que allí había droga; luego tiene plena credibilidad el testigo que dice que la llevó allí, o que compró allí en otras ocasiones y condenamos sobre la base de la declaración, válida, de tal testigo. Una motivación jurídica que, omitiendo la incidencia de la prueba nula, razonase la condena por la credibilidad que le merece al Tribunal la declaración del testigo sería irreprochable y difícilmente rebatible en vía de recurso. Pero nunca podrá saberse si el Juez o Tribunal hubiera otorgado la misma credibilidad a esa declaración de haber sido, realmente, la única base disponible para formar su convicción. Puede sostenerse, sin duda, que, en muchas ocasiones no hubiera bastado para la condena tal prueba válida de no haber sido por el conocimiento extraprocesal que proporcionaba la nula.

Cualquiera de estos dos efectos son indeseables. La eficacia, directa o indirecta, de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales atenta contra la esencia misma de la prohibición probatoria. No puede olvidarse, en este sentido, que la «exclusionary rule», o falta de validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos, tal como ha venido formulando por el Tribunal Supremo de los EE.UU. desde sus orígenes en el caso *Mapp v.*

*Ohio*<sup>7</sup>, tiene, como principal fundamento, la necesidad de asegurar el respeto a las garantías constitucionales del único modo efectivo, que es eliminar todo incentivo para su vulneración: habrá menos posibilidades de que los funcionarios policiales caigan en la tentación de obtener pruebas a cualquier precio si carece de todo valor la prueba ilegalmente conseguida.

Resulta, pues, necesario evitar, en la medida en que sea posible, la práctica en el acto del juicio tanto de pruebas nulas como de pruebas que derivarían directa o indirectamente de ellas. Y el único medio procesal para evitarlo consiste en contar en el momento de planteamiento de la cuestión, si ello tiene lugar en fase previa en el acto del juicio, conforme al artículo 793.2 L.E.Crim., con los máximos elementos de juicio para decidir sobre ello, sin posponer la decisión a la sentencia.

Se vuelve así al razonamiento inicial. ¿Qué ocurre si, en ese momento, los elementos de juicio disponibles no son suficientes para decidir sobre la vulneración constitucional alegada?

Los sistemas procesales de tradición británica cuentan para solucionar este problema con una institución peculiar, el llamado «*Voire dire*», o «*trial into the trial*» (juicio dentro del juicio). Planteada una cuestión de validez probatoria el Juez, sin el jurado presente, la examina y resuelve, incluso practicando prueba sobre ello. La prueba se practica a los únicos efectos de resolver sobre la validez del medio propuesto y carece de toda eficacia fuera del incidente.

¿Podría introducirse algo parecido en nuestro sistema procesal? Ciertamente, el artículo 793.2 no lo prevé. Tampoco lo prohíbe. Su articulación procesal sería, ciertamente, difícil. ¿Qué prueba se podría practicar en el incidente?, ¿quién tendría aptitud para proponerla?, ¿qué eficacia probatoria sobre el fondo tendría la prueba practicada? La trascendencia de la nulidad probatoria y de los posibles efectos de hecho de la prueba prohibida exige, sin embargo, plantearse, como mínimo, tal posibilidad. Ciertamente, con ello no se va a evitar la «contaminación» por el impacto psicológico de la prueba nula, ya que quien practicaría la prueba sobre la posible vulneración de derechos sería el mismo Tribunal que luego va a presidir el juicio y presenciar las pruebas que en él se practiquen. Pero sí va a evitar que se practique en el juicio prueba derivada a través de la cual se eluda el efecto indirecto de la vulneración de derechos y, con él, que el artículo 11.1 de la LOPJ despliegue la plenitud de sus efectos.

Sin embargo, alguna resolución reciente del Tribunal Supremo no sólo parece cerrar de plano esta posibilidad, sino que incluso introduce elementos de aún mayor confusión.

Se trataba entonces del supuesto inverso, esto es, una declaración de nulidad en la fase previa del juicio, con la eficacia inmediata de excluir la prueba cuestionada y las que de ella se derivaron, y que luego, por vía de recurso, se estima que era válida.

La cuestión se planteó, con trascendencia en los medios de comunicación, en el llamado «caso Go-

<sup>7</sup> 367 US 643 (1961).

rostiza», que fue objeto de la STS de 6 de marzo de 1995<sup>8</sup>. El Tribunal que presidió el juicio, la Sec. 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, había declarado, en auto dictado en fase previa y por el cauce del artículo 793.2 LECrim., la nulidad de la grabación de las conversaciones que el acusado, abogado, había mantenido con presos condenados por actividades terroristas. De modo consecuente, rechazó la admisión de todas aquellas pruebas que se derivaban de tales grabaciones, especialmente la audición de las cintas y las preguntas a testigos relativas a la forma en que se remitieron, se transcribieron y se tradujeron y a su contenido.

El Tribunal Supremo, por el contrario, estimó, ante el recurso interpuesto por las acusaciones, que la obtención de grabaciones no vulneraba los derechos fundamentales del acusado, que, por ello, eran legítimas y que, en consecuencia, las cintas constituían un medio válido de prueba que no debió excluirse, al igual que debieron admitirse las demás pruebas que se derivaban de ellas.

No es de interés para este opúsculo el análisis de la validez o nulidad de tales grabaciones. Pero sí lo es tanto el juicio que le merece al Tribunal Supremo el auto dictado por la Audiencia como las consecuencias que extrae de su declaración de validez.

En el primer aspecto, el TS dice, literalmente, en el f.j. 1º, lo siguiente:

«No cabe duda que el auto de la Audiencia Nacional de 20 diciembre 1993 fue extemporáneo, pues el planteamiento formal de la cuestión que decidió negativamente tal resolución tuvo lugar en el pórtico del juicio oral de un procedimiento abreviado y al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige dar una respuesta «*in actu*» y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa».

Desde luego, el párrafo no pueda causar sino estupor. En primer lugar contradice, de modo patente, la propia conducta de la Sala 2ª del TS en los casos en los que ha sido Tribunal de enjuiciamiento. Basta recordar que en el llamado «caso Naseiro», no sólo suspendió el juicio para dar respuesta a las cuestiones planteadas —lo que ahora se critica expresamente, llegando a tachar el auto de «extemporáneo» (?)—, sino que las resolvió por una muy extensa y motivada resolución, el auto de 18 de junio de 1992, contra el que, además, admitió y resolvió recurso de súplica<sup>9</sup>. Pero, lo más grave, es que el Alto Tribunal censure que la Audiencia haya dictado una resolución «motivada y extensa», a través lo cual parece invitar a que nada menos que la nulidad probatoria se resuelva de plano y de forma breve e inmotivada.

Hay que tener en cuenta que, si el Tribunal del juicio declaró la nulidad probatoria la consecuencia de la estimación de un eventual recurso contra tal decisión no puede ser otra que la nulidad del juicio ce-

lebrado y la necesidad de celebrar otro con una Sala diferente. La solución, inevitable, supone, sin duda, una grave contrariedad para el funcionamiento del órgano y para el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Es indudable que se trata de una disfuncionalidad que ha de tratarse de evitarse. Por ello resulta asombroso que el TS diga que da igual cuándo se declare y que, incluso, propugne una resolución de plano, rápida e inmotivada.

Hay que decir, sin embargo, en honor a la verdad, que el párrafo transcrito tiene todo el aspecto de una traición del subconsciente y que no supone un cambio jurisprudencial. Basta para cerciorarse de ello con comprobar que, de modo casi simultáneo, por STS de 6 de marzo de 1995<sup>10</sup> la misma Sala 2ª del TS se pronuncia en términos implícitamente elogiosos la actitud de la Sección 5ª de la Audiencia de Barcelona que, cuando se le planteó una cuestión similar sobre la validez de una intervención telefónica y la eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas, suspendió el juicio, resolvió al día siguiente por auto «extensamente motivado», y admitió y resolvió recurso de súplica en el que confirmó su resolución anterior<sup>11</sup>.

Esto es, pues, el «estado de la cuestión» en el procedimiento abreviado. Pero, ¿qué ocurre en el procedimiento ordinario por delito?

La STS de 6 de octubre de 1995<sup>12</sup> estudia la alegación del recurrente quien, sobre la base de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución, sostenía que la cuestión previa que había planteado sobre nulidad de la prueba derivada de una intervención telefónica ilícita debió examinarse con tal carácter previo, aunque no se estuviera en un Procedimiento Abreviado, sino en un proceso ordinario y no fuera, por tanto, aplicable el artículo 793.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal. El TS rechaza la alegación, con el argumento de que tal precepto sólo es aplicable al procedimiento abreviado y que, además, ni siquiera en éste es preclusivo el momento para su apreciación, conforme a la doctrina sentada en la ya citada STS de 3 de febrero de 1993. No existe, sin embargo, dato alguno en la propia sentencia del que pueda derivarse que la falta de resolución previa sobre la posible vulneración del artículo 18.3 de la CE, que además fue luego desestimada sobre el fondo tanto por la Audiencia como por el Tribunal Supremo, hubiera tenido otras consecuencias. Cabría preguntarse, sin embargo, qué habría ocurrido en caso contrario, esto es, en caso de estimación posterior de la infracción constitucional y práctica, pese a ello, de prueba derivada de tal infracción. ¿No será necesario estudiar la posibilidad de una resolución de la nulidad probatoria alegada en fase previa?

Pero si la cuestión es trascendente en el juicio ante un Tribunal de Derecho, resulta ya capital ante un Tribunal del Jurado. Al juez profesional puede exigírsele que intente abstraer al formar su convic-

<sup>8</sup> (RA 1808). Martínez-Pereda.

<sup>9</sup> Yo estimo que, por la misma naturaleza de la resolución, no es admisible el recurso de súplica, sin perjuicio, claro está, de la impugnación del contenido de la resolución con ocasión del recurso que se interponga contra la sentencia.

<sup>10</sup> RA 1809, Carrero.

<sup>11</sup> Ya se ha expuesto los motivos por los que, otros Tribunales, como la Sec. 1.ª de la Audiencia de Sevilla ha estimado, en los casos en que se han planteado, que la resolución no es susceptible de un recurso autónomo.

<sup>12</sup> RA 7595, pte. de Vega.

ción, la influencia psicológica que pudiera tener la prueba nula. No sería fácil, pero entraría en su profesionalidad. Pero al juez lego no se le puede ir con florituras procesales. No se puede pretender honradamente que, una vez practicada ante él la prueba nula, o la derivada directamente de ella, vaya a hacer abstracción de ella por mucho que el Magistrado-Presidente le asegure que debe haberlo así. Si en el juicio le han estado hablando todos los testigos del hallazgo del cuchillo homicida en casa del acusado, no va luego a olvidarse de ello si resulta que el registro vulneró la inviolabilidad del domicilio. Las consecuencias inversas serían igualmente graves. Ante la eventual revocación de una declaración inicial de nulidad probatoria la necesario repetición del juicio sería aún más disfuncional: inscripción en el alarde para un nuevo período de sesiones, nueva selección de jurados, nuevo juicio, incluso nuevo recurso, etc.

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, enfrenta la cuestión de forma, a mi modo de ver, correcta, al prever de modo expreso en el artículo 36.1,b) que las partes, antes de la constitución del Tribunal, podrán plantear al Magistrado-Presidente, como cuestión previa, la posible vulneración de un derecho fundamental. Ello da lugar a un incidente procesal en sentido estricto, que se resuelve por los trámites incidentales de las cuestiones previas de los artículos 666 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la posibilidad expresa de práctica de prueba documental, regulada en los artículos 668 a 672. El auto que se dicte sobre ello es, además, susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, conforme al nuevo artículo 846 bis a) L.E.Crim.

Pues bien, abierta la posibilidad de un examen incidental de la posible nulidad probatoria, al modo del citado «voire dire» británico, la pregunta inmediata es por qué se ha limitado la posibilidad de prueba en el incidente a la documental, con exclusión expresa de la prueba testifical (último párrafo del art. 972), cuando ésta podría resultar trascendente para una resolución correcta de la cuestión planteada. Hay que tener en cuenta que, en este caso, la cuestión previa la resuelve un órgano distinto al que luego va a decidir sobre la prueba. No se produciría problema alguno de «contaminación» —naturalmente, lo practicado no accedería en modo alguno al Tribunal del Jurado— y, aquí la declaración previa de nulidad va a desplegar todos sus efectos: va a evitar tanto la influencia extralegal de la información suministrada por la prueba nula, como la práctica de otras pruebas derivadas de la anterior.

## CONCLUSIONES

Conforme a la tesis que se sostiene en este artículo, se pueden sentar como tales las siguientes:

- 1º. No existe preclusión, ni para las partes a la hora de denunciar la vulneración de derechos fundamentales ni para el Tribunal a la hora de apreciarla. La denuncia se puede realizar tanto en fase de cuestiones previas como en fase de calificación definitiva e informe pos-

terior. Del mismo modo, la falta de estimación de una cuestión previa no impide la apreciación de la vulneración de derechos en la sentencia y la consiguiente declaración en ella de la nulidad de la prueba practicada.

- 2º. Propuesta, sin embargo, y en caso de estar fundada, el Tribunal está obligado a estimarla, sin que le sea lícito posponer la declaración de nulidad probatoria al momento de la sentencia, permitiendo la práctica de pruebas nulas.
- 3º. La falta de estimación de la cuestión no puede llevar consigo la validez de pruebas que no se habrían practicado —o no habrían tenido ese resultado— de haberse estimado la nulidad previa solicitada, ya que ello ocasiona una real y efectiva indefensión, dando lugar, por tanto, a nulidad conforme al artículo 240,2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 4º. No se produce, sin embargo, nulidad procesal alguna cuando, con los datos disponibles en el momento de la alegación previa, ésta no resulta estimable, aunque luego, una vez practicada la prueba, se demuestre que hubo efectivamente vulneración de derechos fundamentales (sería, p.ej., el caso de una entrada y registro que, según los datos de la instrucción, se produjo en unas condiciones de flagrancia que luego se demuestra en el juicio oral que no fueron tales). En este caso no hay nulidad pero, una vez declarada la vulneración constitucional, ha de dársele su eficacia lógica que, al menos, habrá de ser la misma que hubiera tenido de haberse apreciado en su momento.
- 5º. La trascendencia de la declaración haría aconsejable, en los casos de duda y si así lo proponen las partes, la práctica de prueba sobre la cuestión previa, al modo del *voire dire* anglosajón, prueba cuya eficacia se limita a la decisión de la cuestión y que carece de valor respecto del fondo. Es necesario, sin embargo, profundizar en la articulación procesal concreta de tal posibilidad.
- 6º. También resulta necesario estudiar la posibilidad de apertura de un cauce de resolución de este tipo de cuestiones, con carácter previo, en el proceso ordinario por delito.
- 7º. En los supuestos de juicio ante el Tribunal del Jurado, la necesidad de resolver la cuestión en fase previa y de disponer en ella de todos los elementos de juicio necesarios para tal resolución resulta, si cabe, más evidente. La LOTJ arbitra de modo expreso un incidente previo a la constitución del Tribunal, que se ventila ante el Magistrado-Presidente, con posibilidad de práctica de prueba. La previsión legal supone un evidente progreso respecto a la regulación contenida en el procedimiento abreviado, que a su vez ya avanzaba una posibilidad no contemplada en el proceso ordinario por delito. Cabe, sin embargo, preguntarse por la justificación de una restricción de prueba en tal incidente como la que se deriva del párrafo último del artículo 672 de la L.E.Crim.

# Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial

Mario RUIZ SANZ

*«El interés de la justicia no se mide solamente con arreglo al valor del objeto en litigio, sino también según el valor ideal del derecho»*

(R. von Jhering, *El fin del Derecho*)

## I. EL JUEZ EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Resulta hasta cierto punto banal afirmar que corren tiempos de cambio y transición hacia nuevos modelos de organización política y social. No sólo respecto a la noción de soberanía estatal —o nacional— acontece la llamada «crisis de gobernabilidad», sino que tal crisis embarga a los tres poderes clásicos, configurados en su día por Locke y Montesquieu, que han caracterizado y definido las relaciones jurídico-políticas del Estado de Derecho en sus diferentes formas históricas<sup>1</sup>. Las relaciones entre los tres poderes han variado a través de las diversas manifestaciones del Estado de Derecho, pese a que tal división —mejor distinción— sea una de las características fundamentales e irrenunciables que definen y articulan la necesaria relación entre el Derecho y el Poder, pero no deja de ser menos cierto que la continua tensión —incluso conflicto— entre ellos mantiene inequívocamente vivo el modelo de Estado democrático actual. No obstante, y con respecto al poder judicial en concreto, no puede dejar de reconocerse que nos encontramos sin lugar a dudas ante una notable «crisis de justiciabilidad» en los sistemas del Derecho codificado de la Europa continental.

El mecanismo de decisión judicial propio de la modernidad, nacido a la luz del Estado liberal de Derecho y dominante en nuestra cultura jurídica tradicional, ha padecido una paradójica transformación a lo largo del progresivo asentamiento del Estado social: mientras que el razonamiento judicial se ha mantenido incólume e invariable en los ordenamientos positivos marcado por su forma silogística (simplificado a través de su estructura lógica en dos premisas y una conclusión: norma, hecho y resolución), el rol social del juez ha sufrido un lento pero profundo cambio. Una de las características que definen al Estado asistencial de nuestros días es la dejación de los problemas del individuo al Estado, que tiene que resolver casi todos los asuntos personales, en ocasiones hasta los más íntimos. No sin cierto desapar-

pajo, los llamados «nuevos liberales» utilizan la metáfora del «gran hermano» (*big brother*) al que recurrimos para solucionar nuestros pequeños problemas. Así pues, no resulta extraño que la progresiva hipertrofia legislativa y reglamentaria que ha venido produciéndose en el Estado social de Derecho haya determinado, en general, el cambio de función de los operadores jurídicos.

No cabe pasar por alto algunas propuestas, tanto teóricas como prácticas, que han alzado su voz contra ese modelo de juez decimonónico y formalista cuya labor pretende asemejarse a la de un estricto científico convencido de que dispone del instrumental adecuado e incluso perfecto (las normas jurídicas) para resolver cualquier situación que pueda plantearse. Desde la propia ciencia jurídica, las teorías hermenéuticas han puesto de relieve la importancia de la interpretación jurídica como momento intermedio y autónomo entre la creación y la aplicación de las normas. Con ello, la labor del juez no quedaría sólo circunscrita a la aplicación del Derecho, sino que cobraría una mayor importancia la interpretación del mismo. De esta manera, pretende ponerse en evidencia el lastre histórico de una neta separación entre el poder judicial y los otros dos poderes. Bajo la manida proclamación de las señas de identidad de la judicatura como poder «independiente», se esconde una toma de posición ideológica que no deja de ser una de las lacras que acompañan —y hasta encubren— la idiosincrasia de la profesión del juez. Como ejemplo de crítica incisiva a esta forma de concebir la función judicial, aparecieron en Italia sobre la década de los años setenta diversas propuestas, tanto de juristas teóricos como prácticos, denominadas de forma genérica «uso alternativo del Derecho»<sup>2</sup>, con cierta repercusión en España<sup>3</sup>, que intentaron mostrar que el trabajo del jurista no se circunscribe al limbo de lo «científico», sino que los jueces llegan a convertirse en actores políticos. El mérito de tales teorías consistió en llamar la atención sobre la verdadera función de los jueces en un Estado democrático de Derecho. La vertiente metodológica de estas teorías, es decir, la puesta en duda del carácter científico de la jurisprudencia, aunque

<sup>1</sup> Sobre los diferentes modelos históricos del Estado de Derecho (liberal, social y democrático), véase el libro de Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, ed. Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1966 (8.ª ed. revisada, en ed. Taurus, Madrid, 1981).

<sup>2</sup> VV.AA., *L'uso alternativo del diritto* (2 vols., P. Barcellona, dir.), Laterza, Bari, 1973.

<sup>3</sup> VV.AA., *Sobre el uso alternativo del Derecho* (artículos de N. López Calera, M. Saavedra y P. Andrés Ibáñez), Fernando Torres ed., Valencia, 1978.

ya de larga tradición, quizás sea su aportación más interesante. En este sentido, lo más destacable y recuperable de la corriente «alternativa» es su concepción del Derecho como producto dialéctico, fruto de la contradicción social. La afirmación de su dimensión conflictual perfila acertadamente el inequívoco carácter ideológico de la actividad de los juristas prácticos. Una mayor implicación —o compromiso— de los jueces en la adopción de decisiones no puede ser lavada —y menos justificada— en pos de la «solución técnica», disfrazada en muchas ocasiones por una «seguridad jurídica» mal entendida<sup>4</sup>. El reconocimiento de una función «alternativa» de la jurisprudencia es algo que todavía queda por introducir no sólo en la opinión pública, sino incluso dentro de la misma judicatura.

## II. JUECES Y SIMBOLOS

F. Ost, en un interesante artículo<sup>5</sup>, ha explicado con extraordinaria plasticidad los modelos paradigmáticos de juez propios del Estado liberal y social de Derecho. Este autor ha utilizado un símil mitológico para crear una «imaginaria judicial». Así, llama «juez Júpiter» al juez convencional o tradicional del formalismo o positivismo legalista, «garante jupiterino de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema». Su racionalidad es extremadamente deductiva y lineal, supeditada al mito del legislador racional, omnisciente, omnipresente y universal, idealizado a través de una ficción secularizada de «poder divino», creador indiscutible así como capacitado para dotar al juez del instrumento idóneo y perfecto (el Código) con el que solucionar cualquier caso real<sup>6</sup>. En este sentido, la certeza del Derecho quedaría más que garantizada y certificada<sup>7</sup>.

Por otro lado, denomina «juez Hércules», con expresa referencia a la teoría jurídica de R. Dworkin<sup>8</sup>, al juez característico del Estado social, inventor del Derecho por necesidad, presa de una racionalidad inductiva, y en este sentido, hasta creador de la norma a aplicar. La influencia de un matizado «judicialismo» a la norteamericana se deja notar. No obstante, y sin necesidad de recurrir a una abierta discrecionalidad judicial, lo que sucede dentro de un Estado social desarrollado es que a la tradicional función del juez como órgano adjudicatario de decisiones se le han venido uniendo otras funciones que le confieren el carácter de mediador o de árbitro en los conflictos sociales. Por este motivo, el juez acaba consagrándose como un «héroe», ya que le son

atribuidas las más diversas empresas o «trabajos» por resolver.

Volviendo sobre el artículo citado, aquel mismo autor propone un modelo alternativo de juez. Frente a los dos modelos radicalmente extremos y opuestos, representados por los augures jupiterinos frente a los persistentes y esforzados hercúleos que pretenden redimirse por su abnegación y trabajo constante, F. Ost se refiere al juez «hermeneuta», simbolizado por la figura de Hermes, mensajero de los dioses, protector de viajeros y comerciantes, siempre en movimiento; a la vez en el cielo, en la tierra y en los infiernos, «mediador universal», «gran comunicador». Hermes se convierte en el juez reflexivo, discursivo, que integra la norma o regla con el hecho; en resumidas cuentas, en él se conjugan «el orden y el desorden, la letra y el espíritu, la fuerza y la justicia».

Convendría, pues, indagar en las posibilidades interpretativas de las que dispone el juez actual. Quizás habría que revelarse contra Júpiter, así como redimir a Hércules, y colocar a Hermes como hermeneuta del Derecho. Pero el primer inconveniente que aparece es la naturaleza dual de Hermes: su ambigüedad constituye una peligrosa arma de doble filo. Protector de los comerciantes y de los ladrones, portador de la palabra divina a los mortales y de las comunicaciones taimadas y corruptas, las mentiras, los falsos juramentos y engaños. Como se ha afirmado de él, «la inventiva, la versatilidad, unidas a la fascinación, marrullería y sagacidad son sus principales características»<sup>9</sup>. Por esta razón, no puede desvincularse a Hermes de los controles de Zeus, su padre. Hermes (juez) no puede convertirse en creador por antonomasia, sino en intérprete-aplicador con amplias posibilidades y márgenes de actuación, dentro de los límites que le impone su obediencia a Zeus (al principio de legalidad, a fin de cuentas). De esta comedida y prudente manera actúa Hermes en su diálogo con Calipo, en un fragmento de la *Odissea* de Homero. Allí exclama Hermes:

«Me preguntas, ¡oh diosal, a mí, que soy dios, por qué he venido. Voy a decírtelo con sinceridad, ya que así lo mandas. Zeus me ordenó que viniese, sin que yo lo deseara: ¿quién pasaría de buen grado tanta agua salada que ni decirse puede, mayormente no habiendo por ahí ninguna ciudad en que los mortales hagan sacrificios a los dioses y les inmolen selectas hecatombes? Mas no le es posible a ningún dios ni traspasar ni dejar sin efecto la voluntad de Zeus, que lleva la égida...»<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Respecto al concepto de seguridad jurídica, véase el libro de A. E. Pérez-Luño, *La seguridad jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1991; así como Peces-Barba, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 261 y ss.

<sup>5</sup> Ost, F.: «Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez» (trad. de I. Lifante), *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, núm. 14, Alicante, 1993, págs. 169 y ss.

<sup>6</sup> Véase sobre la idea del legislador como una ficción jurídico-política, Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1986; Prieto, L., *Ideología e interpretación jurídica*, ed. Tecnos, Madrid, 1987; Calvo, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, ed. Tecnos, Madrid, 1994.

<sup>7</sup> Cfr. De Lucas, J.: «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code Napoléon»,

*Anuario de Filosofía del Derecho* VI (2.ª ep.), Madrid, 1989, págs. 129 y ss.

<sup>8</sup> Sobre este tema, pueden ser consultadas las obras de R. Dworkin, *Los derechos en serio* (trad. de M. Guastavino), ed. Ariel, Barcelona, 1984, y *El imperio de la justicia* (trad. de C. Ferrari), ed. Gedisa, Barcelona, 1988. Véase los comentarios sobre la concepción del juez Hércules de Dworkin, en Prieto Sanchis, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., págs. 66 y ss., así como del mismo autor, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 108 y ss.

<sup>9</sup> Vid. Pérez-Rioja, J. A.: *Diccionario de Símbolos y Mitos* (4.ª ed.), ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 239.

<sup>10</sup> Homero: *Odissea* (ed. de A. López Eire), ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1951, pág. 136.

Por continuar con referencias míticas, V. Frosini recurre a la figura del «demiurgo» platónico para aplicarla a la actividad hermenéutica del juez: «la interpretación jurídica —escribe este autor—, en su figura emblemática (la sentencia), es una operación demiúrgica, determinada por un conjunto de circunstancias y de condiciones (las normas legales) que se comprenden en una relación contextual, resultado de una estructura que establece, entre las partes que la integran, una relación circular de coherencia que finaliza en su consecuencia práctica. El jurista-intérprete actúa como un «demiurgo» que, conforme al mito platónico, transforma la materia preexistente del caos en un cosmos ordenado respecto de las ideas.»<sup>11</sup> La actividad del juez, según Frosini, es «metamórfica»: «la transformación de un conjunto de signos (las palabras contenidas en el texto legal) en otro (las palabras contenidas en la sentencia del juez).»<sup>12</sup> Aparece así la idea de una relación jurídica dialéctica, en este caso, la que se establece entre el legislador y el juez, «desde el mensaje potencial, la ley, a su realización semántica concreta, la sentencia.»<sup>13</sup>

De nuevo, el riesgo se encuentra en la ambigua caracterización de este mito del diálogo *Timeo* de Platón: el demiurgo como posible objeto de especulación filosófica a la que, obviamente, no cabe referirse en este lugar. Tan sólo interesa destacar el rasgo dialéctico que le acompaña, ya que es capaz de producir una metamorfosis constructiva: el demiurgo-juez elabora y construye a partir del material que busca y descubre en el creador-legislador. Se convierte así en un intérprete creativo del Derecho, es decir, en un «órgano de producción jurídica».<sup>14</sup>

Pero estas pequeñas muestras imaginativas de fábula-ficción sobre la función de los jueces en la actualidad no tendrían más que un sentido ilusorio —o meramente estético— si no se hiciera referencia expresa a los cauces institucionales que el ordenamiento jurídico, en este caso el español, contempla como criterios o medios de interpretación judicial. Hagamos, pues, algunas referencias a estos últimos.

### III. LA UNIDAD DE SENTIDO DE LOS METODOS DE INTERPRETACION JURIDICA

Nuestro Código civil recoge el deber inexcusable que tienen los jueces de resolver los asuntos «en todo caso» (art. 1.7º), disponiendo además de una herramienta rígida y formulista: la estructura de la sentencia (hechos probados, fundamentos de dere-

cho y fallo). El silogismo judicial contribuye a facilitar sobremanera una respuesta «mecánica» por parte del juez. Además, resulta significativo que el artículo 117 de la Constitución española de 1978 hable de jueces y magistrados independientes, inamovibles, y únicamente subordinados al imperio de la ley, recordando de esta manera las características propias del juez tradicional<sup>15</sup>. No obstante, el Código civil español, cuerpo decimonónico por excelencia de nuestro ordenamiento jurídico, añade junto a los tradicionales métodos de interpretación diseñados en su día por Savigny, el criterio de que las normas jurídicas sean interpretadas ateniéndose «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1º). Esta disposición permite que las resoluciones de nuestros tribunales puedan forzar el tenor literal de la ley para adaptarse a las necesidades y exigencias sociales. De esta manera, el criterio de interpretación sociológico, junto al teleológico o finalista, puede contribuir en buena medida a dinamizar el sistema jurídico, siempre y cuando los jueces asuman de pleno su función hermenéutica junto a la tradicionalmente decisoria.

Conviene señalar a su vez que la existencia de diferentes criterios de interpretación en el ordenamiento jurídico no significa el establecimiento de un orden jerárquico de aplicación entre los mismos, ni la exclusión apriorística de alguno de ellos respecto a la resolución de un caso concreto. Tal y como explica G. Zagrebelsky, debe partirse del «pluralismo de métodos» en la actividad hermenéutica del jurista práctico: «la búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función de la (dirección de la) búsqueda, dependiendo de lo que se quiera encontrar. El método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado (...). La interpretación no depende de la voluntad del legislador que pretende regularla, sino al revés, y ello por la simple razón de que también esta voluntad debe ser interpretada.»<sup>16</sup> En esta línea, puede afirmarse que no es aplicable un solo criterio sin considerar su estrecha vinculación con los demás. La unidad de comprensión que debe caracterizar a la interpretación del Derecho exige la búsqueda del sentido más adecuado de las normas respecto a los casos particulares. Como afirma de nuevo Zagrebelsky, «la comprensión del caso presupone que se entienda su "sentido" y que se le dé un "valor" a través, precisamente, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete.»<sup>17</sup>

Pero no por disponer de mayores márgenes inter-

<sup>11</sup> Vid. Frosini, V.: *La letra y el espíritu de la ley* (trad. de C. Alarcón Cabrera y F. Llano Alonso), ed. Ariel, Barcelona, 1995, pág. 87.

<sup>12</sup> Vid. *Ibid.*, pág. 104.

<sup>13</sup> Vid. *Ibid.*, pág. 105.

<sup>14</sup> En este sentido caracteriza Luis Prieto la actividad de los tribunales de justicia: «a) que los jueces producen normas jurídicas obligatorias, aun cuando eventualmente se aparten de las prescripciones legales; b) que las mismas son en casi todos los supuestos fruto de la aplicación de estándares preexistentes y de la creación de otros nuevos; c) que los elementos ideológicos o morales que se conjugan con el Derecho preexistente para dar

lugar a una decisión judicial no resultan más objetivos ni cualitativamente distintos de los que pondera cualquier otro órgano de producción jurídica.» Vid. Prieto Sanchis, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pág. 110.

<sup>15</sup> Cfr. Vidal, E. J. y García Pascual, C.: «Creación judicial del Derecho», en VV.AA., *Sentido y Razón del Derecho* (R. Bergallí ed.), ed. Hacer, Barcelona, 1992.

<sup>16</sup> Vid. Zagrebelsky, G.: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba), ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 134-135.

<sup>17</sup> Vid. *Ibid.*, pág. 136.

pretativos la tarea judicial ha de ser «hercúlea». Como señala A. Ruiz-Miguel<sup>18</sup>, el proceso lógico de decisión judicial puede dividirse en cinco fases: 1.ª) calificación previa del punto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso; 2.ª) selección, evaluación y descripción de los hechos; 3.ª) búsqueda y selección del criterio jurídico aplicable al caso; 4.ª) atribución de significado preciso al criterio elegido, y 5.ª) aplicación del criterio a los hechos estimados probados. Por lo tanto, no se trata de una labor meramente subsuntiva ni libremente creadora, sino que el juez al interpretar ha de argumentar, y al argumentar ha de justificar sus decisiones. Además, hay supuestos en los que dar razones para resolver en tal o en cual sentido también incluye la necesidad de tener en cuenta las posibles consecuencias que derivan de adoptar una u otra decisión. Es en ese preciso momento cuando despliegan toda su eficacia los criterios de interpretación teleológico y sociológico. El problema se encuentra en determinar cuáles o qué tipo de consecuencias pueden tener relevancia en el proceso de razonamiento judicial.

#### IV. LA IMPORTANCIA DE LAS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO JUDICIAL

Algunas de las recientes teorías sobre la argumentación jurídica han tratado de explicar convincentemente la presencia de razones consecuencialistas en el proceso de decisión judicial. Entre tales teorías, cabe destacar la concepción de N. MacCormick<sup>19</sup>. Para este autor, la argumentación judicial no siempre es estrictamente deductiva. Existen «casos controvertidos» (*hard cases*) que complican la justificación de las decisiones. Estos casos difíciles serían, según él, «esos litigios en los cuales, independientemente de cualquier disputa sobre los hechos del asunto, existe una disputa entre las partes respecto a la orientación de la ley sobre qué hechos pueden demostrarse». Así distingue cuatro supuestos de casos difíciles, que se refieren a problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación dentro del procedimiento judicial. En estos casos, el esquema silogístico compuesto de norma, hecho y resolución resulta insuficiente<sup>20</sup>.

Indica N. MacCormick que el juez, para resolver, debe atender a unos presupuestos o requisitos previos que se concretan en los principios de universalidad, consistencia y coherencia intrínsecos al sistema jurídico, junto a la observancia de argumentos de tipo consecuencialista. Que la argumentación jurídica sea consecuencialista quiere decir que exis-

ten buenas razones para suponer que los jueces deben considerar y evaluar las consecuencias de varias posibles decisiones relativas al caso, dependiendo de criterios de justicia (*justice*) y de sentido común (*common sense*), pero sobre todo por referencia a principios y valores constitucionales básicos<sup>21</sup>.

Llegados a este punto, habría que dilucidar tres cuestiones fundamentales: a) Determinar qué tipo de consecuencias puede llegar a considerar un juez. b) Tratar de explicar cómo pueden compatibilizarse los requisitos de carácter formal o sistemático con una argumentación consecuencialista. c) Buscar el criterio o concepto jurídico —como pauta de actuación— que debería aceptar un juez para considerar que ciertas consecuencias son relevantes al resolver una determinada disputa jurídica. Pasemos, pues, a analizar cada uno de estos problemas por separado.

**IV.1.** La primera cuestión anunciada pasa, como afirma L. Prieto, por reconocer la importancia del consecuencialismo dentro de la actividad interpretativa, ya que «tener en cuenta las consecuencias de un fallo equivale a decir que el ordenamiento propone ciertos valores u objetivos políticos y morales que deben ser perseguidos por todos los operadores jurídicos.»<sup>22</sup> En esta misma línea, explica J. Bengoetxea que «los argumentos consecuencialistas se centran en los resultados a los que presumiblemente llevaría una u otra decisión (entre las jurídicamente viables) en el entorno social en que opera el derecho, y en ese sentido suponen la negación de la autonomía radical del sistema jurídico, de su carácter autopoietico.»<sup>23</sup>

En todo caso, conviene precisar que la noción de consecuencia a la que se está haciendo alusión no coincide con la proveniente de la tradición utilitarista, ya que no pueden tenerse en cuenta sólo las consecuencias de un caso particular para las partes, sino las consecuencias que se derivan de la propia norma jurídica y de los valores y principios básicos reconocidos en un ordenamiento<sup>24</sup>. En relación a este tema, la discusión en torno a la distinción entre utilitarismo del acto y de la regla respecto a las consecuencias, parece que puede ser resuelta considerando, como explica L. Prieto, que «una vez que hemos transformado el utilitarismo del acto en utilitarismo de la regla, el problema consiste en valorar las consecuencias de la decisión particular desde una perspectiva general, es decir, preguntarse qué ocurriría si el criterio que ha servido de fundamento de la decisión se convierte en una norma general del ordenamiento y, lógicamente, si esa norma tiene o no cabida dentro del mismo.»<sup>25</sup> De esta manera, la noción de consecuencia jurídica sobrepasa su

<sup>18</sup> Vid. Ruiz-Miguel, A.: «Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho* (2.º ep.), Madrid, 1984.

<sup>19</sup> Cfr. MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978. Véase la exhaustiva explicación de la teoría de la argumentación jurídica de este autor, en Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, cap. V, págs. 131 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., págs. 227 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. *Ibid.*, págs. 132 y ss.

<sup>22</sup> Vid. Prieto, L.: *Sobre principios y reglas*, cit., pág. 170.

<sup>23</sup> Vid. Bengoetxea, J.: «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho», *Telos (Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas)*, vol. II, num. 2, SIEU, Santiago de Compostela, diciembre de 1993, pág. 37.

<sup>24</sup> Cfr. sobre esta crítica al utilitarismo, MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., págs. 132 y ss.

<sup>25</sup> Vid., Prieto, L., *Sobre principios y normas*, cit., págs. 172-173.

mera reducción al utilitarismo, al menos al del acto. Además, no sólo serían fines de «utilidad social» los recogidos dentro de una argumentación consecuencialista, sino que ésta implica a todo valor o principio del cual pretendan extraerse ciertas consecuencias jurídicas y sociales (que son generales y no sólo aplicables a las partes en el proceso).

Tampoco la noción de consecuencia puede circunscribirse únicamente a su dimensión lógico-deductiva, en el sentido acuñado por Tarsky, lo que supondría definir el sistema jurídico como un conjunto de enunciados que contienen todas sus posibles consecuencias<sup>26</sup>. El consecuencialismo, de esta manera, quedaría reducido a un criterio puramente formal e interno al sistema normativo en cuestión, cuando su principal virtualidad consiste en cubrir y superar las deficiencias congénitas a los criterios lógico-formales del propio sistema.

Bengoetxea ofrece una clasificación de los tipos de consecuencias que pueden ser utilizadas por un juez dentro del proceso. Establece la siguiente diferenciación: 1) Repercusiones económicas. 2) Implicaciones: 2.1) En el Derecho, como sistema jurídico. 2.2) Sobre el funcionamiento del Derecho, que se valoran de acuerdo con distintos criterios axiológicos, ya sean extrajurídicos o jurídicos<sup>27</sup>. Con respecto a las primeras, se trataría de que el juez prestara atención a otras disciplinas relacionadas con el Derecho, especialmente a la Economía y a la Sociología. Las mayores dificultades aparecen en cuanto a que el juez no es un experto en materias de carácter económico o sociológico, aunque sí pueda recurrir al asesoramiento de expertos o peritos. Arguye este autor que «ni siquiera los científicos sociales son capaces de afirmar la plausibilidad de ciertas consecuencias. Menos aún los juristas prácticos, jueces y abogados, que no son científicos sociales, y normalmente carecen de formación en este sentido, a pesar de ciertos intentos laudables por parte de la escuela del análisis económico del derecho o de la jurisprudencia sociológica.»<sup>28</sup>. Respecto al segundo tipo de consecuencias, es decir, aquellas que se manifiestan como implicaciones jurídicas, afectan a problemas internos al ordenamiento jurídico, tanto en su dimensión formal-sistemática (además de principios sustantivos de cada ordenamiento, aquellos que afectan a cualquier sistema jurídico y que se refieren a los principios de unidad, consistencia, completud y coherencia), como en su dimensión procedimental (para eliminar las disfunciones del funcionamiento del Derecho, es decir, el recurso a argumentos de «conveniencia».)<sup>29</sup>

**IV.2.** Para resolver la segunda cuestión interesa detenerse en los problemas que plantean los principios aludidos de universalidad, consistencia y cohe-

rencia del ordenamiento jurídico<sup>30</sup>, es decir, tal y como se advertía unas líneas más arriba, se trataría de compatibilizar los principios formales del ordenamiento con una argumentación consecuencialista.

Puede afirmarse al respecto que la relación básica y necesaria se produce entre el argumento de universalidad y el de las consecuencias. Recurriendo de nuevo a la teoría argumentativa de MacCormick, el principio de universalidad supone que los jueces deben apoyar sus decisiones en criterios universalizables, es decir, que rebasen los objetivos particulares para perseguir valores generales. Respecto a los otros dos principios formales, el de consistencia exige que un juez no pueda contradecir o infringir el Derecho vigente, mientras que el de coherencia significa que si un tribunal toma en consideración una norma, ha de demostrar que tal norma se encuentra respaldada por valores o principios del ordenamiento. Por lo tanto, el problema tanto de la consistencia como de la coherencia normativas se encuentra en que son propiedades que suministran una justificación débil para fundamentar las decisiones jurídicas, al tratarse de ideas regulativas necesarias para el correcto funcionamiento del Derecho. En este sentido, si un juez dispone de dos o más razones consistentes y coherentes dentro de su sistema normativo, desde el punto de vista justificatorio todas ellas son igualmente correctas. Así pues, para optar racionalmente en un caso controvertido, el juez debe recurrir en última instancia a argumentos consecuencialistas<sup>31</sup>.

Tal y como sostiene M. Atienza, la concepción consecuencialista de MacCormick puede resultar compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta en sí misma) y razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso). Si las razones de corrección no son suficientes para justificar una decisión, hay que recurrir a razones finalistas o consecuencialistas que contemplan el sentido último de la norma de acuerdo con los principios y valores básicos de cada ordenamiento<sup>32</sup>.

Conviene detenerse en la relación que se establece entre el argumento de universalidad y el consecuencialista. Para Alexy, la universalidad es una regla fundamental del discurso práctico general: «Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.»<sup>33</sup> L. Prieto, por su parte, también entiende el requisito de universalización como una pieza fundamental en la argumentación moral y jurídica. Lo expresa de la siguiente manera: «cualquiera que sean las razones o motivos de una decisión,

<sup>26</sup> Cfr. Alchourron, C. E., y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 86 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Bengoetxea, J.: «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho», cit., págs. 43 y ss.

<sup>28</sup> Vid. *Ibid.*, pág. 45.

<sup>29</sup> Cfr. *Ibid.*, págs. 52-53.

<sup>30</sup> Sobre la unidad, la plenitud y la coherencia como requisitos o criterios característicos de todo sistema jurídico, véase Bobbio,

N., *Teoría general del Derecho*, ed. Debate, Madrid, 1991.

<sup>31</sup> Cfr. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., págs. 227 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., págs. 149 y ss.

<sup>33</sup> Vid. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 283.

ésta se considera lo suficientemente buena como para aceptar su generalización; y supone asimismo que toda persona situada en el lugar del intérprete que cuente con la misma preparación, competencia e información, adoptaría la misma conclusión.»<sup>34</sup> Este es, pues, el primer criterio o principio aplicable en la argumentación judicial, y condiciona como presupuesto la aplicación del criterio finalista. L. Prieto lo explica convincentemente cuando afirma que si el juez pretende justificar que una consecuencia social es mejor que otra para alcanzar un fin propuesto, ha de poder someterse a una regla de universalización. Así, explica este mismo autor que los juicios sobre la igualdad son en gran parte consecuencialistas<sup>35</sup>. Un claro ejemplo es el de la objeción de conciencia al servicio militar, en concreto respecto a la actitud de los insumisos al mismo y a la propia objeción<sup>36</sup>.

**IV.3.** Para solventar el tercer problema objeto de atención, que era la búsqueda de un criterio o concepto general que permitiera articular las consecuencias a través del Derecho, cabe partir de la afirmación hecha con anterioridad de que el juez debe tener presentes aquellas consecuencias que puedan extraerse de las normas jurídicas y de los principios y valores constitucionales básicos reconocidos en cada ordenamiento. El criterio se encuentra, pues, en la ponderación de las consecuencias de acuerdo con una serie de valores o principios reconducibles a la noción de «razonabilidad»<sup>37</sup>, en mayor medida por lo que respecta a aquellos órganos jurisdiccionales rectores de sus respectivos ordenamientos, es decir, de máxima capacidad interpretativa y decisoria, como sucede con nuestro Tribunal Constitucional<sup>38</sup>.

El concepto de razonabilidad resulta básico para argumentar a partir de consecuencias. Sin embargo, no se trata de un concepto estrictamente delimitado y determinado. N. MacCormick se refiere al mismo como una noción de contenido variable, pero valiosa en cuanto a que abarca un amplio radio de

acción, sobre valores que cambian según los casos y las disciplinas jurídicas concretas<sup>39</sup>. M. Atienza comenta que la razonabilidad es un terreno intermedio entre la estricta racionalidad formal y la mera arbitrariedad, y lo define de la siguiente manera: «una decisión jurídica es razonable si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso.»<sup>40</sup> No muy alejada de esta caracterización se encuentra la que realiza G. Zagrebelsky, cuando afirma que la razonabilidad «alude a la necesidad de un espíritu de «adaptación» de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan (...). La manera de concebir la «razonabilidad» ha cambiado: de requisito subjetivo del jurista ha pasado a ser requisito objetivo del Derecho.»<sup>41</sup> De esta manera, el canon de «razonabilidad», a través del pluralismo metodológico en la interpretación jurídica, es decir, la necesidad de ponderar siempre las razones para decidir en tal o en cual sentido, contribuye en buena medida a dotar de una mayor relevancia a los argumentos consecuencialistas en el Derecho.

El juez, que debe reconocer que se encuentra inevitablemente insembrado por las características propias de la sociedad y la cultura que le rodean, debe utilizar como instrumento eficaz una argumentación racional en la fundamentación de sus decisiones. A ello contribuye de forma notable su valoración normativa de las consecuencias dentro del proceso. Si este nuevo Hermes logra el objetivo de guiar al Derecho por la senda más adecuada, a través de una racionalidad procedimental y práctica, es posible que contribuya a superar la ya clásica caracterización del juez propuesta por O. W. Holmes: algo de «Ariel, Prometeo y Júpiter, con algunos aspectos de Mefistófeles también...»<sup>42</sup>

<sup>34</sup> Vid. Prieto, L.: *Sobre principios y normas*, cit., págs. 163-164.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 177-178.

<sup>36</sup> Sobre la controvertida sentencia 75/1992 del juzgado núm. 4 de lo Penal de Madrid, en la que un juez decidió la libre absolución de un insumiso por motivos de conciencia en aplicación de un estado de necesidad, vease cómo utiliza M. Atienza los argumentos de universalidad, de las consecuencias, de coherencia y de corrección, en su libro *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, ed. Ariel, Barcelona, 1993, págs. 144 y ss. Sobre esta misma sentencia, véase el libro colectivo *Ley y conciencia. Moral crítica y moral legalizada en la aplicación del Derecho* (G. Peces-Barba, ed.), Univ. Carlos III-BOE, Madrid, 1993; así como el artículo de J. de Lucas «El castigo de los insumisos. Acerca de una reciente jurisprudencia sobre objeción de conciencia e insumisión», en *Claves de razón práctica*, núm. 25, Madrid, 1992, págs. 32 y ss.

<sup>37</sup> Sobre el concepto de razonabilidad, véase Atienza, M., «Para una razonable definición de "razonable"», *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, núm. 4, Alicante, 1987, págs. 189

y ss.; así como Aarnio, A., *Lo racional como razonable* (trad. de E. Garzón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>38</sup> Cfr. de Lucas, J. y Vidal, E. J.: «Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de una jurisprudencia reciente», en *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. III, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

<sup>39</sup> Cfr. MacCormick, N.: «On reasonableness», en VV.AA., *Les notions a contenu variable en droit* (Perelman, C., Van der Elst, R., dir.), Bruylant, Bruselles, 1984, págs. 132 y ss.

<sup>40</sup> Vid. Atienza, M., *Tras la justicia*, cit., pág. 175.

<sup>41</sup> Vid. Zagrebelsky, G.: *El Derecho dúctil*, cit., pág. 147.

<sup>42</sup> Cfr. Schwartz, B.: «The judicial Ten America's greatest judges», *Illinois University Law Journal*, núm. 3, 1979 (versión castellana de Enrique Alonso, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, ed. Civitas, Madrid, 1980). Referencia bibliográfica tomada de Peces-Barba, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder judicial*, núm. 6, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1983, pág. 25

# INTERNACIONAL

## El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional

Consuelo RAMON CHORNET

La creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha sido debatida desde diferentes perspectivas. En esta nota me interesa sobre todo tratar de analizar algunos argumentos acerca de lo que considero el problema más relevante, esto es, el significado de la iniciativa desde el punto de vista del proceso de creciente toma de conciencia por parte de la Comunidad internacional acerca de la garantía efectiva de la protección y defensa de los derechos humanos, que se manifiesta en dos datos significativos: en primer lugar, la evolución del Derecho Internacional Humanitario, que se amplía y aun cambia de naturaleza (al ampliar los límites estrictos del contexto de reglas de/para la regulación del uso de la violencia en los conflictos bélicos). En segundo término, la aparición cada vez más nítida de la idea de responsabilidad penal internacional de los individuos en caso de graves violaciones de ese Derecho. Esta cuestión del Tribunal Penal Internacional puede relacionarse también con otras que constituyen signos del mismo proceso, esto es, de la prosecución por parte de la Comunidad internacional de un compromiso decidido en relación con la prioridad de la defensa de los derechos humanos, tal y como significaría la formulación de un deber de asistencia humanitaria, o incluso de injerencia por esas razones, aunque no las estudiaré en el presente trabajo.

Lo que trato de examinar, por tanto, es si la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia constituye sin más otro ejemplo de un cierto ritual bienintencionado pero poco eficaz, del que encontramos otras muestras recientes (p. ej., en el caso de Rwanda), o si con ello se advierte un cambio por parte de la Comunidad internacional, especialmente en el ámbito de la responsabilidad penal internacional, como el que supone que, por primera vez, el Consejo de Seguridad haya decidido la creación de un Tribunal específico a esos efectos, en virtud de las facultades que le reconoce el capítulo VII

de la Carta de las Naciones Unidas. La pregunta es si se trata de una medida aislada, como parece sugerir el hecho de que se trate de una decisión *ad hoc*, o si, por el contrario, es un paso coherente con un cierto progreso del Derecho Internacional, tal y como apuntaba más arriba, tal y como parece sugerirse en el *rapport* de la Comisión de expertos constituida de conformidad con lo establecido en la Resolución 780/1992 del Consejo de Seguridad: «Il est particulièrement frappant de voir à quel point les victimes espèrent que la Commission établira la vérité et que le tribunal international fera régner la justice... De plus, comme les populations attendent un nouvel ordre mondial fondé sur l'ordre public international, il faudra bien qu'il y ait des organes permanents et efficaces de justice internationale. Le tribunal international des crimes de guerre pour l'ex-Yugoslavie devra donc avoir la possibilité de donner l'impulsion à une évolution en ce sens»<sup>1</sup>. Es, en definitiva, la duda que plantea Pellet (1994) en el título de uno de los más recientes trabajos sobre la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: ¿se trata de un intento de calmar la conciencia de una Comunidad internacional manifiestamente impotente o, peor aún, desentendida del conflicto, o bien constituye realmente un avance significativo?

Desde el punto de vista más específico del Derecho Internacional público, existen no pocas cuestiones relevantes como las relativas a la competencia y eficacia del mencionado Tribunal<sup>2</sup>. En este trabajo sin embargo concentraré la atención sobre todo en otra cuestión, es decir, si la creación de un Tribunal Penal *ad hoc* es un signo de progreso, en coherencia con una línea de desarrollo del Derecho Internacional que supondría la profundización en la protección de los derechos humanos básicos, un desarrollo que ofrecería entre otros signos el avance en el proceso inacabado hasta hoy de codificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, una codificación que es *conditio sine qua non*

<sup>1</sup> Cit. por Lescure 1994: 5. El subrayado es mío.

<sup>2</sup> Sobre los problemas de constitución y competencia, cfr. Lescure/Trintignac, 1994, págs. 112 y ss; Lescure, 1994, págs. 59 y ss; Pigrau, 1994, págs. 214 y ss; Castillo, 1994, 66 ss; Huesa,

1995, 21 y ss; Kooijmans, 1995, págs. 445. Sobre el problema de la eficacia, Dixon, 1995, págs. 448 y ss y sobre todo Lescure, 1994, págs. 131 ss. Sobre el problema de la eficacia volveré al final de estas líneas.

para la determinación y sanción de responsabilidades individualizadas en su caso; en otras palabras, un avance en el establecimiento de un auténtico Código Penal Internacional, requisito imprescindible para la creación de un aparato de sanción eficaz.

Puedo adelantar ya que, si bien es preciso reconocer que el mero hecho de adoptar la decisión de crear el tribunal constituye sin duda un elemento positivo, sin embargo ha de matizarse considerablemente la valoración sobre la decisión en sí, y no digamos a la luz del examen de los problemas de constitución<sup>3</sup>, competencia y eficacia antes mencionados. En todo caso, se trata también de saber el alcance del propio tribunal, esto es, en qué medida las razones que fundamentan el Derecho Internacional humanitario (y que están en la base de la discusión doctrinal sobre la denominada «intervención humanitaria»<sup>4</sup>) ofrecen asimismo justificación suficiente para la creación de este Tribunal.

Entre los argumentos que hacen posible aventurar un juicio positivo, en el sentido de que el Tribunal no sea relevante sólo para el conflicto en relación con el cual es creado, sino como signo de la voluntad de avanzar en el desarrollo que mencionamos, cabe recoger tres que me parecen especialmente interesantes:

1. En primer lugar, las declaraciones del Secretario General de las Naciones Unidas, responsable último de la iniciativa, quien ha afirmado que la creación de este Tribunal «abre perspectivas radicalmente nuevas acerca de las vías de represión contra los crímenes de guerra... que, por primera vez después de Nüremberg van a conocer la sanción del derecho internacional». El mismo B. Galli señala cuál es a su juicio la diferencia más importante entre aquel supuesto y éste: «No se trata, pues, como en Nüremberg, de aplicar retroactivamente un derecho a los enemigos vencidos. Aquí la cuestión es hacer efectivas las normas conocidas y reconocidas por los principales interesados. Un derecho al que le faltaba una institución»<sup>5</sup>. La tesis, desde luego, es que el Consejo actúa en nombre de la preocupación de la Comunidad internacional en su conjunto, debido a que los crímenes en cuestión pondrían en peligro la paz y la seguridad internacionales, de la humanidad.

2. En efecto, lo que es más importante, el propio fundamento de la decisión del Consejo de Seguridad por la que se establece este Tribunal Penal Internacional (que, recordemos, en virtud del art. 1 de su Estatuto, tiene competencia para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991 y en aplicación del art. 23 del mismo está facultado para dictar senten-

cias e imponer penas y sanciones a las personas convictas de tales violaciones) resulta inequívoco: en efecto, la decisión de crear el Tribunal se adopta en virtud de Resoluciones del Consejo de Seguridad (Resolución 808/1993, de 22 de febrero, y la Resolución 827/1993 de 25 de mayo) que vinculan esta iniciativa a un contexto muy preciso, el que establece el capítulo VII de la Carta y, concretamente, sus artículos 25 y 29. En efecto, tal y como se afirma literalmente en la Resolución 827/1993, el Consejo actúa «en virtud del capítulo VII de la Carta» al instituir el tribunal específico. Se trata, pues, de adoptar medidas para cumplir con el objetivo asignado al Consejo en el artículo 39 de la Carta, es decir, el mantenimiento y el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales que, según el tenor del mismo artículo reenvían a las enunciadas en los artículos 41 y 42. Como es sabido, sin embargo, la creación de este tribunal penal, como en el caso de Rwanda, constituye una medida excepcional que se justifica más bien en el marco de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta: «el Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones». Desde luego, la creación de un tribunal encaja mejor en esta facultad de creación de órganos subsidiarios que no en la posibilidad abierta por el artículo 41 respecto a «medidas adecuadas que no impliquen el uso de la fuerza armada».

3. Lo anterior explica las declaraciones del presidente del Tribunal, el profesor A. Cassese, acerca de la voluntad del propio Tribunal: «Nosotros, los miembros del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, somos plenamente conscientes de que las sentencias que adoptemos no agotarán los envenenados pozos de odio racial, nacional o religioso. Pero también sabemos que la creación de nuestro Tribunal pretende dejar claro que la comunidad mundial no contemplará impasible o resignada la perpetración de la barbarie»<sup>6</sup>.

Es cierto, sin embargo, que, como ha señalado por ejemplo Lescure<sup>7</sup>, hay importantes elementos que obligan a matizar esas razones de esperanza. El más importante, sin duda, es la consideración de la creación de este Tribunal como simple medida *ad hoc*, pues si bien se ha sostenido que se trataba de un elemento capital de la tarea primordial a la que no debería renunciar la Organización de las Naciones Unidas (el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de la que forma parte el respeto de los derechos humanos), no lo es menos que, sin embargo, la actuación de la ONU y de su Consejo de Seguridad parece haber desistido en este caso de esos objetivos, con gravísima quiebra de la legitimidad de la organización.

Digo lo anterior porque se han producido en el

<sup>3</sup> Una buena descripción de los antecedentes en Pignatelli, 1994: 41-48.

<sup>4</sup> Sobre esto, cfr. Ramón Chornet, 1995.

<sup>5</sup> B. Galli, «Juger les crimes de guerre», *Le Monde*, 18-XI-93. En el acto de constitución del Tribunal, el 17-XI-93, el mismo B. Galli afirmaba que éste es una de las respuestas ejemplares de lo que constituye la nueva diplomacia de los derechos humanos y la democracia, «cuya eficacia es uno de los mayores retos de nuestro tiempo» y sostenía que con su creación la comunidad

internacional confirmaba «su doble determinación de no tolerar los asesinatos masivos o la limpieza étnica ni la violación sistemática de mujeres, y de obligar a los responsables de estas acciones a rendir cuentas ante un tribunal de las naciones».

<sup>6</sup> UN-ICTY: *Address of Antonio Cassese, President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, to the General Assembly of the United Nations*, 14 de noviembre de 1994, pág. 10.

<sup>7</sup> Cfr. Lescure-Tritignant, 1994: 111 ss.

conflicto yugoslavo dos tipos de violación capital de principios elementales del Derecho Internacional. Me refiero al hecho de que se ha destruido la integridad territorial de un Estado soberano (Bosnia-Herzegovina), miembro de la Organización, y a que se ha producido masivas violaciones de los derechos humanos. Pues bien ni la ONU, ni su Consejo de Seguridad, han sabido reaccionar y, lo que es peor, muestran una falta de voluntad política y jurídica para restaurar esos principios elementales, al menos por lo que se refiere al primero. Admitido, en todo caso, que el alcance del Tribunal, aunque relevante por lo que se refiere a la reacción frente a la violación de principios básicos como el respeto de los derechos humanos, no lo es frente a aquellos otros asimismo basilares, podemos añadir otras consideraciones críticas. Señalaré, con Lescure y Tritignant<sup>8</sup>, básicamente tres:

1. Las condiciones de la constitución del Tribunal como órgano subsidiario en aplicación del artículo 29 de la Carta, que, modificando las reglas de atribución de competencia, y sobre la base del interés universal (la paz y la seguridad internacionales amenazadas por las violaciones de derechos cometidas en el conflicto yugoslavo), se impone a los Estados miembros en virtud del artículo 25 de la misma Carta. En otros términos, el objetivo que justifica la creación de este Tribunal *ad hoc* es la preocupación por la paz, y esa es también la razón de los límites de la iniciativa.

2. En efecto, como apunta Lescure, eso significa que habría negociaciones y acuerdos para conseguir la paz (así lo hemos visto, en el acuerdo de Dayton, posteriormente consagrado de forma solemne en París) que inevitablemente escapan al control de la opinión pública y de los propios tribunales. Básicamente, porque esas negociaciones y acuerdos suponen la intervención en calidad de parte de los mismos responsables de buena parte de los crímenes internacionales cuya responsabilidad y sanción debe establecer el Tribunal.

3. Además, desde el punto de vista del procedimiento, se ha producido un conjunto de transacciones o «compromisos dolorosos».

3.1. De un lado, entre las exigencias de la de identificar, detener y juzgar a los culpables y las de observar los principios del Derecho Penal internacional.

3.2. De otro, entre el modelo procesal propio del *common law* y el de la tradición continental (más que francesa, como sostiene Lescure): ahí es relevante ante todo el que se haya abandonado el principio procesal de procedimiento de contumacia.

Por lo que se refiere a la eficacia de las medidas que puede adoptar el Tribunal, parece necesario recordar, como en algún momento lo ha señalado el propio presidente del mismo, que la condición *sine qua non* de funcionamiento de la Corte es la disposición de los recursos financieros, lo que plantea no

pocas dudas si se piensa que los gastos provisionales de funcionamiento durante el primer año se han elevado a 31,2 millones de dólares. A ello hay que añadir la deficiencia de medios materiales, pues sólo cuenta con 20 investigadores para todas las actuaciones de su jurisdicción. Sin embargo el problema fundamental que plantea la eficacia de este Tribunal, como ha señalado la mayor parte de la doctrina, se relaciona con el cumplimiento de lo que exigía el apartado 4 de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, esto es «que todos los Estados aportarán su total cooperación al Tribunal Internacional y a sus órganos... y adoptarán todas las medidas necesarias en virtud de su derecho interno para la aplicación de las disposiciones de la presente Resolución y del Estatuto...». En ese sentido, como se ha señalado por un sector doctrinal,<sup>9</sup> es evidente que la eficacia de la iniciativa está en función de la voluntad política de los Estados miembros, pues, en definitiva, de ellos depende que se haga efectiva la pretendida coordinación con los ordenamientos jurídicos internos. Ha de subrayarse que este extremo ha sido resuelto en el caso español, a través de la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio (Ley Orgánica para la cooperación con el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia) y que constituye un buen ejemplo de la voluntad política de incorporación al Derecho interno de las medidas necesarias para dar eficacia a la Resolución del Consejo de Seguridad, aunque haya sido objeto de críticas desde el punto de vista técnico.

Sin duda, lo más positivo de la iniciativa adoptada por el Consejo de Seguridad es la dimensión simbólica que constituye, pese a todo, una de las funciones básicas de todo Derecho. Se trata, en primer lugar, de hacer presente, con todas las matizaciones que ya he recogido, la voluntad política y jurídica de no dejar impunes las violaciones de principios básicos del Derecho Internacional. Además, podría constituir un paso en el camino hacia el establecimiento de lo que constituye una institución necesaria para la idea de justicia internacional, esto es, para la constitución de una jurisdicción penal internacional, que a su vez presupone la codificación correspondiente. En todo caso, frente a lo que han propuesto algunos autores (como las propias Lescure y Tritignant), creo preferible la solución de un Tribunal Permanente en lugar de Tribunales *ad hoc* o la creación de un cuerpo de magistrados a disposición de la ONU.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

Castillo M: «La compétence du Tribunal Pénal pour la ex-Yugoslavie», *Revue Générale du Droit International Public*, 1/1994, págs. 66 y ss.

Dixon R: «The International Criminal tribunal for the

<sup>8</sup> Lescure-Tritignant, 1994 cit: 112-114.

<sup>9</sup> Cfr. p. ej., Castillo, 1994: 70 ss; Quel, 1994 cit: 96; Ordóñez, 1994: 433. Creo que es preferible hablar de iniciativa, y no, como propone Quel, de un «sistema penal internacional autónomo»,

puesto que no es claro que se trate de una medida que vaya a superar la dimensión de respuesta *ad hoc*, pese a que reconocamos la virtualidad que entraña.

- Former Yugoslavia. Some Introductory Remarks From a Defence Point of View», *Leyden Journal of International Law*, vol. 8, 1995/2, págs. 449-463.
- Galli, B.: «Juger les crimes de guerre», *Le Monde*, 18-XI-93.
- Huesa Vinaixa, M. R.: «Algunas consideraciones en torno al tribunal Penal para la antigua Yugoslavia», *Tiempo de Paz*, 39/1995, págs. 18-34.
- Kooijmans, P. H.: «The Judging of War criminals: Individual responsibility and Jurisdiction», *Leyden Journal of International Law*, vol. 8, 1995/2, págs. 443-448.
- Lescure, K., y Trintignac, F.: *Une justice internationale pour l'ex-Yugoslavie. Mode d'emploi du Tribunal Pénal International de la Haye*, París, L'Hartmann, 1994.
- Lescure, K.: *Le Tribunal Penal International pour l'ex-Yugoslavie*, París, Montchrestien, 1994.
- Mercier, M.: *Crimens sans Châtiment. L'action humanitaire en l'ex-Yugoslavie 1991-93*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- Ordóñez Solís, D.: «Tribunal Internacional sobre crímenes internacionales en la antigua Yugoslavia. Resolución 827/1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Publicación y ejecución en el derecho español», *REDI*, vol. XLVI, 1994/1, págs. 433 ss.
- Pellet, A.: «Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avance décisive?», *Revue Générale du Droit International Public*, 1/1994, págs. 23 ss.
- Pigrau Sole, A.: «Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y del desarrollo progresivo del Derecho Internacional», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. XI, 1994, págs. 214-221.
- Pignatelli y Meca, F.: «Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991», *Revista Española de Derecho Militar*, 64, 1994, págs. 41-147.
- Quel López, J.: «Los efectos de la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el orden interno español», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 1994/1, págs. 61-99.
- Ramón Chornet, C.: «Nota sobre la Orden de 8 de abril de la CIJ en el conflicto de Bosnia-Herzegovina», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. X, 1994, págs. 301-322.
- Ramón Chornet, C.: *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 1995.
- Sjocröna, J. M.: «New Developments in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Prominent Leaders Indicted and Jurisdiction established», *Leyden Journal of International Law*, vol. 8, 1995/2, págs. 463-474.

# La eficacia de las normas constitucionales en México: notas para el estudio de una disfuncionalidad

Miguel CARBONELL SANCHEZ

Es sabido que al estudiar una Constitución, sea cual fuere su lugar y su tiempo de aplicación, se deben tener en cuenta una serie de factores políticos que pueden llevar a veces a la desaplicación por ignorancia o por simple connivencia de los poderes públicos de las normas superiores del Estado. Esto ha llevado a hablar de constituciones meramente semánticas (Loewenstein), que no regulan de una manera efectiva la realidad a la que se pretenden aplicar. La descripción de los factores que actualmente alteran o modifican el sentido de las normas constitucionales en México no supone un ejercicio de crítica estéril, sino un esfuerzo por entender la Constitución desde la realidad —y no al revés— que permita estar en condiciones de corregir las deformaciones y facilitar a México un tránsito más ágil por la senda constitucional que a la postre lo convierta en un país plenamente democrático.

Para empezar se deben señalar dos cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de abordar cualquier aspecto de derecho constitucional mexicano si se quiere que el análisis no se quede en un nivel meramente retórico, vacío de interés práctico.

Lo primero es la terrible cantidad de reformas que ha sufrido la Constitución mexicana. Casi 600 reformas y adiciones en poco menos de ochenta años de vida, de las cuales más de 300 se han hecho en los últimos veinticinco años<sup>1</sup>. Este dato, de entrada, ya supone que el analista constitucional tiene que transitar sobre un terreno extremadamente movido y cambiante.

Sobre la utilidad y pertinencia de tales reformas no hace al caso pronunciarse en este momento, pero ya la cantidad de ellas hace presuponer sobre su escaso éxito. Esto en sí mismo no es que sea especialmente catastrófico, sino fuera porque junto con esta «motorización» de las reformas constitucionales ha operado una importante pérdida de la fuerza normativa de la propia Carta Fundamental.

Al ser las reformas constitucionales expresión de necesidades políticas coyunturales o la simple incorporación al texto constitucional de un programa de gobierno, tan pronto como han mudado tales nece-

sidades o se ha cambiado de programa se ha recurrido sin más al expediente de la reforma constitucional, debilitando con ello la confianza en el contenido y permanencia de la Constitución y suprimiendo además totalmente la tensión benéfica y necesaria entre la norma constitucional y la realidad política<sup>2</sup>.

El segundo dato que no puede perderse de vista para comprender la realidad constitucional mexicana es que existe una secular tradición nacional de incumplimiento del orden jurídico: no ya la Constitución, sino la práctica totalidad del ordenamiento jurídico carece de niveles aceptables de eficacia cotidiana<sup>3</sup>.

Las explicaciones de este fenómeno corresponden sin duda a historiadores y sociólogos, pero el analista constitucional no puede ignorar esta realidad. Existe la convicción popular, corroborada por la *praxis*, de que el derecho sólo se aplica cuando hay fuertes intereses políticos o económicos de por medio a los que así convenga, de otra forma la norma jurídica se convierte en algo moldeable, adaptable, flexible, en fin, interpretable en los más diversos sentidos que admite el término<sup>4</sup>. No existe una interpretación y una aplicación del derecho igual para todos los habitantes, sino que se dan aplicaciones particularizadas que van en relación directa con el poder que tengan los que intervienen en los juicios (o en los procedimientos meramente administrativos), ya sea por sí mismos o por su amistad con personas influyentes.

En este contexto las normas constitucionales aparecen como en un alejado cenit dentro del mundo jurídico y solo se aplican, con algunas limitaciones, en los juicios de amparo, que a su vez están instrumentados con una complejidad técnica que los pone fuera del alcance real de la mayoría de la población, pero son violadas reiteradamente en muchos otros ámbitos del quehacer estatal, particularmente en la esfera administrativa.

En vista de lo anterior puede comprenderse que aunque el texto constitucional en su artículo 40 define a México como una república representativa, democrática y federal, en la práctica estos conceptos

<sup>1</sup> Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, prólogo de Héctor Fix Zamudio, México, págs. 55 y 65-67.

<sup>2</sup> Sobre esto cfr. Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, 2.ª edic., Madrid, 1992, págs. 67-69.

<sup>3</sup> Garzón Valdés, Ernesto, «Las funciones del derecho en América Latina», en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, 1991, págs. 219 y ss.

<sup>4</sup> En el estado de Chiapas «Estado y organizaciones tienen

una cultura relativa del derecho. Saben que la ley no se aplica necesariamente antes de la violencia ni después. Practican una cierta forma de legislar y de interpretar el espíritu de la ley dentro de un orden a la vez violento y civilizado. Legalizan las concesiones después de ejercerla la violencia por ambas partes, o con la amenaza —implícita— de volver a ejercerla», González Casanova, Pablo, «Causas de la rebelión en Chiapas», *Política y sociedad*, núm. 17 (monográfico sobre gobernabilidad y democracia en América Latina), Madrid, sept.-dic. de 1994, pág. 91.

estén del todo relativizados, por decir lo menos.

En primer lugar porque para que funcione un sistema representativo se requiere que la sociedad sea mínimamente homogénea, o si no lo es, que por lo menos se encuentren representados proporcionalmente todos los sectores del complejo social. Más allá incluso del correcto funcionamiento del fenómeno representativo, la homogeneidad social se presupone como condición para que se pueda aplicar el principio de mayoría, pilar auténtico de la democracia; así lo ha descrito Carl Schmitt, en una cita larga pero que por su importancia vale la pena transcribir completamente:

El método de formación de la voluntad por la simple verificación de la mayoría tiene sentido y es admisible cuando puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. En este caso, la votación adversa a la minoría no significa una derrota para ésta, sino que el escrutinio permite simplemente poner al descubierto una concordancia y una armonía anteriores y que existían en forma latente... Si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluirá toda neutralidad y toda objetividad; será tan sólo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada. Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso dejará de existir la aditividad aritmética, porque razonablemente sólo puede sumarse lo homogéneo<sup>5</sup>

En México la sociedad está compuesta por grupos altamente heterogéneos<sup>6</sup>, muchos de los cuales no tienen representación política alguna, y ni siquiera se dan los supuestos de que habla Carl Schmitt, pues no es una mayoría la que manda, sino una pequeña parte de la población que, bajo un manto representativo, gobierna y conduce al país de acuerdo con intereses muy concretos<sup>7</sup>. La desigualdad y la marginación son tan profundas que tampoco se da otra de las condiciones para el funcionamiento democrático cual es la posibilidad de alternancia entre los diversos grupos que compiten por el poder, como se señala líneas adelante.

El levantamiento armado en el Estado de Chiapas a principios de 1994 es una prueba indubitable de

algo que ya se sabía pero que no se mencionaba públicamente como es el terrible abandono y la miseria que sufre la población indígena en diversos estados de la República, por no mencionar la grave incertidumbre jurídica en la que se vive<sup>8</sup>. Aunque son unas realidades que, de hecho, no parecen ser privativas de esos grupos, pues, por ejemplo, la pobreza alcanza a más de la mitad de la población según datos que el propio gobierno proporcionó en 1990 a través del Consejo Consultivo del Programa Nacional de Solidaridad dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social: de los 81.7 millones de habitantes, 17.3 millones se encontraban en situación de extrema pobreza y 24 millones vivían en condiciones de pobreza; juntos suman 41.3 millones de personas viviendo «al margen de los procesos de desarrollo»<sup>9</sup>.

Por lo que respecta a la democracia, aparte de lo ya señalado por lo que hace al problema de la representatividad, sigue siendo prenda de uso corriente en discursos y campañas políticas, pero de difícil consecución práctica en un país con un incipiente sistema de partidos políticos y con una serie de grupos de interés que llevan más de sesenta años ininterrumpidos en el poder, apoyados por la integración y control de los líderes que dirigen una gran base social de obreros y campesinos. Felipe Tena Ramírez lo ha señalado con rotundidad: «En México el problema de la democracia entraña deficiencias tan radicales, que en verdad el sistema (democrático) no existe»<sup>10</sup>.

Intentar describir las carencias que México tiene para llegar a constituirse como un verdadero país democrático es una tarea que excede el marco de este trabajo, por lo que habrá que limitarse a tres aspectos que, entre otros, parecen fundamentales: 1) los procesos electorales; 2) el problema del partido hegemónico, y 3) la cultura y los valores democráticos.

#### 1. Los procesos electorales:

La democracia tiene por *conditio* la limpieza electoral, la transparencia del sufragio y de los órganos encargados de su supervisión. En México este requisito no se ha podido cumplir hasta hace muy poco tiempo, ya que incluso hasta las elecciones presidenciales de 1988 los cuestionamientos sobre la victoria del candidato del PRI han sido muy intensos e importantes, manteniendo una sombra de duda sobre todo su periodo de mandato (1988-1994).

El fraude electoral y la inducción más o menos forzada de ciertos sectores para que voten al partido

<sup>5</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, págs. 42-43.

<sup>6</sup> No solamente México, sino gran parte de los países de América Latina «presentan grandes asincronías en su progreso social, con una muy acusada diferencia cultural, racial y económica entre sus habitantes», Garzón Valdés, «Las funciones del Derecho en América Latina», cit., pág. 204.

<sup>7</sup> Como señala, más en general, Pablo González Casanova, «La dinámica política, la institucionalización del cambio, los equilibrios y controles, la concentración de poder, hacen de los modelos clásicos elementos simbólicos que recubren y sancionan una realidad distinta», *La democracia en México*, México, 1965, pág. 23.

<sup>8</sup> En concreto sobre el estado de Chiapas escribe González

Casanova que «Sin arriesgarse a ningún tipo de castigo, en la tierra, el trabajo y la política, quienes detentan el poder tienen la posibilidad de violar la ley sea ésta agraria, laboral o electoral. Lo contrario ocurre con quienes son indígenas o mestizos pobres, campesinos, trabajadores y hasta empleados: en cualquier momento se les pueden lanzar falsas acusaciones y aplicarles todo tipo de castigos por delitos imaginarios», «Causas de la rebelión en Chiapas», *cit.*, pág. 89.

<sup>9</sup> Martínez Rodríguez, Antonio, y Mauricio Merino Huerta, «México. En busca de la democracia», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 74, Madrid, octubre-diciembre de 1991, pág. 419, nota 14.

<sup>10</sup> *Derecho constitucional mexicano*, 24.ª edic., México, 1990, pág. 100.

oficial han sido métodos continuamente aplicados en México. Diversas formas de cooptación de los líderes de oposición, o en su caso a simple represión violenta por parte de las fuerzas del Estado, han sido usadas por la élite gobernante para asegurar que el PRI no sea puesto en aprietos por una competencia electoral demasiado fuerte ha señalado Middlebrook<sup>11</sup>. Esto desemboca directamente en la problemática del partido hegemónico.

## 2. El problema del partido hegemónico:

En 1976 Giovanni Sartori en una obra clásica sobre los partidos políticos clasificó al PRI mexicano como el paradigma de los partidos hegemónico-pragmáticos dentro de un sistema no competitivo de partidos<sup>12</sup>. Un sistema es no competitivo —según el mismo autor—, si no permite elecciones disputadas; disputadas no solamente de acuerdo a la previsión legal, sino en la norma real<sup>13</sup>; el no competitivo se distingue del sistema de partido único en tanto reconoce la existencia de otros grupos políticos, pero no les permite opciones confiables de ganar en las urnas: si el margen de victoria no es suficiente se recurre al fraude o incluso a la represión, concluye Sartori en términos semejantes a como lo ha hecho Middlebrook<sup>14</sup>.

Lo cierto es que en México la alternancia de los grupos políticos en la dirección de los asuntos públicos del país ha sido, hasta épocas bien recientes, más una utopía que una realidad practicable y sin una posibilidad real de alternancia en el poder y una verdadera competencia por los sufragios poco se puede decir de la democrática de un país; esto no deja de ser una consecuencia más de la desigualdad social, pues como señala Garzón Valdés, «En sociedades heterogéneas como las latinoamericanas la esperanza de ganar alguna vez es inexistente para amplios sectores sociales»<sup>15</sup>.

Hasta hace muy poco no existían en México partidos políticos que tuvieran capacidad real de asumir el gobierno de la nación, ya que por la forma y la circunstancia histórica en que fue creado el actual partido oficial, la inmensa mayoría de la clase política que salió victoriosa de la revolución de las dos primeras décadas del siglo encontró espacio en su seno, por lo que los partidos de oposición habían sido una mera pantalla para justificar unos procesos electorales supuestamente competitivos, en los que han participado muchas veces incluso auspiciados de forma más o menos irregular desde el propio PRI<sup>16</sup>. Además las garantías de participación y competencia no habían las idóneas para que surgieran nuevas e importantes fuerzas políticas que pudieran enfrentarse al PRI<sup>17</sup>.

En cierto sentido esto ha traído una gran estabilidad para el sistema político y ha permitido que México no haya pasado por los problemas de otros países latinoamericanos que han sufrido continuos golpes de Estado o que han sido gobernados por dictaduras militares. De hecho, el último alzamiento militar serio tuvo lugar en 1929, año de fundación del PNR, y las fuerzas armadas se han mantenido desde entonces limitadas a jugar papeles de consultoría o de representación simbólica, pero sin peligro para el grupo gobernante<sup>18</sup>.

Sin embargo, un dominio tan amplio y cómodo, así como la conseguida falta de competitividad electoral, propiciaron una creciente apatía entre el electorado (y no pocas fracturas dentro del partido oficial), que provocó grandes niveles de abstencionismo electoral, por lo que el propio PRI y el gobierno tuvieron de flexibilizar las reglas de participación electoral a fin de que nuevas fuerzas de oposición tomaran parte en los comicios y se acrecentara el interés popular por ellos<sup>19</sup>. La fecha más representativa al respecto puede ser la de 1976, año en el que el candidato del PRI se presentó en las elecciones sin ningún otro candidato opositor legalmente reconocido. En respuesta, al año siguiente se dió paso a una de las reformas electorales más profundas de cuantas se han hecho en México.

Los cambios que en los últimos años se han producido en el país, con algunos gobiernos locales gobernados por la oposición conservadora y con una opinión pública que demanda con intensidad la separación entre el Estado y el PRI, pueden ser un primer paso para que el sistema evolucione desde la tipología del partido hegemónico hacia la del partido preponderante y, con el tiempo, se le pueda considerar dentro de los sistemas competitivos. La cercanía de los duros ajustes que ha vivido el país desde enero de 1994 no permiten extraer conclusiones ciertas sobre tal proceso de apertura, por lo que tal vez en unos cuantos años sí se pueda hablar de que efectivamente México caminó hacia una verdadera democracia a partir de esa fecha.

## 3. La cultura y los valores democráticos

La democracia para existir no solamente requiere encontrarse más o menos regulada e instrumentalizada como un correcto procedimiento de elección de los miembros de los poderes públicos, sino que también se necesita que exista una «cultura democrática», un sentimiento popular democrático producido por la asimilación consciente de los principios democráticos básicos —tolerancia, pluralismo, respeto a los derechos humanos, publicidad de los actos del poder público, responsabilidad de los funcio-

<sup>11</sup> Middlebrook, Kervin J., «La liberalización política en un régimen autoritario: el caso de México» en O'Donnell, G., Schmitter, P. C. y Whitehead, L., (comps.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, vol. 2, América Latina, Buenos Aires, 1988, pág. 196. En el mismo sentido Levy, Daniel C., «Mexico: sustained civilian rule without democracy» en Diamond, Linz y Lipset (eds.), *Democracy in developing countries*, vol. 4, Latin America, Colorado-Londres, 1989, pág. 487.

<sup>12</sup> *Parties and party system. A framework for analysis*, vol. I, trad. castellana de Fernando Santos Fontena, Madrid, 1980 por la que se cita, págs. 259 y ss., especialmente 281-285.

<sup>13</sup> *Idem*, pág. 260

<sup>14</sup> *Idem*, pág. 284.

<sup>15</sup> «Las funciones...», *cit.*, pág. 233.

<sup>16</sup> Cfr. Míguez González, Santiago, «La transición a la democracia en México. Una aproximación», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 69, Madrid, julio-septiembre de 1990, pág. 88 y ss., donde se explica la existencia de varios partidos satélites que «conforman una suerte de oposición consentida» (pág. 98).

<sup>17</sup> Levy, Daniel, «Mexico: sustained civilian rule without democracy», *cit.*, pág. 481.

<sup>18</sup> Cfr. Middlebrook, *op. cit.*, págs. 187 y ss.

<sup>19</sup> *Idem*, págs. 194-195.

narios, no existencia de inmunidades del poder, etc.—

Como ha dicho Ignacio de Otto, «Un país no tiene un régimen democrático por el simple hecho de que la Constitución establezca libertades y procedimientos propios de la democracia, sino porque efectivamente hay una pluralidad de opiniones e intereses articulados en partidos, los ciudadanos consideran que la democracia es algo a conservar, participan en la vida pública ejerciendo sus derechos, etc. La Constitución democrática es posible si efectivamente hay una realidad política democrática, si hay un régimen democrático»<sup>20</sup>.

En México, por motivos históricos, políticos y estrictamente educativos, todavía no existe esa cultura democrática que pueda hacer descender a la democracia desde la Constitución y las leyes hasta el último de los actos del más modesto servidor público. En palabras de Lorenzo Meyer, «La cultura cívica que domina en México tiene más rasgos de una propia de súbditos que de ciudadanos, y las raíces coloniales de tal cultura aún siguen vivas y fuertes»<sup>21</sup>.

Otra idea incumplida es la del carácter federal del Estado mexicano. El federalismo se ha quebrado por dos razones principalmente: a) una estrictamente jurídica que se ha operado a través de la reforma constitucional del artículo 73 que ha sido modificado en casi cuarenta ocasiones desde 1917<sup>22</sup>, para engrosar paulatinamente las facultades del gobierno federal en demérito de los gobiernos locales, y b) otra de índole más bien económico: de nada sirve otorgar competencias a los Estados federados si no se les dota a la vez de los medios económicos necesarios para desarrollar efectivamente tales atribuciones.

Así pues, aunque a través del sistema «residual» de distribución de competencias a favor de los Estados que establece el artículo 124 constitucional se podría decir que estos cuentan con un radio de acción muy amplio, la Federación, y especialmente el Ejecutivo<sup>23</sup>, se ha reservado gran parte de los ingresos tributarios de la nación, distribuyéndolos posteriormente a los Estados a través de un fondo común de distribución o cobrándolos por ellos vía convenios fiscales de coordinación<sup>24</sup>. De esta forma, el gobierno federal ha dispuesto del 85 por 100 del total de los recursos públicos, los Estados han administrado un 12 por 100 y a los municipios les ha tocado

un «modestísimo» 3 por 100<sup>25</sup>. Para 1995 los Estados y los municipios tienen deudas contraídas con bancos privados nacionales por un equivalente al 48% por ciento del total de participaciones que perciben durante el año<sup>26</sup>, lo cual obviamente les proporciona un estrecho margen de acción.

El sistema de organización de la judicatura tampoco ha contribuido demasiado a la consolidación del federalismo, pues los órganos del Poder Judicial Federal, en funciones de tribunales de supercasación a través del juicio de amparo directo (artículo 107 constitucional), pueden revisar todas y cada una de las sentencias que dictan los tribunales locales de última instancia. El sistema de doble jurisdicción —federal y local— «no ha podido resistir a la fuerza centralizadora que ha caracterizado la tradición histórica del país»<sup>27</sup>.

Pero esto no ha sido lo peor, sino que el sistema mencionado ha contribuido también a deshomogeneizar —y por lo tanto a discriminar— a la población en la aplicación de la ley, pues a nivel local se observan grandes diferencias entre una entidad federativa y otra con respecto a la calidad del servicio público de administración de justicia, por no mencionar las diferencias que existen en cuanto a medios materiales y salarios de los funcionarios entre los tribunales de ese nivel y los federales<sup>28</sup>.

Sumado a lo anterior, la Constitución prevé a favor del Senado de la República la facultad para declarar la desaparición de los poderes dentro de un Estado y para nombrar un gobernador provisional, así como para solucionar las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado (artículo 76 fracciones V y VI). En la realidad, esta facultad del Senado ha desembocado en un uso bastante discrecional de la misma y ha sido generalmente impulsada desde Poder Ejecutivo<sup>29</sup>.

De este breve repaso sobre algunos de los factores que alteran la vida constitucional mexicana puede colegirse el enorme esfuerzo que México debe hacer para convertir su Constitución en una norma de aplicación cotidiana. No en una norma que jamás y por ningún motivo sea violada, lo cual sería utópico, pero sí en una norma mínimamente respetada por los poderes públicos —y con el interés porque sea respetada de parte de los grupos que ejercen el poder desde el sistema social—, que realmente sirva para dar estructura y cohesión a un país que se encuentra en un proceso de permanente cambio y en el que esta surgiendo un pluralismo social imparables.

<sup>20</sup> *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª edic., Madrid, 1989, pág. 42. Cfr., para un tratamiento más amplio del tema y un enfoque específico sobre las fuentes de la cultura política en América Latina, Diamond, Larry y J. J. Linz, «Introduction» en Diamond, Linz y Lipset (eds.), *Democracy in developing countries*, vol. 4, *Latin America*, cit., págs. 10 y ss.

<sup>21</sup> «Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, Madrid, septiembre-diciembre de 1992, pág. 61.

<sup>22</sup> Valencia Carmona, *op. cit.*, pág. 66.

<sup>23</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, 9.ª edic., 1989, pág. 26.

<sup>24</sup> Vid. los artículos 26 párrafo tercero, 73 fracción XXIX en todos sus incisos y 131 constitucionales.

<sup>25</sup> Meyer, Lorenzo, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>26</sup> Merino Huerta, Mauricio, «El federalismo y los dineros», *Nexos. Sociedad, ciencia, literatura*, núm. 210, México, junio de 1995, pág. 16.

<sup>27</sup> VV.AA., *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, 1994, pág. 59.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> Carpizo, *El presidencialismo*, cit., pág. 198.

# APUNTES\*

## ● Estevill: ¿Quién responde?

Es claro que Pascual Estevill se sentará él sólo en el banquillo por los delitos de que sea acusado. La responsabilidad penal es cosa suya.

Pero existe un escandaloso vacío de responsabilidad política. Más escandaloso si se considera que, de precisarse un banquillo para su exigencia y si éste tuviera que ser de madera, el inmisericorde proceso de deforestación que afecta a nuestra geografía podría experimentar un extraordinario impulso.

Y es que en ese banquillo deberían tomar asiento quienes a sabiendas promovieron al peculiar magistrado para el cargo que ocupa. Los que le votaron, sabiendo o sin saber, que no está claro qué es peor. Quienes ya entonces, en el Consejo, tenían noticia cierta de quién es quién en la magistratura, y, sin embargo, callaron. Y, en fin, últimamente, los compañeros de pleno (y en esto también *de viaje*) de Pascual Estevill, que con flácidas razones de rábula se han opuesto al lanzamiento, siquiera *in extremis*, de este vocal de la malhadada institución.

## ● Manzanares: De incendiario a bombero

No hace falta acudir a las hemerotecas para recordar la generosidad con que el vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, José Luis Manzanares, se ha prodigado en declaraciones incendiarias. Sin embargo, ahora, con ocasión del «caso Estevill», cambia la tea por el traje de bombero y decide «no echar leña al fuego» y dejar al Supremo «que haga su trabajo». Pero, mientras, ¿quién hará el de orden político-constitucional que corresponde al Consejo para preservar —aunque «ja buenas horas mangas verdes!»— la propia dignidad como institución en este caso?

Del *atrezzo* de bombero suele formar parte un nutrido juego de escaleras, a lo que se ve muy útiles también para pasar con fluidez de la hueca metafísica de los principios a la aritmética grosera del conteo de votos.

Resulta, además, que si en esta ocasión Manzanares ha podido resistirse al vértigo de las llamas, no ha sido capaz de reprimirse en la manifestación

de una solidaridad sospechosa, al calificar a Pascual Estevill de «luchador». Decididamente, le traiciona su sentido de la épica.

## ● Legislar en las nubes

Como los filósofos especulativos contra los que Aristófanes dirigió sus mordaces versos, el Congreso de los Diputados y el Senado, espoleados por un Gobierno cuyos miembros parecían dispuestos a pasar a la Historia del Derecho Español, aunque fuese para bien, desarrollaron, el pasado año, una actividad frenética y, en ocasiones, surrealista, de puro precipitada.

En materia penal fue, primero, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Seguramente es el primer caso de ley tan mal parida que, antes de entrar en vigor, hubo de ser prontamente conducida a la incubadora de la proposición de ley, para intentar salvar los errores de mayor bulto, mantenidos por el Congreso de los Diputados después de que el absentismo de éstos (por mucho menos son sancionados, e incluso despedidos, los trabajadores de a pie) impidiera ratificar las correcciones introducidas por el Senado.

Pero, aun tras el salvavidas en forma de Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, la situación resultante constituye un ejemplo de legislación de fachada, porque, una vez recibido el «halago de la fortuna», los responsables del servicio público de la Administración de Justicia (según el latiguillo que tanto les gusta) no tuvieron o voluntad o capacidad de resolver el cúmulo de problemas domésticos que exigía la puesta en práctica de la nueva normativa. Ocurre, empero, que de nada vale la más exquisita receta culinaria si no se dispone de los ingredientes y de la cacharrería necesarios para cocinarla.

Quienes no ocultan su orgullo de padres de ese par de Leyes, por lo demás, de factura más que discutible, deberían dar ejemplo de paternidad responsable. No se trae al mundo del Derecho a una criatura condenada a una vida de dificultades por falta de recursos. Contra la soberbia demostrada por esos padres, el Jurado corre el peligro de fracasar por defectos de técnica legislativa y por la imprevisión de cuantos tuvieron la responsabilidad de dotar

\* Sección a cargo de la redacción.

de los medios imprescindibles para poner en marcha la institución.

La fortuna, ayudada por los audaces a los que ayuda, los halagó doblemente, al conseguirse —en un marco de desinterés parlamentario que facilitó la meteórica tramitación del Proyecto— la publicación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Fue presentado triunfalísticamente como «*Código Penal de la Democracia*».

Por su gestación, caracterizada por el secretismo, constituye el típico producto de un círculo de amigos, retocada, a última hora, por algún esforzado parlamentario. Nada más lejos de lo que debió haber sido una tarea colectiva, sometida, durante un período prudencial, a las más amplias información y discusión públicas.

Por su contenido, es, en unas materias, timorato. El deseo de recortar las alas a Fortuna, para no dejar pasar la ocasión de gustar una vez más de sus mieles, obligó a marginar (siguiendo una estrategia suicida de tramitación parlamentaria separada e intempestiva) una cuestión, como el tratamiento jurídico penal de la interrupción voluntaria del embarazo, cerrada legislativamente en falso.

Timorato es igualmente el de la eutanasia y el de la objeción al servicio militar con negativa a la prestación social sustitutoria. En ambos casos no se quiso afrontar lo que palpita en el fondo de los respectivos problemas y se pretendió, en vano, olvidando la advertencia evangélica, servir y contentar a dos señores.

Porque tampoco hay coraje para afrontar la realidad con realismo, más allá de las encendidas requisitorias de los «*empresarios morales*», el tratamiento del comercio clandestino de sustancias psicoactivas se caracteriza por su desproporcionada dureza unida al trato injustamente indiscriminado que se da a cuantos intervienen en los circuitos de producción y comercialización. Conductas delictivas por su abstracta o genérica peligrosidad son penadas tanto o más gravemente que lesiones contra la vida, la integridad física o la salud de las personas vivas y concretas. Finalmente, demócratas y autoritarios vienen a compartir, en materia penal, la misma receta: la hipertrofia sancionadora, de tan probados pobres resultados prácticos.

Y, cómo no, nada se ha previsto para arbitrar los medios materiales y personales imprescindibles para poner en práctica el nuevo Código. La redistribución de competencias puede dejar infrautilizados a los Juzgados Penales, mientras se calcula que el trabajo de las Audiencias Provinciales (que habrán de afrontar, adicionalmente, los juicios con tribunal del Jurado, inevitablemente más lentos y complejos) y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo puede llegar a triplicarse. No hace falta ser adivino para vaticinar que aquéllas y ésta, a medio, si no corto, plazo quedarán empantanadas, justo en un momento histórico en que su funcionamiento estaba siendo muy aceptable.

Gobierno y Cortes parecen creer en el poder taumáturgico del papel del «*Boletín Oficial del Estado*». No lo tiene. Hay que echar pie a tierra y meterse —una vez más— entre pucheros y fogones. Pero esta labor imprescindible debe resultar poco atractiva. Y, en último término, siempre se puede descar-

gar culpas en quienes hayan de sucederlos. Tal vez piensen, ellos también, «¡Después de nosotros, el diluvio ...!».

Los irresponsables responsables de este caos anunciado, si alguna vez son inmortalizados en cuadros o estatuas (como el Ministro Alonso Martínez en su glorieta madrileña), no deberían vestir toga de juristas.

Deberían ser retratados con indumentaria de aviador, por su continuada permanencia en las nubes.

## • Estadoderecho

Manuel Jiménez de Parga, en declaración hecha a una radio a raíz del asesinato de Francisco Tomás y Valiente, después de insistir en el conocido argumento de que en España el asunto de «los GAL» no ha recibido el tratamiento que se le habría dado en una democracia madura, aludió a la crisis en curso del Estado, sugiriendo que éste tiene que ser primero Estado y después Estado de derecho.

Ocurre, sin embargo, que lo que podría aceptarse como evocación sintética de las vicisitudes históricas que han llevado —mejor, llevan, en un proceso (siempre) inacabado y por un camino difícil— del *Leviatán* al *Estado de derecho*, resulta del todo inadmisibles como forma de aproximación conceptual-constitucional a la naturaleza del segundo, que sin o al margen del derecho no podría existir como tal. Con la particularidad, incluso, de que ni siquiera cualquier clase de derecho serviría para constituirlo legítimamente. Por eso, sugerir, en contextos como el nuestro, la existencia de espacios en los que el Estado podría actuar sólo como *Estado*, es decir, desnudo de derecho o de alguna parte significativa de éste, además de una falacia es una afirmación muy peligrosa. Quizá sea ese el camino hacia alguna suerte de «madurez», pero no desde luego el que lleva a la *madurez democrática*.

## • Sentido de la oportunidad

Arzallus, el conocido político, como razón de fondo de la descalificación de un comunicado del Comité Permanente de Jueces para la Democracia sobre la situación que se vive en la comunidad autónoma vasca, argumentaba que a esta asociación le falta *sentido de la oportunidad*. En efecto. Pero —como es harto y lamentablemente sabido— a él no. Porque él sí que lo tiene. Todo.

## • Liberal en pellejo ajeno

El presidente del Consejo General del Poder Judicial, Pascual Sala, tan manifiestamente tolerante, no con la crítica —que faltaría más—, sino incluso con algunas procaces descalificaciones llovidas sobre profesionales de la justicia, ha hallado, no obstante, materia disciplinaria en un artículo que le afecta en cuanto presidente del Tribunal de Conflictos, escrito por un juez en el ejercicio de su libertad de expresión como ciudadano.

Olvida el presidente dónde y cómo se pone en tela de juicio el prestigio de las instituciones. Y dónde y cómo se le defiende... en democracia.

### • De nuevo el 'tertium genus'

A raíz de que empezase a circular la noticia de que el Fiscal había pedido para Barrionuevo «prisión provisional eludible mediante una fianza», la Fiscalía General del Estado hizo llegar a la opinión pública un matiz: lo pedido para el imputado del caso GAL era —*desempolvando* el artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— que «siguiere en libertad si prestaba una fianza...» Después aclaró la aclaración en este sentido: «en la libertad bajo fianza ésta se presta desde la libertad», mientras que en «la prisión eludible bajo fianza ésta se constituye desde la situación de prisión».

Puestos a aclarar resulta obligado decir una cosa. Al menos hasta el *precedente Barrionuevo*, lo común era prestar la fianza como manera de salir de la situación formal de prisión, ya acordada. Y, a pesar del artículo citado, si alguien se encuentra en la necesidad de pasar por la fianza para seguir en libertad es porque ya no lo está del todo.

Por eso, lo producido en este caso, además de una aclaración, es un misterio: *estar sin estar preso y tener que depositar la fianza para dejar de ser lo que se es pero no se es...*

Nuestra práctica judicial continúa enriqueciéndose gracias a las causas seguidas contra imputados de lujo. El derecho procesal se abre ahora a formas inéditas de experiencia mística y no se descarta que pueda terminar acudiendo a la teología, como una suerte de nueva «ciencia auxiliar», en busca de criterios de explicación de situaciones tan atípicas como la que se comenta, que desbordan claramente las posibilidades descriptivas del tosco imaginario jurídico convencional.

Naturalmente, tratándose como se trata de experiencias-piloto es obvio que no pueden ponerse a disposición de cualquier procesado. Por eso el *procesado cualquiera* seguirá pagando (si puede) la fianza no desde la libertad, sino, pura y simplemente, desde la cárcel.

### • Implicaciones de la cosa juzgada

Primero fue el presidente del Gobierno, luego el ministro de Justicia e Interior: ¡nada de responsabilidades políticas sin sentencia condenatoria! Así, quienes pensaban que en materia de cosa juzgada, como en la enfitéusis, todo estaba ya dicho, pueden empezar a reconsiderar su postura. El horizonte del viejo instituto procesal se abre a nuevas perspectivas que tendrán que ser exploradas. Y por bien pertrechados equipos interdisciplinares.

En efecto: la cosa juzgada penal aparece ahora, como antes la poesía —que el poeta nos perdone— «cargada de futuro». Cuando, según el paradigma tradicional, todo habría terminado, resulta que no es así. Paradojicamente, el ocaso del proceso será la aurora de la crítica política de la gestión de lo públi-

co. Precisamente ahí, en ese revisitado momento procesal, podría abrirse —¡al fin!— la vía a la exigencia de la responsabilidad política.

En medios habitualmente bien informados se dice que avezados juristas ministeriales preparan ya nuevas e inquietantes lecturas de la prescripción extintiva, la caducidad y quién sabe que otro olvidado capítulo del «corpus iuris». En cualquier caso, cuentan con tiempo como para trabajar sin prisas, porque lo cierto es que entre los neo-procesalistas orgánicos se perfilan dos tendencias. Unos, los más moderados, cuando hablan de sentencia penal como punto de arranque de la exacción de responsabilidades políticas, piensan sólo en Estrasburgo. Pero *los más garantistas* opinan que la resolución que abra la puerta a consecuencias de tanta gravedad tendría que ser firme. Y firme, firme, lo que se dice firme, no hay más sentencia que la del juicio final. Y no les falta razón. De momento.

### • Cuando lo que abunda sí daña

Al menos, los titulares de algunos órganos judiciales colegiados han visto precipitarse sobre ellos la ingente cantidad de papel representada por las *Cuestiones de inconstitucionalidad: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1993)*, en tres volúmenes, con un total de 2710 páginas y de unos 5 kilogramos de peso, recibidas ¡ay! por segunda vez en un periodo de menos de tres años. Y en tantos ejemplares de la obra como magistrados, en cada una de las dos ocasiones.

No se descarta que lo pretendido con la reiteración de semejante envío sea estimular el uso por los jueces del instrumento de control de legitimidad previsto en el artículo 163 de la Constitución. E incluso una reactivación del sector industrial del papel. Pero, aunque la intención sea buena, es probable que existan otras formas más razonables de llevarla a la práctica. Incluso menos caras y menos pesadas.

### • La justicia en coplas

En las fiestas gaditanas de Carnaval sonó, este año, el siguiente tango.

#### La Justicia

- «Cuando dijo Pedro Pacheco
- »Que la Justicia es un cachondeo,
- »No me cabe ninguna duda,
- »Se quedó corto por lo que veo.
- »Sólo veo que hay dos Justicias:
- »La de los pobres y la de los ricos.
- »Sólo veo poder y millones
- »Para pagarse una libertad
- »Y lograr que algún sinvergüenza
- »El secreto de los sumario<sup>1</sup>
- »Se lo venda a cualquier diario
- »Por fascículo y por entregas.
- »No vale "ná"
- »Tanto *Juez estrella*
- »Si en España nuestra Justicia
- »No se aplica a "tos" por igual.
- »El que sea delincuente, que pague;

» Aunque sea Coronel o banquero;  
» Da lo mismo si lleva corbata  
» Con uniforme o va con vaqueros;  
» Que en el mundo de los poderosos  
» Hoy se esconden muchos mafiosos.  
» Entre cargos, periódicos y bancos  
» Se han repartido nuestra Nación.  
» Que jueguen al «*Monopoly*»,  
» Entre barotes, con esa gente  
» Que no sabe de dineros  
» Ni de influencias para salir;  
» Y están allí  
» Por haber robado tres perras gordas  
» Hace mucho tiempo;  
» Porque su *mono*, en un mal momento,  
» Le hizo llevarse un *radiocassette*.  
» Que me lleven también "pal" talego si estoy mintiendo.  
» Yo lo digo porque lo siento:  
» La Justicia será un cachondeo,

» La Justicia será un cachondeo, y no me arrepiento,  
» Mientras la Ley se siga vendiendo,  
» Y esos chorizos, y esos chorizos,  
» No acaben dentro.

Lo cantaba el coro «*Buque Escuela*», de la Peña El Erizo, dirigido por Juan Lucena. La música es de Julio Pardo y la letra, de Antonio Rivas y de Julio Pardo.

El público aplaudía rabiosamente y, durante la interpretación, hacía insistentes gestos de asentimiento.

Seguramente la letra tiene mucho de simplificación populista del problema, como lo tuvo la propia frase que sirve de pie. Pero expresa con humor desgarrado el sentir de muchas gentes; un humor que, una vez más, se revela cosa muy seria.

El zumbón contenido del tango carnavalero podría servir, paradójicamente, como tema de profunda reflexión de Cuaresma.