

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

R. Sáez Valcárcel, El nuevo Código: maximalismo penal. **P. Andrés Ibáñez**, En la renovación del CGPJ. **G. Portilla Contreras**, Identificaciones, cacheos, controles. **C. Pico Lorenzo**, La modificación de normas legales por vía reglamentaria. **G. Sanchís Fernández-Mensaqué**, Cuestiones de derecho transitorio. **R. Sarazá Jimena**, La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. **C. Auger Liñán**, Sobre el poder judicial en el constitucionalismo español. **L. Prieto Sanchís**, Diez argumentos sobre los principios. **C. Castoriadis**, La democracia como procedimiento y como régimen. **A. Gómez Movellán**, Nuevo reglamento de 'extranjería'. **G. Turone**, La investigación de los casos de corrupción. **F. Guariglia**, Prohibiciones de valoración probatoria. **E. Carranza**, Prisión preventiva en América Latina y Europa. **J. O. Sotomayor Acosta**, La responsabilidad del indígena en Colombia.

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado, Audiencia Provincial (Madrid).
Auger Liñán, Clemente, Presidente Tribunal Superior de Justicia (Madrid).
Carranza, Elías, ILANUD, San José (Costa Rica).
Castoriadis, Cornelius, filósofo y psicoanalista (París).
Gómez Movellán, Antonio, del Cuerpo Superior de la Administración Civil del Estado (Madrid).
Guariglia, Fabricio, profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de Buenos Aires (Argentina).
Pico Lorenzo, Celsa, magistrada, Tribunal Superior de Justicia (Barcelona).
Portilla Contreras, Guillermo, catedrático de Derecho Penal (Jaén).
Prieto Sanchís, Luis, catedrático de Filosofía del Derecho (Toledo).
Turone, Giuliano, magistrado, Milán (Italia).
Sáez Valcárcel, Ramón, juez de instrucción (Madrid).
Sarazá Jimena, Rafael, juez de primera instancia (Sevilla).
Sotomayor Acosta, Juan Oberto, profesor de Derecho Penal, Universidad de Antioquia, Medellín (Colombia).
Sanchís Fernández-Mensaqué, Guillermo, magistrado, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sevilla).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, Mario PESTANA PEREZ. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

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

Precio de este número: 1.000 ptas. (IVA INCLUIDO).

Suscripción anual: 2.500 ptas. (3 números).

Extranjero: 3.000 ptas.

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

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>El nuevo código: maximalismo penal</i> , Ramón Sáez Valcárcel	3
— <i>En la renovación del Consejo General del Poder Judicial</i> , Perfecto Andrés Ibáñez	8
— <i>Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros 'entretenimientos' de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal</i> , Guillermo Portilla Contreras	12
— <i>La modificación de normas legales por vía reglamentaria y la aclaración de errores reglamentarios diez años después de su presunta comisión. Dos ejemplos de incorrecta técnica legislativa</i> , Celsa Pico Lorenzo	22
— <i>Cuestiones de derecho transitorio en relación con el artículo 147 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964</i> , Guillermo Sanchís Fernández-Mensaque	27
— <i>La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. La ley 22/1994, de 6 de julio</i> , Rafael Sarazá Jimena	30
— <i>Sobre el Poder Judicial en el constitucionalismo español</i> , Clemente Auger Liñán	39
Estudios	
— <i>Diez argumentos sobre los principios</i> , Luis Prieto Sanchís	41
— <i>La democracia como procedimiento y como régimen</i> , Cornelius Castoriadis	50
— <i>Unión Europea, inmigración y el nuevo reglamento de la ley de 'extranjería' española: un comentario crítico</i> , Antonio Gómez Movellán	60
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>La investigación de los casos de corrupción a través de las técnicas de 'seguimiento de la pista de los papeles' ['following the paper trail']</i> , Giuliano Turone	69
— <i>Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal</i> , Fabricio Guariglia	76
Internacional	
— <i>Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa</i> , Elías Carranza	81
— <i>La responsabilidad del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un 'mundo posible'</i> , Juan Ober-to Sotomayor Acosta	89
Apuntes	
— <i>'Ben trovato' y, probablemente, 'vero'</i>	97
— <i>Porquería: suma y sigue</i>	97
— <i>Es que Mena no sirve</i>	97
— <i>Ustedes no son 'la justicia'. Carta breve a un ciudadano jurado</i>	97
— <i>La pura pasión de 'informar'</i>	98
— <i>El irresistible encanto de 'la carrera'</i>	98
— <i>Prisiones: no se van, se quedan donde estaban</i>	98

Julio B. J Maier
Derecho procesal penal
Tomo I
Fundamentos

Julio B. J. Maier y Alberto Binder (comps.)
El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún

Escriben:

Enrique Bacigalupo	Luis Marcó del Pont
Marino Barbero Santos	Enrique E. Marí
Roberto Bergalli	Anatoli V. Naumov
Alberto M. Binder	Alexander S. Nikiforov
Juan Bustos Ramírez	Daniel R. Pastor
Rosa del Olmo	Massimo Pavarini
Carlos A. Elbert	Maximiliano A. Rusconi
Zulita Fellini	Marcos G. Salt
Gonzalo D. Fernández	Marcelo A. Sancinetti
A. García-Pablos de Molina	Eberhard Struensee
Enrique Gimbernat Ordeig	Giuliano Vassalli
Julio B. J. Maier	Jorge Vázquez Rossi
Jaime Malamud Goti	Eugenio R. Zaffaroni

Revista "Pena y Estado"
Revista latinoamericana de política criminal
Nº 1 - Corrupción de funcionarios públicos
Director: Juan Bustos Ramírez

Escriben:

Perfecto Andrés Ibáñez	Luigi Ferrajoli
Carlos Alberto Beraldi	Candido Furtado Maia-Neto
Alberto Bovino	Winfried Hassemer
Fernando Cruz castro	José Hurtado Pozo
Francisco J. Delgado Rosales	José María Simonetti

Edmundo S. Hendler y Hernán V. Gullco
Casos de Derecho penal comparado

DEBATE

El nuevo código: maximalismo penal

Ramón SAEZ VALCARCEL

(«Para nosotros sólo hay una estación: la estación del dolor»,
Oscar Wilde, preso en la cárcel de Reading.)

Más de quince años se ha tardado en elaborar el código penal que acaba de entrar en vigor. Proyectos, anteproyectos, borradores, se sucedían unos a otros ocupando en su estudio a toda la nómina de penalistas del país. Al final, ya en los límites de la última legislatura de gobierno socialista, se aprobó la ley, bautizada como el código penal de la democracia. La coyuntura es histórica y, posiblemente, también histórica la oportunidad perdida de promulgar una ley penal progresista, respetuosa con la libertad y la dignidad de las personas.

Cuando el escritor André Gide entraba por primera vez en una ciudad procuraba visitar cuatro sitios: los jardines públicos, el mercado, el cementerio y el Palacio de Justicia. Si queremos conocer el grado de civilidad de una sociedad cualquiera es necesario, como Gide, frecuentar ciertos lugares. Las leyes penales de esa comunidad serán una cita obligada. A partir de ellas se podrá indagar el grado de violencia estatal y privada, el nivel de prohibición y de castigo.

La lectura del nuevo código penal no iba a dar una imagen ilustrada y pacífica de nuestra sociedad. Incluso, los colores que pueden obtenerse a partir de él dibujarían un perfil equivocado de nuestra realidad. Hay numerosos tipos penales absurdos, multitud de prohibiciones que carecen de sentido en una sociedad que dice progresar hacia una democracia avanzada. No es verdad que habitemos una sociedad violenta y desestructurada. El código penal proyecta, sin embargo, esa idea. La ley no responde al clima de tolerancia y respeto, desde luego mejorable, que se vive en el país. Más bien, parece la expresión política de un sistema de democracia autoritaria.

1. ESTACION TERMINO

Esta ley, con sus 639 artículos, es una apuesta criminalizadora. Por tres razones:

- a) Las penas son muy elevadas.
- b) El sistema sigue descansando sobre la prisión, cuya centralidad es reveladora, sin que se hayan buscado verdaderas alternativas.

- c) Son más, muchas más, las nuevas conductas que se prohíben que las viejas que se despenalizan.

El código no responde a las exigencias del derecho penal mínimo, como programa político progresista.

Aunque el ministro Belloch dijera, en el discurso ante el pleno del Congreso de los diputados, reunido para la votación final del proyecto, que se había respetado el principio de intervención mínima y que el código iba a producir «un cambio de cultura, casi de civilización», esto después con el entusiasmo de su entrada en vigor, en la obra legislativa no pueden reconocerse los principios del minimalismo penal, según los enuncia Ferrajoli. Programa que se caracterizaría por políticas de restricción de la prisión y de deflación de las prohibiciones legales, con el objetivo político, también un compromiso ético, de reducir los niveles de violencia del Estado.

Por el contrario, el nuevo código responde a otras concepciones ideológicas. El recurso generalizado a la sanción penal, en la actual situación de crisis del sistema político, expresa una opción maximalista incompatible con un proyecto garantista.

Su confirmación puede buscarse en las escasas liberaciones de presos que ha provocado la vigencia del código. Las temidas excarcelaciones suscitaron una polémica, allá por el otoño del 95, que se desarrolló en clave de las estrategias de pánico moral sobre la ciudadanía, que sólo persiguen aglutinar consensos sobre la necesidad de ley y orden, el discurso más reaccionario que ha fabricado el sistema penal (según el modelo de Pedrito y el lobo: ¡qué viene el loobooo...!). La oposición de derechas y algún responsable de la Administración penitenciaria anticiparon que el nuevo código «pondría en la calle» a una docena de miles de presidiarios. Evidentemente, esa era la prueba del nuevo de la bondad de la ley. Y ¿cuántos condenados han sido liberados?

A partir de esa realidad es obligado preguntarse si existe un discurso único, el oficial o, acaso, hay discursos plurales y alternativos en el ámbito de nuestro sistema penal. El criterio que nos podría servir de patrón para indagar esa diferencia sería la

postura de los grupos políticos y de los diversos sectores sociales ante la forma política de la prisión. Porque la cárcel, la exclusión y el encierro de las personas, constituye la expresión paradigmática de la maquinaria penal.

Cabría albergar, aquí también, la esperanza de distinguir un discurso conservador frente a otro liberal, como ocurre en el espacio de la articulación de los derechos humanos y las libertades públicas.

Sin embargo, cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostraran más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar.

Aquellos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del derecho penal.

Quienes ocupan posiciones que denominamos progresistas han olvidado, aparentemente, todo un caudal de vivencias surgidas en el contacto con el sistema penal: la experiencia carcelaria de los luchadores contra la dictadura, por no mencionar el saber acumulado de quienes sufrieron, también entre nosotros, el universo de los campos de concentración nazis. ¿Acaso ese sufrimiento acumulado fue estéril?

Ese olvido y otras renunciadas ideológicas han impedido el paso a la discusión acerca del carácter destructivo sobre el ser humano de la pena de prisión, los efectos de los largos encierros, verdaderos castigos corporales porque conllevan sufrimientos físicos y psíquicos, o la necesidad de imponer límites más dignos a su duración.

El código de la democracia tiene treinta y cinco artículos más que su precedente. Cada vez que alguien nos preguntaba por ese trabajo legislativo, la cuestión era inevitable: ¿qué crees que falta en el código? Si parece evidente que un sistema de libertades precisa de un arsenal punitivo menor que una dictadura, la respuesta no tiene matices. Sobran muchas cosas, muchas prohibiciones en esa nueva ley.

Aquí, en la incapacidad de los progresistas por elaborar alternativas, desde dentro del sistema, que verdaderamente implicaran una restricción de la violencia institucional —corazón ideológico de lo que debería ser una propuesta minimalista, consciente de que las penas, sobre todo las de prisión, significan la administración de dolor— se evidencia su debilidad política, su escaso caudal transformador y el vacío estratégico en el que navegan.

En nuestro país el nivel de castigo actual es im-

presionante. Casi cuarenta y cinco mil personas habitan las prisiones, uno de cada cinco en situación de preventivo. El incremento de la población penitenciaria, fenómeno compartido por los Estados de nuestra órbita política, ha sido espectacular en los últimos años. La criminología no ha podido interpretar ese dato. Sólo sabemos que los índices de encierro no tienen un reflejo exacto en los de la criminalidad.

Cuando se discute qué conductas deben castigarse, con qué penas y a qué personas, es preciso afirmar que estamos ante un debate político, al que ha de convocarse a toda la población, sobre todo a los sectores implicados, y no sólo a los llamados técnicos, porque se trata de una reflexión eminentemente ética y cultural. Es la sociedad en su conjunto la que debe decidir el nivel de castigo que quiere dar y soportar. En alguna medida esta norma es el producto de esas formas de monopolización del saber que sirven de coartadas al poder.

Porque el derecho penal, antes que una ciencia (objeto de estudio) o una técnica (en la solución de casos) se expresa en actos de poder y de dominación. El derecho de castigar es una de las manifestaciones más groseras del Estado.

2. LA EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

Quizá sea necesario indagar en las última líneas de desarrollo del derecho penal para elaborar un diagnóstico de cómo hemos llegado a este punto.

El derecho penal liberal, fruto de las ideas de la Ilustración, que significó, ahí es nada, un cambio de civilización que se hizo realidad a partir de las revoluciones burguesas y la proclamación de las primeras cartas de derechos del hombre y del ciudadano, se definía en torno a varias notas, que son ya un lugar común en nuestra cultura. El derecho penal es un medio violento pero necesario para la convivencia (ya Beccaria confiaba el derecho a castigar en la «absoluta necesidad» para proteger la felicidad y libertad de los hombres, porque había sido, precisamente, la necesidad la que les había obligado a ceder parte de su libertad). Por su propia ofensividad —mal necesario, en tanto ejercicio de la violencia institucional— no debe utilizarse como instrumento ordinario sino como un último recurso en manos del Estado.

El moderno derecho penal, tal como advirtió Hassemmer, ha prescindido de esa tradición. Dos fenómenos contradictorios han propiciado su transformación:

- a) Al calor de la crisis del Estado surgió un verdadero derecho penal autoritario (recorte de libertades y derechos fundamentales bajo la excusa de la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y los inmigrantes ilegales) y se fortalecieron las estrategias penales ante la imposibilidad de desarrollar políticas asistenciales y reformistas, características del Estado de bienestar.
- b) Los movimientos de las mujeres, los ecologistas y los sindicatos —en nuestro país en el contexto del cambio político a un régimen de libertades— emergieron y reclamaron al sistema penal la tutela de los diferentes intere-

ses que representaban. Poco a poco, se fueron introduciendo, a lo largo de la década de los ochenta, nuevas figuras penales que venían a amparar a los trabajadores en su libertad de contratación, en sus derechos esenciales, en su seguridad, sus derechos colectivos a la libertad sindical y a la huelga, a proteger el medio ambiente, los intereses de la colectividad ante el orden socioeconómico (típicos delitos de cuello blanco: delito fiscal, malversaciones, corrupción pública...) y los derechos de las mujeres. La mayoría de esos tipos se han aplicado sólo de manera ocasional o anecdótica.

Esa paradoja política, movimientos alternativos que vinieron a confiar en el sistema penal y a propiciar su expansión, fue posible entre nosotros por el nuevo escenario que creó el ascenso de los partidos socialistas al poder en los países de la Europa del sur, y la apuesta por afirmar o imponer esos valores éticos desde arriba, como ha señalado Elena Larrauri.

Así, la ley penal se ha utilizado simbólicamente, como medio de dirección social para «sensibilizar a la gente» ante problemas como los del medio ambiente o la marginación de la mujer. Bajo esa coartada ética el derecho penal deja de ser una última razón y quienes antes luchaban por la restricción del sistema ahora promueven la criminalización de nuevas conductas, alejándose de programas más respetuosos con los derechos humanos, como los que propugnaban la intervención mínima.

El ministro de Justicia e Interior lo expresó ante el Congreso: «el papel promocional que el Estado se autoasigna, obliga a tipificar conductas que hasta ahora nunca fueron delito, jugando el derecho penal un papel promocional, transformador o conformador de la realidad social». Una declaración de principios de derecho penal simbólico. Su instrumentalización como motor del cambio social no resiste una confrontación con la historia del sistema penal. Al contrario, fueron los progresos en la cultura de nuestras sociedades, al hilo de la evolución de la sensibilidad colectiva, los que provocaron la reforma del derecho penal, no al revés, desde los orígenes del Estado liberal y la supresión de los horribles castigos corporales, a la abolición de la pena de muerte y la cadena perpetua.

3. DIAGNOSTICO: UN CODIGO DURO

El nuevo código renuncia a los presupuestos liberales tanto en la parte general, donde se definen las penas, como en la parte especial.

3.1. Penas alternativas

Las supuestas medidas alternativas a la prisión, ensayadas en muchos países desde principios de siglo, no sustituirán a las penas carcelarias, se convertirán en mecanismos complementarios al encierro, como demostrara la criminología crítica en los años sesenta.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad estará condicionada a que el condenado no cometa un nuevo delito, de lo contrario le será revocada (art. 80 y 84.1). Dicha suspensión puede acompañarse de reglas de conducta cuyo incumplimiento puede determinar su anulación. La suspensión especial para drogodependientes se somete, además, a que el individuo no abandone el tratamiento «hasta su finalización» (art. 87.4).

En la nueva fórmula de sustitución de penas privativas de libertad (art. 88 y ss.) también se prevé que su quebrantamiento o incumplimiento supondrá la ejecución de aquellas.

La libertad condicional será revocada si la persona delinque o no observa las reglas de conducta (art. 93).

En todos los casos, la amenaza de ingreso en prisión es el mecanismo de coacción que asegura la medida alternativa. Al final, volverán a la cárcel, porque la tasa de reincidencia es elevadísima y porque las reglas de conducta, de contenido disciplinario, chocan con un estilo de vida propio de los sectores de población criminalizados, sobre todo jóvenes marginales, estilo de vida que se rige por criterios y valores de organización de la existencia incompatibles con la sumisión a controles y rutinas burocráticos.

Si se quiere restringir el uso de la prisión hay que experimentar otros instrumentos penales verdaderamente alternativos, en cuyo circuito no se encuentre la cárcel.

3.2. Penas cortas

No es cierto que hayan desaparecido las penas cortas de prisión. Los arrestos de fin de semana, en ausencia de previsiones presupuestarias y establecimientos especiales, se van a cumplir en la cárcel. Además, la incomparecencia al centro determinará el cumplimiento ininterrumpido, es decir una pena de prisión.

La desaparición del arresto domiciliario, como fórmula de ejecución de la pena privativa de libertad que se encuentra entre nosotros desde finales del siglo pasado, no se entiende. Nadie ha explicado la razón de esa decisión. Frente al arresto de fin de semana, el cumplimiento en el propio domicilio no excluye al ciudadano de su entorno y medio social, no lo segrega junto a otros condenados ni le somete al aberrante y terrible régimen disciplinario carcelario, donde junto a controles institucionales de dominación coexisten poderes informales de sometimiento, poderes particulares, entre los que el interno vive en un clima de miedo permanente.

3.3. Multas

Se ha modificado la estructura de la pena de multa, dificultando su aplicación, en un aparente ejercicio de modernidad, pero se ha hecho caso omiso de las críticas formuladas tradicionalmente en su contra: la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, que impone un castigo a los parientes

del condenado que se ven obligados a recaudar el dinero o transforma la pena en privación de libertad.

La ausencia de una política diferente en materia de penas se agrava por la dureza de la nueva ley en la previsión de las cuantías máximas de privación de libertad, de derechos o de patrimonio, que establece como respuesta al delito.

En ámbitos como las infracciones contra la propiedad, tráfico de drogas, libertad sexual, vida e integridad corporal y terrorismo, las penas son ahora más graves. Los condenados por esas conductas sufrirán largos períodos de encierro y cárcel. Precisamente, esos son los delitos cuya infracción representa mayoritariamente a la población penitenciaria.

A ello colaborará, por un lado, la supresión de beneficios penitenciarios que determinaban una importante reducción de los tiempos de estancia en prisión y, por otro, la posibilidad vergonzosa de cumplimiento íntegro de las penas, que establece el artículo 78 del código, que significaría en algunos casos, según la edad del condenado o sus expectativas de vida, una especie de condena perpetua.

El círculo se cierra de manera asfixiante con el resultado de más y más prisión.

3.4. Impulso criminalizador

En la parte especial tampoco las cosas han ido por otros derroteros.

La opción política, como se ha dicho, asumida por todos ha sido favorable a la expansión del sistema. Se han introducido muchos nuevos delitos y conservado algunas tipificaciones sonrojantes. Así, el aborto, la insumisión, los delitos de opinión, la eutanasia, las injurias a autoridades o Instituciones, los ultrajes a España y a sus símbolos o emblemas, de respeto a los difuntos... En contraste ejemplar con las conductas que se han despenalizado (cheque en descubierto, desacatos y algunas falsedades) que no deben confundirse con modificaciones técnicas (delitos complejos) que no suponen descriminalización.

En los delitos societarios, los del medio ambiente, ordenación del territorio, consumidores, y otros que protegen bienes colectivos o intereses difusos, se ha optado, como no podría ser de otra manera, por tipos abiertos y de peligro abstracto.

En definitiva, no se han puesto las bases para que se produzca un cambio cultural en el derecho del Estado al castigo de los delitos, sino que se han afirmado las corrientes involucionistas alejándonos de los principios liberales de restricción del poder punitivo y de tolerancia de los conflictos, que propugnan el desarrollo de políticas más civilizadas de carácter social y asistencial o de apoyo al funcionamiento correcto de los controles del poder, internos y externos. Esta norma es expresión de la crisis del Estado social y democrático de derecho y del desconcierto de las estrategias progresistas.

En la renovación del Consejo General del Poder Judicial

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

A la vista de la dramática realidad actual del Consejo General del Poder Judicial y del tenor del debate en curso sobre la misma, no sabría decir qué es lo que más me impresiona: si la gravedad y previsible irreversibilidad de ese estado de cosas, de no modificarse sustancialmente las condiciones que lo han hecho posible (algo que no es seguro que se produzca); la patética pobreza del monocorde discurso teórico de los epígonos del *modelo español*; o la impermeabilidad de éstos y de éste a la recalitrante prueba de los hechos.

En cuanto al Consejo, cuyo desastroso desenlace actual tuvo, ya en 1986, un profeta de lujo en el Tribunal Constitucional, no hace falta extenderse; como no sea para decir que —no obstante la racionalidad del temor que acaba de apuntarse— quizá no vuelva a repetirse una peripecia tan singular en su intensidad de masoquismo hasta el autoaniquilamiento, probablemente sin precedentes en la historia de las instituciones. Pero sólo porque ahora, en ese atormentado espacio, no parece posible la reiteración del despliegue incontenible de una fuerza política tan hegemónica como lo fue la mayoría socialista en los dos últimos periodos. Ello permite alimentar la esperanza de que el futuro Consejo pueda gozar de cierto grado de pluralismo en su composición y, así, alimentar una dialéctica interna más fluida y con menor proclividad a la grosera bipolarización partidista. Por otro lado, tampoco es probable la concurrencia en el Consejo de un grupo de vocales tan desinteresados por el devenir del órgano y con tan marcada predisposición a la ruptura del compromiso quinquenal contraído al acceder al cargo, como —el ciertamente nutrido— que *desfiló* en estos años por el palacio de la calle Marqués de la Ensenada hacia otros destinos.

De todos modos, los datos que se conocen de la negociación que está teniendo lugar entre los partidos —en el momento de dar este trabajo a la imprenta— no arrojan un resultado muy tranquilizador. Y es que la idea de *cuota* y la lógica del *reparto* pa-

recen hallarse inscritas tanto en el código genético del sistema como en el de sus gestores. A tal punto que, de momento y por lo que hace al criterio de distribución de puestos, lo más que se adivina es algún retoque cosmético de la tosquedad del ya habitual procedimiento, con el único objeto de hacerlo más presentable. Baste señalar que, según una expresiva información periodística, lo que podría evitar esta vez la predesignación política del presidente del CGPJ que viene no es la voluntad decidida de dar cumplimiento a la previsión legal al respecto, sino la incapacidad objetiva de los contratantes para ponerse de acuerdo en una persona, tras el renovado intento de incumplir la ley una vez más¹.

Sin embargo, tal vez la conciencia de las extraordinarias dimensiones de la catástrofe pudiera llevar a los actores del actual proceso de renovación del Consejo a sentirse —¡qué menos!— en la obligación de ofrecer algún gesto susceptible de traducirse en la designación de cierto número de personas del perfil que el constituyente quiso expresar con la exigencia del *quorum* cualificado.

Me refería antes a la pobreza del discurso en favor del modelo español, discurso que, en efecto, sigue siendo el mismo de 1982², si bien, ocasionalmente, con alguna inflexión a la que haré posterior alusión. En esencia, se afirma: que en democracia no hay más legitimidad que la procedente de las urnas; que el Consejo administra una calidad de poder estatal que precisa necesaria y exclusivamente de aquel género de legitimación; que la designación parlamentaria de la totalidad de los componentes del Consejo, incluso con el elevado coeficiente de desviación de la legalidad que experimenta en la práctica, no afecta a la independencia del juez concreto³; que el retorno a la elección parcial de los componentes del Consejo por los mismos jueces no aportaría a la institución otra cosa que un reforzamiento del más cerrado corporativismo castal.

Del aludido planteamiento, lo primero que salta a la vista es la persistencia en esa mistificación into-

¹ «Los grupos parlamentarios tienen bastante difícil llegar a un pacto sobre quién debe presidir el próximo Consejo General del Poder Judicial, informaron a Europa Press fuentes de la negociación, por lo que el sustituto de Pascual Sala será escogido, con toda probabilidad, entre los próximos vocales» (De Las Provincias, 27 de mayo de 1996).

² Discurso ideológico, hilvanado con urgencia en aquel momento, con el único fin de ocultar el propósito efectivamente perseguido con la decisión: disponer de un instrumento apto para incidir de inmediato en la composición del vertice de la jurisdicción y sobre la jerarquía judicial.

³ Precisamente ahora, cuando es bien sabido en qué clima de intensa conflictividad política se produjo un nombramiento tan significativo como el último de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la frustración de otro que no llegó a realizarse; todo con vis-

ta a incidir en bien conocidos procesos en curso. Cuando son notorias las reiteradas sintomáticas rupturas de este Consejo en dos mitades. Cuando es tan evidente que, no obstante los reproches de sectarismo dirigidos a la mayoría por la minoría, el modelo y los modales de uso de su poder por parte de ésta, en las ocasiones en que ha podido imponerlos, se han reproducido mimeticamente en función asimismo de criterios básicamente políticos, de política, al fin, de partido. Cuando todavía no se ha difuminado el emblemático *uso alternativo*, por unos y por otros, según el momento, de Pascual Estevill y su paradigmático caso. Indicadores todos bien elocuentes de la pobreza del espacio abierto en el seno de la institución a la defensa y la promoción de un valor tan relevante para la justicia como es la independencia judicial.

lerable que supone contraponer sistemáticamente el tipo ideal —el *deber ser*— del proceder parlamentario, a los aspectos más negros del modo de *ser real* de la organización judicial de estirpe napoleónica. O, lo que es lo mismo, la voluntad de ocultación de lo que hay de degradación partitocrática en la democracia realmente existente; y la insistencia en presentar a la magistratura como un cuerpo impermeable a cualquier cambio cultural, y al movimiento asociativo-judicial en su conjunto como incapacitado —hoy y siempre— para expresar otra sensibilidad que la que lleva fatalmente a una defensa egoísta de los más ciegos intereses sectoriales. Todo esto, curiosamente, prescindiendo de cualquier análisis de los procesos concretos que han llevado a la producción de fenómenos de esa índole, con antecedentes causales relativamente identificables, y que no tienen nada que ver con alguna suerte de *fatum*. Por cierto, situados en esta perspectiva, hay que señalar que los mismos en quienes se hace patente la negativa a reconocer las verdaderas causas *sistémicas* de la situación actual del Consejo, cierran también ostensiblemente los ojos a un dato de realidad inobjetable: que las actitudes que se denuncian en la actual derecha asociativa judicial como *argumento* en favor del procedimiento de la LOPJ de 1985, guardan estrecha relación con la dinámica suscitada, o cuando menos potenciada por ese texto y por la nefasta política de la justicia que informó su redacción⁴.

Sorprende que a estas alturas, y fresco aún el recuerdo de lo mucho que de intolerable se ha querido cubrir, en momentos incluso bien recientes, con el manto justificador de una instrumental razón de las urnas, pueda seguir reiterándose el gastado subterfugio que, en su formulación habitual, ha servido para negar el Estado de derecho en aspectos tan centrales como el respeto de la legalidad. La democracia política, siendo esencial, no basta sino va acompañada de la garantía jurídica que asegure eficazmente la funcionalización del ejercicio del poder legítimo en su origen a la efectividad de los derechos fundamentales. Y a esto se orienta el Estado de derecho en su actual versión constitucional: a garantizar, más allá de la voluntad de una concreta mayoría, los intereses de todos, que aquéllos expresan.

En este sentido, y es quizá la mejor aportación de la dura experiencia de estos años a la teoría política, la necesidad de un control eficaz de legalidad en última instancia, de las más graves ilegalidades del

poder, se ha manifestado con una evidencia abrumadora. Es asimismo evidente que tal papel corresponde al juez quien sólo podrá llegar a ejercerlo con *real poder* judicial, si goza de una verdadera situación de independencia.

La independencia judicial tiene una proyección final que es personal: la del juez o tribunal competente frente al caso; pero se nutre antes de sustancia institucional, en la medida que precisa de un cierto marco como condición de posibilidad. Este marco tiene una vertiente administrativa de cierta singularidad, por lo que en el estatuto funcional del juez hay, también, de singular; y otra, en cierto modo, presupuesto cultural y político de la anterior, que se actúa mediante la contribución al diseño global de la política de la justicia y a través de la garantía y defensa de la jurisdicción frente a eventuales injerencias o alteraciones de su ámbito. En el modelo constitucional vigente ambas funciones están atribuidas al Consejo General del Poder Judicial.

El Consejo nació, como no siempre parece recordarse, con la finalidad de dar un soporte institucional eficaz al principio de independencia judicial, hasta entonces siempre prácticamente inactuado. Con ese fin se extrajo la administración de la jurisdicción del área del ejecutivo en que había estado tradicionalmente asentada. Ese cometido no podía ser confiado sólo a los jueces, para evitar una caída previsible en alguna suerte de absolutismo gremial. Tampoco podría serlo en exclusiva a otros sujetos políticos, porque ello llevaría a una igualmente previsible reproducción de la misma situación de dependencia política que quería impedirse. Si, después de todo, se optó por el actual sistema de composición mixta, con mayor presencia porcentual de jueces, es por ser obvio que la especificidad de la función cuyo ejercicio se trata de preservar demanda conocimientos y actitudes específicos. Pero también porque la independencia que ha de garantizarse es, precisamente, la *judicial* y debe serlo *frente a* (que no quiere decir necesariamente contra) otros centros de poder dotados de una extraordinaria capacidad de influencia.

El motivo de atribuir la selección de la componente judicial a los propios jueces fue, en la lógica profunda del modelo, doble: de una parte, se trató de dotar de autenticidad a la presencia de los jueces en el Consejo; de otra, y muy singularmente, se quiso inscribir, al mismo tiempo, en el cuerpo judicial, hasta entonces rigidamente jerarquizado, un meca-

⁴ En efecto, el cambio en el sistema de designación introducido por la LOPJ de 1985 —«sin duda como represalia política» (L. M. Díez Picazo, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 141)— contribuyó a la radicalización de la magistratura conservadora en sus posiciones. Por otra parte, una decisión que, en palabras de alguno de sus reponsables, tendría que servir para contener una supuesta politización indeseable de la magistratura, desencadenó otra —esta sí real y del peor signo— al poner en manos de los partidos (en particular del mayoritario) un arma de formidable incidencia condicionante de la autonomía de aquéllas y, eventualmente, de la independencia de jueces concretos.

El ulterior envilecimiento del sistema —al que es claro contribuyeron todos sus gestores, incluidos quienes lo denostaban desde la derecha extrajudicial y judicial— sirvió, sin embargo, a esta última también para *cargarse de razón* ante algunos sectores de opinión. Incluso para hacer olvidar que el anterior tratamiento le-

gislativo del Consejo (1980) aún respetando *pro forma* la voluntad del constituyente, la había defraudado también claramente en el fondo, al entregar la institución a la mayoría política de entonces. Como se recordará, esto se llevó a cabo mediante la limitación del derecho a asociarse —dirigida a excluir al sector procedente de Justicia Democrática— y a través de un régimen mayoritario de sufragio, que dio a la Asociación Profesional de la Magistratura los 12 puestos judiciales del primer Consejo.

Por otra parte, los autores de la reforma de 1985 contribuyeron decididamente a hacer imposible la construcción de un espacio de debate en el interior de la magistratura, como el que habría estimulado la contribución a la formación electoral del Consejo mediante un sistema de sufragio interno de carácter proporcional, coincidiendo en esto objetivamente con el sector más duro de la APM, interesado en frenar el desarrollo del pluralismo en su interior, precisamente para evitar una pérdida de hegemonía.

nismo democrático-representativo apto para generar en él una nueva dinámica político-cultural, productora a su vez de una cultura —no corporativa— de la jurisdicción⁵.

La composición del órgano fue, al fin, coherente con la singularidad de la función constitucional que debía desempeñar: una función administrativa y política —pero no de poder ni de partido— para la jurisdicción. De ahí la búsqueda en su interior de un equilibrio no estático, sino dialéctico o dinámico, a través de una amplia difusión de la representatividad, garantizada por la extracción diversificada de sus componentes. De este modo, el pluralismo interno de la presencia judicial, asegurado mediante el sufragio proporcional⁶, y el perfil del jurista no judicial, idealmente presupuesto en la exigencia de un *quorum* cualificado para su elección, jugarían como un antídoto eficaz frente a cualquiera de los riesgos de deslizamiento posibles: tanto hacia el corporativismo judicial, como hacia el corporativismo de clase política o de partido.

Un Consejo integrado por este procedimiento satisface, además, una exigencia de importancia no desdeñable: contribuye eficazmente a legitimar al órgano de gobierno ante sus gobernados⁷.

Otra de las mistificaciones sobre las que se asienta la fundamentación tópica del *modelo español* tiene su punto de arranque en un defecto de comprensión de la naturaleza del «poder judicial». En la *vulgata* justificadora de aquél resulta frecuente que se dispense la condición de poder estatal al Consejo y, en ocasiones, incluso, a la magistratura en su conjunto, atribuyéndoseles, implícita o incluso explícitamente, idéntica naturaleza y capacidad de dirección política que a los otros dos poderes de la clásica tríada. Es la coartada que posibilita dar el paso siguiente: hacer también del Consejo una expresión de la soberanía popular, como corresponde —se dice— a todo poder en el Estado democrático. Si los funcio-

narios no eligen al presidente del Gobierno ¿por qué los jueces tendrían que elegir a una parte de los componentes del Consejo? Es el imaginativo eslogan acuñado por un parlamentario en el debate sobre el proyecto de la vigente LPOJ.

Hoy al menos está claro que «poder judicial» es sólo el que tiene quien —y mientras— ejerce jurisdicción y que su condición no electiva, lejos de representar un defecto, es, precisamente, una garantía. Como espero que ahora se considerará bien demostrado.

Según ya he anticipado, el ejercicio de la jurisdicción en condiciones de independencia exige que alguien —el Consejo en este caso— desarrolle una actividad política y administrativa de cierto grado de singularidad y con la autonomía precisa para prestar a los titulares de aquélla el soporte necesario y adecuado a la naturaleza su función. Las particularidades de esa función hacen que el Consejo no sea un órgano de *poder* en el sentido habitual del término, porque no es un órgano de *dirección política* y porque carece de atribuciones en relación con la generalidad de los ciudadanos. También porque, en el plano externo, su función es más bien negativa o reactiva: garantizar la independencia del juez frente a eventuales interferencias.

De este modo la invocación del *poder* del Consejo como poder *judicial*, a veces, o como poder político *tout court*, otras, con el fin de justificar la manida vinculación a la soberanía popular que aseguraría el *modelo español*, padece en su punto de partida un serio defecto de caracterización del órgano supuestamente a legitimar. La suya es una función constitucionalmente relevante, pero de *garantía* y no de *poder*, y menos de poder en sentido fuerte. Y, siendo así, demanda un criterio de legitimación compatible y coherente con la naturaleza de aquélla y que haga posible su desarrollo en las mejores condiciones.

Así las cosas, el *modelo español*, en el discurso

⁵ Valdría la pena rescatar de las hemerotecas artículos como los de De Miguel Garcilópez, «Justicia y política» (*Abc*, 11 de enero de 1978) y Ogáyar Ayllón, «Un grave ataque a la independencia judicial» y «Constitución y poder judicial» (*Abc*, 25 de noviembre de 1977 y 18 de marzo de 1988), para comprobar con qué lucidez se veía desde la cúpula judicial franquista la previsible eficacia transformadora del modelo de Consejo en su versión original, cuando apenas había comenzado a perfilarse en el horizonte como posibilidad. Los guardianes de la más genuina cultura corporativa sabían muy bien que, puesto que ésta era hija de la *carrera* que ellos gestionaban con mano de hierro, un cambio esencial en la lógica interna de tal aparato organizativo era un verdadero golpe mortal en el mecanismo autorreproductor de aquélla.

⁶ Como ha señalado Luciani: «Todo sistema electoral es funcional a la obtención de determinados objetivos políticos» (*Il voto e la democrazia*, Riuniti, Roma, 1991, pág. 15). La naturaleza de la función del Consejo, esencialmente de garantía y nunca de poder en sentido fuerte, si algo demanda es obtener en él máximo de autenticidad y de difusión de la representatividad, de modo que —como escribe Pizzorusso, «La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 24, pág. 67— la independencia del magistrado más aislado pueda ser tutelada cuando resulte necesario. Ello hace rechazable el recurso a sistemas electorales que no sean de carácter proporcional.

De otra parte, si el tipo de juez heredado, caracterizado por su pasiva integración en el ámbito del poder político y por su monolitismo cultural, fue claro fruto de una política de la justicia de signo autoritario, administrada mediante el ejercicio de un poder cor-

porativo confusamente jurisdiccional y jerárquico en el vértice y en los puntos neurálgicos de la estructura burocrática, el juez postconstitucional ha de buscarse en dirección opuesta. Es decir, a través de un modelo organizativo de los aspectos administrativos o de gobierno de la jurisdicción de base ampliamente representativa. Mediante un reconocimiento efectivo del pluralismo político-cultural en los jueces con traducción genuina en la composición Consejo. Una verdadera alternativa a la vieja subcultura jerárquica fruto de hábitos de subordinación acrítica sólo podrá desarrollarse en un marco auténticamente democrático, favorecedor de forma natural del ejercicio de una libertad de juicio de profunda impregnación constitucional, que es el presupuesto cultural de la sujeción «sólo a la ley».

Por eso en este punto declaraciones de retorno al *modelo constitucional* de Consejo, como las que se escuchan en ciertos medios judiciales y políticos, no bastan mientras no se precise el tipo de sufragio. Una opción en este campo dirigida una vez más a privilegiar a un sector de la magistratura —el más afín políticamente— sería un nuevo fraude.

⁷ La necesidad de dar satisfacción a esta exigencia se ha hecho patente a los propios gestores del actual sistema de elección, que, de forma progresiva, han tenido que abrirse al contacto previo con las asociaciones judiciales, cuya influencia se había considerado antes una fuente de riesgo de *contaminación corporativa* a eludir. Resulta curioso que en 1993, en momentos de lanzamiento de lo que en medios socialistas se presentó como —«impulso democrático»—, la búsqueda de un cierto consenso asociativo-judicial se presentó —por algunos cualificados exponentes de aquellos medios— como uno de los pasos a dar para salir de la profunda situación de deslegitimación del Consejo.

de sus creadores, trataría, de aportar al Consejo una clase de legitimación que éste no necesita, dado el carácter de su función constitucional, y para cuyo regular desempeño ha representado —demostradamente— un obstáculo. Considerado el asunto en la perspectiva dinámica de una abstracta relación entre poderes en el interior del Estado constitucional de derecho, es evidente que el sistema inaugurado en 1985 llevó consigo un sensible desplazamiento del Consejo al ámbito de un poder, el legislativo, frente al que también ha de ser garantizada la independencia del juez y respecto del que aquél ha de hallarse dotado de un grado de autonomía como el que presupone el hecho de que se encuentre, incluso, legalmente legitimado para promover conflictos constitucionales. Situando el asunto en el más concreto marco del modo de ser empírico y actual del *Estado de partidos*, es decir, de la degradación en sentido partitocrático de esta democracia política, el resultado —observable a escala ciertamente macroscópica en nuestra realidad vigente— ha sido colocar al Consejo en la objetiva imposibilidad práctica de desempeñar con el mínimo de dignidad y eficacia su cometido institucional. Hacer de él una patética caricatura, que, en realidad, es el único rostro de la opción política a examen que se conoce hasta la fecha.

En efecto, el sistema llamado *democrático*⁸, que

en realidad ha demostrado ser *corporativo de clase política*, desnaturaliza el carácter de la presencia de procedencia judicial en el interior del Consejo, hasta llegar a anularla virtualmente como tal, de manera que aquél se divide mecánicamente en tantos bloques o lotes *de partido* como partidos representados. Y cuando, como ocurrió en el quinquenio 1990-1995, existe dentro de él un grupo político marcadamente mayoritario, el Consejo puede llegar a funcionar como *Consejo de un único partido*.

De momento es eso lo que ha habido. Lo que hay. Y quien afirme lo contrario, incluso como alternativa posible dentro de las actuales coordenadas legales, deberá asumir la carga de la prueba⁹. Con esto no quiero decir que el sistema vigente deba conducir por necesidad a desenlaces del grado de negatividad del que ahora está a la vista. Ya decía al principio que un descenso en la intensidad de la manipulación partidista¹⁰ del procedimiento de designación, en la medida en que pudiera contribuir a limitar dependencias y abrir algún espacio de autonomía conforme a principios para el funcionamiento del órgano, podría llevar a alguna mejora en su «cuenta de resultados». Creo que nunca, sin embargo, a reorientar en profundidad el sentido de ésta. Ni, desde luego, a una recuperación de la oportunidad histórica y el tiempo perdidos para la profundización de la independencia judicial y el desarrollo de la mejor cultura democrática de la jurisdicción en nuestro país.

⁸ Por oposición al llamado, curiosamente y con notable falta de rigor descriptivo, *corporativo* y no mixto. Así, en el artículo editorial «Gobierno judicial» de *El País*, de 13 de octubre de 1994 y en algún documento del Secretariado de Jueces para la Democracia.

⁹ Es lo que corresponde a Pascual Sala, últimamente patrocinador de una curiosa cruzada en favor de «la unidad de la carrera judicial» (*El País*, 23 de junio de 1996), postulada como valor en sí, en lo que constituye una suerte de verdadero *corporativismo ético*. Este, en su opinión, tiene un preciado sostén en el actual sistema de elección de los vocales del Consejo; en tanto que su eventual sustitución por el original con intervención de las asociaciones implicaría una ruptura del ideal de cohesión —¿de qué clase?—, al parecer con existencia actual, en el interior de la magistratura.

¹⁰ Últimamente se hace mucho hincapié en las ventajas que podría reportar la introducción de una comparecencia de los candidatos ante una comisión parlamentaria, como complemento del vigente sistema de designación. Se dice, en ocasiones, para que aquéllos pudieran exponer «su programa». Pues bien, no cabe duda que todo lo que sea potenciar la transparencia en los mecanismos de designación llevará consigo alguna mejora en el pro-

ducto de ésta. Pero tampoco puede caerse en la ingenuidad de perder de vista lo fácil que podría resultar, una vez pactados extraparlamentariamente los candidatos, *cuadrar* o modular los términos escenográficos de la comparecencia parlamentaria. Por otra parte, mal podría servir ésta para calibrar *programas* de política de la justicia, que, por definición, tendrían que ser de diseño colectivo. Algo, aquí, sólo concebible como expresión de partido, una vez excluida la contribución de las asociaciones judiciales, como tales, a la formación del Consejo.

De otro lado, hay que tener en cuenta que, de llegar a introducirse ese régimen de comparecencias, aun con toda su posible eficacia ideal, como también en el caso de ampliarse la base numérica de la selección, ambas innovaciones no pasarían de ser modificaciones muy marginales del sistema, cuyas constantes estructurales permanecerían intocadas. En particular la representada por la mediación partidista, de partidos cuyo modo de ser actual —tan desviado del paradigma democrático y, en ocasiones, incluso de la legalidad— no parece la mejor garantía. Sobre todo si lo que se trata de garantizar es, precisamente, la independencia judicial como presupuesto de efectividad del imperio de la ley frente a todos, los sujetos públicos incluidos.

Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros «entretenimientos» de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal

Guillermo PORTILLA CONTRERAS

Durante los años precedentes a la aparición de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), se han desarrollado en nuestro país dos teorías opuestas respecto a las prácticas de privación de libertad efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. Una de las teorías defendía que entre la detención como privación de la libertad y la libertad no caben formas intermedias. Tal afirmación en ningún caso suponía la imposibilidad de la realización de identificaciones, cacheos, o controles policiales. Por el contrario, dichas técnicas de prevención podían llevarse a efecto bien con el consentimiento del ciudadano o sin su aceptación. Si esto último acontece, es decir, si se produce su negativa, el funcionario podía proceder a la realización de cualquiera de esas medidas siempre que estuviera en la creencia de que la persona afectada ha podido participar en la comisión de un delito o falta. Tal restricción de la libertad hasta la aparición de la LOPSC sólo tenía un nombre —detención— y, en consecuencia, el funcionario debía respetar en el ejercicio de esa medida cautelar todas las garantías que prevé el artículo 17 de la Constitución.

Al identificarse cualquier restricción de la libertad con la detención, ello supone, inevitablemente, la necesidad de extender las garantías mencionadas a todas aquellas técnicas en las que se limita, cualquiera que fuera el plazo, la libertad de movimientos del ciudadano. Técnicas que, insisto, sólo encontraban justificación cuando el funcionario actuaba en la creencia racional, objetiva y motivada de que su utilización era imprescindible en la prevención o descubrimiento de un delito o falta. Nuestro Ordenamiento jurídico no admitía ninguna otra restricción de la libertad debido a la ausencia de proporcionalidad entre la negativa a la identificación tras la comisión de una infracción administrativa o (¿) por cualquier otra causa no delictiva y la privación de libertad¹.

Contra esta tesis se demandaba, fundamentalmente desde sectores policiales, la construcción de figuras de carácter procesal-penal, sin configuración legal hasta 1992, que permitieran al funcionario restringir la libertad del ciudadano sin tener que recurrir

a las garantías constitucionales. Ya que la detención por delitos y faltas estaban reguladas legalmente, es de suponer que lo que se estaba exigiendo era la privación de libertad sin garantías constitucionales de los presuntos autores de infracciones administrativas o de cualquier ciudadano, por el simple hecho de serlo, sin que sea sospechoso de haber cometido infracción alguna.

Pues bien, como ha quedado expuesto, antes de la aparición de la LOPSC, nuestro ordenamiento no permitía tales actuaciones, salvo en el marco de la detención y reducidas siempre a la sospecha racional de la comisión de delitos o faltas. Sin embargo, a veces, se han justificado algunas de estas actuaciones ilegales. Así, por ejemplo, el «simple control policial superficial» sin indicios delictivos y sin las garantías constitucionales se ha considerado lícito²: el hecho de ser «parados» en la calle para ser identificados, no puede calificarse técnicamente como «detención». Se considera que en estos casos no hay detención ya que ésta sólo afecta a la privación provisional de la libertad por la presunta comisión de un ilícito penal. Por esta razón, se interpreta que las garantías del artículo 17.3 CE no son aplicables a los controles de policía que tienen por finalidad la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia acordada sin indicios previos de infracción penal para «la comprobación por los agentes del orden público de la identidad o estado de los infractores». Asimismo, en otras ocasiones parece que lo importante en la calificación de licitud de la diligencia no ha sido la racionalidad de la sospecha *ex ante* sino la confirmación *ex post* de los indicios irracionales³. De este modo, se sostuvo que, «la conducta de la policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima como lo es la prueba de esta forma obtenida». En fin, puede afirmarse que en estos supuestos se amparaban judicialmente actuaciones policiales irregulares no recogidas en la legislación procesal penal.

Como alternativa a la anterior posición, afortunadamente, y como no podía ser de otro modo, una determinada línea jurisprudencial consideró que, en

¹ Vid. por todos, Portilla Contreras. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Madrid, 1990

² Cfr. la Sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 1991. *La Ley*. 1606. Ponente: señor Capó Delga-

do Utiliza como base de su argumentación la providencia del TC de 28 de enero de 1991.

³ Cfr. la STS de 15 de abril de 1993. *La Ley*. 13.142. Ponente: señor De Vega Ruiz.

primer lugar, eran detenciones y, en segundo lugar, ilegales aquellos cacheos y retenciones con fines de identificación que se practicaban sin las garantías del artículo 17 CE⁴. En un sentido similar, la STS de 27 de junio de 1992⁵ consideró que la negativa a la identificación tras haber tirado *una cáscara de plátano* al suelo no justificaba la privación de libertad y, en consecuencia, la detención es ilegal⁶.

El planteamiento defendido en estas sentencias no fue, sin embargo, compartido por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que, en tres providencias dictadas en torno al tema de las diligencias de identificación y cacheo, defendió la tesis según la cual la detención y, por tanto, la inmovilización del ciudadano no sospechoso de haber participado en la comisión de un delito durante el tiempo imprescindible para la práctica de dichas actuaciones, no

representa una privación de libertad y, al mismo tiempo, supone para el afectado un *sometimiento no ilegítimo* desde la perspectiva constitucional a las normas de policía⁷.

Según este planteamiento, el ciudadano puede verse obligado a aceptar tales medidas sin que sobre él recaigan indicios racionales de comisión de un delito o falta ya que así —se dice en tales providencias— lo disponen los artículos 11 y 12 de la LOFCSE⁸.

Esta tesis, en mi opinión, se contradice con la línea iniciada por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia de 10 de julio de 1986 sobre la ilegalidad de la práctica de la «retención», según la cual hay que entender que sólo es lícita la privación de libertad que responde a los criterios establecidos en los artículos 492 y 495 de la LECr⁹. Asimismo, con-

⁴ Cfr. STS de 20 de octubre de 1987 (R.526/1985) Ponente: señor Mórner Muñoz. En esta sentencia se califica como detención ilegal la privación de libertad por hechos que, como máximo, podían ser constitutivos de falta sin que se dieran, además, los requisitos exigidos por el artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵ Cfr. (RAJP 1951/90). Ponente: señor Bacigalupo Zapater.

⁶ Continúan esta misma tendencia otras sentencias como la de 6 de noviembre de 1991 (RAJPa)191 de la AP de Zaragoza. Ponente: señor Pérez Legasa. En ella se consideró ilegal la detención de dos africanos a los que, tras pedirle la identificación y comprobar los documentos que avalaban su estancia y empleo laboral en territorio nacional, se les privó de libertad. Tal sentencia es confirmada posteriormente por la STS de 28 de mayo de 1993 *La Ley*. 13.206. Ponente: señor De Vega Ruiz.

Por otra parte, la sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1991 (*La Ley*. 1992. 1628. Ponente: señor Vidal Andreu) estimó ilegal la detención de un sujeto que fue requerido para subir a un vehículo policial. Posteriormente, se efectuó un breve recorrido hasta lograr que, por radio, se comunicara la verificación de identidad —aun conociendo su domicilio— y la carencia de requisitorias vigentes; ya desde la comisaría se le obligó a desplazarse en coche furgón hasta la sede central de la policía municipal y es en ese lugar donde, al fin, se le devuelve la libertad ambulatoria. Todo ello sin levantar atestado alguno y sin instrucción de derechos como simple incidencia de identificación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el señor De Vega Ruiz —que en esta materia sorprendentemente ha cambiado de criterio en repetidas ocasiones— llegó a considerar que la «simple retención obligada, si es perceptible, se ha de identificar con la detención». Otra postura que avala la posición defendida en el texto es la de la STS de 3 de noviembre de 1992 RA 8879. En este supuesto consideró ilegal el «llevar a una persona contra su voluntad a las dependencias de la policía municipal en donde estuvo retenida cerca de una hora, diciéndosele después sin más, que podía marcharse».

En igual sentido, la STS de 25 de septiembre de 1993 (*La Ley*. 13.424. Ponente: señor Hernández Hernández) consideró ilegal la detención de una persona a la que se le solicitó la identificación debido a que infundió sospechas su actitud de darse la vuelta ante la llegada del coche patrulla. El ciudadano les mostró el carnet de conducir y la carilla de la SS. Pese a identificarse por tales medios, le condujeron a Comisaría, cacheándole previamente, y lo introdujeron en el vehículo policial por su parte trasera, colocándole las esposas. La detención duró una hora.

⁷ Vid. Providencias de la Sala Segunda del TC de 26 de noviembre de 1990 ante el recurso 2252/90 contra sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 18 de junio de 1990, por la que se condena al recurrente, como autor de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de treinta mil pesetas; de 21 de enero de 1991 ante el recurso 2262/90 contra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas; de 28 de enero de 1991 ante el recurso 2260/90 contra sentencia

de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condeno a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas.

En todas ellas se subraya que «el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo. «Asimismo, en la Providencia de 28 de enero de 1991, se manifiesta que «esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de libertad» ni atenta contra su derecho a la libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen.»

Las citadas providencias tienen su origen en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de control de alcoholemia: en efecto, la sentencia del TC 197/1985 de 7 de octubre considera que no se encuentra en la situación de detenido, «quién, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado. Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el número 1 del artículo 340 bis, a) del CP (...) Igualmente se expresa la STC 22/1988 de 18 de febrero. De un modo semejante, la sentencia 30/1962 de 27 de marzo del Tribunal Constitucional italiano subraya que las inspecciones personales constituían prestaciones impuestas y no restricciones físicas a la libertad.

Asimismo la STS 28 de octubre de 1993 RAJP num 16. que defiende que las identificaciones y cacheos no son privaciones de libertad.

En contra de lo expuesto en las citadas sentencias, entiendo que existe privación de libertad —detención— desde el instante en que el ciudadano no consiente la práctica de la prueba, se den o no motivos bastantes de criminalidad; no es necesario, por consiguiente, esperar al resultado del control para afirmar el estado de detención, durante el cual es preceptiva la información y cumplimiento de las garantías del artículo 17 de la Constitución.

⁸ Vid. Artículos 11 y 12 de la LOFCSE.

⁹ Es preciso reconocer que otra sentencia del TC de 19 de diciembre de 1985 num 178, parece otorgar viabilidad a la detención sin indicios de delito, ya que, en relación a la figura del arres-

culca el artículo 5.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; en efecto, la detención de un no sospechoso, es decir, de un ciudadano sobre el que no recaen motivos razonables de haber cometido una infracción o participado en una acción ilícita —delito o falta— es contraria al artículo 5.1,c) del Convenio, ya que este precepto sólo justifica la detención de aquél sobre el que recae o concurre una base objetiva de la que se desprenda su posible participación en el hecho delictivo¹⁰. Pese a esta afirmación, en el caso Guzzardi, el TDH entendía que la medida restrictiva de la libertad —como consecuencia de la aplicación de criterios de prevención general— podía extenderse a aquella persona o categoría de personas que aparentan la peligrosidad por su tendencia permanente a la delincuencia¹¹; y aunque el Tribunal no concreta la forma en que se manifiesta la intención de transgredir la ley, la jurisprudencia de la Comisión viene exigiendo de modo reiterado la comisión previa de una infracción delictiva¹².

Ahora bien, si es cierto que la Comisión ha rechazado que la detención de un no sospechoso sea acorde con el artículo 5.1,c) del Convenio, en el caso *Mc Veigh, O'Neill y Evans contra Reino Unido*, entendió que esta clase de detenciones estaban justificadas en virtud del artículo 5.1, b), que admite la detención de un individuo para garantizar el cumplimiento de una obligación prevista por la ley¹³. Así, mantiene la Comisión que un control de identidad *respeto el principio de la libertad personal* siempre que el ciudadano requerido rehúse tal verificación o cuando el funcionario dude sobre la autenticidad de las señas de identidad que se le ofrecen, en tales supuestos la detención se justifica como medio para

garantizar la ejecución de la obligación. Además, como consecuencia de que la exigencia de entrega inmediata del detenido a la autoridad judicial sólo abarca el apartado c) del número 1 del artículo 5, la Comisión interpreta que tal garantía no se exige en los supuestos de control de identidad del artículo 5.1,b), por lo que justifica —como en caso *Mc Veigh* y otros contra Reino Unido— una detención de cuarenta y cinco horas.

Regresando ahora a las providencias del TC antes citadas, es preciso indicar que éstas fundamentan la «legalidad» de las diligencias de identificación y cacheo de ciudadanos no sospechosos en los artículos 11 y 12 de la LOFCSE; sin embargo, curiosamente, a tenor de aquellos preceptos, los funcionarios no se encuentran facultados para practicar detenciones al efecto de proceder a la identificación de esa clase de personas sino, todo lo contrario, sólo son competentes para la *prevención de delitos* y para la *práctica de la detención* de los que participan en su comisión.

Por todo ello, hay que llegar a la conclusión de que cualquier clase de privación de libertad —identificación o cacheo no realizada voluntariamente— que se efectúe *infringiendo* los preceptos aludidos será ilegal y, en consecuencia, dará lugar al delito de detención ilegal practicada por funcionario público.

Del mismo modo, la solicitud de identificación debe basarse en la creencia racional y bastante del funcionario de que la persona a la que se solicita los datos personales ha participado en la comisión de un delito o falta, pudiendo negarse el ciudadano al procedimiento de identificación siempre que el funcionario no motive la solicitud.

El agente, en aquellos supuestos en los que el ciudadano se identifique, pese a la comisión de una fal-

ta del quebrado, mantuvo que «...ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad». Vid. FJ Tercero. Ahora bien, en esta misma sentencia se indica que tal privación de libertad exige «una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación». Vid. FJ Tercero.

¹⁰ Así lo reconoce el TEDH en la sentencia *Lawless* de 1 de julio de 1961 al indicar que «solo se puede detener a una persona cuando existan indicios racionales de la necesidad de impedirle que cometa una infracción... para ponerla a disposición de la autoridad judicial competente». Vid. Serie A, núm. 3, págs. 51 y 52, aptdo. 14. Del mismo modo, en la sentencia de 29 de noviembre de 1988 —caso *Brogan* y otros—, pese a que en tal supuesto llegue a la conclusión de que no se ha violado el artículo 5.1, al indicar la necesidad de que la privación de libertad se fundamente en la razonable sospecha de que se había cometido una infracción en el sentido del artículo 5.1.c); además señala que dicho precepto exige, igualmente, que la finalidad de la detención y su mantenimiento como preventiva sea la de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial competente. Vid. FJ III BJC 116, págs. 91 y ss.

En relación a esta última sentencia, existe un voto, en parte discrepante del Juez Pinheiro Fannha al entender también violado el artículo 5.1 del Convenio. En efecto, este juez entiende que «se detuvo a los demandantes por las necesidades de la investigación y para reunir medios de prueba, y no “para ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente”». Asimismo, continúa, «no me parece conforme con el Convenio que un agente de policía detenga a una persona por razonables sospechas de estar o de haber estado implicada en la comisión, preparación o instigación de actos terroristas y que no tenga que responder ante

la autoridad judicial para que se pueda fiscalizar si hubo motivos razonables para sospechar».

En la misma línea, existe un voto particular disidente de los jueces Walsh y Carrillo Salcedo que entienden que en tal supuesto se violó el artículo 5.1 del Convenio. El motivo de tal oposición radica en que interpretan que «las detenciones se efectuaron en el caso de autos con el propósito de interrogar a los detenidos en un momento en que no existía ninguna prueba para acusarles. No se consiguieron tales pruebas y hubo de ponerles en libertad». De este modo, entienden que «el Convenio incorpora la presunción de inocencia y consagra así uno de los derechos fundamentales: la protección del individuo contra la injerencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad. Las circunstancias de la detención inicial y de la preventiva en los casos de auto no eran compatibles con este derecho y, en nuestra opinión, se violó, por tanto, el artículo 5.1; finalmente señalan que «el Convenio no permite una detención para un interrogatorio con la esperanza de conseguir la suficiente información que justifique la acusación».

Igualmente, la detención basada en sospechas no delictivas no concuerda con el artículo 19 del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Este precepto dispone que la detención de una persona sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de su participación en un delito.

¹¹ Vid. CEDH caso *Guzzardi* de 6 de noviembre de 1980.

¹² Cfr. Req. núm. 1602/62 *Annuaire* 1964, pág. 169, req. núm. 3001/66, *Recueil* núm. 26 pág. 55.

¹³ En el caso *Mc Veigh, O'Neill y Evans contra Reino Unido* la Comisión interpretó que no conculca el artículo 5.1,b) del Convenio la detención practicada en ejercicio de la legislación antiterrorista —durante cuarenta y cinco horas— de aquellas personas sobre las que no recaían sospechas delictivas. Vid. Req. núm. 8022/77, 8025/77 D. y R. núm. 25, pág. 15.

ta, sólo podrá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias para la averiguación e identificación del mismo. Igualmente, en el caso de que no llegara a identificarse pero tuviere domicilio, tampoco sería posible la detención, que exclusivamente podría efectuarse en el supuesto de negarse a la identificación, no tener domicilio conocido o no pagar la fianza —proporcional a la falta cometida— que imponga el funcionario¹⁴.

La situación anterior a la entrada en vigor de la LOPSC era, pues, muy clara: no existían facultades legales de identificación, cacheo o control al margen de la detención. Es decir, sólo eran factibles estas intervenciones interpretándolas como detenciones y con las garantías del artículo 17 de la CE. En caso contrario, se estaría en la esfera típica del delito de detención ilegal¹⁵.

Este era el estado de la cuestión hasta que aparece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

En esta Ley, el artículo 20 incorpora la figura de la «retención» al indicar que «Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienda la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañaren a de-

pendencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.»¹⁶.

A este y otros preceptos de la citada Ley se presentaron diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por noventa y un Diputados al Congreso, el Parlamento de las Islas Baleares y la Junta General del Principado de Asturias y las Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las Audiencias Provinciales de Madrid y Sevilla.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 18 de noviembre de 1993¹⁷, tras declarar la constitucionalidad de este precepto y rompiendo, como se ha visto, con una línea irregular precedente del propio Tribunal que entendía que tales técnicas eran sometimientos no ilegítimos desde la perspectiva constitucional y, por tanto, no tenían la consideración de privación de libertad, reconoce ahora —regresando al planteamiento de la STC de 10 de julio de 1986— que la detención con fines de identificación es una privación de libertad, tanto en los casos de personas —no identificables— que se hallen en disposición de cometer un ilícito penal como de aquéllas que hayan incurrido en una infracción administrativa.

La STC reconoce tácitamente que la LOPSC crea una nueva figura de privación de libertad: la detención de autores de infracciones administrativas que no son identificables. Apoyan la constitucionalidad de esta figura en el artículo 5.1 del Convenio de Roma que admite la privación de libertad para el cumplimiento de una obligación¹⁸.

Se considera que el acompañamiento es una medida de identificación que puede evaluarse como privación de libertad. Ahora bien, se dice que esa privación de libertad no tiene la consideración de una detención preventiva y, por tanto, no reúne las garantías del artículo 17 de la CE.

¹⁴ La ilegalidad de la detención por la comisión de faltas sin las garantías del artículo 495 de la LECr es un criterio defendido en diversas sentencias del Tribunal Supremo; así, en la de 20 de octubre de 1987 se señala que «y es sabido —y los agentes de la Autoridad no pueden ignorarlo que no se puede detener por simples faltas, artículo 495 de la LECr salvo que concurren las circunstancias que allí se concretan, en el caso enjuiciado no era de aplicación, pues aquella tenía un establecimiento abierto al público, y domicilio conocido; por ello su actuación no puede estar justificada por el ejercicio del cargo, al poner de manifiesto la arbitrariedad e improcedencia de tal medida»; por su parte, en la sentencia del TS de 11 de octubre de 1988, se establece que no es lícita la detención llevada a cabo por una falta de desobediencia del artículo 570.5 del Código Penal; de un modo semejante, se expresa la sentencia del TS de 12 de noviembre de 1988; R. 6943.

¹⁵ Es preciso advertir que el Código Penal de 1995 ha modificado la estructura de los delitos de funcionarios y, en concreto, el delito de detención ilegal practicado por funcionario público. La actual configuración regula la detención y la infracción de garantías en tres preceptos diferentes; dos de ellos aparentemente contradictorios entre sí. Así, el artículo 530 sanciona con pena de inhabilitación de cuatro a ocho años a la autoridad o funcionario público que acuerde, practique o prolongue una privación de libertad —siempre que la misma sea practicada en la creencia de la comisión de un delito— sin respetar los plazos legales o sin las garantías constitucionales. Por otro lado, y de forma incoherente, puesto que ya se encuentra regulado en el artículo 530, el artículo 537 sanciona con pena de multa y de inhabilitación especial de dos a cuatro años, a la autoridad o funcionario que obstaculice, limite o no informe de las garantías constitucionales del detenido.

Pese a la evidente superposición de figuras sancionadas de forma diferente, tal regulación, cuando menos, impide que pueda interpretarse —como ha venido haciéndolo hasta ahora un sector de nuestra doctrina— que la vulneración de las garantías del artículo 17 de la CE es impune en relación al delito de detención ilegal.

Junto a los preceptos mencionados, el artículo 167 del nuevo código —entre los delitos contra la libertad— recoge la sanción de la autoridad o funcionario que, fuera de los casos permitidos y, sin mediar causa por delito, realice una privación de libertad. En estos supuestos, la sanción es la mitad superior al delito cometido por particulares más inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Pues bien, respecto a los casos que estamos analizando de identificaciones, cacheos, y otros controles policiales que se lleven a cabo fuera de los casos previstos —indicios de delito, falta o infracción administrativa— y sin mediar causa de delito, el precepto aplicable será el artículo 167. Si, por el contrario, tales medidas se efectúan en el marco de los indicios de criminalidad pero sin respetar las garantías constitucionales, entonces, hay que aplicar el artículo 530.

¹⁶ Vid. por todos, Portilla Contreras. «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana», en *Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*. Ed. Trotta, 1993.

¹⁷ Cfr. STC de 18 de noviembre de 1993. R. 341. Ponente: señor Fernando García-Mon y González.

¹⁸ Algo ciertamente discutible, puesto que no existe obligación legal de identificación salvo cuando el funcionario cumpla con fines de prevención de ilícitos penales.

Tal privación de libertad con fines de identificación sólo puede afectar, según el TC, a personas no identificables que hayan incurrido en una infracción administrativa. Dentro de este ámbito, en cuanto a las garantías aplicables a la identificación de autores de infracciones administrativas, el TC sólo admite la garantía consistente en la explicación de las razones de la diligencia de identificación. En cuanto al plazo, el TC interpreta que la diligencia prevista en el artículo 20.2 de la LOPSC no es indefinida o ilimitada en su duración ya que se utiliza la expresión «tiempo imprescindible», por lo que tal diligencia debe practicarse de manera inmediata y sin dilación alguna. Considera, además, que no son aplicables el resto de las garantías del artículo 17 CE, así, la información sobre el derecho a no declarar, la asistencia letrada, el poder instar un procedimiento de *habeas corpus*, sólo tienen sentido en la detención preventiva. De este modo, se afirma que no se debe informar sobre el derecho a no declarar ya que no se puede interrogar más que sobre datos de la personalidad. Tampoco resulta inexcusable que la identificación se lleve a cabo en presencia de abogado.

Finalmente, se argumenta que el artículo 25.3 de la Constitución, que prohíbe la imposición de sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad, no se ve afectado por el artículo 20.2 LOPSC porque no tiene sentido sancionador sino de estricta identificación personal.

En conclusión, la tesis defendida en esta sentencia se basa en la consideración de que la restricción de libertad con fines de identificación es una privación de libertad pero no una detención preventiva. En consecuencia, el detenido en tales circunstancias no goza de todas las garantías que impone el artículo 17 de la Constitución.

En definitiva, la «privación de libertad» de infractores administrativos y de no sospechosos no cuenta con más garantía que la información de la razón de la restricción de la libertad mientras que a la detención por delitos y faltas acompañan todas las garantías del artículo 17 de la CE.

De lo que se trata es de analizar la admisibilidad de que en un Estado democrático sea factible practicar restricciones de la libertad sin motivos o con un fundamento diferente a la existencia real de un delito o falta.

Estamos presenciando un proceso involutivo de recorte de las garantías a la libertad personal ya que esta legislación aumenta las competencias policiales creando un espacio temporal indeterminado para

practicar (¿) diligencias de identificación, sin las garantías constitucionales, de personas que no son sospechosas de haber cometido un ilícito penal. Esto favorece la lesión no sólo de las garantías de la libertad y seguridad sino de otros bienes esenciales a los que se desampara como la integridad física o incluso la misma vida.

Un ejemplo de este retroceso es la eliminación de asistencia letrada al detenido sin tener en cuenta que el interés jurídicamente protegido no es tan sólo el derecho individual subjetivo a la defensa desde el inicio de la detención, sino también su dimensión colectiva, esto es, la necesidad que la sociedad tiene de que ese derecho sea plenamente respetado. Se pretende, por tanto, la desaparición de garantías que se introdujeron en nuestro país en 1983 con la reforma de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la intención de evitar cualquier violencia policial en una de las fases de mayor desprotección del privado de libertad y de restricción de sus derechos.

Veamos ahora cuál es el estado de las restricciones de libertad tras la entrada en vigor de la LOPSC y la aparición de la STC de 18 de noviembre de 1993, que no declaraba inconstitucional el artículo 20 LOPSC. El TS sustenta ya con mayor firmeza, salvo excepciones¹⁹, la licitud de las técnicas de restricción de la libertad.

Así, se ha llegado a afirmar que una detención practicada por sospechas, aun cuando el funcionario reconoce que fue por casualidad, no es una detención ilegal²⁰.

En la línea del TC, se considera que el cacheo no es una detención personal²¹. Por esta razón, el desnudar al detenido para encontrar droga y no informarle de sus derechos no da lugar a la detención ilegal. También suele afirmarse que «El derecho a la libertad no ha sido conculcado por una diligencia policial de cacheo, aunque ello suponga la inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica que en este caso, por ser una mujer la sospechosa, hubo de ser realizada necesariamente en las dependencias policiales... próximas al lugar de la detención.»²²

Una sentencia importante porque resume la discusión y opta por los espacios diferenciados entre la libertad y la privación de libertad, es la STS de 1 de febrero de 1995²³. En la misma se justifica la detención en función de la consecución del objetivo final no de la confirmación de la sospecha. Es decir, volvemos a encontrarnos con restricciones de libertad efectuadas no para demostrar la sospecha ini-

¹⁹ Cfr. STS de 29 de enero de 1994. (RAJP núm. 303). Ponente: señor Bacigalupo Zapater. En la misma se sanciona como detención ilegal, la privación de libertad llevada a cabo tras la infracción de normas de tráfico.

²⁰ Cfr. STS de 15 de noviembre de 1994 (RAJP núm. 50). Ponente: Delgado García. Se trata de un supuesto en el que la policía detuvo a unos jóvenes que se encontraban en un vehículo estacionado junto a las proximidades de un bar conocido como lugar de tráfico y consumición de estupefacientes. «Entendemos que tal conjunto de circunstancias justificaba el que los agentes de la autoridad que allí se encontraban precisamente para prevenir y perseguir el tráfico de drogas, llegaran a pensar razonablemente que quienes estaban dentro del vehículo pudieran ser vendedores de alguna sustancia estupefacientes, por lo que les mandaron salir encontrando sobre el asiento del conductor... las

mencionadas cuatro papelinas de heroína...» Cfr. sentencia citada. Es curioso que el TS, pese a reconocer que uno de los policías asumió en el acto del juicio que la detención se había producido por causalidad, insista en la existencia de sospechas basándose exclusivamente en tres factores: que eran jóvenes, que se encontraban en el interior de un vehículo y que se encontraban en la puerta de un discobar. Concluye, afirmando que no existió detención ilegal y que, en consecuencia, no puede tacharse de ilegítima la prueba obtenida mediante tal detención y el consiguiente registro del vehículo en el que se encontró la droga

²¹ Cfr. STS de 2 de diciembre de 1994, núm. 64. Ponente: Cotta.

²² Cfr. STS de 23 de diciembre de 1994. (R. 1.271/94). Ponente: Mayna Ménguez.

²³ Cfr. N. 236. R. 1663/94. Ponente: Soto Nieto.

cial —que no existe— sino con carácter aleatorio, en una pura labor de muestreo entre personas de «estatus peligroso». Así, se consideró lícita la privación de libertad que practicaron dos funcionarios de policía de paisano, sin justificación objetiva alguna, procediendo a continuación a registrar la vestimenta. Como consecuencia de tal registro se hallaron pocos gramos de droga tóxica y 16.000 pesetas.

En este caso, la policía ni ofreció explicación alguna de la causa de la detención ni tenía base razonable para pensar en la comisión de un ilícito penal²⁴.

Del mismo modo, la STS de 29 de junio de 1995²⁵ considera como detención lícita la parada de un vehículo para la identificación de sus ocupantes ya que la actuación policial fue necesaria, racional y proporcional. Las sospechas se fundamentan en que los ocupantes del vehículo tenían antecedentes —circunstancia que curiosamente no se conocía antes de la parada— y se encontraban en una actitud «harto recelosa» (el comillado pertenece al texto)²⁶. Se dice que el hallazgo de las drogas en el pie del asiento del automóvil denota el buen fundamento de sus sospechas.

En otras ocasiones, se convierte en lícita la privación de libertad bajo el argumento de que el ciudadano aceptó voluntariamente el acompañamiento policial a Comisaría²⁷.

Rompiendo con esta preocupante involución res-

pecto a las garantías constitucionales, otras sentencias —esta vez de audiencias provinciales— mantienen una línea más correcta²⁸. Se dice, con razón, que es posible la detención por sospechas de que se está cometiendo un delito, pero en ningún caso la LOPSC permite interrogar o investigar a la persona sobre más que los extremos que afectan estrictamente a su detención. Por lo que la detención y posterior cacheo, sin una cobertura justificativa de su actuación, como sería la racional creencia de cometer un delito, es ilegal²⁹.

En una posición similar se desenvuelve la sentencia de la AP de Sevilla de 16 de febrero de 1995³⁰, al considerar que la retención para la práctica de una prueba de alcoholemia, o la retención en la vía pública a efectos de identificación no constituyen detención *strictu sensu*, más cuando un ciudadano se le coge por los brazos por dos agentes policiales, se le introduce en un vehículo policial y se le traslada a las dependencias policiales, tal actuación no puede ser entendida sino como detención³¹.

Esta es la situación actual de la jurisprudencia sobre las restricciones temporales de la libertad. Como se observa, tras la aparición de la LOPSC se admite generalmente la retención con el fin de proceder a la identificación del presunto autor de la comisión de una infracción administrativa.

Ahora bien, en la práctica, todo va a depender de la más o menos extensa interpretación del concepto «sospechas». Lo importante no es que la sospecha

²⁴ En esta sentencia se afirma que «la actuación policial, en el inicio mismo de sus diligencias, debe estar presidida por la máxima cautela, armonizando los deberes gravitantes sobre los agentes tendentes a la prevención e investigación de los delitos... con el respeto a la libertad de las personas sólo sujetas a aquellas inmobilizaciones indispensables para la adecuada identificación y sucinto control que desvanezcan cualquier duda sobre su posible implicación en un hecho delictivo...». Continúa la citada sentencia indicando que «la detención propia cierra el cerco de la libertad de movimiento del individuo y da paso de inmediato, entre otras medidas, a la básica de información de los derechos que le asisten... De ahí que la jurisprudencia más actual venga dejando fuera de toda equiparación con la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución, supuestos tales como retenciones por causa de identificación, cacheos ocasionales, controles preventivos, desplazamientos a dependencias policiales para ciertas diligencias, etc., todo ello en relación con el trato personal prodigado, actitud de los investigados y duración de la diligencia». Se citan como apoyo de esta tesis las SSTS de 15 de abril de 1993 y 20 de diciembre de 1993 que, inspiradas en la STC 20/1985 de 7 de octubre, sustentan que la proporcionalidad es el eje definidor de lo permisible entre la investigación y la dignidad de la persona. En la misma línea, cita las sentencias de 26 de marzo de 1993, 15 de abril de 1993, 20 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994, 15 de noviembre de 1994. Basándose en estos datos se afirma que el cacheo a que se sometió al acusado fue legítimo y, desde luego, la detención subsiguiente, una vez comprobada la tenencia de estupefaciente, en la cantidad y forma en que la llevaba consigo, perfectamente ajustada al ordenamiento legal. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 1 de febrero de 1995 (R. 846/94) que considera lícita la restricción de la libertad practicada por funcionarios al infundirle sospechas el vehículo en el que viajaban los acusados; por ese motivo les invitaron a parar y se procedió al registro del mismo sin que existiera reticencia alguna. Allí descubrieron el doble fondo en el que se ocultaba el hachís que se acompañaba de ajos y café esparcido y cerrado con silicona... cuando fueron esposados y detenidos siéndole leídos sus derechos. Se dice que no hay atentado a la libertad ya que las diligencias antecedentes fueron realizadas con su aquiescencia, sin oposición alguna.

²⁵ Cfr. R. 3713/94 Ponente: Moyano Ménguez.

²⁶ Cfr. SSTS de 31 de enero y 14 de febrero de 1994 que Moyano utiliza como precedentes.

²⁷ Este es el caso de la STS de 30 de noviembre de 1995. R. 857/95. Rvta. AJP num. 108. Ponente: Martínez-Pereda Rodríguez. Ya que al aceptar la menor acudir al centro policial por presunta posesión de drogas, aquélla no tenía por qué ser informada de sus derechos ni a la asistencia letrada ni a que se comunicara a sus familiares la razón de la restricción de libertad. Esta sentencia incorpora, como puede contemplarse, un peligroso precedente: el de la ¿renuncia? del ciudadano a derechos fundamentales frente al Estado.

²⁸ Así, la AP de Alicante en sentencia de 17 de febrero de 1995 (a)162. Ponente: señor Paricio y Dobón) considera ilícita la actuación de la Guardia Civil, que no se limitó a las diligencias de identificación de un ciudadano que se encontraba en un bar tomando una consumición sin dinero, identificación que efectivamente se logra, sino que procede a la detención y traslado a las dependencias del Puesto de la Guardia Civil. Después de obtener la identificación, y proceder a su cacheo, sin que se justifique esta actuación, ni conste el motivo del cacheo, es cuando se encuentra una tarjeta del Hostal Portugal de Alicante, de la que deriva la investigación y ocupación de cocaína.

²⁹ Esta sentencia cuenta con un *voto particular* del magistrado Javier Prieto Lozano que indica que las sospechas han de ser razonables y los profesionales disponen para ello de una formación y praxis específica con las que adquieren unas reglas de experiencia que les permiten valorar importantes datos y circunstancias que para el común de las personas pueden parecer intrascendentes, pasando el raciocinio para el experto con frecuencia, del dato a la conclusión de un silogismo directo no siempre fácil de expresar y en segundo término que «*toda sospecha que diligencias ulteriores revelan como acertada, debe de considerarse fundada pues no hay mayor fundamentación que la evidencia*» (el subrayado no pertenece al texto). Es claro pues que las sospechas que en el presente caso abrigaron los agentes policiales y que les llevaron a la práctica de los indicados cacheos, y sobre todo el practicado en la persona del procesado... podrían ser calificadas, y dado el resultado obtenido, como racionales.

³⁰ Cfr. Rvta. AJP. a)201. Ponente: señor Asensio Cantisán.

³¹ Cfr. sentencia citada. En el caso concreto, el ciudadano mostró un documento que acreditaba la titularidad del ciclomotor y solicitó la identificación del policía. «Ninguna justificación tenía la detención, más allá del arbitrario y caprichoso deseo del policía local de trasladarlo a las dependencias policiales».

sea racional sino que se consiga el objetivo policial aunque se carezca de cualquier fundamento en la intervención, cuando lo correcto es precisamente lo contrario: detener con base racional aun cuando realmente el sujeto no haya cometido el ilícito.

Como muestra de lo que afirmo, puede servir de ejemplo lo que en determinados cursos de la policía local se estudia como «anormalidades» que desembocan en sospechas. En este sentido, se dice que debe procederse a la identificación de los sospechosos en las siguientes situaciones: cuando el ciudadano vigile al policía; cuando vigile frente a la puerta de un establecimiento; permanezca inactivo en lugares solitarios; camine junto a los vehículos observando su interior o tocando manetas; pase repetidamente por un lugar; permanezca en la vía largo rato sin motivo aparente; corra como si fuera perseguido por alguien; circule sin llevar llave en el contacto; lleve placas de matrícula mal colocadas o no concordantes o antiguas para el modelo de coche de que se trate; tenga una notable impericia como conductor o circule sin luces; se encuentre ajustando el asiento o el espejo retrovisor a su comodidad; estacione largo rato con alguien en su interior; aparente llevar mucho peso en el portamaletas; tenga el vehículo estacionado en descampados o junto a solares; tenga el vehículo sucio, con alguna puerta abierta o cristal bajado o roto, o con objetos revueltos en su interior...

Analizamos seguidamente, cuál ha sido la reacción doctrinal tras la promulgación de la LOPSC y, posteriormente, la aparición de la STC de 1993. Curiosamente, la doctrina que jamás se había ocupado monográficamente de estas materias³² parece, en estos momentos de euforia antigarantista, repentinamente interesada en ello. Este interés se ha manifestado recientemente a través de la publicación de dos trabajos: uno, de 1994, titulado «La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación» de Herrero Herrero, una publicación del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior. El segundo, de 1995, titulado «El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)», de García Morillo³³. En ambos casos, se trata de trabajos legitimadores tanto de la LOPSC en la materia que aquí se aborda como de la STC de 18 de noviembre de 1993, como tendremos ocasión de comprobar.

El primero de los autores citados, Herrero Herrero, califica como detenciones funcionales-operativas las conocidas restricciones temporales de libertad,

utilizando un término hasta hoy desconocido por la Ciencia. Así, dice que estamos ante «especies de "detención" caracterizadas por no revestir "privación de libertad", puesto que no se deja a alguien sin ella. Antes bien, se trata de "entretenerla" o restringirla "in situ", y por muy breve tiempo, con el fin de cumplimentar las exigencias más inmediatas y elementales de la norma». En realidad, subraya, «no se trata de detenciones en el sentido técnico-jurídico del término». Aquí incluye las paradas de vehículos para los controles de alcoholemia, el requerimiento de la identificación, los cacheos, etc.³⁴

Desde el principio se advierte ya una contradicción entre la tesis del autor y la STC en la que se basa, ya que niega que sean auténticas privaciones de libertad lo que el propio TC ya ha afirmado que son privaciones de libertad. Al mismo tiempo, reconoce que las detenciones «funcionales-operativas» son detenciones pues así titula algún epígrafe y se refleja en el contenido de su obra y, sin embargo, lo denomina eufemísticamente «entretenimientos». Más tarde, se confirma la contradicción denunciada y admite que son detenciones pero que pueden graduarse, y que no todas tienen las mismas garantías, que el número y calidad de las mismas dependen de la naturaleza de la detención.

Lo que se pretende es, como ya se ha visto, que las garantías del artículo 17 CE no se observen jamás. Por ello defiende su aplicación cuando sean verdaderamente «eficaces» para el detenido ya que «sería absurdo hablar de garantías contraproducentes para éste». En este sentido, respecto a las denominadas detenciones «funcionales-operativas», considera que la aplicación de todas las formalidades perjudican al detenido; «la presencia de abogado, que no tendría, por lo demás ningún sentido, prolongaría el tiempo de restricción de la libertad ambulatoria. Lo mismo sucedería con el uso del «habeas corpus» y con la puesta en «práctica» del resto de derechos, salvo el de informar al detenido, de forma clara, del porqué del «entretenimiento»³⁵.

Lo expuesto confirma la tendencia ya criticada que tiende a suprimir las garantías constitucionales de las prácticas de restricción de la libertad en las que no hay indicios delictivos. *La referencia a las garantías como obstáculos del ciudadano contrastan con el verdadero y auténtico sentido de las mismas como límite frente al Estado.*

Además, este autor critica al sector doctrinal que afirma la posibilidad de la detención sólo a partir de una infracción penal sin que sean constitucionales otros supuestos de privación de libertad³⁶. Basa su

³² Salvo el libro dedicado a la detención de Vives Antón y Gimeno Sendra y, posteriormente, aunque exclusivamente desde la óptica penal del delito de detención ilegal, Zúñiga Rodríguez y Portilla Contreras. Cfr. Vives Antón/Gimeno Sendra: *La detención (Detenciones ilegales, La detención gubernativa y la detención judicial)*, Barcelona, 1977, Zúñiga Rodríguez: *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993. Portilla Contreras: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990.

³³ Cfr. op. cit. Valencia, 1995.

³⁴ Cfr. op. cit. págs. 18, 19 y 20.

³⁵ Cfr. op. cit. págs. 37 y 38.

³⁶ Cfr. Andrés Ibáñez, Portilla Contreras, Zúñiga Rodríguez, Queralt Jiménez, Gimbernat Ordeig, Vega Benayas. Estos autores sustentan que son detenciones en sentido estricto las conte-

nidas en el artículo 20.1 de la Ley 1/1992), de Protección de la Seguridad Ciudadana y que, por tanto, deben someterse a las garantías del artículo 17.1 de la Constitución.

Herrero Herrero critica a Andrés Ibáñez cuando consideró como detención la identificación callejera y correspondiente cacheo de un par de personas, por parte de agentes de Policía que, según Herrero Herrero, sospecharon razonablemente que aquéllas portaban droga. Cfr. nota número 5 de la pág. 77. No entiendo cómo ha podido sustentar la racionalidad de la sospecha cuando, en realidad, de la simple lectura de los hechos probados se obtiene la conclusión contraria. En efecto, en la Sentencia de 26 de abril de 1991 de la Sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid se analiza el siguiente supuesto: unos agentes policiales «que comparecieron en la comisaría presentando a los detenidos, justificaron su intervención en que "una pareja prove-

crítica en que «la prevención necesita instrumentos (que han de ser evidentemente legales) restringentes, a veces, de las libertades. ¿Cómo, por ejemplo, defender preventivamente, si no, a los ciudadanos en general, de una delincuencia organizada, sofisticada, transnacional, cuyos objetos activos utilizan, por sistema, identidades falsas, si no se provee a los CC y FF de Seguridad (titulares de dicha prevención según el artículo 104 de la CE) de medios legales para proceder a la auténtica identificación? ¿Cómo hacer posible una sociedad civilmente organizada si se deja penetrar en su seno, de forma totalmente anárquica, a toda clase de personas foráneas sin controlar su identidad, sus medios de vida...?»³⁷ Estas son las razones que Herrero Herrero emplea para considerar que deben justificarse “entretenimientos” o restricciones de la libertad ambulatoria que no son detenciones y que “hacen posible la más elemental coactividad del derecho”³⁸.

Es realmente alarmante este tipo de consideraciones xenófobas que, además, no tienen nada que ver con el tema que abordamos. Pues, ¿qué relación existe entre la delincuencia organizada y transnacional y la identificación de no sospechosos o con el cacheo de infractores administrativos? Si se tienen sospechas razonables de la participación delictiva entonces se deberán aplicar los requisitos de la detención por delitos sin que quepa la vulneración de los derechos de ciudadanos extranjeros que no sean sospechosos.

Recientemente, García Morillo ha publicado otro trabajo que sigue una línea similar al anterior. En el mismo se cuestiona y critica al sector doctrinal que identifica la privación de libertad con la detención al considerar que ésta es cualquier forma de obstaculizar la libertad de la persona³⁹. Frente a este concepto «tan amplio», el autor mencionado opone un concepto, según él, más técnico y estricto, de detención que la equipara a la detención policial, por decisión autónoma o por orden judicial, preordenada a la imputación de un delito en un proceso penal...⁴⁰ Según este autor, «las tesis de quienes reducen a la detención las posibilidades de privación o restricción de libertad y niegan la existencia de otros supuestos implica aquello que el Tribunal Constitucional rechaza, la “indebida restricción” del ámbito de las categorías constitucionales, y conduce forzosamente a una de estas dos conclusiones: o a que en toda ocasión en que parezca necesaria una restricción o privación de libertad se proceda a la detención, o a que las situaciones que no sean detención queden desprovistas de las garantías constitucionales»⁴¹.

Sin duda, o no ha leído atentamente las tesis que crítica o pretende confundir al lector aplicando la teo-

ría que defiende de los estados intermedios o, como él prefiere denominarlos, estados «diferentes». Prefiero pensar que se trata de una falta de rigor intelectual al decir que manifestamos lo que nunca hemos dicho. *Defendemos que no existen estados intermedios entre la libertad y la privación de libertad. Por tanto, cualquier restricción de la misma tendrá la consideración de detención y como toda detención debe reunir todas las garantías del artículo 17 de la Constitución. No es la nuestra sino la tesis opuesta la que admite privaciones de libertad que no son detenciones y, en consecuencia, no le son aplicables las garantías citadas.*

Pero es que este autor dice más: «Pretender que toda privación de libertad es una detención es hacer un flaco favor a la libertad personal. Convertir todas las medidas restrictivas o privativas de libertad, que en ocasiones son inevitables, en una detención implica desear que esas dañosas consecuencias se produzcan en casos en los que, al ser innecesaria la detención, hubiesen sido perfectamente evitables.»⁴² Y continúa afirmando «Pero, lo que es más relevante, la identificación con la detención de toda medida privativa o restrictiva de libertad priva a ésta de las garantías constitucionales del derecho a la libertad. En efecto, si toda privación de libertad es una detención, no hay más privación de libertad que la detención, y sólo a esta privación de libertad —la detención— afectan las garantías recogidas en el artículo 17.1 CE. Pero como la realidad es terca, resulta, lo veremos en seguida, que hay una gran variedad de situaciones fácticas de privación o restricción de libertad distintas de la detención. Ahora bien, estas situaciones fácticas no podrían ya, si privación o restricción de libertad se identifica con detención, ser consideradas como tal privación o restricción de libertad, puesto que no serán detención, y, por consiguiente, no estarán amparadas por lo dispuesto en el artículo 17.1 CE. Como previsora mente anunciara el Tribunal Constitucional, la “indebida restricción” de las categorías constitucionales conduce a que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución.»⁴³

Es realmente indignante que vuelva a repetir el argumento al que ya he contestado. *¿Cómo es posible seguir insistiendo en que desde la teoría que defendemos existen estados intermedios sin garantías constitucionales. si precisamente esa es la teoría opuesta a la nuestra que él concretamente defiende?*

Para que no quepa duda alguna de nuestra postura volveré nuevamente a exponerla: en primer lugar, hasta la aparición de la LOPSC defendimos que sólo era posible la identificación y cacheo de presuntos autores de infracciones penales y que cual-

niente de las casas circundantes se introducía en un coche”, lo que unido a que “ese barrio es visitado por jóvenes ya que en el mismo se trafica con la venta de droga” se tuvo por razón suficiente para la identificación y subsiguiente cacheo». La policía denunció que tras la detención se encontró en poder de la acusada una bolsa con 7,9 gramos de heroína con una riqueza del 35,2 por 100.

En relación a estos hechos, en la sentencia se argumenta que «sólo cabe entender que exista habilitación legal para detener cuando se tengan “motivos racionalmente bastantes” para creer

que ha pasado o está a punto de pasar algo criminalmente relevante. Pero no para ver qué pasa, como puro instrumento de uso discrecional en el marco de una operación policial de muestreo».

³⁷ Cfr. op. cit. pág. 80.

³⁸ Cfr. op. cit. pág. 80.

³⁹ Cfr. op. cit. pág. 77.

⁴⁰ Cfr. op. cit. págs. 77 y 78.

⁴¹ Cfr. pág. 79.

⁴² Cfr. pág. 80.

⁴³ Cfr. op. cit. pág. 80 y 81.

quier otra restricción basada en sospechas de ilícitos administrativos o sospechosos de nada era inconstitucional. Tras la aparición de esa Ley defendemos que se trata de detenciones —toda restricción momentánea de la libertad— y, por tanto, con todas las garantías constitucionales. No hay, en consecuencia, ninguna situación de privación de libertad sustraída a la protección de la Constitución.

Pero no sólo no se conforma con confundir al lector sino que nos injuria al manifestar que «en el fondo, las tesis que niegan los “espacios intermedios” —en puridad, espacios diferentes— conducen for-

zosamente, ante la carencia de otros instrumentos, a la generalización de la detención y, por ende, a la aceptación de la detención arbitraria»⁴⁴. Resulta curioso que esto lo afirme alguien que ha sido asesor del Ministerio de Justicia bajo cuyo mandato se aprobó la LOPSC y que jamás se ha interesado por estos temas frente autores que, en algún caso, tienen las únicas monografías de este país sobre detenciones ilegales y que, todos, absolutamente todos, desde hace bastante tiempo, no coyunturalmente, vienen defendiendo la libertad y la seguridad personal frente a las intromisiones ilegítimas del Estado.

⁴⁴ Cfr. pág. 85. Para concluir, termina afirmando que «se restrinja la libertad o se prive de ella no es, pues, algo exclusivamente posible por una detención policial originada por la presunta comisión de un delito. Las amenazas a la convivencia pacífica y a los bienes, valores y derechos constitucionalmente consagrados son hoy de muy diversa y compleja índole, y es menester precaverse frente a ellos. Esa precaución exige, a veces, restricciones de la libertad individual en diversos grados. Que estas restricciones sean justificadas y no arbitrarias, admisibles y no gra-

tuitas, proporcionadas y no desmedidas y, en fin, previsibles y no azarosas es la auténtica garantía de la libertad; que la actuación arbitraria, injustificada o desproporcionada tenga consecuencias jurídicas tangibles constituye la mayor disuasión contra la arbitrariedad». Cfr. op.cit. pág. 260. Olvida García Morillo —constitucionalista— que las amenazas a la convivencia pacífica y a los bienes y valores constitucionales suelen considerarse delictivas y ya existen medios lícitos de detención para evitarlas, sin tener que recurrir a espacios de impunidad policial.

NOVEDADES

ALIANZA
EDITORIAL



LITERATURA

VICENTE HUIDOBRO
Poesía y poética (1911-1948)
EL LIBRO DE BOLSILLO

AURORA EGIDO
La rosa del silencio
ALIANZA UNIVERSIDAD

ALBERT CAMUS
Obra completa
3. El hombre rebelde. Crónicas 1948-1953.
Reflexiones sobre la guillotina. El verano
ALIANZA TRES

JUAN PERUCHO
Fabulaciones
ALIANZA TRES

PETER HANDKE
*Un viaje de invierno por los ríos
Danubio, Save, Morava y Drina o
Justicia para Serbia*
ALIANZA ACTUALIDAD

MIGUEL DE CERVANTES
*Don Quijote de la Mancha, I
Don Quijote de la Mancha, II*
Contiene la versión en disquete
OBRAS DE MIGUEL DE CERVANTES

MIGUEL DE CERVANTES
La Gitanilla. El amante liberal
Contiene la versión en disquete
OBRAS DE MIGUEL DE CERVANTES

DEMETRIO ESTÉBANEZ CALDERÓN
Diccionario de términos literarios
ALIANZA DICCIONARIOS

LUIS A. GARCÍA MORENO Y F. JAVIER
GÓMEZ ESPELOSÍN (EDS.)
*Relatos de viajes en la literatura
griega antigua*
EL LIBRO DE BOLSILLO

J. C. FERNÁNDEZ CORTE Y A. MORENO
HERNÁNDEZ (SEL.)
*Antología de la literatura latina
(ss. III a.C. - II D.C.)*
EL LIBRO DE BOLSILLO

ECONOMÍA

RAMÓN TAMAMES Y
SANTIAGO GALLEGO
Diccionario de economía y finanzas
LIBROS SINGULARES

JORDI CANALS
*Bancos universales y diversificación
empresarial*
ALIANZA ECONOMÍA

CÉSAR YAÑEZ GALLARDO
Saltar con red
La temprana emigración catalana a
América ca. 1830-1870
ALIANZA AMÉRICA

HISTORIA

EDUARD FUCHS
Historia ilustrada de la moral sexual
1. Renacimiento
2. La época galante
3. La época burguesa
LIBROS SINGULARES

DAVID R. RINGROSE
España, 1700-1900: el mito del fracaso
ALIANZA UNIVERSIDAD

CIENCIAS SOCIALES

ROBERT WUTHNOW
Actos de compasión
Cuidar de los demás y ayudarse
a uno mismo
LIBROS SINGULARES

VÍCTOR PÉREZ-DÍAZ
España puesta a prueba 1976-1996
ALIANZA ACTUALIDAD

DAVID LYON
Postmodernidad
EL LIBRO DE BOLSILLO

JAVIER TUSELL, EMILIO LAMO DE
ESPINOSA, RAFAEL PARDO (EDS.)
Entre dos siglos
Reflexiones sobre la democracia española
LIBROS SINGULARES

ARTE

ÁNGEL PARIENTE
Diccionario temático del surrealismo
EL LIBRO DE BOLSILLO

J. M. THEILE BRUHMS
El libro de la restauración
EL LIBRO DE BOLSILLO

IRVING SANDLER
El triunfo de la pintura norteamericana
Historia del impresionismo abstracto
ALIANZA FORMA

JOHN ONIANS
Arte y pensamiento en la época Helenística
ALIANZA FORMA

VARIOS

JOSÉ CARLOS DE TORRES
Diccionario del arte de los toros
LIBROS SINGULARES

LINDA WOLFE
Sano y salvo
Primeros auxilios y tratamientos de
urgencia para niños y adolescentes
LIBROS SINGULARES

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

La modificación de normas legales por vía reglamentaria y la aclaración de errores reglamentarios diez años después de su presunta comisión. Dos ejemplos de incorrecta técnica legislativa

Celsa PICO LORENZO

1. INTRODUCCION

Superada la costumbre de modificar una parte sustancial del ordenamiento jurídico por medio de la Ley General de Presupuestos que cada año se dicta¹, actividad que ahora se realiza mediante la llamada «ley de acompañamiento»², los operadores jurídicos tenemos nuevas dificultades en la tarea de decidir si una disposición, legal o reglamentaria, se encuentra o no vigente en su redacción originaria.

El día a día normativo publicado en el «Boletín Oficial del Estado», particularmente trascendente en el campo del derecho administrativo, evidencia zonas grises³. Citaremos dos ejemplos de indudable relevancia.

Así el artículo 26.1. de la Ley Organica de derechos y libertades de los extranjeros en España, Ley 7-85, fue modificado por el apartado 5 del artículo 7 del Real Decreto 49594, de 17 de marzo del Ministerio para las Administraciones Públicas, sobre modificación de la estructura y funciones de determinados órganos del Ministerio del Interior, ratificándose aquella con ocasión de la promulgación del Real Decreto 155-1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7-85. El artículo 100 del nuevo texto reglamentario establece que los órganos competentes para imponer las sanciones previstas en aquel Reglamento son los Gobernadores Civiles y los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla.

También es significativa la Disposición Adicional Unica del Real 1652-1995, de 13 de octubre, por el que se modifica lo relativo a las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia e Interior, en razón a que declara que las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil del citado Ministerio, continúan ostentando el rango de Subsecretaría y, por consiguiente, la consideración de órganos supe-

riores del Departamento. Comenzaremos nuestras consideraciones por la primera.

La Constitución establece los mecanismos de iniciativa y procedimiento para la reforma constitucional (art. 106 y siguientes en relación 87, 1 y 2). Determina el procedimiento de elaboración de las leyes (art. 81 y siguientes), estableciendo cuando ostentaran la naturaleza de orgánicas así como cuando las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el ámbito de las Leyes orgánicas (art. 82). Contempla no sólo la autorización al ejecutivo para refundir textos legales (art. 82.5) sino también los casos en que el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales, Decretos-Leyes, que habrán de ser sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados (art. 86.1).

Así pues, leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, tienen previsto en la Constitución aspectos esenciales como la fijación de materia reservada al rango de Ley y el procedimiento de elaboración.

En el concreto ámbito del derecho administrativo gozan de especial significado disposiciones inferiores en la jerarquía de fuentes como Reglamentos, Instrucciones de Servicio y Circulares (art. 51 Ley 30-92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y art. 27 de la Ley Régimen Jurídico Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, no derogado expresamente por la disposición derogatoria de la Ley 30-92). Respecto estas destacaremos que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda» (art. 52.1, Ley 30-82) así como que «ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior» (art. 51.2, Ley 30-92)⁴.

¹ Tomemos el ejemplo de la Ley de presupuesto para 1992, la 31-91, de 30 de diciembre, en que se modificaba la Ley 8-88, confiriendo presunción de fe a los controladores laborales, la 30-84, relativa a la deducción de haberes de funcionarios por días de huelga, la 53-84, sobre compatibilidades de funcionarios, etc.

² Véase las decenas de modificaciones llevadas a efecto por la Ley 42-94, de 30 de diciembre, de «Medidas fiscales, administrativas y de orden social».

³ Véase el tortuoso camino que ha seguido la escala aplicable en el impuesto de sucesiones durante su trámite parlamentario hasta concluir en la Ley 42-94, de 30 de diciembre, en el artículo de Carlos Casanova Caballero «Breve anécdota de como legis-

lar sin las Cortes» publicado en *El País* de 22 de febrero de 1995, pág. 46. Relata una supuesta corrección de errores respecto de una escala que las Cortes no aprobaron.

⁴ Sin embargo el TC en sus sentencias 107-84 y 150-94 ha hecho uso de instrucciones no publicadas al entender afectaba a su validez no a su eficacia. En la 150-94 señala que al no haber sido publicada la Instrucción conjunta de los Ministerios del Interior y de Trabajo y de Seguridad Social de 2 de julio de 1986 en el BOE los órganos judiciales no tenían obligación de aplicarla de oficio, mas no reputa aceptable que los Tribunales de Justicia al conocer de los procesos en que se dilucidaban derechos constitucionales de las personas hubieren prescindido de las disposicio-

La norma suprema establece que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria de la administración mas no establece, obviamente, el regimen jurídico de los Reglamentos. Actualmente una amplia referencia a las disposiciones y resoluciones administrativas sigue contemplada en los artículos 23 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del estado de 1957, subsistente en lo que se refiere a estas cuestiones, dada su derogación parcial por la Ley 30-92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha de entenderse referido al actual marco constitucional y a la estructura ministerial. No fija, quizás por entenderla implícita, la necesaria homogeneidad de los textos reglamentarios.

2. LA NADA FACIL BUSQUEDA DE LA DISPOSICION

De entrada no parece razonable ni lógico buscar una modificación legislativa de una Ley Orgánica en un texto reglamentario⁵ mas así ha acontecido con la potestad sancionatoria reservada en el artículo 26 de aquella al Secretario de Estado para la Seguridad-director de la Seguridad del Estado. La supresión de tal órgano por mor del Real Decreto 495-94, de 17 de marzo, comporto la necesidad de atribuir sus funciones a otros órganos del Ministerio del Interior. Mientras las potestades sancionatorias atribuidas al órgano extinguido en los artículos 69.7b) de la Ley 20-90, del Deporte y en el artículo 30.1b) de la Ley 23-92, de 30 de julio, de Seguridad Privada son asumidas directamente por el Ministro, se adjudica a Gobiernos Civiles y Delegados de Gobierno en Ceuta y Melilla, las funciones atribuidas en materia de expulsión e imposición de sanciones.

Estamos ante una competencia que ya había sufrido con anterioridad alteraciones por vía reglamentaria. Así el artículo 89 del Real Decreto 1119-86, de 26 de mayo, de ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería, había establecido que las expulsiones acordadas por las autoridades gubernativas o las dispuestas por las autoridades judiciales se llevarán a cabo por orden del director de la Seguridad del Estado o de los gobernadores civiles, por delegación de aquél. Al amparo de aquella disposición reglamentaria fueron dictados decenas de acuerdos de delegación a Gobernadores Civiles y a los Delegados del gobierno en Ceuta y en Melilla⁶. Sin embargo se dejaron sin efecto a raíz de la promulgación

de la Ley 30-92, de 26 de noviembre. El fundamento de tal medida radica en el apartado segundo del artículo 127 de la citada Ley: «El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los organos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto.» A consecuencia de su entrada en vigor dicto la Secretaría de Estado para la seguridad-dirección de la Seguridad del Estado la Circular 1 de de 26 de febrero de 1993. En la misma fija que desde el 27 de febrero de 1993, fecha de entrada en vigor de la Ley 30-92, será aquella Secretaría de Estado el único órgano dentro del territorio español que podrá ejercer la competencia para expulsar extranjeros de dicho territorio. Recuerda también que, al amparo artículo 109 d) de la Ley 30-92 y de la disposición adicional segunda del RD 1119-86, de 26 de mayo las Resoluciones de la Dirección General de la Seguridad del Estado acordando la expulsión de extranjeros pone fin a la vía administrativa.

Aquella recuperación de la competencia no era baladí produciendo efectos en la determinación del órgano judicial competente para conocer de un eventual recurso contencioso-administrativo. Recordemos que los criterios determinantes de la competencia territorial en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 11 LJCA) se enmarcan en el principio de «lugar de realización del acto». Criterio mantenido en el Anteproyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1986 (art. 14) y en el Proyecto de Ley de 1995 (art. 13). Mas tambien desempeña un papel relevante la autoridad de la que emana el acto (art. 14. 1 LJCA). Dado que la Dirección General de la Seguridad del Estado había sido transformada en Secretaría de Estado, en virtud del Real Decreto 2206-86, de 24 de noviembre, el conocimiento de tales actos pasaba a atribuirse a la Audiencia Nacional en virtud del artículo 66 de la LOPJ.

El alterado artículo 26 de la Ley 7-85 no tiene carácter de Ley Orgánica según la Disposición Final segunda del citado cuerpo legal por lo que no le afecta la doctrina constitucional⁷ respecto a las relaciones entre Ley Orgánica y reglamento en cuanto que la Ley Orgánica no puede deferir al reglamento el objeto mismo de la reserva de Ley Orgánica. Sin embargo no estamos ante un reglamento ejecutivo que desarrolle los principios contenidos en una ley, sino ante un reglamento independiente que llena o suple un vacío existente. Simplemente el ejecutivo ha hecho uso de las facultades conferidas en el artículo duodécimo de la Ley 10-83, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central⁸. No se ha producido, pues una deslegalización

nes válidamente adoptadas por las autoridades competentes

⁵ La apasionante aventura de encontrar la ley a la que luego junistas, aplicadores del derecho y ciudadanos han de lanzarse ha sido recientemente denunciada por Federico Sainz de Robles en «El legislador juega al escondite», *Tapia*, 83, setiembre de 1995, págs. 3-6.

A lo allí vertido podemos añadir lo acontecido con la modificación de la Ley 13-95, de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo relativo a las prohibiciones de contratar con la administración. Debe buscarse en el *BOE* del 17 de enero de 1996 bajo el epígrafe Disposición Adicional primera de la Ley 9-96, de

15 de enero, por la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía.

⁶ Una enumeración amplia puede verse en la nota 34 al RD 1119-86, en Fernández Rozas, *Legislacion basica sobre extranjeros*, Madrid, Tecnos, 1987.

⁷ Ctr. SSTC 77-85, 27 de junio y 108-86, 29 de julio.

⁸ «La creación, modificación, refundición o supresión de las Secretarías de Estado, Subsecretarías, Secretarías Generales con rango de Subsecretarías, Direcciones Generales y Subdirecciones Generales y órganos asimilados, se realizará a iniciativa

de una materia reservada a ley orgánica, sino una cuestionable deslegalización por vía organizativa.

Conviene recordar que nuestra Constitución establece no sólo que «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley al Derecho» (art. 106) sino también «El Gobierno... ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». Por tanto resulta incuestionable que la referencia constitucional a que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1) comporta no sólo la prevalencia de la Constitución sobre el resto de fuentes del derecho así como el respeto de estas últimas a aquella sino también que el reglamento tiene un valor subordinado a la ley.

Resulta cuanto menos discutible la técnica de la supresión de órganos para alterar la competencia sancionatoria fijada por Ley en cuanto conlleva una deslegalización por vía reglamentaria. Así una competencia atribuida legalmente a un órgano superior de la Administración del Estado se transfiere por vía reglamentaria a un órgano subordinado de la administración periférica. No parece muy acorde con el contenido del artículo 127.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en cuanto defiere el ejercicio de la potestad reglamentaria a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario. No obstante existe plena admisión del Tribunal Constitucional⁹ al examinar la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 22-1982, de 7 de diciembre, precisamente derogado por la Ley 10-83, de 16 de agosto. En la citada Ley, reguladora de la organización de la Administración del Estado, se reitera lo vertido en el Real Decreto Ley permitiendo, en ejercicio de las potestades organizativas del poder ejecutivo, la supresión por vía reglamentaria de Secretarías de Estado, Subsecretarías, Direcciones Generales, etc. Tal regulación legal, de difícil asunción observando sus posibilidades, puede abrir la vía a una amplia deslegalización de competencias sancionadora previstas por Ley votada en Cortes mediante la supresión o modificación de órganos conculcando así el principio de reserva legal (art. 25 CE).

Coincidimos con el profesor Baño León¹⁰ en que «ninguna razón hay para proscribir que el legislador remita al Gobierno, incluso sin condicionamiento material, determinadas medidas de organización» mas tal poder de autoorganización no debería vaciar de contenido la función legislativa.

De no tenerse presente todo lo hasta aquí enunciado no se comprende la legalidad del contenido del artículo 100 del nuevo Reglamento de Extranjería, de 2 de febrero de 1996 al atribuir a los Gober-

nadores civiles y Delegados del gobierno en Ceuta y Melilla la competencia para imponer las sanciones previstas en aquel texto (expulsión o multa) cuando la Ley Orgánica 7-85, en su artículo 26, atribuye aquella competencia al director de la Seguridad del Estado.

No obstante en la disposición reglamentaria aquí examinada hay que reconocer un efecto positivo. Así se ha producido un beneficio procesal en el ciudadano extranjero acercándole el Tribunal que debe enjuiciar el acto. En efecto ahora, en aplicación de los artículos 11.1 y 10c) de la LJCA podrá recurrir el acuerdo administrativo de expulsión en la sede del Tribunal Superior de Justicia que extienda su competencia al territorio en el que ejerza la suya el Gobierno Civil o el Delegado de Gobierno en Ceuta o Melilla en razón al criterio de «lugar de realización del acto».

3. LA TARDIA ACLARACION DE ERRORES REGLAMENTARIOS

Sorprendente es la Disposición Adicional Unica del Real Decreto 1652-1995, de 13 de octubre, por el que se modifica el artículo 12 del Real Decreto 10-91, de 11 de enero relativo a las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia e Interior. Ninguna relación guarda con el epígrafe del texto reglamentario bajo el que se inserta, aunque el Preámbulo que se le dedica en la disposición sea de mayor extensión que el referido a la norma reglamentaria bajo cuyo pretexto se dicta. Dice así «La Secretaría General, Dirección General de la Policía y la Secretaría General-Dirección General de la Guardia Civil a las que se refiere el Real Decreto 1334-94, de 20 de junio, por el que se establece la estructura básica del Ministerio de Justicia e Interior, continúan ostentando, desde su creación, el rango de Subsecretaría y, por consiguiente, la consideración de órganos superiores del Departamento». Estamos, pues, ante un Reglamento novedoso no incardinable en las clasificaciones usuales. Un «recordatorio» administrativo no parece propio de un acto administrativo de carácter general.

Tras la consulta del Real Decreto 1334-94, de 20 de junio, observamos que ambas Secretarías Generales-Direcciones Generales son las únicas respecto a las que se determina, artículos 15 y 16, que mantienen las funciones específicas contenidas en las disposiciones vigentes, ejerciendo, respecto de los asuntos que constituyen el ámbito material de su competencia las atribuciones del artículo 16 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del estado. Artículo este referido a las atribuciones de los directores generales que no se menciona respecto los otros directores generales.

Si acudimos al artículo 2 de la LRJAE¹¹ conclui-

del Departamento o Departamentos interesados y a propuesta del ministro de la Presidencia, mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros».

⁹ Cfr. STC 60-86, de 20 de mayo. Tras afirmar que la reserva relativa de ley contenida en el artículo 103.2. «de acuerdo con la ley» es constitucionalmente legítima sostiene que «la CE no ha reservado expresa y directamente a la ley la creación, modifica-

ción y supresión de tales órganos» (los inferiores a los propios Departamentos en los que aquellos se integran).

¹⁰ Baño León, Jose María *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid. 1991. Civitas, pág. 137.

¹¹ Cuya vigencia mantiene la disposición derogatoria 2 de anteproyecto ley, organización y funcionamiento, administración general del estado, versión 2 octubre de 1995, en tanto no entre en

remos que los ministros tienen consideración de órganos superiores de la Administración del Estado mas no los que se encuentran bajo su dependencia como las Subsecretarías. Tampoco ascienden de categoría las Subsecretarías en el Anteproyecto de Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado¹². Así en la Exposición de Motivos y en la memoria del Anteproyecto se recalca el carácter de órgano directivo de la Subsecretaría situado como dependiente de los órganos superiores. Según ambos textos los únicos órganos superiores en la organización central de la administración del Estado son los ministros y secretarios de estados mientras subsecretarios, directores generales y subdirectores generales tienen la naturaleza de órganos directivos (artículo séptimo). En cambio no es así en la Ley 10-83, de 16 de agosto de organización de la Administración Central del Estado. Observamos que son órganos superiores de los Departamentos ministeriales, los ministros, los secretarios de estado, los subsecretarios y los secretarios generales que tengan rango de subsecretario (artículo octavo). Dado que su disposición derogatoria establece la derogación de todas cuantas normas se opongan a la misma habrá que entender derogada la regulación de la LRJAE. La Disposición Adicional quinta de la Ley 10-83 prevé también, aunque sin fijar plazo, que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley que, dando cumplimiento al mandato establecido en los artículos 98 y 103.2 CE, venga a suplir, además, a la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. No puede decirse que el marco legal sea absolutamente preciso.

Examinemos ahora los textos a los que se refiere el Preámbulo del RD 1652-95, en pretensión de «aclarar ciertos errores de redacción de los Reales Decretos 2206-86, de 24 de octubre y 2294-86, de 31 de octubre que se reprodujeron en el Real Decreto 1334-94, de 20 de junio».

El Real Decreto 2206-86, de 24 de octubre crea la Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado que asumirá las funciones hasta entonces desempeñadas por la Dirección General de la Seguridad del Estado. Crea también la Secretaría General de la Dirección de la Policía que asumirá las funciones de la Dirección General de la Policía. Señala su Preámbulo que un adecuado desempeño de sus funciones requiere elevar el rango de ambas Direcciones Generales a Secretaría de Estado y Secretaría General respectivamente. Sin embargo conserva la estructura orgánica, funciones y dependencia.

El Real Decreto 2294-86, de 31 de octubre, crea la Secretaría General de la Dirección de la Guardia Civil, con pronunciamiento análogo al reservado a la Dirección General de la Policía, al señalar existen circunstancias para constituirlo como órgano superior de acuerdo Ley 10-83.

Ante el pronunciamiento reglamentario de 13 de octubre de 1995 cabe decir que ciertamente no consta que en las múltiples reestructuraciones de los órganos de la Seguridad del Estado, hubiere habido modificación del rango asignado en los Reales Decretos de 24 y 31 de octubre de 1986. Sin embargo debe adicionarse que en sucesivas disposiciones no se ha identificado adecuadamente el órgano¹³. Esto no es figura su condición de Secretaría General de la Dirección General de la Policía o Secretaría General de la Dirección General de la Guardia Civil como, en cambio, si venía aconteciendo con la Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado. Sirvan a título de ejemplo las Resoluciones de 11 de junio y 22 de diciembre de 1992¹⁴ delegando en el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias-Gobernador Civil de Las Palmas y en el Gobernador Civil de Santa Cruz de Tenerife las facultades para autorizar la entrada y tránsito de extranjeros con documentación defectuosa o sin ella y delegando en el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Castilla y León-gobernador Civil de Valladolid facultades en materia de expulsión del territorio nacional. De la lectura de los Reales Decretos 107-91, de 1 de febrero, reestructurando la Dirección General de la Guardia Civil, 59-87, de 16 de enero por el que se modifica el Real Decreto 569-84, de 28 de marzo, sobre estructura y funciones de los órganos de la Seguridad del Estado, y 58-87, de 16 de enero por el que se crean las Subdirecciones Generales en la Dirección General de la Guardia Civil no se desprende su carácter de Secretaría General de la Dirección General de la Policía o de la Guardia Civil ya que ambos órganos figuran enumerados en su condición de «Dirección General» de la que dependen varias Subdirecciones Generales. Igual acontece con las Ordenes Ministeriales de 17 de febrero y 20 de mayo de 1988 reorganizando respectivamente la Dirección General de la Guardia Civil y la de la Policía.

4. A MODO DE CONCLUSION

Expusimos al principio que ejemplos como los que ibamos a citar no resultan extraños ni anómalos en nuestro actual ordenamiento jurídico. Mas entendemos que no podemos acostumbrarnos a su «normalidad». No se trata sólo de la existencia de dificultades en la aplicación del derecho no sustentadas en dificultades interpretativas sino fundamentadas en problemas «logísticos». Estamos también ante una cierta inseguridad jurídica. No resulta precisamente plausible «rectificar errores» bastante tiempo después de su posible comisión ni abrir la puerta a deslegalizaciones en materia sancionadora por la vía de la reorganización ministerial.

vigor la ley que regula el gobierno, aunque no la del artículo 8 de la Ley 10-83, referido a subsecretarios y secretarios generales.

¹² Texto 2 de octubre de 1995.

¹³ Hecho sorprendente cuando el Ministerio para las Administraciones Públicas había dictado la Resolución de 3 de febrero de 1993, por la que se define el sistema de identificación común del personal al servicio de la Administración General del Estado, BOE del 11 de febrero.

Se ha resuelto con carácter general sobre la identificación telefónica, distintivo personal, rótulo de despacho, rótulo de mesa, tarjeta de identidad institucional, tarjeta de visita personalizada, tarjeta de control de identificación e identificación de los firmantes en las comunicaciones escritas, mas en los supuestos enjuiciados se ha omitido un hecho relevante como es la exacta naturaleza y denominación de sendos órganos administrativos.

¹⁴ Cfr. BOE del 11 de junio de 1992 y 4 de enero de 1993.

Tras haber proclamado el Tribunal Constitucional el carácter formal y material de ley de las leyes de presupuestos, ha reconocido la existencia de ciertos límites materiales a su contenido derivados de las exigencias del principio de seguridad jurídica y, sobre todo, de las «peculiaridades» o «especificidades» de su tramitación parlamentaria y, más concretamente, de las restricciones de las facultades de los órganos legislativos en relación con la tramitación de otros proyectos o proposiciones de ley. Por ello ha afirmado que «no cabía incluir en dichas leyes materias que no tengan relación directa con los gastos e ingresos previstos en los presupuestos o con los criterios de política económica del gobierno que lo promueve»¹⁵.

Tales principios no son trasladables sin más al ámbito legislativo ordinario y al reglamentario mas creemos que, al menos, debería haber congruencia¹⁶ legislativa y reglamentaria. No se trata la con-

gruencia de un concepto inusual en la actuación administrativa. Recordemos que la congruencia es requerida en las resoluciones administrativas (arts. 89.1. y 113.3 Ley 30-92, arts. 93.1 y 119 LPA). También se exige en la sentencia que se dicte en el ámbito del control de los actos de la administración (art. 43, 80 y 95.3 LJCA) a fin de no vulnerar los derechos amparados en el art. 24 CE¹⁷. Debería de constituir también seña de identidad del trabajo parlamentario y reglamentario.

En un estado de derecho es preciso indicar expresamente cuando una competencia es ejercitada por delegación, artículo 13,4 Ley 30-92. En paralelo la necesidad de identificar adecuadamente la naturaleza del órgano que dicta una Resolución debería de constituir también carta de naturaleza en el funcionamiento del poder ejecutivo. Algo chirría cuando dos órganos administrativos pueden actuar a lo largo de los años omitiendo su exacta naturaleza.

¹⁵ Cfr. SSTC 65-87, de 21 de mayo, 76-92, de 14 de mayo, 116-94, de 11 de abril.

¹⁶ Congruencia, según el *Diccionario de uso del español*, de

María Moliner, es «relación lógica entre dos acciones, dichos, etc.».

¹⁷ Cfr. SSTC 109-85, de 8 de octubre, 177-85, de 18 de diciembre, 8-89, de 23 de enero, etc.

Cuestiones de derecho transitorio en relación con el artículo 147 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964

Guillermo SANCHIS FERNANDEZ-MENSAQUE

Es llano que el nuevo régimen de enervación de la acción que establece el artículo 1563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable hoy a todo tipo de arrendamientos, es más riguroso que el que establecía antes el mismo precepto y, por supuesto, para el arrendatario, mucho más riguroso que el que establecía el artículo 147 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendamientos protegidos. La solución, desde luego, como buena parte de esta Ley, no parece muy acertada, entre otras cosas porque esto, que había estado siempre ligado a los arrendamientos protegidos, se extiende a arrendamientos respecto a los que no hay razón alguna para establecer una excepción al principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones.

Pero, aparte esta crítica de entrada, la nueva regulación plantea una cuestión de derecho transitorio para la que no ofrece una solución clara: la de si la nueva regulación se aplicará en los pleitos posteriores a su entrada en vigor relativos a arrendamientos protegidos anteriores. Cuestión que no me parece baladí o planteada por puras razones estéticas. Y es que, no pocos de los arrendamientos que subsisten lo son de viviendas ocupadas por personas mayores y de pocos medios, que pueden verse sorprendidas por la aplicación de la nueva norma y por prácticas poco escrupulosa de arrendadores no especialmente piadosos, sobre todo, si se trata de empresarios dedicados a este tráfico de casas de renta antigua, avezados en poner a los arrendatarios en situación de resolución.

Tres son las disposiciones transitorias de la Ley 29/94 que pueden venir a resolver la cuestión, la disposición transitoria primera, la segunda y la disposición transitoria sexta, según se entienda que se trata de una regulación de carácter sustantivo o meramente procesal.

Empezando por la última, dice la muy menguada disposición transitoria:

1. *El Título V de la presente ley será aplicable a los litigios relativos a los contratos de arrendamiento de finca urbana que subsistan a la fecha de entrada en vigor de esta ley.*
2. *Se exceptúa lo establecido respecto al valor de la demanda y a la conformidad de las sentencias, que será inmediatamente aplicable a los recursos de casación en los litigios sobre contratos de arrendamientos de local de negocio en los que la sentencia de la Audiencia Provincial se haya dictado después de la entrada en vigor de la presente ley.*

Y lo primero que se pregunta el práctico es: ¿a qué se refiere la excepción del número dos? Y es

que, en el Título V de la nueva ley, no hay regulación alguna relativa al recurso de casación. La única referencia a tal recurso está en la modificación que se hace del artículo 1687. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la disposición adicional quinta de la ley. Por otra parte, la que se dice excepción, si la referimos a la aplicabilidad de la nueva norma a pleitos sobre contratos anteriores, no sería excepción sino, redundancia.

El despiste puede explicarse si se sigue el proceso de elaboración de la nueva Ley. En efecto, la disposición transitoria quinta del proyecto remitido al Congreso decía «*los procesos judiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por las normas procesales comunes y por las contenidas en esta Ley aunque los contratos a que se refieran se hubiesen celebrado con anterioridad. Sin embargo, lo establecido en la disposición adicional 5.ª 3 (recurso de casación) sólo será aplicable a los procesos que se refieran a contratos celebrados después de la entrada en vigor*». En virtud de una enmienda transaccional, que parece querer justificarse por razones técnicas, entendiéndose quizás que la aplicación de las nuevas normas procesales es cuestión resuelta que no tienen por qué ser tratadas en una regulación transitoria, se limita el texto a la salvedad del último inciso. Y es en el Senado, donde se introduce la enmienda, que igualmente parece querer justificarse en parte por razones técnicas, que estableció el texto definitivo de la disposición que comentamos.

Pero esto, que puede explicar el despiste y el defecto de técnica, no despeja, sin embargo, la perplejidad interpretativa del texto tal como nos es dado, que no nos ofrece solución clara para la cuestión que aquí nos planteamos: la de si el artículo 147 de la anterior ley de Arrendamientos Urbanos sigue siendo aplicable a los arrendamientos celebrados durante su vigencia.

En efecto, frente a lo que se decía en el primitivo texto, donde los pleitos relativos a contratos anteriores quedaban sometidos a las nuevas normas procesales (aunque siga en pie la cuestión de la naturaleza procesal de la regulación que nos ocupa), incluidas, por tanto, las que introducía la disposición adicional quinta, aquí la mención se limita al Título V, lo que permite entender, a contrario, que no serán de aplicación las disposiciones procesales a que se refiere la disposición adicional quinta, salvo lo relativo al valor de la demanda y conformidad de las sentencias, que sería inmediatamente aplicable a los recursos de casación en los litigios sobre arrendamiento de local de negocios en los que la sentencia

de la Audiencia Provincial se haya dictado después de la entrada en vigor de la presente ley. . . por cierto, la indicación relativa al valor de la demanda no se refiere a los arrendamientos de local de negocio. Con esta explicitación e incorporación del sentido a *contrario*, adquiriría coherencia la totalidad de la disposición transitoria y adquiriría sentido la excepción que se quiere introducir en el número dos.

Podría argumentarse, no obstante, teniendo en cuenta el proceso de elaboración de la citada disposición transitoria, que el número dos de la disposición transitoria sexta se refiere exclusivamente al recurso de casación, por lo que, como quiera que el número uno no la resuelve, queda en pie la cuestión de la aplicabilidad a los procesos relativos a contratos anteriores al 9 de mayo de 1985 de las restantes disposiciones a que se refiere la adicional quinta. Con esta interpretación, que se ajusta más a las vaivenes del debate del texto, queda pendiente la cuestión de la inmediata aplicabilidad o no de la nueva redacción del artículo 1563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso el despiste es claro, lo que ha obligado a una reunión en Junta General de los Magistrados de la Sala primera del Tribunal Supremo a fin de poder alcanzar algún acuerdo acerca del sentido de la citada disposición transitoria, donde se integró el sentido del transcrito párrafo segundo de la disposición transitoria sexta, que vendría referido exclusivamente al recurso de casación (auto del TS de 4 de julio de 1995, recaído en recurso 1416/95).

Pues bien, pese a ser posible algún enunciado con sentido incorporando el sentido a *contrario*, tendríamos que admitir que el texto no ofrece solución clara para el problema que aquí nos planteamos. La solución, por tanto, tendríamos que buscarla con otro auxilio. Para ello preciso será preguntarse acerca de la naturaleza de la regulación que establece el poder de enervar la acción de desahucio mediante la consignación o pago: si se trata de una regulación propiamente procesal o de una regulación sustantiva, que se refiere, por tanto, no a la relación jurídico procesal, sino a la misma relación jurídico material, sin que el hecho de su ubicación, en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en el Capítulo XII de la anterior ley de Arrendamientos Urbanos sea criterio para decidir. De acuerdo con ello, si concluimos que se trata de una regulación de carácter sustantivo, la solución vendría dada por lo dispuesto en las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª A). 1, con lo que seguiría siendo aplicable a los arrendamientos anteriores lo dispuesto en el artículo 147 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos. Si se trata de una mera regulación procesal, aunque el Texto de la Disposición transitoria sexta no sea clara, tampoco habría dificultad de acuerdo con lo que viene siendo admitido como principio en todo caso de reforma procesal: la nueva norma sería aplicable a los procesos que nazcan tras la entrada en vigor, ya que, en definitiva, de lo que se trata es de regular actos procesales, que necesariamente han de regirse por la norma vigente en el tiempo en que se producen, con independencia de cual sea la regulación aplicable a la relación jurídico material que se debata en el pleito y sin que en ello haya retroactividad alguna de la nueva norma.

Y, de entrada, es claro que el nuevo artículo 1563, al menos en sus puntos 1. 1.º y 1. 2.º, no establece trámite o carga procesal alguna, no fija garantía alguna dirigida al logro de la tutela judicial efectiva, ni decide competencia o requisitos de eficacia de actos procesales. Lo mismo podíamos decir del artículo 147 de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos. Y es que aquí, en definitiva, lo que se resuelve es acerca de la eficacia de un pago tardío y posterior a la comunicación por parte del arrendador de su voluntad de resolver por medio de la citación a juicio, lo que constituye una clara excepción a lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil. Ciertamente se trata de un poder otorgado al arrendatario que se actúa en el proceso; pero eso no decide la naturaleza de tal poder, del mismo modo que, por ejemplo, el hecho de que la transacción pueda poner fin al pleito, convierta a tal negocio en una mera actuación procesal, para el que sólo baste la capacidad para ser parte en juicio. Al contrario, el hecho de que tal poder permita incluso dejar sin efecto una acción fundada pone de manifiesto la especial virulencia de este poder, que, por eso, no puede surgir del proceso, sino de la relación que en él se debate.

Así, por razones que pueden explicarse en atención a la tensión que se produce entre propiedad y domicilio, especialmente agudizada en los arrendamientos de vivienda, y por los problemas que empezaban a producirse con el crecimiento de las ciudades, el Tribunal Supremo admitió lo que se consagró como doctrina legal desde la sentencia de 30 de junio de 1883: la eficacia del pago tardío como excepción al principio de simultaneidad en las prestaciones. Cuya doctrina se refería a la regulación del arrendamiento no al proceso. El beneficio se establece luego dentro de la regulación protectora del inquilinato, como un modo de protección del inquilino, considerándose desde el principio que no era aplicable a los arrendamientos regulados por la legislación común, lo que apunta al carácter sustantivo de la regulación. Y es la Ley de 23 de julio de 1966 la que incorpora el beneficio a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 1563, al que da nueva redacción la disposición adicional quinta de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Por tanto, el que la enervación se produzca en el proceso, no significa que sea una regulación de la relación procesal, sino que lo que significa es que la eficacia del pago tardío se admite incluso hasta el momento del proceso e incluso, en la legislación protectora, aunque éste haya terminado por sentencia y ésta haya llegado a ser firme, hasta el momento mismo del lanzamiento. Se trata, por tanto, de regular la eficacia del pago o la consignación en el arrendamiento, lo que sólo puede considerarse una regulación de carácter sustantivo.

Llama la atención, la poca atención que ha merecido la cuestión entre los primeros comentaristas de la Ley. De los que he leído, sólo lo aborda Ortiz Navacerrada, quien escribe:

El régimen de enervación es considerablemente más restringido que el derogado, particularmente en el artículo 147 de la LAU anterior, que autorizaba aquella hasta el momento de la notificación y permite la rehabilitación del contrato hasta el momento mismo del desahucio. Privar a los arrendatarios de

tales beneficios, que constituyen expectativas legítimas en los procesos ya iniciados, conforme a la legalidad anterior, puede vulnerar la garantía constitucional del artículo 9. 3, de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Incluso cabría partir de que enervación y rehabilitación del contrato son actos producidos en el proceso y con efectos directos e inmediatos en él; pero también eficaces —en particular el segundo— en la relación sustantiva misma, para defender la continuidad del régimen anterior para contratos celebrados durante su vigencia, esto es, antes de la entrada en vigor de la nueva ley, cualquiera que sea el tiempo en que el litigio relativo a ellos pueda sustanciarse.

Desde mi punto de vista, el autor parte de un planteamiento correcto (la de si se trata de una regulación de carácter sustantivo); pero con un enfoque no ajustado (el principio de irretroactividad del artículo 9. 3). Desenfoque debido a la oscuridad misma del tema de la retroactividad. Y es que, no puede hablarse propiamente de retroactividad por el hecho de aplicar la nueva norma a una relación surgida con anterioridad, ya que la nueva ley se aplica desde ahora y para el futuro. Lo que pasa es que, como señala Enneccerus, el principio de irretroactividad de las normas se confunde con otro principio que en realidad es muy distinto y que dice «*las nuevas leyes dejan intactos los derechos adquiridos*», sin que puedan confundirse los derechos con las meras expectativas. Pero lo que pasa es que este principio, si bien da una solución relativa al problema de aplicación de la ley en el tiempo, en muchas ocasiones es falso: así carecería completamente de sentido el que una ley que declara redimibles ciertos censos o que deroga el derecho del propietario a recoger los frutos que caen sobre el fundo de su vecino no se aplicara a los censos existentes o a los árboles ya plantados. Así el mismo Código Civil declaró redimibles los censos, y nadie ha considerado que esto supusiese un caso de perniciosa retroacción del Código Civil.

En relación con los contratos de *tracto sucesivo*, se dice que deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración, con lo que la aplicación de la nueva norma a esos contratos anteriores supone retroacción contraria al principio de irretroactividad. Afirmación igualmente falsa, no sólo porque no hay auténtica retroacción como ya dije, sino porque tal principio choca con lo generalmente admitido en materia de legislación social y choca con la realidad jurídica actual. Así nadie cuestiona el que las nuevas normas en materia de Derecho del Trabajo se apliquen a los contratos en curso y quien dice a estas instituciones de tradicional significado social, a otras como, por ejemplo, el contrato de se-

guros. Así el arrendamiento protegido es una relación de contenido en buena medida estatutario, lo que, por principio, permite al legislador la modificación de tal estatuto, cuyo nuevo estatuto ha de aplicarse, salvo previsión en contrario del legislador, a los contratos subsistentes.

En consecuencia, como ya hemos adelantado la cuestión ha de resolverse a luz de la regulación que establece la nueva Ley en sus disposiciones transitorias, según se considere que se trata de una regulación procesal o de carácter sustantivo. Y, si no existe regulación específica, habrá que entender, ya sin distinción acerca de la naturaleza de la regulación, puesto que se llegaría a la misma solución, que la nueva regulación se aplica en todos los procesos posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley, ya se refieran a contratos viejos o nuevos.

Pero, si partimos de que aquí estamos, pese a su ubicación, ante una regulación sustantiva, que se refiere a la relación jurídico material y no, al proceso, aunque su eficacia llegue hasta el proceso, la solución sólo puede venir de las disposiciones transitorias primera y segunda; y, en consecuencia, los contratos anteriores, seguirán rigiéndose en cuanto a la eficacia del pago tardío por el artículo 147 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos.

También puede ser significativo, desde el punto de vista de la voluntad del legislador, comparar el texto con el del proyecto que se presentó durante la IV legislatura, del que en buena medida es heredero el que culminó con la nueva Ley de Arrendamientos. Aunque este criterio sea siempre discutible y los enormes defectos y lagunas de la Ley y del proyecto anterior hace muy difícil entender cual pudiera ser la voluntad del legislador; es más, un malintencionado juicio de intención pudiera llevarnos a entender que el único propósito (despropósito) de tanto defecto es el de dejar muchas cuestiones abiertas, moviéndose en una ambigüedad deliberada, para que sea el juez el que haga el gasto político de cerrarlas mediante el establecimiento de normas más concretas en busca de una voluntad inexistente. En todo caso, la anterior redacción, que ciertamente criticamos desde la Comisión de Derecho Privado de JpM por las graves consecuencias sociales que podía suponer, era al respecto bastante clara: la enervación se regulaba como norma procesal especial de los arrendamientos urbanos, en su artículo 35, en régimen, por cierto, más riguroso que en el artículo 1563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya norma se consideraba aplicable a los pleitos relativos a arrendamientos antiguos. Y, repito, aventurándome quizás más allá de lo prudente, podría considerarse significativo el cambio introducido por parte del autor de un proyecto sustentado por el mismo grupo político, interpretándolo como consciente abandono de la solución que sin lugar a dudas ofrecía el proyecto anterior.

La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. La Ley 22/1994, de 6 de julio

Rafael SARAZA JIMENA

En otro artículo publicado en esta revista hace ya algunos años¹ analizaba la problemática relativa a la denominada «responsabilidad del fabricante», o, de acuerdo con la terminología utilizada por los textos legales, la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, por lo que me remito a lo allí expuesto en cuanto a las consideraciones de orden social e ideológico, así como a los antecedentes en los ordenamientos norteamericano y europeo que en él se exponían.

Me refería en dicho trabajo a la infracción por parte del Estado español de la obligación que, como Estado miembro de las Comunidades Europeas, tenía de transponer al Derecho interno la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985², de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos, cuyo plazo de cumplimiento finalizó el 30 de julio de 1988, infracción que por otra parte también cometieron la mayoría de los Estados miembros, como suele ser usual cuando de Directivas que desarrollan aspectos sociales o medioambientales se trata.

La normativa contenida en dicha Directiva había sido valorada positivamente por la mayoría de la doctrina, pese a que la política comunitaria en este campo, como en general en todos los de trascendencia social, arrastra un lastre importante en cuanto a finalidad primordial que se persigue: se entiende por los órganos rectores de la Unión Europea que la uniformidad o afinidad jurídica en el ámbito de los Derechos de protección a los consumidores y al medio ambiente es necesaria, no tanto por la necesidad misma de tal protección, como porque la disparidad de disposiciones nacionales en esta materia supone una diversidad en el grado de protección que engendra diferentes cargas para las empresas, según estén radicadas en uno u otro país de la Unión, lo que implica una alteración de la libre competencia que debe ser eliminada por las autoridades comunitarias³. Se trata de un enfoque neoliberal que toma como objetivo básico la potenciación de la libre competencia, reduciendo a segundo plano otros condicionantes de contenido social.

La situación derivada de la falta de transposición en plazo de la Directiva era preocupante habida cuenta del elevado riesgo que el desarrollo industrial y tecnológico provocaba para los ciudadanos en general, y de la defectuosa regulación que al respecto se contenía en los artículos 25 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Pues bien, dicha transposición ha tenido finalmente lugar por la Ley de 6 de julio de 1994, y es ahora cuando dicha Ley empieza a tener trascendencia, habida cuenta del especial régimen de derecho transitorio establecido en la disposición transitoria única de la ley, conforme a la cual «la presente Ley no será de aplicación a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor. Esta se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento». Voy a tratar de hacer un somero análisis de las innovaciones que esta regulación legal introduce en la materia, sin entrar en cuestiones como las relativas a la exclusión de daños nucleares (art. 10.3), ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad frente a la víctima (art. 14), caducidad (art. 13), prescripción (art. 12), cuya regulación no ofrece especiales problemas. Me he abstenido de transcribir literalmente la mayoría de los preceptos comentados para evitar que el trabajo resulte excesivamente largo y farragoso, por lo que puede ser interesante tener a mano el texto de la Ley para cotejar los distintos preceptos citados.

A) PRINCIPIO GENERAL. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. EXCEPCIONES

La responsabilidad por productos defectuosos que establece la ley española es, al igual que la establecida por la Directiva, una responsabilidad objetiva, conforme resulta del principio general de responsabilidad de los fabricantes e importadores respecto de los daños causados por los defectos de los pro-

¹ «La crisis del derecho privado codificado y el paso al nuevo derecho privado del tráfico económico. El derecho del consumo», *Jueces para la Democracia*, núm. 14 (3/1991).

² Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE) (*Boletín Oficial* L-210/29 de 7 de agosto de 1985).

³ Así lo explicita por ejemplo la sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, caso *Faccini*, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Giudice conciliatore de Florencia*, Italia, plantea-

da con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, sobre interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, cuando afirma en su párrafo 5.º que la Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles tiene por objeto «acabar con las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales referentes a dicha protección (la de los consumidores), disparidades que pueden tener una incidencia sobre el funcionamiento del mercado común».

ductos que respectivamente fabriquen o importen, establecida en su artículo 1.º, y por cuanto que el artículo 5 de la Ley exige al perjudicado la prueba del defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, pero no la culpa del productor.

Pero esta responsabilidad objetiva tiene excepciones.

1.ª Una primera excepción está constituida por los llamados «riesgos de desarrollo», al establecer el artículo 6.1.e de la Ley que «el fabricante o importador no serán responsables si prueban: e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto».

Los riesgos de desarrollo (*development risk*), que se plantean sobre todo en relación a la industria farmacéutica, son aquellos defectos de los productos que son conocidos como consecuencia de los avances científicos y técnicos posteriores a su puesta en circulación, por lo que en el momento de ésta el fabricante no podía de ninguna forma detectarlos.

En relación con los riesgos del desarrollo se ha planteado la controversia que suele ser clave en buena parte de los problemas que suele plantear el Derecho de la responsabilidad: quien debe soportar las consecuencias dañosas de determinados riesgos. De un lado, los que estiman que el fabricante debe responder de los riesgos de desarrollo se basan en la consideración de que de otra forma son los consumidores los que soportan en exclusiva estos riesgos del progreso, pese a ser el productor quien los crea y se beneficia de ellos, con la posibilidad de que los ciudadanos se conviertan en auténticos «conejiillos de indias». De otro lado, los que abogan por la dirección contraria, argumentan que si el fabricante soporta los riesgos de desarrollo, se paralizará la innovación en la fabricación y comercialización de productos, en especial los farmacéuticos y los de alta tecnología. Además, se estima que si tales riesgos los soporta el productor, el seguro de responsabilidad civil o es inviable desde el punto de vista económico o sus primas son demasiado elevadas, lo que al final va en detrimento de los consumidores.

La polémica entre los partidarios de una y otra postura, en la que se hicieron notar las influencias de los distintos «lobbys» industriales y económicos, mantuvo bloqueada la elaboración definitiva de la Directiva. El compromiso final que hizo posible la aprobación de la Directiva se plasmó en el artículo 7-e de la Directiva (que corresponde al 6.1.e de la Ley española), de acuerdo con el cual los fabricantes no soportan los riesgos de desarrollo, pero, al igual que en todas las causas de exoneración de responsabilidad reguladas en el artículo 7 de la Directiva y 6 de la Ley española, se invierte la carga de la prueba pues es el fabricante el que debe probar los requisitos del mismo —esto es, que el estado de la ciencia en el momento de la introducción en el mercado del producto no permitía descubrir la existencia del defecto—, y no la víctima lo contrario —es decir, que era posible haber evitado el defecto—. Además, en uno de los pocos extremos en los que la Directiva permite a los Estados miembros apartarse de su regulación, el artículo 15.1.b permite que «cada Esta-

do miembro podrá... disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto».

El Estado español ha hecho uso de esta posibilidad de apartarse del texto de la Directiva, y elimina la consideración como excepción al carácter objetivo de la responsabilidad del fabricante los llamados «riesgos de desarrollo» en el caso de medicamentos, alimentos y productos alimentarios, al establecer en el apartado 3.º del artículo 6 de la Ley que «en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo».

2.ª La segunda excepción es la constituida por el cumplimiento de normas imperativas. El artículo 6.1.d de la Ley, transposición del artículo 7.d de la Directiva, establece que «el fabricante o importador no serán responsables si prueban: Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes».

B) CONCEPTO DE PRODUCTO

La regulación de este extremo, contenido en el artículo 2 de la Ley, establece la regla general de que se considera producto, a efectos de aplicación de esta regulación legal, a todo bien mueble con excepción de los productos naturales que no sufran una transformación inicial, siendo irrelevante su carácter de bien de consumo o producción —con independencia de lo que luego se verá en relación al ámbito de protección en cuanto a daños en las personas o en los bienes—, así como si es materia prima, parte componente o producto final, incluyéndose también como «producto» el gas y la electricidad. Se excluyen, pues, tanto los bienes inmuebles como los servicios, que plantean una problemática distinta.

Pueden hacerse las siguientes consideraciones en torno al régimen que resulta de esta regulación legal en lo referente al concepto de producto:

1. El legislador español no ha hecho uso de la facultad que le otorgaba el artículo 15.1.a de la Directiva, que permite a los Estados miembros apartarse en este punto de la regulación del artículo 2 de la Directiva e incluir en el concepto de producto a las materias primas agropecuarias y a los productos de la caza. Como la mayoría de los Estados miembros —hay algunas excepciones, como es el caso de Luxemburgo— se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley los daños producidos por productos naturales, entendiendo por tales los productos agrícolas, ganaderos, pesqueros y cinegéticos, que no hayan sufrido una transformación inicial.
2. El hecho de que se consideren productos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley los bienes muebles incorporados a un inmueble hace que, por ejemplo, los empresarios de la

construcción, a los que en principio sería de aplicación el régimen de responsabilidad decenal regulado en el contrato de arrendamiento de obra, y el del contrato de compraventa del Código Civil, puedan ser responsables como distribuidores del producto en el caso de daños provocados por elementos muebles incorporados a las viviendas —piénsese por ejemplo en paneles de material aislante defectuosos, o en termos o calderas de agua caliente también defectuosas—, en el caso de que el fabricante de los mismos no pueda ser identificado, por aplicación del artículo 4.3 de la Ley.

3. Pese a que no se trate propiamente de productos industriales, han de considerarse incluidos en el ámbito de aplicación de la ley los productos artesanales y los artísticos, así como los productos mineros, e incluso el agua mineral. Por previsión expresa de la ley, se incluyen en el concepto legal de producto el gas y la electricidad.
4. También han de considerarse incluidos los productos suministrados a la víctima como parte de una relación de servicios —por ejemplo, un producto defectuoso empleado por el dentista en el empaste de una muela—.
5. Por contra, están excluidos del ámbito de la Ley productos como las transfusiones de sangre y los órganos humanos trasplantados, así como los desperdicios y residuos. En los primeros la exclusión vendría determinada por lo dispuesto en el artículo 6.1.c de la Ley, conforme a la cual está excluida la responsabilidad cuando el producto no ha sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica o en el marco de una actividad profesional o empresarial, lo que parece evidente que ocurre con la sangre y los órganos humanos⁴. En los segundos, la exclusión vendría determinada por la previsión del artículo 6.1.a, que exonera de responsabilidad al fabricante por productos que no hayan sido puestos en circulación, es decir, insertados en los canales de distribución del mercado, lo que evidentemente ocurre en el caso de residuos o desperdicios, que no se «comercializan».

C) CONCEPTO DE DEFECTO O DE PRODUCTO DEFECTUOSO

El concepto de «defecto» o de «producto defectuoso», regulado en el artículo 3 de la Ley, es fundamental en la regulación legal de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, dado que la delimitación de este concepto es consecuencia directa de la finalidad de las normas tuitivas que regulan este tipo de responsabilidad civil, que es la de eliminar riesgos al consumi-

⁴ Aunque cuestión distinta sería la de sustancias farmacológicas elaboradas a partir de productos de origen humano, como por ejemplo la gammaglobulina.

dor e indemnizar sus consecuencias dañosas, y no la de asegurarle ningún tipo de utilidad. Esto implica que las normas legales reguladoras de la compraventa no pueden ser aplicadas ya que su finalidad es la de proteger al comprador contra los defectos que afecten a la utilidad del objeto de la prestación del vendedor, mientras que aquí de lo que se trata es de conseguir una indemnización por los daños causados en la persona y en los bienes del consumidor del producto o de otras personas distintas que han sido afectadas también por los daños —los llamados *bystanders*—. Esta es una de las razones que determinan la inadecuación de las normas sobre responsabilidad contractual a los supuestos de responsabilidad civil de productos.

Es por ello que el concepto de «defecto» no se relaciona con la ausencia de utilidad del producto para el adquirente del mismo —como ocurre en el caso de los «defectos ocultos que tuviere la cosa vendida» de que habla la regulación del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil, art. 1484—, sino con la ausencia de seguridad, es decir, con la peligrosidad del producto. Como pone de relieve M.^a Angeles Parra Lucan⁵ «el concepto de defecto no coincide con el que aparece en los Códigos civiles de nuestro entorno a efectos del saneamiento. La noción de defecto, tal y como aparece en la Directiva, se sitúa en un plano distinto. En razón de los vicios o defectos ocultos la cosa se convierte en impropia para el uso o consumo a que se la destina o disminuye de modo apreciable las posibilidades de ese uso o consumo. Por el contrario, el concepto de defecto del texto comunitario no garantiza la idoneidad del bien para el fin para que se adquirió. La falta de calidad o los vicios o defectos que afecten a la utilidad del producto, en principio, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. En este sentido el considerando sexto del Preámbulo de la Directiva entiende que "...para proteger la integridad física y los bienes del consumidor, el carácter defectuoso del producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público..."».

Varios son los aspectos que pueden destacarse de la regulación legal del concepto de «producto defectuoso»:

1. El citado precepto legal habla de que el producto no ofrezca la seguridad «que cabría legítimamente esperar». Esta expresión muestra con claridad que un producto no es defectuoso por el simple hecho de tener aspectos peligrosos, siempre que tales peligros sean intrínsecos a la clase a la que el producto pertenece y sean conocidos. No se protege a la víctima contra el riesgo evidente. Por utilizar una expresión usada por la práctica anglosajona, «danger speaks for itself», el peligro habla por sí mismo. La ley no ampara absurdos como los referidos por el profesor De Angel Yáguez al comentar algunas sentencias norteamericanas⁶, como las que concedían una

⁵ *Daños por productos y protección del consumidor*, José M.^a Bosch Editor, 1990.

⁶ *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto-Editorial Civitas, 3.^a Edición, 1993, págs. 638 y ss.



901 224466

una transferencia,
comprobando
su saldo,
domiciliando
un recibo,
comprando
monedas extranjeras,
invertiendo
en bolsa...

Esté donde esté, sea cual sea el día de la semana, el Banco Bilbao Vizcaya estará con usted.

Para que pueda hacer sus operaciones bancarias cuando lo desee. De forma segura. Sin comisiones adicionales. Y cómodamente: **con sólo una llamada telefónica.**

Porque cuando nuestras oficinas cierran, el Banco sigue abierto. De 7.30 de la mañana a 12 de la noche. Siete días a la semana. Todos los meses del año.

Con un equipo de especialistas en gestión bancaria y financiera a su disposición.

LINEA BBV
*Sus operaciones
bancarias
por teléfono,
todos los días
del año.*



BANCO BILBAO VIZCAYA

indemnización a la señora cuyo gato había muerto en el interior de un horno microondas.

2. El precepto prevé expresamente como circunstancia a tener especialmente en cuenta para ponderar si un producto no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar la «presentación» del mismo. En este concepto parece que debe comprenderse su empaquetado, marcado y etiquetado, aspecto éste sobre el que actualmente existe una estricta regulación, así como la publicidad que se realice y las informaciones que sobre su uso se ofrezcan, que deben ser claras y precisas⁷.
3. También menciona el precepto como circunstancia a tener especialmente en cuenta a efectos de calibrar la seguridad del producto el «uso razonablemente previsible del mismo». Esta idea de uso razonable se relaciona con el tipo de consumidor al que el producto se dirige. No es lo mismo un producto dirigido a los adultos que uno destinado a los niños, que precisan de una protección más intensa. Además, esta determinación del uso razonable no puede quedar en manos del fabricante, equiparándolo así al uso específico, sino que incluye cualquier uso normal habida cuenta del tipo de destinatario. Por ejemplo, aunque el uso específico de un juguete sea el de jugar, ha de considerarse defectuoso si contiene elementos tóxicos porque es «razonablemente previsible» que los niños se lo lleven a la boca.

D) CONCEPTO DE DAÑO

El artículo 9 de la Directiva, que establece el concepto de «daño» que da lugar a la responsabilidad por productos defectuosos regulados en la misma, es desarrollado por la Ley española en su artículo 10, bajo el epígrafe de «ámbito de protección», del cual resulta tanto el concepto de «daño» como el de «víctima». En el concepto legal de daño han de distinguirse por tanto los daños causados en las personas y en los bienes.

1. Daños en las personas. El ámbito de protección de la ley es más amplio cuando se trata de muerte o lesiones corporales, pues no se exigen los requisitos que respecto de los daños en las cosas excluyen en la práctica del ámbito de aplicación de la Ley a los daños sufridos por los que no ostenten la cualidad de consumidor final, como se verá al tratar de las víctimas. No obstante, el examen conjunto del artículo 1.º de la Ley —que habla de responsabilidad por «daños»— y del apartado 2.º de este artículo 10 —que remite a la legislación civil general para el resarcimiento de los «demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales»— hace que sea difícil delimitar el ámbito de los daños en las perso-

nas que han de ser indemnizados conforme al régimen de responsabilidad regulado por esta Ley.

Una interpretación racional de este precepto hace que, en mi opinión, hayan de indemnizarse conforme al régimen de responsabilidad por productos defectuosos regulado en la Directiva y en la Ley, los «daños», en sentido amplio del término, resultantes de muerte o lesiones corporales, incluyendo en tal indemnización el resarcimiento de los diversos componentes de esos «daños», tanto en su dimensión estricta de daño emergente como en la más amplia que hace referencia a los diversos componentes de quebranto económico y personal que suelen incluirse en toda indemnización por muerte o lesiones personales, debiendo entenderse referido el apartado 2.º del artículo 10 de la Ley, que remite al régimen de responsabilidad civil regulado por la «legislación civil general» a los daños y perjuicios que exceden del estricto daño emergente producidos como consecuencia del accidente en el que resulten dañadas las «cosas distintas del propio producto defectuoso», o, a lo más, tratándose de muerte o lesiones corporales, la exigencia de indemnización por daños morales y perjuicios que se basen en unas circunstancias excepcionales y que queden fuera de lo que suele indemnizarse con carácter general en cualquier otro régimen de responsabilidad en el caso de muerte o daños corporales —por poner ejemplos muy simples, una reclamación de indemnización por daño moral por parte de alguien ajeno al círculo de familiares más cercanos, o la reclamación de una cuantiosa indemnización por perjuicios supuestamente causados por circunstancias extraordinarias, etc.—. Lo contrario sería reducir el ámbito de los daños indemnizables con arreglo al régimen de responsabilidad civil por daños producidos por productos defectuosos, en caso de muerte o lesiones corporales, a los estrictos gastos de funeral y médico-farmacéuticos.

2. Daños en las cosas. Del régimen establecido por la Ley para la indemnización de daños en las cosas son de destacar:

a) Que los daños a indemnizar conforme al régimen de responsabilidad establecido en la Ley son los causados en cosas distintas del propio producto defectuoso. Ello es consecuencia de la finalidad de la Ley, que no es la de asegurar la utilidad del producto comprado, sino la de proteger a los adquirentes de las consecuencias dañosas de la falta de seguridad de los productos. Por ello, los daños causados en el propio producto defectuoso, que afectan a la utilidad que el mismo ha de reportar al comprador, darán lugar en todo caso a las acciones previstas por la regulación legal del contrato de compraventa.

b) Que la cosa dañada ha de estar destinada «objetivamente» (la Directiva emplea el término «normalmente») al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada

⁷ Este aspecto de la incorrecta información al consumidor sobre los potenciales peligros del producto ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la aplicación de la normativa general sobre responsabilidad civil contenida en

nuestro Código Civil a supuestos de daños por la utilización de determinados productos, como ocurre por ejemplo en las sentencias de 20 de octubre de 1983, 14 de octubre de 1984, 29 de mayo de 1993, 19 de diciembre de 1994, entre otras.

principalmente por el perjudicado. Ello excluye del régimen de responsabilidad por productos defectuosos la indemnización por daños provocados en cosas que constituyendo «objetivamente» bienes de consumo privado estén destinadas a una actividad empresarial o profesional, y también excluye la indemnización por daños provocados en bienes que aunque se destinen a un uso privado, constituyan objetivamente un bien empresarial.

E) CONCEPTO DE VÍCTIMA

El concepto de víctima no se define directamente en la Ley, sino que resulta del concepto de daño contenido en el artículo 10 de la Ley. De esta regulación pueden destacarse las siguientes notas más importantes en lo que respecta al concepto de víctima:

1. En el caso de muerte o lesiones, la ley protege a toda persona que los sufra, realice una actividad de consumo privado, empresarial o profesional.
2. En el caso de daños materiales, el régimen de responsabilidad regulado en la Ley sólo protege a las personas cuando realizan una actividad de consumo privado con los bienes cuyos defectos han sido causa de los daños.
3. Se protege tanto al adquirente o consumidor en sentido estricto como a cualquier persona que utilice el producto defectuoso, e incluso al que sufre un daño por hallarse próximo a la cosa defectuosa, «bystander» en la terminología anglosajona (por ejemplo, el cliente de un restaurante que sufre daños por la explosión de una botella de bebida gaseosa servida a la mesa de al lado).

Las razón de esta distinta regulación de quien puede considerarse víctima protegida por el régimen de responsabilidad civil regulado en esta Ley responde a la consideración prioritaria de la salud respecto de otros bienes jurídicos protegidos, lo que hace que el círculo de personas protegidas se amplíe e incluya a profesionales y empresarios. Por contra, cuando se trata de meros daños materiales, la intensidad de la protección disminuye y el círculo de personas protegidas queda reducido a los que ostenten la condición de consumidores, es decir, que han adquirido el bien para el consumo privado y no para el desarrollo de una actividad profesional, industrial o comercial.

F) CONCEPTO DE FABRICANTE

El artículo 4 de la Ley española regula el concepto de fabricante, es decir, lo que podría llamarse el régimen jurídico de la legitimación pasiva: quien responde de los daños causados a la persona o a los bienes de consumo de la víctima por un producto defectuoso.

La Ley española, en desarrollo de la Directiva comunitaria, define como fabricante a efectos de la ley al fabricante de un producto terminado, al de cual-

quier elemento integrado en un producto terminado, al productor de la materia prima y a quien se presente al público como fabricante poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto. Asimismo define al importador, que junto al fabricante es responsable directo de los daños producidos por productos defectuosos, y por último establece la responsabilidad subsidiaria del suministrador del producto para el caso de que el fabricante no pueda ser identificado a menos que en el plazo de tres meses indique al perjudicado la identidad del fabricante o importador.

Del examen del régimen adoptado por la Ley y la Directiva en la regulación de los responsables de los daños producidos por los productos defectuosos, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

1. El régimen jurídico de los responsables de los daños pretende conseguir que el número de personas englobadas en el círculo de personas responsables comprenda a todos los productores en la medida en que son creadores del riesgo y a los empresarios del canal distributivo en el número y en la forma estrictamente imprescindibles para lograr una suficiente protección de las víctimas, proporcionando en todo caso al perjudicado un responsable solvente y de fácil acceso.
2. La inclusión de los fabricantes en el círculo de responsables pone de relieve el fundamento de que el sujeto responsable debe ser el que crea el riesgo para que de esta forma lo controle y evite, y para que haya una concordancia entre el beneficio y el riesgo; y la extensión limitada del círculo de responsables a los intervinientes en el proceso de distribución pone de relieve que el régimen de responsabilidad objetiva es adoptado para lograr una mayor protección de la víctima, razón por la cual el círculo de legitimados debe tener la amplitud suficiente para que tal protección se logre. Por ello, la interpretación de la normativa sobre responsabilidad de los distribuidores debe basarse en ofrecer resultados interpretativos que sólo graven su posición en la medida estrictamente necesaria para ofrecer protección a la víctima.

Una última consideración a los responsables de los daños ha de hacer referencia al régimen de solidaridad establecido por el artículo 7 de la Ley, que establece que «las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente».

Tal responsabilidad solidaria responde claramente a la finalidad de protección de la víctima que inspira la regulación legal, como suele suceder en todos los supuestos en los que en un régimen de responsabilidad civil se regula un régimen de responsabilidad solidaria. Aunque la Ley no hace mención expresa a la posibilidad de repetir entre sí los responsables de los daños —mención que sí se contiene en la Directiva—, es evidente que el condenado al pago de la indemnización puede repetir contra los demás que, según las disposiciones de la ley, sean responsables solidarios, en virtud de las normas que regulan con carácter general las obligaciones soli-

darias —en concreto, el art. 1145 del Código Civil y concordantes—.

Asimismo, el artículo 8 de la Ley, desarrollando el de igual número de la Directiva, establece que «la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño».

Se trata también de un supuesto de responsabilidad solidaria, en la que la ley permite a la víctima reclamar del responsable según las disposiciones de la ley la totalidad de la indemnización, aunque en la producción del daño haya concurrido el defecto del producto y la intervención de un tercero, sin perjuicio del derecho de repetición propio de las obligaciones solidarias, como antes de ha hecho mención. El criterio inspirador de este precepto es el mismo de protección de la víctima a que antes se ha hecho mención.

G) DELIMITACION DEL RIESGO GARANTIZADO POR EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO

El artículo 6 de la Ley establece en sus apartados 1-a, b y c, una delimitación del riesgo garantizado por el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos regulado en la Ley. Son varios los elementos fundamentales que delimitan el riesgo garantizado, excluyendo determinados campos del ámbito de protección de la ley:

a) Un primer concepto fundamental para la delimitación del riesgo garantizado es el de «puesta en circulación voluntaria de un producto defectuoso», pues de lo dispuesto en los apartados a y b del artículo 6.1 de la Ley, el fabricante es responsable si pone el producto en circulación y en ese momento el producto es defectuoso. Por tanto, el acto del fabricante relevante a efectos del régimen de responsabilidad civil regulada en esta ley no es propiamente el de fabricación del producto defectuoso, sino el de su puesta en circulación, dado que la fabricación defectuosa no constituye por sí misma una conducta de la que se derive un daño para el consumidor —podría serlo para los operarios del fabricante, pero eso es una cuestión atinente a las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo—, sino que es la puesta en circulación el acto voluntario del fabricante al que se puede conectar el resultado dañoso, ya que es el que posibilita el despliegue de la potencialidad dañosa del producto.

No obstante la falta de definición legal, del concepto contenido en el Convenio europeo sobre responsabilidad derivada de los productos en caso de

lesiones corporales o de muerte, aprobado por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y en el *Explanatory Memorandum*⁸ se desprende que la puesta en circulación implica siempre la inserción del bien en el canal distributivo.

b) Otro concepto fundamental para la delimitación del riesgo garantizado por la responsabilidad regulada en la ley es el de «actividad para la venta o en el marco de una empresa». El apartado c) del artículo 6.1 de la Ley excluye la responsabilidad del fabricante o importador cuando el producto no ha sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.

De la redacción del precepto se desprende que para que se trate de una actividad no constitutiva del supuesto de hecho de esta ley han de concurrir ambos requisitos: que no haya sido fabricado o distribuido en el marco de una empresa ni que lo haya sido para la venta. De ello se desprende que será responsable conforme a los preceptos de esta Ley tanto el fabricante profesional que realice una distribución gratuita (por ejemplo por motivos promocionales) como el fabricante ocasional que produzca con vistas a una distribución lucrativa.

H) ASPECTOS PROCESALES: LA PRUEBA

La cuestión de la carga de la prueba tiene gran importancia en los regímenes de responsabilidad civil, hasta el punto de que uno de los aspectos fundamentales, sino el que más, de la evolución jurisprudencial en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual ha sido el de la inversión de la carga de la prueba.

En la Ley, este aspecto se trata fundamentalmente en dos preceptos. En un primer precepto, el artículo 5, bajo el epígrafe genérico de «prueba» se dispone que «el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos».

Así pues, los hechos sobre los que la carga de la prueba recae sobre el perjudicado, son el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. En un régimen de responsabilidad basada en la culpa, debería también probar la negligencia del fabricante. Pero dado que el régimen de responsabilidad es objetiva, este extremo no ha de ser probado por la víctima, ni tampoco el fabricante queda exonerado de responsabilidad si prueba que actuó diligentemente —sin perjuicio de la exención de responsabilidad establecida en el art. 6.2 para el fabricante o importador de la parte integrante que pruebe que el defecto es imputable a la concepción del producto final o a las instrucciones dadas por el fabricante final—.

Ahora bien, dado que imponer al perjudicado la carga de probar no sólo el defecto del producto, sino también que ese defecto lo tenía el producto cuan-

⁸ *Explanatory Memorandum Attached to the Commission Draft of the Directive of 5 September 1976* [documento COM (76) 372 final], citado junto con la *Commission's Note Attached to Its Re-*

vised Draft of 26 September 1979 [documento COM (79) 415 final] como *Explanatory Memorandum*.

do fue puesto en circulación, sería excesivo y podría conducir a la práctica indefensión de la víctima, en el artículo 6.1.b se invierte la carga de la prueba, y es el fabricante el que, para exonerarse de responsabilidad, deberá probar que el defecto no existía en el momento en que puso en circulación el producto. Ahora bien, en el intento de buscar el equilibrio entre el fabricante y la víctima, y ante la evidencia de la práctica imposibilidad de una prueba plena de que el defecto no existía en el momento de la puesta en circulación del bien, el precepto citado —sin perjuicio de que las presunciones para el caso de falta de prueba plena están admitidas con carácter general por los artículos 1249 y siguientes del Código Civil— suaviza la exigencia probatoria y habla de que el fabricante pruebe que «es posible presumir» que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. Son muchos los hechos que, estando plenamente probados, «hacen posible» presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto: la prueba de que las técnicas productivas empleadas en el proceso de fabricación hacen imposible la ocurrencia de ese defecto, la prueba de que los demás elementos de esa serie productiva no han sufrido el defecto pese a haber transcurrido un dilatado tiempo desde su puesta en circulación, la prueba de un trato inadecuado del producto en su utilización por el destinatario, etc.

l) CONCLUSIONES FINALES

La opinión que puede merecer la Ley española, como mereció en su día la Directiva comunitaria que la Ley desarrolla, es favorable, en cuanto que supone la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva regulada de modo simple, claro y en general correcto desde el punto de vista técnico-jurídico, y que ofrece un suficiente grado de protección a las víctimas, pues las excepciones al régimen de responsabilidad objetiva son poco relevantes, una vez que la fundada en los «riesgos de desarrollo» no son aplicables al sector farmacéutico y alimentario, y que incluso el concepto de «riesgos de desarrollo» utilizado por la legislación comunitaria y española no tiene la amplitud de otros, como el de «state of the art»⁹ utilizado por los proyectos norteamericanos.

Este tipo de leyes, al igual que las que suponen una innovación en el campo del Derecho del consumo, suelen ser criticadas por los juristas tradicionales, que entienden que las situaciones contempladas en la nueva ley podían ser resueltas satisfactoriamente conjugando inteligentemente los diversos preceptos reguladores de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Derecho privado codificado, fundamentalmente en el Código Civil.

Discrepo de esta crítica. Es posible que una inteligente y sagaz invocación de los preceptos de los Códigos preexistentes por parte de los abogados, conjugado con una aplicación laxa, analógica cuan-

do haga falta, y también inteligente de dichos preceptos por los jueces, dieran solución a los problemas planteados en este campo. Pero ni los abogados son siempre viejos y sagaces, ni los jueces siempre sabios, ni tiene por qué dejarse en este campo un margen de inseguridad e indefinición que, a la postre, sólo redunde en perjuicio de las víctimas de este tipo de accidentes.

Un ejemplo que puede ilustrarnos sobre los inconvenientes para la víctima de la resolución de este tipo de conflictos conforme a los Códigos tradicionales, nos lo da Jaime Santos Britz¹⁰, cuando explica un caso resuelto por el Tribunal Supremo federal alemán en 1967, en que declaró la responsabilidad de la empresa suministradora de piezas para la fabricación de automóviles por accidente de circulación debido a los defectos de las piezas suministradas. Pero antes, explica el autor, hubo otro pleito instado por el mismo perjudicado contra el fabricante final del automóvil y en el que este demandado había sido absuelto de la demanda por entenderse que el defecto se debía a una pieza suministrada por un proveedor. Así pues, la falta de una regulación específica como la actual, en la que el fabricante final sería responsable solidario y en su caso podría repetir contra el fabricante de la pieza defectuosa, hizo que el perjudicado tuviera que perder tiempo y dinero —no olvidemos el coste elevado de las costas procesales en un proceso en el que se reclame una indemnización considerable— en un primer pleito, para después tener que interponer un segundo pleito contra el fabricante de la pieza.

También este autor pone de relieve¹¹ los problemas que la falta de una regulación específica de esta materia plantea respecto a la posible existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. La falta de una regulación clara del círculo de responsables, como ahora se contiene en el artículo 4 de la Ley, hacía que pudiera plantearse bien la incorrecta elección del demandado, como ocurría en el proceso seguido en Alemania al que antes se hacía referencia, bien la posible falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a todos los que debían haberse traído a juicio, con la consiguiente sentencia absolutoria tras un largo proceso. O bien que el actor, para intentar curarse en salud, demandase a más personas de la cuenta, con lo que luego tendría que pagar las costas de los innecesariamente traídos al proceso. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1995 se condena al fabricante de unas botellas de tónica que explotaron provocando graves lesiones en la demandante, pero absolvió al hipermercado vendedor de tales botellas, que había sido demandado ante la falta de una regulación clara del círculo de responsables.

Porque no se trata solamente de que la víctima al final obtenga la indemnización de los daños causados por el producto defectuoso, sino de que además no tenga para ello que acudir al mejor Abogado, ni perder el tiempo y el dinero con procesos que aca-

⁹ Según el cual el fabricante queda exonerado de responsabilidad si prueba que utilizó los medios técnicos habitualmente utilizados por la industria en ese sector

¹⁰ *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, sexta edición, 1991, Editorial Montecorvo, pág. 680.

¹¹ Obra citada, pág. 719.

ben en sentencias absolutorias de demandados mal elegidos.

Otra cuestión a tener en consideración es la relativa a la situación existente en Norteamérica, en referencia al fenómeno conocido como *litigation disease*, en la que se han dado casos de sentencias con condenas astronómicas por daños no especialmente graves, o con condenas por hechos grotescos, como el que se comentaba del gato muerto al ser secado en el microondas, o la sentencia en la que una conocida firma fabricante de automóviles fue condenada a indemnizar por la muerte sufrida por una mujer en un accidente de automóvil cuando conducía a una velocidad tres veces superior a la permitida, y en la que se alegaba que la culpa no había sido de la conductora, sino del fabricante por haber puesto en el mercado un automóvil que podía alcanzar tal alta velocidad y sin preocuparse de que sólo llegara a manos de personas que la domina-

ran. Estos casos suelen traerse a veces a colación para ridiculizar este tipo de reclamaciones o para alertar del peligro de las normas de protección a los consumidores. Sin desconocer la prevención que ha de tenerse frente a reclamaciones abusivas o claramente infundadas, ha de dejarse bien claro que la situación que existe en España no es ni mucho menos esa. Una simple hojeada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos muestra que los problemas planteados ante los Tribunales no hacen referencia a señoras histéricas que meten al gato en el microondas, sino a personas que han sufrido graves mutilaciones por la explosión de botellas de cerveza o de otras bebidas gaseosas, o que han muerto electrocutadas por defectos en armaritos de cuartos de baño, etc., sin que la legislación existente diera una solución clara, simple y razonablemente protectora de los intereses de la víctima.

La necesidad de una Ley como la que ha sido hoy objeto de comentario era, pues, evidente.

Sobre el Poder Judicial en el constitucionalismo español*

Clemente AUGER LIÑAN

Es ineludible subrayar lo obvio: que, *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, de Miguel Angel Aparicio no se encuentra entre los textos usuales de Derecho Público; en cuanto que afronta, de forma sistemática por primera vez, el estudio del Poder Judicial, con la inclusión de la profesión de juez, delimitada y autónoma, y de su papel en el funcionamiento del Estado liberal y de la aplicación del Derecho. Estudio que forzosamente se confronta, en su resultado, con el análisis de la situación institucional del Poder Judicial en el Estado social y democrático de Derecho configurado en la Constitución de 1978.

El recorrido histórico, que analiza con minuciosidad Miguel Angel Aparicio, arranca de la Constitución de 1812. Indica el autor que, en líneas generales, la regulación del Poder Judicial de los constituyentes gaditanos respondió a los postulados clásicos del liberalismo francés. Pero durante el Antiguo Régimen, tanto en Francia como en España, ya se había producido una cierta especialización funcional en el ejercicio de las diversas actividades de gobierno. Por eso, lo que nuestros liberales incorporan a su esquema constitucional es, ante todo, el principio de la división de potestades o poderes. Y, tal como se introduce, es un principio esencialmente francés, sin perjuicio de las influencias anglosajonas, especialmente de Locke e incluso de Finer, que se hallan presentes entre los primeros gaditanos.

Los constituyentes gaditanos se plantearon la necesidad de racionalizar el intrincado ordenamiento de jurisdicciones comunes, especiales y delegadas, con la aplicación de los principios liberales. Sobre estas dos líneas, racionalización y liberalismo, se proyecta, como es lógico, la división entre poderes y potestades, que es tempranamente reconocida por el decreto de las Cortes de 24 de septiembre de 1810. Su desarrollo tendrá tres momentos decisivos: en los trabajos preparatorios y, especialmente, en el discurso preliminar; en la discusión y plasmación constitucional; y en el desarrollo normativo que se cierra a las puertas mismas de la vuelta de Fernando VII.

El régimen constitucional cobra continuidad definitiva en España a partir del texto de 1837. Dado que la posterior Constitución de 1845, va a mantener el mismo articulado en lo esencial, la regulación judicial que contiene permanecerá vigente hasta la de 1869.

Esta prolongada vigencia podría hacer pensar que nos encontramos ante una regulación constitucional acabada, con la estructura completa de un modelo

judicial estable. A juicio del autor, nada de esto ocurrió: en realidad, lo que se produce es una cierta «desconstitucionalización» de la Administración de Justicia, que es visible, no sólo en la parquedad del título constitucional, sino también en la práctica normativa. Se produce un contraste más que notable con la Constitución de Cádiz que dedicaba nada menos que 66 artículos a la Justicia. La diferencia no se encuentra sólo en esa reducción, sino, sobre todo, en las ausencias o cambios de regulación: en primer término, los jueces y magistrados son asimilados a «empleados públicos» en materia de nombramientos; la inamovilidad se debilita en su proclamación, ya que no se señala el tribunal que ha de juzgar a los jueces; no se menciona el principio de unidad jurisdiccional, cuya unidad de fuero se remite únicamente a los «juicios comunes», ni tampoco se menciona expresamente el principio de independencia; y, en cualquier caso, se deja para la ley la regulación del estatuto judicial y de la propia administración de justicia. El paso estaba dado: en ausencia de ley, se dispondrá por decreto, sin ninguna vinculación constitucional, y, aún más, contra el expreso contenido de los mandatos de la Constitución.

Si la constitución progresista de 1837 no introdujo modificaciones sustanciales en el modelo judicial, tampoco lo hizo la moderada de 1845: con la única excepción de la supresión del jurado para los delitos de imprenta, no alteró ni una sola de las previsiones que en materia judicial había establecido su precedente. Se mantienen así las mismas líneas estructurales y los mismos procedimientos normativos. La organización judicial sigue siendo también la misma y su regulación continuará procediendo de normas de origen gubernamental.

No obstante, por un lado, comienzan a aparecer una serie de proyectos de ley con pretensiones de regulación definitiva y, por otro, el ámbito judicial queda integrado en las preocupaciones de la Comisión de Codificación.

La regulación definitiva sobre esta materia, al final, se debe atribuir a los liberales, pues tales sectores promulgan la Ley orgánica del Poder Judicial; y porque los intentos más serios de desarrollo se habían realizado cuando éstos se encontraban dirigiendo la acción del Gobierno. Tal es lo que había sucedido en el «bienio liberal», donde se había aprobado la primera gran ley del movimiento codificador, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

La Ley orgánica sobrevivió a muy variados sistemas políticos (Primera República, Restauración, Dictadura de Primo de Rivera, Segunda República,

* Miguel Angel Aparicio, «El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)».

Franquismo y cinco años y medio al actual régimen constitucional). Ello obedeció, no tanto a la naturaleza técnica de dicha ley, sino a la relativa inmutabilidad y ahistoricidad del objeto regulado, el Poder Judicial; ningún régimen la puso en cuestión, tanto si consideraba poder al aparato judicial, como si negaba tal cualidad. En definitiva, la organización judicial se irá modificando con cierta independencia de la coyuntura y el sistema político, al poseer un sustrato más identificado con el funcionamiento técnico del poder que con la definición constitucional que en cada momento se le otorgaba.

La Restauración fija de manera estable un modelo centralista de Estado, con la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial que, con diversos vaivenes y mediando el paréntesis de la Segunda República, va a desembocar, casi sin modificaciones, en la transición democrática de 1978. También es sabido que la obra más duradera de la Restauración fue la de cimentar orgánicamente esa forma de Estado, marcando su división funcional interna, consolidando sus aparatos esenciales y cristalizando un determinado tipo de comportamiento burocrático y de cultura política y, si todo esto es cierto en gene-

ral, mucho más lo fue en lo que a la administración de justicia se refiere.

La Constitución de la República de 1931 no cerraba el modelo judicial, por su remisión clara a las leyes de desarrollo. Y el primer resultado con el que nos encontramos es el de que, durante todo el período de la Segunda República, no se produjo modificación sustancial alguna de dicho modelo. Por un lado, porque el cuadro legal básico continuó siendo el mismo: la Ley orgánica y la Ley Adicional; por otro, porque el único precepto constitucional que se desarrolló fue el relativo al sistema de nombramiento del presidente del Tribunal Supremo y, aún así, obtuvo una regulación contradictoria.

La Constitución de 1978 termina el recorrido del Poder Judicial, como conjunto institucional estatal derivado del Poder Ejecutivo. Todo ello se relaciona con la implicación del Estado constitucional de derecho, del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas de invalidez, y la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional cambian la relación entre el juez y la ley y asignan la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.

ESTUDIOS

Diez argumentos a propósito de los principios

Luis PRIETO SANCHIS

Preliminar. Tal vez los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismos para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas. Y quizá por ello los principios no gozan de la misma fama u opinión en todos los círculos jurídicos: la actual filosofía del Derecho creo que mayoritariamente saluda con satisfacción esta rehabilitación principialista, acaso porque encuentra en ella una cierta reacción antipositivista; aunque, por las mismas razones, otros ven en los principios una novedad peligrosa, cuando no una forma de contrabando ideológico¹. Asimismo, en el mundo forense y de la dogmática jurídica las opiniones tampoco parecen unánimes: si algunos temen que los principios se conviertan en una fuente inagotable de activismo judicial, otros elogian sus virtualidades como instrumentos de control sustancial frente a un Gobierno o Parlamento eventualmente desbocados².

Seguidamente, trataré de mostrar diez argumentos a propósito de los principios. He escogido esta fórmula expositiva porque creo que los principios no constituyen una doctrina coherente y más o menos unitaria, susceptible de aceptación o rechazo global, sino un nuevo tópico bajo el que se desarrollan ideas o argumentos de muy diverso género; algo así como un nombre que designa cosas muy diferentes. Concretamente y dispuestos a resumirlo en pocas palabras, bajo la invocación principialista parece posible adivinar lemas tan diferentes como los siguientes: más juez que legislador, más pensamiento proble-

mático que razonamiento lógico, más Derecho que ley, más moralidad que Derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de las diferencias que jacobinismo político; en fin, me parece también que algo menos de relativismo ilustrado y bastante más de obligación de obediencia al Derecho; para decirlo en palabras de Zagrebelsky, un Derecho dúctil en lugar de un Derecho a secas³.

1. Ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión «principios», hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir que aquí la «zona de penumbra» resulta más amplia que el «núcleo de certeza». Por ejemplo, reciben el nombre de principios las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales (la libertad o la justicia), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento (la autonomía de la voluntad o el principio de culpabilidad), las que indican los fines de la acción estatal (el bienestar o el pleno empleo), las más vagas o que presentan indeterminado el supuesto de hecho de su aplicación (la igualdad), las que recogen algunos tópicos interpretativos (lo accesorio sigue a lo principal, argumento a fortiori), etc.

Ante una gama tan amplia de significados y sirviendo a tan diversos objetivos, creo que lo más saludable es prescindir del nombre y atender a las cosas que en cada caso pretenden designarse, es decir, atender a los significados que realmente resultan relevantes y que, incluso a veces, pueden no

¹ Sin duda, el gran adalid de los principios es R. Dworkin, quien los enarbola como bandera de una nueva concepción del Derecho superadora tanto del positivismo jurídico como del utilitarismo moral, que él concibe como dos caras de una misma moneda. Vid. singularmente *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984. En una línea semejante, si bien a mi juicio con planteamientos más meditados, vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón, CEC, Madrid, 1993; y también *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994. Una posición mucho más escéptica a propósito de los principios puede encontrarse en la tradición positivista; por ejemplo, en H. Hart, «El nuevo desafío al positivismo jurídico» (1980), *Sistema*, núm. 36; y en G. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, A. Perrot, Buenos Aires, 1966. De todo ello me he ocupado con más dete-

nimiento en *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid, 1992, y en *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, Mexico (en prensa).

² Aunque cada día está menos justificado distinguir entre teóricos y dogmáticos del Derecho, la división que comentamos en la nota precedente encuentra su reflejo en los juristas más centrados en el estudio del Derecho positivo. Así, un firme defensor de los principios es E. García de Enterría: vid., por ejemplo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984. En cambio, uno de los primeros en advertir sobre los riesgos del principialismo constitucional fue L. Díez-Picazo, «Constitución, ley, juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

³ Vid. G. Zagrebelsky, *El derecho ductil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

aparecer bajo la denominación de principios. Por eso, las frecuentes polémicas acerca de los principios suelen ser engañosas, ya que en realidad se discute sobre cosas distintas.

Aquí nos proponemos ofrecer sucinta noticia acerca de cuatro grandes problemas conectados al vocablo principios, a saber: si existe un Derecho implícito, si existen diferencias morfológicas dentro del universo de las normas, si algunas técnicas interpretativas justifican que ciertas normas se denominen principios, y si la moralidad está unida al Derecho a través de alguna clase de normas.

2. Si entendemos literalmente que las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, entonces con toda probabilidad los llamados principios generales aluden a una entidad fantástica. En efecto, si bien es frecuente expresarse en estos términos, cuando se dice encontrar un «principio general» en la Constitución⁴, en la ley o en la jurisprudencia es que justamente ya no estamos en presencia de una norma «principal», sino constitucional, legal o jurisprudencial. Por tanto, necesariamente un «principio general» ha de ser algo distinto; pero ¿cabe algo distinto?

Desde una concepción positivista del Derecho, la respuesta ha de ser negativa; salvo que creamos en realidades metafísicas y, con ello, abracemos algún género de iusnaturalismo, el Derecho como fenómeno empírico no puede expresarse más que a través de la ley (en sentido amplio) o de la costumbre (incluida la judicial). Aceptar que existen normas que todavía no son ley (enunciados lingüísticos) ni costumbre (prácticas sociales), equivaldría a reconocer que existe un Derecho carente de una voluntad normativa que lo respalde.

En realidad, bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas⁵. Naturalmente, ello sólo puede mantenerse al precio de reconocer que el razonamiento jurídico no sólo sirve para describir el Derecho, sino también para crearlo; reconocimiento que no sólo es problemático para quienes mantengan una separación rigurosa entre voluntad y razón⁶, sino que además colisiona frontalmente con la idea tradicional de que el jurista «encuentra» la norma en alguna de las fuentes del Derecho, sin poner nada de su parte. Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, una caso de creación de Derecho en sede interpretativa.

3. Pero, con independencia de la terminología

⁴ Por ejemplo, la temprana STC de 2 de febrero de 1981 habla expresamente de «los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución».

⁵ Vid. R. Guastini, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. La via della giustificazione razionale*, Bari, págs. 173 y s.

⁶ Como advierte Kelsen, «una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la noción contradictoria de la razón prác-

que se utilice, es evidente que cuando se alude a los principios no siempre se piensa en los principios generales del Derecho tal y como han sido descritos; mejor dicho, casi nunca se piensa en ellos, sino más bien en ciertas normas constitucionales, legales o jurisprudenciales que, no se sabe muy bien por qué, reciben el nombre de principios. Justamente, a propósito de los principios constitucionales se desarrolló en otra época una acalorada polémica acerca de su valor o fuerza jurídica⁷, que hoy puede considerarse por completo superada: los principios recogidos en enunciados normativos tienen el valor jurídico propio de las fuentes que los reconocen, ni más ni menos.

Con ello nos sale al paso un problema ulterior, que es el que ocupa los actuales esfuerzos de la teoría del Derecho: si los principios son normas, ¿merece la pena acuñar una categoría independiente?, la reiterada y casi machacona invocación a los principios que hoy se observa, ¿debe cargarse al capítulo no pequeño de la vacía retórica jurídica o, por el contrario, existe dentro del universo de las normas una tipología específica, la de los principios, diferente del resto de las normas, que llamaríamos entonces reglas? De entrada, conviene subrayar que aquí ya no cabe la respuesta tradicional de que los principios son las normas más fundamentales, más generales o más vagas, pues tales características son graduales, no permiten trazar una distinción rigurosa y además no tienen por qué concurrir conjuntamente en un mismo enunciado⁸. De ser esta la diferencia, carecería de relevancia alguna.

Quienes sostienen que, dentro del Derecho, existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios (al menos, que la usamos en cierto sentido) y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas. Si, por el contrario se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esa operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefiere decir Alexy, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho⁹, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas.

4. En una aproximación muy elemental cabe decir que la norma jurídica se compone de tres elementos: el llamado supuesto de hecho o determinación fáctica (el que matare, el que comprare), el nex-

tica», «Justicia y Derecho natural», en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Critica del Derecho natural*, trad. de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966

⁷ De ello da noticia el ya citado libro de G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, págs. 111 y s.

⁸ He tratado más ampliamente esta cuestión en *Sobre principios y normas*, citado, págs. 56 y s.

⁹ Vid. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, citado, pág. 173.

deóntico o cópula de deber ser (será castigado, deberá pagar) y la determinación o consecuencia jurídica (X años de cárcel, el precio). Pues bien, a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es decir aquellas normas que, incluso eliminados los problemas de imprecisión o vaguedad, no podemos saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas.

Si no me equivoco, esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que las reglas son cerradas y los principios son abiertos. Una norma es cerrada cuando resulta factible determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación y, por tanto, también sus posibles excepciones: «el que matare... salvo que sea menor de edad, actuase en legítima defensa», etc. En cambio, una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos en que procede o queda excluida su aplicación¹⁰; por ejemplo, a la luz del artículo 14 CE, es imposible saber cuándo viene exigido un tratamiento igual ni cuándo se autoriza un tratamiento desigual.

En efecto, la igualdad constituye un ejemplo paradigmático de norma abierta, o sea, de uno de los sentidos en que se usa la expresión principio. Los españoles son iguales ante la ley, pero determinar qué elementos o rasgos de hecho obligan a un tratamiento igualitario a ciertos efectos es algo que no nos suministra la norma, sino que requiere un juicio de razonabilidad: «toda igualdad es siempre, por eso relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada», y la fijación de ese *tertium* «es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga»¹¹. El principio de igualdad se traduce con ello en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación fáctica a una cierta consecuencia jurídica; las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir por vía interpretativa igualdades y desigualdades normativas, pues el enunciado literal de la igualdad (art. 14) tan sólo nos proporciona una orientación que *siempre* ha de ser completada por el razonamiento jurídico.

Es más, incluso los «criterios prohibidos» (la raza, el sexo o la religión) son también relativos. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, «si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta»¹². Se torna más rigurosa, pero en modo

alguno deviene superflua: cuando concurre uno de esos criterios no reaparece la subsunción, sino que aún puede justificarse el tratamiento desigual mediante un especial esfuerzo argumentativo; luego tampoco podemos decir con absoluta certeza que los «criterios prohibidos» excluirán siempre una diferenciación normativa¹³.

Ahora bien, esta caracterización, ¿justifica la acuñación de una entidad normativa sustancial o cualitativamente distinta? Algunos lo han negado con distintos argumentos¹⁴; tal vez el más atractivo es que, desde el punto de vista de la interpretación, el esfuerzo argumentativo y el género de valoraciones que son necesarias para eliminar la vaguedad de una regla cerrada no difiere en lo fundamental del que se requiere para «cerrar» un principio abierto¹⁵; determinar que en el caso concreto concurre legítima defensa porque los medios usado para repeler la agresión fueron adecuados y proporcionados y, por tanto, que queda desplazada la regla que castiga el homicidio, supone también una ponderación no muy distinta de la que se requiere para determinar, también en el caso concreto, que una diferencia normativa resulta adecuada y proporcional a la diferencia de hecho que la pretende justificar.

Pero veámoslo con un ejemplo relativo a la propia igualdad. Que los españoles son iguales ante la ley es un principio abierto, pero que los trabajadores no deben ser discriminados por motivos religiosos parece más bien una regla cerrada (art. 4.2c. del Estatuto de los Trabajadores), dado que aquí sabemos con certeza el supuesto de hecho (existencia de una relación laboral y pluralidad de credos religiosos) y la consecuencia jurídica (igualdad de trato). Ahora bien, en la hipótesis de una relación laboral dudosa (por ejemplo, un «mensajero»), la estrategia interpretativa puede ser doble: cabe plantear, en primer término, si el sujeto en cuestión es un trabajador o si analógicamente merece ser tratado como tal, en cuyo caso la consecuencia de la regla es clara; pero, aun rechazando la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, todavía cabe plantear si el principio de igualdad es relevante en la relación jurídica del caso, que ya no sería un contrato de trabajo, sino uno civil de arrendamiento de servicios. En otras palabras, eliminar la vaguedad del concepto de trabajador en orden a la prohibición de una discriminación por motivos religiosos me parece del todo equivalente a cerrar la apertura del principio de igualdad a fin de incluir en el mismo a quienes prestan sus servicios en virtud de un contrato de arrendamiento.

5. Un uso por completo diferente aparece en los llamados principios programáticos o directrices políticas, pues aquí la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica

¹⁰ En palabras de M. Atienza y J. Ruiz Manero, «en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, (mientras que) en los principios no puede formularse una lista cerrada de los mismos», «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, 1991, pág. 108.

¹¹ F. Rubio Llorente, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, págs. 12 y s.

¹² STC 81/1982.

¹³ He tratado esta problema en «Igualdad y minorías», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* (en prensa).

¹⁴ De nuevo me remito al libro *Sobre principios y normas*, págs. 33 y s.; también al capítulo XIII de las *Lecciones de Teoría del Derecho*, con J. Betegón, M. Gascon y J.R. de Páramo, Librería Popular, Albacete, 2ª ed., 1995.

¹⁵ Vid. J. C. Bayón, *La normatividad del Derecho. deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid, 1991, pág. 360

ca. Un caso ejemplar nos lo ofrece el artículo 49 CE: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos...». Es posible conocer perfectamente en qué situaciones es relevante el precepto, los casos de minusvalías¹⁶, pero, en cambio, permanece en la nebulosa qué clase de concreta obligación corresponde a los poderes públicos; éstos han de realizar «una política de previsión...», pero ¿a partir de qué nivel o grado de «empeño político» cabe decir que el precepto ha sido cumplido?

Por ello, en esta acepción, los principios son calificados como «mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas»¹⁷. Las posibilidades jurídicas vienen dadas por el hecho de que en el caso concurra o no otra norma de sentido contrario, y de ello nos ocuparemos luego. La indeterminación de lo que Alexy llama «posibilidades fácticas» expresa la peculiaridad de las directrices, a saber: que estas normas no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines cuya plena satisfacción tampoco se exige¹⁸.

Por cierto que también otras normas que no son directrices sugieren una posibilidad de graduación; así las que exigen una determinada diligencia o las que sancionan la negligencia es evidente que admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo, la diferencia estribaría en que estas últimas normas requieren siempre para cada caso un exacto nivel de cumplimiento, con independencia de que resulte difícil fijarlo: o se actuó con la diligencia debida o no se actuó diligentemente. Las directrices, en cambio, no requieren un grado preciso de cumplimiento¹⁹.

6. En líneas generales, cabe decir que los principios entendidos como normas abiertas expresan derechos, son justiciables o propios de la jurisdicción, mientras que los principios como mandatos de optimización expresan intereses y son propios de la política o legislación. Los primeros despejan el interrogante de «qué debemos hacer» aunque resulte indeterminado cuándo debemos hacerlo, mientras que los segundos ni siquiera informan de la concreta acción debida y, por tanto, no imponen una genuina obligación. Pretender la aplicación de un principio abierto es invocar un derecho y la tarea de

«cerrarlo» es una tarea típicamente judicial ya que viene a concretar el supuesto de hecho al que es aplicable una norma ya existente. Pretender la aplicación de una directriz es defender un interés o programa político, pues supone que se dicte una norma que establezca los medios para alcanzar un fin valioso.

Desde luego, esto no significa que las directrices no puedan ser tomadas en cuenta por la jurisdicción; el propio artículo 49 lo es en la sentencia relativa a la despenalización del aborto²⁰; el principio «promocional» del artículo 9.2 aparece invocado como fundamento de la asistencia gratuita de letrado²¹; el principio de «protección frente a la necesidad» sirve nada menos que para considerar caduco un modelo de Seguridad Social basado en criterios contributivos²², etc. Sin embargo, de aquí no cabe derivar un reconocimiento genuino de pretensiones subjetivas a partir únicamente de las directrices constitucionales²³, pues, entre otras cosas, ello representaría una intromisión exorbitante de la Justicia en el ámbito de dicrecionalidad legislativa²⁴. El Tribunal Constitucional así lo ha manifestado con insistencia: «es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional (la protección de la familia), sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado²⁵; los poderes públicos han de mantener un régimen de Seguridad Social (art. 41), pero «disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema»²⁶.

Por ello, y aun cuando serían precisas mayores matizaciones, cabe decir que las directrices o mandatos de optimización sirven más para justificar y «defender» ciertas normas ya existentes que para exigir que se dicten otras nuevas; ofrecen cobertura a la política del legislador o del gobierno, pero no imponen ninguna política concreta. Sin duda, en ello influye la incapacidad del Tribunal Constitucional (a veces desmentida) para operar como un legislador positivo²⁷, pero creo que también la indeterminación de la consecuencia u obligación jurídica que caracteriza a estos preceptos: que el «pleno empleo» sea un objetivo constitucional proporciona cobertura a ciertas políticas que acaso puedan lesionar otros derechos o intereses, y que resultarían intromisiones injustificadas de no existir ese principio-directriz, pero en puridad no obliga a desarrollar ninguna concreta política.

¹⁶ Sin duda, también el concepto de minusválido es impreciso y discutible, pero se diferencia del mandato de igualdad en que, eliminada la vaguedad, el precepto constitucional se aplica a un universo finito de personas o situaciones.

¹⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 86.

¹⁸ Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», citado, pág. 110.

¹⁹ Por eso, cabe decir que las directrices no son «conceptos jurídicos indeterminados», al menos tal y como estos aparecen perfilados por la doctrina. Vid., por ejemplo, E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 35 y s.; F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

²⁰ STC 53/1985.

²¹ STC 42/1982.

²² STC 103/1983.

²³ Y esto es lo que, a mi juicio, quiere decir el artículo 53.3.º CE cuando, con una redacción no muy afortunada, afirma que los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III, Título I CE) «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

²⁴ Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 410 y ss.

²⁵ STC 222/1992.

²⁶ STC 37/1994.

²⁷ Vid. M. Gascón, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

7. Según una cierta opinión, no incompatible con las anteriores, la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente: los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su «peso» o «importancia» y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos; lo que no ocurre con las reglas «donde no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema», y de ahí que «si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida».²⁸ Hasta tal punto esta idea se considera fundamental que algunos piensan que, si en una colisión entre principios, uno de ellos no es siquiera tomado en consideración, tampoco cabe decir que es aplicado el otro principio: «en realidad viene aplicada una regla».²⁹

Este argumento ha sido particularmente desarrollado por Alexy. El autor alemán insiste en que un conflicto de reglas sólo admite una de estas dos soluciones: o bien se declara inválida una de las reglas, o bien se introduce una cláusula de excepción que elimine el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra; en cambio, una colisión entre principios no se traduce en una pérdida de validez de alguno de ellos, sin que sea preciso tampoco formular una cláusula de excepción con carácter general. Ciertamente, esto no significa que se apliquen simultáneamente ambos principios, sino sólo que «bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de otra manera».³⁰ Pero, ¿cómo decidir en cada caso? La respuesta encierra el núcleo de la distinción entre reglas y principios: el conflicto se resuelve mediante la «ley de colisión», que es la ponderación, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una «relación de preferencia condicionada»³¹; pues si se estableciese una relación de precedencia absoluta o incondicionada estaríamos en realidad formulando una excepción a una de las normas, que sería, por tanto, una regla.

Veámoslo con más calma. Imaginemos la norma (N1) que reconoce la libertad de expresión y la norma (N2) que obliga a todos a guardar el debido respeto a las autoridades. Es obvio que tales normas pueden entrar en colisión (así, en el delito de desacato). Pues bien, si aceptamos un criterio de precedencia que *siempre* otorgue prioridad a N1 o N2 nos hallaremos ante un conflicto de reglas y dicho criterio equivaldrá, en realidad, a una excepción: rige N1, salvo que se dé N2; o rige N2, salvo que se dé N1. En cambio, si aceptamos que en ciertos casos prevalece N1 y que en otros lo hace N2, entonces nos

encontramos ante una colisión de principios, que debe solucionarse mediante la ponderación a la vista de las condiciones concretas. Lo que nos lleva a la siguiente conclusión: lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos: si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio. Y conviene advertir que en el ejemplo propuesto hay *además* problemas de vaguedad que no deben confundirse; cabe discutir si el hecho en cuestión ofende al debido respeto, pero la cuestión de los principios aparece luego: dando como «probado» que el hecho en cuestión constituye ejercicio de la libre expresión y que simultáneamente ofende el debido respeto a la autoridad, las normas respectivas serán reglas si una se impone como excepción a la otra; y serán principios si depende de una ponderación de las circunstancias del caso.

Vistas así las cosas, el argumento comentado resulta inatacable, pero quizás un tanto estipulativo. Es inatacable porque el criterio de preferencia sólo puede funcionar de alguna de las dos maneras enunciadas; no cabe una tercera posibilidad: o entendemos que N2 funciona *siempre* como excepción a N1, o entendemos que en algunos casos puede prevalecer N1. Pero parece también estipulativo porque, desde esta perspectiva, algunas normas que habitualmente llamamos principios pueden funcionar como reglas; y algunas otras que los juristas suelen llamar reglas pueden funcionar como principios. Un derecho fundamental puede operar como regla en tanto no entra en colisión con otro derecho fundamental, en cuyo caso se transforman ambos en principios, como luego ilustraremos recordando la jurisprudencia a propósito del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. A su vez, un principio se transforma en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez y, como reconoce Alexy, esto es lo que ocurriría si en el ordenamiento alemán (o español) se quisiera dar entrada al principio de discriminación racial.³² Asimismo, paradójicamente, un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto, es decir, si se estableciese que triunfa siempre en caso de conflicto. Por último, un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto su orden en caso de conflicto con otra norma; por ejemplo, «se garantiza la libertad ideológica con el límite del orden público». Desde luego, aquí hay un problema de vaguedad del lenguaje gracias al cual se puede «ponderar», y mucho, qué es la libertad ideológica y qué es orden público; pero, decidido que una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho.³³

²⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 78.

²⁹ L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giapichelli, Torino, 1986, pág. 117.

³⁰ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 89.

³¹ *Ibidem*, pág. 92.

³² *Ibidem*, pág. 105. Vid también F. Puigpelat, «Principios y

normas», *Anuario de Derechos Humanos*, num. 6, 1990, pág. 241.

³³ En la práctica no sucede así y los límites expresos a los derechos fundamentales no suelen ser tratados como cláusulas de excepción, sino más bien como colisiones que exigen ponderación en cada caso. Me remito a mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, pág. 146 y ss.

8. Que entre reglas y principios exista una diferencia fuerte y cualitativa o, por el contrario, débil y cuantitativa acaso resulte el objeto de un debate meramente académico, si bien creo que la opción se conecta con el trascendental problema de las relaciones entre Derecho y moral, como veremos en el punto 10. De momento, conviene recordar que, cualquiera que sea la fuerza de la distinción, ésta puede presentarse en términos estructurales o interpretativos.

Desde la primera perspectiva, la categoría de los principios sólo tiene interés para referirse a las normas fragmentarias o incompletas, bien en el supuesto de hecho (principios como normas abiertas), bien en la consecuencia jurídica (principios como mandatos de optimización). Como ya se ha dicho, me parece muy discutible que convenga trazar una frontera nítida entre la «apertura» de los principios y la «zona de penumbra» de las reglas, pues en ambos supuestos se requiere un esfuerzo interpretativo semejante para determinar si el caso que tenemos ante nosotros forma parte o no del campo de aplicación de la norma. Sea como fuere, de admitirse la diferencia, los principios en este sentido vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, es decir, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. En suma, la «apertura» de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; representaría, por tanto, un fortalecimiento de la posición del intérprete.

La diferencia estructural o morfológica se hace más patente en la segunda acepción, es decir, en las directrices o mandatos de optimización, cuya fragmentariedad afecta a la consecuencia jurídica: unas normas, las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo, esta forma de entender los principios resulta algo sorprendente y paradójica frente a la anterior, pues supone que, a la postre, los principios volverían a ser, como antaño, las normas «menos» obligatorias, dado que toleran una diversidad de conductas, y también las más inaccesibles para el juez. Dicho trivialmente, los principios marcarían las fronteras (o una de las fronteras) de la inmunidad de la política frente al Derecho, lo cual es casi contraituitivo en una cultura jurídica que tiende a ver en los principios las mejores defensas y argumentos en favor de los derechos frente al poder.

Finalmente, en términos interpretativos la diferencia es también clara: el conflicto entre reglas se resuelve de modo distinto a como se resuelve el conflicto entre principios. Pero nótese que aquí se viene a defender la existencia de una separación al precio de reconocer que no existe diferencia alguna antes del proceso interpretativo, más en concreto, antes del conflicto entre normas. Pues, en efecto, recuérdese que un enunciado normativo puede ope-

rar bien como regla, bien como principio; con lo cual la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación. Esta acepción no deja de ser también sorprendente desde el punto de vista del lenguaje de los juristas, pues lo que se viene a decir es, no que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios.

9. La diferencia entre reglas y principios cobra toda su transcendencia en la que venimos llamando sede interpretativa, pues aquí se sugiere una forma de razonamiento abiertamente superadora de la subsunción que, además, en determinadas circunstancias resulta aplicable a toda norma; en concreto, cualquier norma puede operar como principio cuando su colisión con otra norma se resuelve de determinada manera. En el fondo, esto es aceptado por los más ardientes defensores de la teoría de los principios³⁴, pero quizás nadie lo ha expresado con la contundencia de Gianformaggio: «la diferencia entre regla y principio surge *exclusivamente* en el momento de la interpretación-aplicación»³⁵.

No es ocasión de examinar con detenimiento los problemas de la ponderación, pero creo que se puede afirmar que su importancia en el Derecho actual se explica por el especial carácter del constitucionalismo de postguerra, que ha dado entrada a un amplísimo contenido material o sustantivo de principios y derechos fundamentales tendencialmente contradictorios, donde el modelo tradicional de resolver las colisiones entre reglas resulta inservible. La conservación íntegra de la Constitución exige ponderar porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución. Zagrebelsky lo explica muy bien: «las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios»³⁶ y precisamente por ello las Constituciones de nuestros días no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios, sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios; «el único valor simple es el de la atemperación necesaria... el de la necesaria coexistencia de los contenidos»³⁷, y no otra cosa viene a garantizar la ponderación en el plano aplicativo.

Pero la técnica de la ponderación presenta una consecuencia sobresaliente, y es que fortalece la posición del juez, de todo juez y no sólo del juez constitucional: allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, sólo en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio; justificación que puede conducir a cualquier resultado con

³⁴ Así R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 79, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pag. 103; de este último también «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, 1988, pag. 143.

³⁵ L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, citado, pag. 98.

³⁶ G. Zagrebelsky, *El Derecho ductil*, citado, págs. 109 y s.

³⁷ *Ibidem*, pag. 17.

el único límite precisamente de la irracionalidad. El conflicto entre derechos fundamentales constituye un caso paradigmático del conflicto entre principios; así, por ejemplo, en la frecuente colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión no existe una frontera nítida, de manera que una cierta conducta haya de quedar incluida necesariamente en el ámbito de la libertad o en el del tipo penal protector del honor ajeno; al contrario, la conducta puede ser simultáneamente ambas cosas, ejercicio de un derecho y acción delictiva, sin que entre ambas normas exista una relación de preferencia con carácter general, de modo que una vez entrado en juego el tipo penal quede siempre desplazada la protección constitucional de la libertad. Por ello, dice el Tribunal Constitucional, «se impone una necesaria y casuística ponderación» que en el caso concreto otorgará preferencia a una u otra norma con el único límite de que la decisión final «hubiese sido claramente irrazonada»³⁸.

Aquí reside, si no me equivoco, el temor que muchos albergan a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, ponderación no equivale a ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe duda que en su ejercicio el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más «libre» que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación no sólo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto. Permitaseme un ejemplo sugerido por la lectura de una reciente sentencia del Tribunal Supremo³⁹.

Espero que nadie ponga en duda que el artículo 582 del Código civil es una regla⁴⁰, aunque una regla que en algunos casos puede tener unos efectos desproporcionados, ya que obliga al cierre de todas las ventanas de un edificio o simplemente a su demolición. Por ello, la jurisprudencia tradicional elaboró la doctrina de la accesión invertida que, con el requisito de la buena fe, venía a tolerar la infracción del precepto sobre la base de una presunta laguna legal. Dicha laguna desde luego no existía, pero resultaba indispensable construirla como paso previo para resolver el caso de modo equitativo, acordando una indemnización en compensación por la invasión de la propiedad, que quedaba así consolidada. Pues bien, la sentencia de referencia, «por más que resulten dolorosas las consecuencias», se decide por la aplicación estricta del artículo 582, ordenando el cierre de todas las ventanas. ¿Cabía una argumentación distinta? Me parece claro que sí: bastaba con plantear el pleito como un caso de colisión entre dos principios, el derecho de propiedad y el de-

recho a una vivienda digna. Pensemos en el adquirente de buena fe de uno de los pisos del edificio, ¿acaso no puede enarbolar su derecho a la vivienda frente al derecho de propiedad del titular del edificio vecino? Es fácil imaginar que un juez ligeramente más activista que el Tribunal Supremo (al menos, en esta sentencia) hubiera atendido ese planteamiento para seguir luego el camino de la ponderación y desembocar finalmente en cualquier solución.

Pero me temo que esto puede ocurrir en cualquier conflicto. Detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios; detrás de cada precepto del Código civil (o casi) encontramos bien el principio de autonomía de la voluntad, bien el derecho de propiedad, pero frente a ellos un sistema principialista como el nuestro proporciona el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, la «función social» de la propiedad, etc. En suma, la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte. Por ello, no sé si será exagerado decir que los principios convierten a los jueces en los señores del Derecho, aunque tampoco parece casual, y es sólo un ejemplo, que el Hércules de Dworkin sea un juez y no un legislador.

Este abandono, que parece irreversible, de los planteamientos simplistas mantenidos por un cierto positivismo teórico, explica la necesidad y la urgencia de afinar los instrumentos de justificación de las decisiones. La afirmación de que «la doctrina de la interpretación es el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional»⁴¹, creo que podría hacerse extensible al conjunto del ordenamiento: en la medida en que ideas hoy tan presentes en nuestra jurisprudencia como razonabilidad, ponderación, prohibición de exceso, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad desplazan al modelo de la subsunción, el centro de gravedad del Derecho se desplaza también de las disposiciones normativas a la interpretación, de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del juez.

La justificación racional representa una condición de validez, pero, sobre todo, de legitimidad de las decisiones. Es una condición de validez por cuanto la motivación es hoy una exigencia constitucional, acentuada en algunos casos especiales, como en el del abandono del propio precedente⁴²; pero es todavía una condición tímida o débil ya que, salvo en casos extremos de falta de racionalidad, una decisión judicial mal fundamentada sigue siendo una decisión judicial; en palabras de Alexy, una buena justificación califica pero no define a la función judicial⁴³. No la define, pero resulta imprescindible para

³⁸ STC 104/1986.

³⁹ Lectura que debo agradecer, así como sus atinadísimos comentarios, al profesor Ángel Carrasco. Se trata de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1995.

⁴⁰ «No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ni otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.»

⁴¹ F. Rubio Llorente, «Problemas de la interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 3-4, pág. 40.

⁴² Vid. M. Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

⁴³ R. Alexy, «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral», trad. de P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pág. 55.

hacerla socialmente aceptable. En la aplicación de principios, o sea, en la aplicación de cualquier norma bajo la técnica de los principios el juez asume un papel mucho más protagonista o creativo que en la aplicación de reglas, según presentaba esta última la doctrina tradicional; y de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder, como dice Taruffo, «sólo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional» de las opciones adoptadas⁴⁴.

En suma, el control social sobre la actividad de interpretación y aplicación del Derecho se manifiesta sólo en aquella sociedad en que existe una distinción de funciones entre quien formula la norma y quien la aplica; la distinción no es absoluta, pero se expresa en que, así como al legislador se le exige principalmente autoridad, el juez debe responder ante todo de la forma en que ejerce su actividad⁴⁵. El Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el intérprete se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le debe poder controlar a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica resulte viable es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables. La idea de que *auctoritas, non veritas facit legem* vale sólo (y últimamente tampoco del todo en el Estado constitucional) para el legislador. La verdad, transformada hoy en una más modesta racionalidad argumentativa, representa el fundamento de las decisiones judiciales.

10. Que no existe una relación necesaria o conceptual entre Derecho y moral, que el Derecho puede y debe ser tratado como un fenómeno social específico caracterizado por el uso de la fuerza, que resulta viable y fructífera una aproximación neutral, externa o no comprometida al conocimiento jurídico y, en suma, que la obligación moral de obediencia no representa un elemento definicional del peculiar orden normativo que llamamos Derecho, constituyen arraigadas tesis positivistas⁴⁶ que hoy parecen hallarse en franco retroceso en amplios sectores tanto de la dogmática jurídica como de la teoría del Derecho⁴⁷. Los argumentos son variados, pero uno de los más divulgados tiene mucho que ver con los principios; y es que éstos serían el punto de conexión entre Derecho y moral, los vehículos que permitirían definir el Derecho como un sistema normativo de base moral, generador, por tanto, de una obligación de obediencia.

Sin embargo, el papel que aquí pueden jugar los principios es presentado de distintos modos. La versión más extrema encuentra su origen reciente en

Dworkin o, al menos, en una cierta interpretación que admite el autor norteamericano. Diría así: en el Derecho existen principios que «no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo»⁴⁸, sino que se integran en el sistema jurídico en virtud de su propia moralidad, aunque nadie los haya establecido o aplicado. La doctrina del Derecho natural se muestra así con sus más claros perfiles: parece haber una moralidad objetiva, universal y cognoscible que tiene en sí misma relevancia jurídica; por tanto, los principios más fundamentales serían los mismos en cualquier contexto y habrían de ser tomados siempre en consideración a la hora de aplicar el Derecho⁴⁹.

Pero parece evidente que este enfoque se hace acreedor a cuantas críticas se hayan podido formular a la doctrina del Derecho natural. Una versión algo más moderada podría presentarse así: bajo la apelación a los principios se recogen siempre normas o criterios de moralidad, ya aparezcan expresamente reconocidas en la Constitución o en las leyes, ya se obtengan por inducción de algún sector normativo (los ya comentados principios generales del Derecho), ya encarnen alguna filosofía moral o política que se supone subyace al conjunto del sistema. Esta tesis es, sin duda, cierta, pero también perfectamente inútil, ya que esa moralidad expresada a través de los principios puede ser cualquier moralidad social, incluso una abiertamente inicua; la igualdad es un principio, pero también puede serlo el apartheid; es un principio la libertad de conciencia, pero también lo ha sido la unidad religiosa de la patria.

Alexy es consciente de estas dificultades y por ello formula una tercera versión del papel moral de los principios: éstos no garantizarían la presencia en el Derecho de una moral correcta, dado que pueden resultar claramente inmorales, pero sí el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica⁵⁰. Esta idea, dice Alexy, no es vacía, pero la verdad es que se aproxima bastante a la vacuidad, pues si bien parece siempre preferible el desarrollo de una argumentación compleja como la que propician los principios antes que una decisión carente de cualquier esfuerzo fundamentador, la argumentación en sí misma no puede garantizar un resultado moralmente plausible si toma como premisas principios que no lo sean. A lo sumo, tan sólo cabría decir que el género de razonamiento que parece exigir la aplicación de principios resulta mejor o más depurado que el método de la subsunción característico de la aplicación de reglas, pero en modo alguno que la existencia de principios suponga una conexión necesaria o fuerte entre el Derecho y la moral; salvo, claro está, que se reduzca el Derecho a puro procedimiento aplicativo.

⁴⁴ M. Taruffo, «La giustificazione delle decisioni fondate su standards», en *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1989, pág. 314.

⁴⁵ Vid. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, págs. 67 y s.

⁴⁶ Vid., por ejemplo, N. Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, págs. 9 y s.

⁴⁷ He tratado la cuestión en *Constitucionalismo y positivismo*, citado.

⁴⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 94.

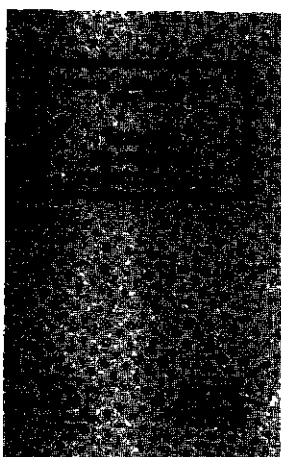
⁴⁹ Con todo, me parece que no es ésta la más correcta interpretación de Dworkin, quien últimamente parece haber renunciado a una teoría general del Derecho, como lo fue el iusnaturalismo, para ensayar una especie de dogmática constitucional norteamericana «exportable» a otros sistemas jurídicos análogos considerados globalmente justos o legítimos. He tratado este punto en «cuatro preguntas a propósito de Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso*, núm. 38, 1993, págs. 70 y s.

⁵⁰ R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, citado, pág. 84.

En suma, pese a las apariencias, la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedáneo de la moralidad. Los principios, si son de los llamados generales del Derecho, reproducirán sin más el mérito o el demérito del ordenamiento que reflejan y del que se inducen; y si son principios explícitos, constitucionales, legales o jurisprudenciales, tendrán el valor moral que se de-

duzca del juicio crítico o racional sobre el contenido de los mismos. Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico.

MARCIAL PONS



MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

BENKA MAHOFER VOGEL
HESSE HUYDI
PRESENTACIÓN: CONRADO HESSE
Edición, prolegomena y traducción de
ANTONIO LÓPEZ PISA

El conocimiento directo entre nosotros de las fuentes alemanas del Derecho no está en consonancia con el vigor y la consistencia que exhibe. De todas formas, la influencia de la Ley Fundamental de Bonn y del Tribunal Constitucional alemán en nuestra Constitución y en la jurisprudencia es indudable.

Este *Manual de Derecho Constitucional* condensa la dogmática, elaborada a partir de la Ley Fundamental, destinada a preservar los valores constitucionales y a estimular la apertura del orden establecido hacia el futuro. Los autores entienden que los profundos cambios de nuestra época no se detienen a las pautas de la Constitución y sus aportaciones están marcadas por la exigencia de contribuir tanto a que se cobije conciencia de los fundamentos como a que se avance el consenso acerca del actual y futuro orden constitucional.

ÍNDICE (RESUMEN): La dogmática alemana, punto de partida de una teoría del Derecho Público. *Prolegomena* a la edición española, *Antonio López PISA*. 1. Constitución y Derecho Constitucional, *Conrado Hesse*. 2. Integración europea y

Ley Fundamental, Masurque y sus efectos para el Derecho Constitucional alemán, *Werner von Simson, Jorge Schwarze*. 3. Significado de los Derechos fundamentales, *Conrado Hesse*. 4. Dignidad humana y derechos de la personalidad, *Ernesto Benka*. 5. Libertad de comunicación y de medios, *Wolfgang Hoffmann-Riem*. 6. Principios de una democracia en libertad, *Werner Mahhofer*. 7. El régimen parlamentario, *Juan P. Schneider*. 8. Los partidos políticos, *Dieter Grimm*. 9. Democracia militante y Defensa de la Constitución, *Erardo Demminger*. 10. El Estado social de Derecho, *Ernesto Benka*. 11. Ley Fundamental y orden económico, *Juan-J. Papier*. 12. El régimen federal de la Ley Fundamental, *Juan J. Vogel*. 13. Significado del *Bundesrat*, *Dieter Poser*. 14. La legislación, *Frico Bulow*. 15. La jurisdicción, *Wolfgang Heyde*. 16. La Jurisdicción Constitucional, *Helmut Simon*. Apéndice: Ley Fundamental de Bonn.

84-72 08-358-X
Madrid, 1996. XI + 900 págs.
Materia: Constitucional
15.000 ptas.

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

La democracia como procedimiento y como régimen*

Cornelius CASTORIADIS

El objeto de nuestra discusión traduce y expresa la crisis que actualmente atraviesa el movimiento democrático. La elección de tal argumento está precisamente condicionada por la aparición de una concepción de la «democracia» que hace de ésta un mero conjunto de «procedimientos», rompiendo así con todo el pensamiento político precedente. Este último veía en la democracia un *régimen político*, indisoluble de una concepción sustantiva de los fines de la institución política y de una visión del tipo de ser humano correspondiente a ésta. Es fácil darse cuenta de que, sean cuales sean los ropajes filosóficos, una concepción meramente procedimental de la «democracia» tiene su origen en la crisis de los significados imaginarios que se refieren a las finalidades de la vida colectiva y tiende a ocultar esta crisis separando toda discusión relativa a tales finalidades de la «forma del régimen» político, hasta el límite de suprimir la idea misma de finalidad. El profundo vínculo que une esta concepción con lo que se viene llamando, más bien irrisoriamente, el individualismo contemporáneo, es manifiesto y volveré sobre ello. Pero conviene empezar por el principio.

I

Discutir de democracia significa discutir de política. Ahora bien, la política no existe siempre ni en cualquier parte; la verdadera política es la resultante de una creación histórico-social rara y frágil. Lo que existe en todas las sociedades es lo político: la dimensión —explícita, implícita, a veces casi imperceptible—, que tiene que ver con el poder, es decir, la instancia o las instancias instituidas que pueden emitir mandatos sancionables, y que debe comprender siempre, explícitamente, al menos lo que llamamos un poder judicial y un poder ejecutivo. Pueden existir, han existido y esperamos que vuelvan a existir sociedades sin Estado, es decir, carentes de un aparato burocrático jerárquicamente organizado, separado de la sociedad y en una posición de dominio respecto de ésta. El Estado es una creación histórica fechable y localizable: Mesopotamia, Este y Sudeste asiático, Centroamérica precolombina. Una sociedad sin un Estado semejante es posible, concebible, deseable. Pero una sociedad sin instituciones explícitas de poder es un absurdo, en el que han caído tanto Marx como los anarquistas.

No hay un ser humano extrasocial: no existen ni

la realidad ni la ficción coherente de un «individuo» humano como sustancia a-, extra- o pre-social. No podemos concebir un individuo sin lenguaje, por ejemplo, y no hay lenguaje sino como creación e institución social. Esta creación y esta institución no pueden ser vistas, a menos que se caiga en el ridículo, como el resultado de una cooperación consciente de «individuos» —ni de una suma de redes «intersubjetivas»; para que haya intersubjetividad, es preciso que haya sujetos humanos y la posibilidad de que se comuniquen—, en otras palabras, de seres humanos ya socializados y un lenguaje que no podrían producir ellos mismos como individuos (uno o muchos: «redes intersubjetivas»), sino que necesariamente reciben de su socialización. La misma consideración vale para otros mil aspectos de lo que se llama individuo. La «filosofía política» contemporánea —como por lo demás el núcleo de lo que se considera ciencia económica— se basa en esta ficción incoherente de un individuo-sustancia, bien definido en sus determinaciones existenciales fuera o antes de toda sociedad: sobre este absurdo se apoyan necesariamente tanto la idea de la democracia como mero «procedimiento» como el pseudo-«individualismo» contemporáneo. Pero fuera de la sociedad el hombre no es ni animal ni Dios (Aristóteles), simplemente no existe, no puede existir ni físicamente ni, sobre todo, psíquicamente. El *hopeful and dreadful monster* que es el humano recién nacido, radicalmente inadaptado a la vida, debe ser humanizado, y esta humanización es su socialización, trabajo social mediado e instrumentado por el ambiente inmediato del *infans*. El ser-sociedad de la sociedad son las instituciones y los significados imaginarios sociales que estas instituciones encarnan y hacen existir en la efectividad social. Son estos significados los que dan un sentido —sentido imaginario, en la acepción profunda del término, es decir, creación espontánea e inmotivada de la humanidad— a la vida, a la sociedad, a las opciones, a la muerte de los hombres, así como al mundo que crean y en el cual los hombres deben vivir y morir. La polaridad no es entre individuo y sociedad —porque el individuo es, respecto de la sociedad, un fragmento y al mismo tiempo una miniatura, o mejor, una especie de holograma del mundo social—, sino entre psique y sociedad. La psique debe ser, bien o mal, domada, debe aceptar una «realidad» que para ella es, desde el principio y, en un cierto sentido, hasta el fin, heterogénea y extranjera. Esta «realidad» y su aceptación son el trabajo de la institución.

* Texto de la intervención de C. Castoriadis en el Congreso Internacional organizado por el Centro per la Riforma dello Stato y celebrado en febrero de 1994. Los textos de ésta y las demás in-

tervenciones han sido publicadas en: AA.VV., *La strategia democratica nella società che cambia*, Roma, Datanews, 1995, págs. 15-32.

Esto los griegos lo sabían; los modernos, en gran parte por el cristianismo, lo han ocultado.

La institución —y los significados imaginarios que ella expresa— no puede existir si no se conserva, si no se adapta para sobrevivir: la tautología darwiniana encuentra también aquí un terreno fecundo de aplicación. La institución se conserva también gracias al poder —y este poder existe ante todo como infra-poder radical, siempre implícito. Se puede haber nacido en Italia en 1945, en Francia en 1930, en Estados Unidos en 1945, en Grecia en 1922: no se ha decidido así, pero este hecho decide parte esencial de cada existencia: de la propia lengua, de la propia religión, del 99 por 100 (en el mejor de los casos) del propio pensamiento, de aquello por lo que se desea vivir y se acepta (o no se acepta) morir. Esto es mucho más, y bien distinto, que el mero «ser en el mundo» que no se ha elegido (la *Geworfenheit* de Heidegger). Este mundo no es un mundo o el mundo *tout court*, es un mundo histórico-social, forjado por sus instituciones, que contiene de modo indescribible innumerables secuelas de la historia precedente.

Desde su nacimiento, el sujeto humano está preso en un campo histórico-social, sometido al mismo tiempo a la influencia del imaginario colectivo instituyente, de la sociedad instituida y de la historia de la cual tales instituciones son la plasmación provisional. La sociedad no puede sino, en primer lugar, producir individuos sociales que son conformes a ella y que a su vez la producen. Incluso si se nace en una sociedad conflictiva, el terreno del conflicto, lo que hay en juego, las opciones, están predeterminados; incluso si se trata de ser filósofos, será esta historia de esta filosofía la que constituya el punto de partida de la reflexión, y no otra distinta. Estamos mucho más allá, o mucho más acá, de cualquier intención, voluntad, maniobra, conspiración, disposición de cualquier institución, ley, grupo o clase determinados.

Al lado, o «por encima», de este infra-poder implícito, siempre ha habido y habrá un poder explícito, instruido como tal con sus dispositivos particulares, su funcionamiento definido, las sanciones legítimas que puede aplicar. La necesidad de existencia de tal poder deriva de al menos estos factores:

- El mundo «pre-social» en cuanto tal amenaza siempre el sentido instaurado por la sociedad.
- La psique de los individuos humanos particulares no es ni puede ser nunca completamente socializada y conformada completamente de acuerdo con lo que las instituciones le exigen.
- La sociedad contiene siempre, en sus instituciones y en sus significados imaginarios, un impulso hacia el porvenir, y el porvenir excluye una codificación (o una mecanización) previa y exhaustiva de las decisiones a tomar.

De ello deriva la necesidad de instancias explícitamente instituidas sobre la base de la posibilidad de tomar decisiones sancionables acerca de lo que hay que hacer y lo que no hay que hacer, es decir, de la posibilidad de legislar, «ejecutar», resolver los conflictos y gobernar. Las dos primeras funciones pueden ser (y han sido, en la mayor parte de las sociedades arcaicas) cubiertas por la estructura con-

suetudinaria del sistema normativo; no ocurre lo mismo con las dos últimas. En fin, y sobre todo, este poder explícito es el garante instituido del monopolio de los significados legítimos en la sociedad en cuestión.

Lo político es todo lo que concierne a este poder explícito (los modos de acceso a él, el modo apropiado de gestionarlo, etc.).

Este tipo de institución cubre la casi totalidad de la historia humana. Así ocurre en las sociedades heterónomas: estas crean sus propias instituciones y significados, pero ocultan esta auto-creación, imputándola a una fuente extra-social, en todo caso exterior a la efectiva actividad de la colectividad efectivamente existente: los antepasados, los héroes, los dioses, Dios, las leyes de la historia o del mercado. En tales sociedades heterónomas, la institución de la sociedad tiene lugar en la clausura del sentido. Todas las cuestiones formulables por la sociedad en cuestión pueden encontrar su respuesta en los significados imaginarios, mientras que las que no pueden encontrarla son no tanto prohibidas como mental y psíquicamente imposibles para los miembros de la sociedad.

Esta situación, por lo que podemos saber, sólo se ha roto dos veces en la historia: en la Grecia antigua y en la Europa occidental. Y de esta ruptura nosotros somos herederos, ella es la que nos permite hablar como hablamos. La ruptura se expresa mediante la creación de la política y la filosofía (de la reflexión). Política: puesta en cuestión de las instituciones establecidas. Filosofía: puesta en cuestión de los *idola tribus*, de las representaciones comúnmente aceptadas.

En estas sociedades, la clausura del sentido está rota, o por lo menos tiende a romperse. Tal ruptura —y la actividad de incesante interrogación que la acompaña— implica el rechazo de una fuente de sentido distinta de la actividad viva de los seres humanos. Implica, por tanto, el rechazo de toda «autoridad» que no dé cuenta y razón y no justifique la validez del derecho de sus enunciados. De ello se sigue casi inmediatamente:

- La obligación para todos de dar cuenta y razón (*logon didonai*) de los propios actos y de las propias afirmaciones.
- El rechazo de las «diferencias» o «alteridades» (jerarquías) previas en las posiciones respectivas de los individuos y, consiguientemente, la puesta en cuestión de todo poder que derive de aquellas.
- La apertura de la cuestión de las buenas (o mejores) instituciones, en la medida en que dependen de la actividad consciente y explícita de la colectividad —y también por tanto la apertura de la cuestión de la justicia.

Es fácil darse cuenta de que estas consecuencias llevan a considerar la política como una tarea que implica a todos los miembros de la colectividad, que presupone la igualdad de todos y que tiende a hacerla efectiva —una tarea, pues, también de transformación de las instituciones en el sentido de la democracia. Podemos entonces definir la política como la actividad explícita y lúcida relativa a la instauración de las instituciones deseables, y la democracia como el régimen de autoinstitución explícita y lúcida

da, en la medida en que ello es posible, de las instituciones sociales que dependen de una actividad colectiva y explícita.

Es el momento de añadir que esta auto-institución es un movimiento imposible de detener, que no tiene a una «sociedad perfecta» (expresión que carece de sentido), sino a una sociedad libre y justa, en la medida en que ello es posible. Este movimiento es el que llamo el proyecto de una sociedad autónoma y que, una vez cumplido, debe establecer una sociedad democrática.

Surge una cuestión preliminar, de hecho planteada ya en la historia: ¿por qué queremos, por qué debemos querer un régimen democrático? No la discutiré, limitándome a observar que plantear tal cuestión implica ya que debemos (o deberíamos) vivir en un régimen en el que todas las cuestiones puedan ser planteadas —y este también es el régimen democrático.

Pero es también evidente que semejante institución, en la que todas las cuestiones pueden ser planteadas, donde ninguna posición ni estatuto están determinados o garantizados de antemano, define la democracia como régimen. Volvere sobre ello.

II

Se ha objetado que esta visión comporta una concepción sustantiva de la felicidad de los ciudadanos y que, por tanto, desemboca fatalmente en el totalitarismo (posición explícitamente expresada por Isaiah Berlin e implícita en las argumentaciones de Rawls y Habermas).

Nada, sin embargo, en lo que acabamos de decir alude a la «felicidad» de los ciudadanos. Se pueden comprender las razones históricas de tales objeciones —desde el famoso «la felicidad es una idea nueva en Europa» de Saint Just hasta la monstruosa farsa de los regímenes stalinistas, que pretendían trabajar para (y realizar) la felicidad del pueblo («La vida es ahora mucho mejor, camaradas. La vida es ahora mucho más feliz», declaraba Stalin en el apogeo de la miseria y del terror en Rusia). Pero estas motivaciones no bastan para justificar la posición teórica, que parece una reacción casi epidérmica a una situación histórica de dimensiones colosales —la emergencia del totalitarismo— que exigía un análisis mucho más profundo de la cuestión política. El objetivo de la política no es la felicidad, sino la libertad. La libertad efectiva (no nos referimos aquí a la «libertad filosófica») es lo que yo llamo autonomía. La autonomía de la colectividad, que no puede realizarse sino a través de la autoinstitución y el auto-gobierno explícitos, es inconcebible sin la autonomía efectiva de los individuos que la componen. La sociedad concreta, que vive y funciona, no es otra cosa que los individuos concretos, efectivos, «reales».

Pero lo contrario es igualmente verdadero: la autonomía de los individuos es inconcebible e imposible sin la autonomía de la colectividad. En efecto ¿qué significa, cómo es posible, qué presupone la autonomía de los individuos? ¿Cómo podemos ser libres si estamos obligatoriamente sometidos a las leyes sociales? Hay una primera condición: es pre-

ciso que exista la posibilidad efectiva de participar en la formación de las leyes (de las instituciones). No podemos ser libres bajo una ley si no podemos decir que tal ley es la nuestra —si no hemos tenido la posibilidad efectiva de participar en su formación y en su institución (aunque no hayan prevalecido nuestras preferencias). Como la ley es necesariamente universal en su contenido y, en una democracia, es colectiva en su fuente (punto, en teoría, no contestado por los procedimentalistas), de ello se deriva que la autonomía (la libertad) efectiva de todos, en una democracia, es y debe ser una preocupación fundamental de cada uno. (El «olvido» de esta evidencia es una de las innumerables estafas del pseudo«individualismo» contemporáneo), ya que la calidad de la colectividad que decide sobre nosotros nos interesa de manera vital —en otros términos, nuestra propia libertad se vuelve políticamente irrelevante, estoica o ascética. Tengo un interés positivo fundamental (e incluso egoísta) en vivir en una sociedad más cercana a la del *Banquete* que a la del *Padrino* o *Dallas*. La propia libertad, en su realización efectiva, es función de la libertad efectiva de los otros. Idea esta incomprensible, ciertamente, para un cartesiano o para un kantiano.

No cabe la menor duda de que el despliegue y la realización de esta libertad presupone disposiciones institucionales precisas, incluidas algunas disposiciones «formales» o «procedimentales»: los derechos individuales (*Bill of rights*), las garantías judiciales (*due process of law, nullum crimen, nulla poena sine lege*), la separación de poderes, etc. Pero las libertades que resultan de esto son estrictamente defensivas (negativas). Todas estas disposiciones presuponen —y se trata del postulado tácito casi general en lo que se considera filosofía política moderna— que exista, establecido antes, un poder extraño a la colectividad, inamovible, inatacable, por esencia hostil y peligroso, cuya potencia se trata de limitar en la medida de lo posible. Reencontramos aquí la filosofía tácita de los comunes ingleses respecto del monarca, y la posición explícita de los textos fundadores de la Constitución americana. El hecho de que algún siglo más tarde los «pensadores políticos» de la modernidad se comporten psíquica e intelectualmente según el espíritu de la fórmula «de vuestra Excelencia el sumiso y obedientísimo servidor» —*Eu. Excellenz untermächtig gehorsamster Diener*— sorprenderá solamente a quien nunca haya reflexionado sobre la extraña relación entre la mayor parte de los intelectuales y los poderes establecidos.

Libertad bajo la ley —autonomía— significa participación en el establecimiento de la ley. Es una tautología afirmar que esta participación sólo realiza la libertad cuando ésta es igualmente posible para todos, no en la letra de la ley, sino en la efectividad social. De ahí deriva inmediatamente el absurdo de la oposición entre igualdad y libertad, repetida hasta la saciedad durante decenios. Salvo que se las tome en acepciones totalmente engañosas, las dos nociones se implican recíprocamente. La igual posibilidad efectiva de participación implica el reconocimiento efectivo a todos de las condiciones de todo tipo de dicha participación. Las implicaciones de esto son claramente inmensas: abarcan una parte considerable de la institución global de la sociedad; pero ef

punto nodal es evidentemente la *paideia*, en el sentido más profundo y duradero, sobre la que deberé volver.

No es, pues, posible realizar una «democracia procedimental» que no sea un fraude si no se interviene profundamente en la organización sustantiva de la vida social.

III

La lengua griega antigua, y la práctica política de los atenienses, ofrecen una distinción preciosa — en mi opinión de validez universal— entre tres esferas de las actividades humanas que la institución global de la sociedad debe a su vez separar y articular: el *oikós*, el *agorá* y la *ecclesia*, libremente traducibles como: esfera privada, esfera privada/pública y esfera (fuerte y formalmente) pública, que se corresponde con lo que antes he definido como poder explícito. Señalo de pasada que esta distinción se encuentra fundamentalmente en los hechos y en el lenguaje, pero no fue explicitada en tales términos en la época clásica, ni siquiera —salvo parcialmente— por el pensador clásico de la democracia, Aristóteles. Estas esferas sólo son claramente distintas (y realmente articuladas) en un régimen democrático. Bajo un régimen totalitario, por ejemplo, la esfera pública absorbe todas las cosas por principio. Al mismo tiempo, dicha esfera no es en realidad absolutamente pública —constituye la propiedad del aparato totalitario que detenta y ejerce el poder. Las monarquías absolutas tradicionales respetaban, en teoría, la independencia de la esfera privada, el *oikós*, y no intervenían sino moderadamente en la esfera privada/pública, el *agorá*. Paradójicamente, las pseudo-«democracias» occidentales contemporáneas de hecho han convertido en gran medida la esfera pública en privada: las decisiones verdaderamente importantes se toman en secreto y en la trastienda (del Gobierno, del Parlamento, de los aparatos de los partidos). Podemos dar una definición de democracia buena en la medida en que sea lo contrario de lo que acabo de decir: democracia buena es el régimen en el que la esfera pública es verdadera y efectivamente pública —pertenece a todos, está efectivamente abierta a la participación de todos.

El *oikós*, la casa-familia, la esfera privada, es el campo en el que, formalmente y en principio, el poder ni puede ni debe intervenir. Como es habitual en este campo, esto ni puede ni debe ser entendido en un sentido absoluto: la ley penal prohíbe atentar contra la vida o la integridad física de los miembros de la familia, la educación de los niños se ha hecho obligatoria incluso bajo los gobiernos más conservadores, etc.

El *agorá*, el mercado-lugar de reunión, es el campo en el que los individuos se encuentran libremente, discuten, contratan recíprocamente, publican y compran libros, etc. También aquí, formalmente y en principio, el poder no puede ni debe intervenir —y tampoco aquí hay que entender esto en términos absolutos. La ley impone el respeto de los contratos privados, prohíbe el trabajo de los niños, etc. En realidad, no terminaríamos de enumerar los puntos en

los que y las disposiciones a través de las cuales el poder, incluso en los Estados más «liberales» (en el sentido del liberalismo capitalista), interviene en dicho campo (un ejemplo que pondremos más adelante, el presupuesto).

La *ecclesia*, término utilizado aquí metafóricamente, es el lugar del poder, el campo público/público. El poder comprende los poderes, y estos, a su vez, deben estar separados y articulados. Remitiéndome a tratamientos más amplios, me limitaré a algún punto relevante para la presente discusión.

Si consideramos concretamente la actividad de las diferentes ramas del poder, está claro que no hay campo en el que se puedan asumir y adoptar decisiones sin tomar en consideración valoraciones sustanciales. Esto vale tanto para la legislación como para el gobierno, para el «ejecutivo» como para el judicial.

En efecto, es imposible imaginar una ley, excepción hecha de las leyes procesales, que no decida sobre cuestiones sustantivas. Ni siquiera la prohibición del homicidio se puede dar por descontada —como demuestran las múltiples restricciones, excepciones y calificaciones que en todas partes la acompañan. Lo mismo vale para lo referente a la «aplicación» de estas leyes, tanto si trata del judicial como del «ejecutivo». El juez nunca puede (ni debe en ningún caso) ser un *Paragraphen/automat*, porque siempre encuentra «lagunas jurídicas» (*Rechtslücken*), pero sobre todo porque siempre hay un problema de interpretación de la ley, y más profundamente, un problema de equidad. Tanto la interpretación como la equidad son inconcebibles sin el recurso y la invocación del «espíritu del legislador», así como de sus «intenciones» y los valores sustantivos a los que se supone que estas últimas apuntan. Las cosas son así también por lo que se refiere a la administración, en la medida en que esta última no podría «aplicar» leyes y decretos sin interpretarlos. Lo mismo vale, en el grado más alto, por lo que hace al Gobierno. La función de gobierno es «arbitraria». Se desarrolla en el marco de las leyes, está vinculada por la ley (nos referimos evidentemente al caso de los regímenes «democráticos» occidentales), pero no aplica ni en general sigue las leyes. La ley (en general, la Constitución) establece que el Gobierno debe presentar cada año ante el Parlamento un proyecto de presupuesto y que el Parlamento (que en este caso comparte una función de gobierno y no «legislativa») debe dar su voto, con o sin enmiendas al texto original; la ley no dice, y nunca podría decirlo, lo que debe haber en el contenido de tal presupuesto. Es del todo evidente que resulta imposible imaginar un presupuesto que no esté empapado de principio a fin, tanto en los capítulos de ingresos como en los de gastos, de decisiones sustantivas y que no esté inspirado por ciertos objetivos y ciertos «valores» que pretende realizar. Más en general, todas las decisiones de gobierno no banales miran, en medio de una oscuridad radical y radicalmente inevitable, al futuro. Tienden a orientar la evolución de la sociedad, en la medida en que ésta depende de aquellas decisiones, en una dirección elegida en vez de otra que no se ha elegido. ¿Cómo podrían tomarse tales decisiones sin

apelar, aunque sea implícitamente, a opciones sustantivas?

Podría decirse: pero todas estas decisiones explícitas (y especialmente las legislativas y de gobierno) bien podrían mirar solamente a la conservación del estado de cosas existente —o a preservar la libertad de la sociedad (no «política») para hacer surgir de sí misma y desplegar las «formas de vida sustanciales» que prefiere. Pero este argumento contiene, aunque sea implícitamente, un juicio de valor positivo acerca de las formas y los contenidos ya existentes de la vida social —sean bien residuo de tiempos inmemoriales, bien el producto de la actividad contemporánea de la sociedad. Por poner el ejemplo más familiar al lector de hoy, el «liberalismo» extremo se retrotrae a una afirmación sustantiva: lo que «los mecanismos del mercado» o «la libre iniciativa económica» producen es «bueno» o «el menor mal posible», o sencillamente: no cabe hacer juicios de valor sobre este punto. (Las dos afirmaciones, evidentemente contradictorias, son simultánea o sucesivamente sostenidas por F. von Hayek, por ejemplo). Afirmar que no podemos expresar ningún juicio de valor acerca de lo que la sociedad «espontáneamente» produce, conduce al nihilismo histórico total y termina, por ejemplo, afirmando que cualquier régimen (estalinista, nazi u otro) equivale a cualquier otro. Considerar que lo que la tradición, o (lo que es lo mismo) la sociedad producen «espontáneamente» es bueno o el menor mal posible, obliga al compromiso de demostrar, cada vez y en cada caso concreto, por qué es así y, por tanto, obliga a entrar en una discusión sustantiva.

Como nadie en posesión de sus facultades podría negar estas constataciones, la duplicidad del punto de vista procedimentalista queda clara: no se trata de negar que de todos modos hay que tomar decisiones que implican cuestiones de fondo, sea cual sea el tipo de régimen considerado, sino de afirmar que, en un régimen «democrático», solamente la «forma» o el «procedimiento» con arreglo a los cuales se toman tales decisiones son relevantes —es decir, que esta «forma» o este «procedimiento» caracterizan por sí solos a un régimen «democrático».

Admitamos, sin embargo, que las cosas sean así. Pero todo «procedimiento» debe ser aplicado por seres humanos. Seres humanos que deben poder, deber y ser obligados a aplicar este procedimiento según su «espíritu». ¿Pero quiénes son estos seres humanos, de dónde vienen? Sólo la ilusión metafísica (la de un individuo-sustancia preformado en sus determinaciones esenciales y para el que su pertenencia a un ambiente histórico-social definido sería tan accidental como el color de sus ojos) permitiría eludir esta pregunta. Se postula en este planteamiento la existencia efectiva (estamos en el terreno de la política efectiva, no el de las ficciones contrafácticas), la existencia de átomos humanos, dotados ya no sólo de «derechos», etc., sino también de un conocimiento perfecto de las disposiciones jurídicas (sin el cual habría que legitimar una división del trabajo establecida con carácter definitivo entre «ciudadanos sin más» y jueces, administradores, legisladores, etc.), átomos que tenderían por sí mismos, ineluctablemente e independientemente de toda formación, historia personal, etc., a comportarse como

átomos jurídico-políticos. Esta ficción del *homo juridicus* es tan ridícula e inconsistente como la del *homo oeconomicus*, y la metafísica que ambas presuponen es la misma.

Para el punto de vista procedimental, los seres humanos (o una parte suficiente) deberían ser meros puntos de referencia jurídicos. Pero los individuos efectivos son otra cosa. Y estamos obligados a tomarlos tal y como se presentan ya formados por la sociedad, con sus historias, con sus pasiones, con sus múltiples pertenencias particulares; tal y como han sido construidos por el proceso histórico-social y por la institución dada de la sociedad. Para que fuesen diferentes sería necesario que esta institución, en sus aspectos sustanciales y sustantivos, fuese también diferente. Supongamos que una democracia, tan completa y perfecta como deseamos, cae del cielo: esta sociedad no podrá durar mucho tiempo a menos que produzca los individuos que se correspondan con ella y que, ante todo y sobre todo, sean capaces de hacerla funcionar y de reproducirla. No puede existir sociedad democrática sin *paidia* democrática.

La concepción procedimental está, salvo riesgo de incoherencia, obligada a introducir subrepticamente —o inducir a— dos juicios sustantivos y de hecho:

- Las instituciones efectivas, dadas, de la sociedad son, tal como son, compatibles con el funcionamiento de procedimientos «verdaderamente» democráticos.
- Los individuos, tal y como han sido construidos por esta sociedad, pueden hacer funcionar los procedimientos establecidos según su «espíritu» y defenderlos.

Estos juicios tienen múltiples presupuestos y comportan numerosas consecuencias. Mencionamos dos. El primero es que nos encontramos de nuevo aquí con la cuestión fundamental de la equidad, no en sentido sustantivo, sino sobre todo en el sentido estrictamente lógico ya establecido por Platón y Aristóteles. Hay siempre una inadecuación entre la materia a juzgar y la forma misma de la ley —la primera es necesariamente concreta y específica, la segunda abstracta y universal. Esta inadecuación sólo puede ser colmada por el trabajo creador del juez «que se pone en el puesto del legislador» —lo que implica que haga referencia a las consideraciones sustantivas. Y todo esto va más allá de todo procedimentalismo.

El segundo es que, para que los individuos sean capaces de hacer funcionar los procedimientos democráticos según su «espíritu», es necesario que una parte importante del trabajo de la sociedad y de sus instituciones esté dirigida hacia la producción de individuos que se correspondan con esta definición, esto es, de mujeres y hombres democráticos en el sentido también estrictamente procedimental del término. Pero entonces se debe afrontar el siguiente dilema: o esta educación de los individuos es dogmática, autoritaria, heterónoma —y la pretensión democrática se convierte en el equivalente de un ritual religioso—; o, por el contrario, los individuos que deben «aplicar los procedimientos» —votar, legislar, ejecutar las leyes, gobernar— son educados de manera crítica. En tal caso, es necesario que este espíritu crítico sea valorizado, en cuanto tal, por la ins-

NOVEDADES JURÍDICAS *tecno*

Comentarios Jurídicos

La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Comentarios y textos
Manuel Heredero Iglesias

Propiedad, expropiación y responsabilidad.

La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado
Javier Barriés (coord.)

Biblioteca Universitaria

Derecho penal general.

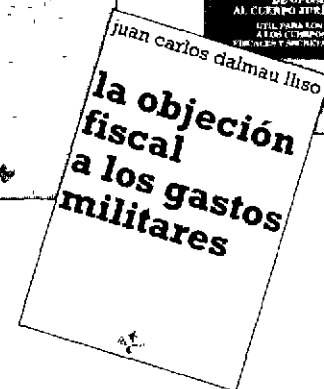
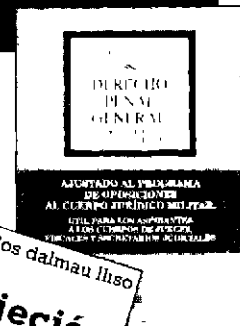
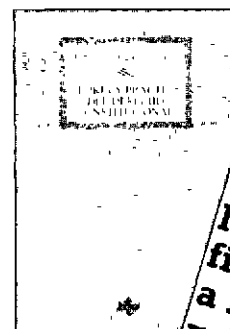
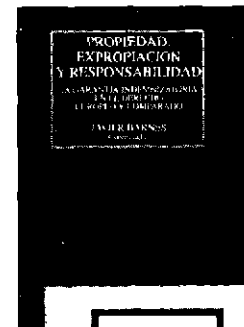
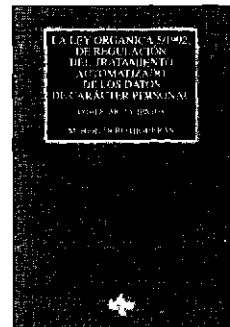
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
Rafael Díaz Roca

Teoría y práctica del Derecho constitucional
Jorge Rodríguez-Zapata

Ciencias Jurídicas

La objeción fiscal a los gastos militares

Juan Carlos Dalmau Iltso



Estado y Sociedad

El Senado, Cámara de representación territorial
Francesc Pau i Vall (coord.)

Los despidos por causas económicas y empresariales
Jesús Cruz Villalón (coord.)

Biblioteca de Textos Legales

Normas sobre justicia de menores
Ed. de Lotario Vilaboy Lois

Legislación sobre el sector petrolero
Ed. de José Antonio García de Coca

Otras colecciones

El movimiento *Critical Legal Studies*
Juan A. Pérez Lledo

La justicia y sus problemas en la Constitución
Juan Fernando López Aguilar

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

titudin de la sociedad —y se abre la caja de Pandora de la puesta en cuesti3n de las instituciones existentes, la democracia retorna a ser movimiento de auto-instituci3n de la sociedad, es decir, un nuevo tipo de r3gimen en el sentido pleno del t3rmino.

Los periodistas y algunos fil3s0fos pol3ticos que parecen ignorar por completo las largas disputas de la «filosof3a del derecho» de los 3ltimos dos siglos, hablan constantemente del «Estado de Derecho». Pero si el «Estado de Derecho» (*Rechtstaat*) es una cosa diferente del «Estado de leyes» (*Gesetzstaat*) es porque aqu3l va mas all3 de la simple conformidad con los «procedimientos», porque la cuesti3n de la justicia est3 puesta en juego y afecta tambi3n a las reglas jur3dicas ya existentes. Sin embargo, la cuesti3n de la justicia es la cuesti3n de la pol3tica desde que la instituci3n de la sociedad ha dejado de ser sagrada o tradicional. El «imperio de la ley», desde entonces, no puede eludir la pregunta sobre cu3l ley, por qu3 esta ley y no otra. Incluso la respuesta «formalmente democr3tica» —la ley es la ley porque representa la decisi3n de la mayor3a (se pasa por alto evidentemente saber si 3sta lo es realmente)— no impide la cuesti3n: ¿y por qu3 debe ser as3? Si la justificaci3n de la regla de la mayor3a es estrictamente procedimental —por ejemplo, porque es necesario que toda discusi3n tenga t3rmino— entonces cualquier otra regla podr3a tener la misma justificaci3n: echar a suertes la decisi3n, por ejemplo. La regla mayoritaria no puede ser justificada si no se admite el valor igual, en el campo de lo contingente y de lo probable, de las *doxai* de los individuos libres. Pero si este valor igual no debe quedarse en un «principio contraf3ctico», un enga3o pseudo-transcendental, entonces es objetivo permanente de la instituci3n de la sociedad construir a los individuos de tal forma que puedan razonablemente defender que sus opiniones tienen el mismo peso en el campo pol3tico. Una vez m3s la cuesti3n de la *paideia* se revela ineliminable.

La idea de que se pueda separar el «derecho positivo» y sus procedimientos de los valores sustantivos es un espejismo. La idea de que un r3gimen democr3tico pueda recibir de la historia, *ready made*, los individuos democr3ticos que lo hagan funcionar, es otro tanto. Tales individuos no pueden ser formados sino en el interior de y a trav3s de una *paideia* democr3tica, que no nace como una planta, sino que debe ser un objeto central de las preocupaciones pol3ticas.

Los procedimientos democr3ticos constituyen una parte, ciertamente importante, pero s3lo una parte, de un r3gimen democr3tico. Y deben ser verdaderamente democr3ticos en su esp3ritu. En el primer r3gimen que se puede llamar, a pesar de todo, democr3tico, el r3gimen ateniense, los procedimientos son instituidos no como un simple «medio», sino como momento de encarnaci3n de los procesos que los realizaban. La rotaci3n, la extracci3n a suerte, las decisiones sobre las deliberaciones del cuerpo pol3tico, las elecciones, los tribunales populares no se basaban s3lo en el postulado de la igual capacidad de todos para asumir los cargos p3blicos, sino que ante todo constitu3an las piezas de un proceso pol3tico educativo, de una *paideia* activa, que procuraba ejercitar y, por tanto, desarrollar entre todos las

capacidades correspondientes y, en definitiva, hacer tan posible como cercano a la realidad efectiva el postulado de la igualdad pol3tica.

IV

Las raices de estas confusiones no son, por cierto, solamente «ideales», en el sentido de que no hay que buscarlas esencial o exclusivamente en «falsas ideas» —de la misma forma que tampoco son solamente «materiales», en el sentido de que no hay que entenderlas como mera expresi3n, m3s o menos consciente, de intereses, pulsiones, posiciones sociales, etc. Se basan en el imaginario hist3rico-social de la edad «pol3tica» moderna, ya desde su prehistoria, pero sobre todo en su car3cter antin3mico. No es posible ocuparse en este momento de su explicaci3n. Me limitar3 a intentar elegir entre algunos de los puntos sobresalientes de la constelaci3n de ideas en el interior de y a trav3s de la cual este imaginario se ha expresado en la esfera pol3tica. Comenzar3 *in media res*. Es conocida la cr3tica habitual que el marxismo dirigi3 a los derechos y libertades «burguesas» (y que se remonta directamente, aunque no se diga, al mismo Marx): se tratar3a de libertades y derechos simplemente «formales», establecidos m3s o menos en inter3s del capitalismo. Cr3tica incorrecta por multiples razones. Estos derechos y estas libertades no nacieron con el capitalismo, ni han sido reconocidos por 3l. Reivindicados en sus inicios por la protoburgues3a de las ciudades desde finales del siglo X, han sido arrancados, conquistados e impuestos a trav3s de luchas seculares del pueblo (en las que jugaron un papel importante no s3lo las clases m3s desfavorecidas, sino tambi3n, frecuentemente, la peque3a burgues3a) All3 donde solamente han sido importados han resultado casi siempre «3tonos» y fr3giles (consideremos de nuevo el caso de los pa3ses de Am3rica Latina o de Jap3n). Por otro lado, estos derechos y libertades no son los que se corresponden mejor con el esp3ritu del capitalismo, 3ste exige m3s bien la *one best way* de Taylor o la «jaula de hierro» de Max Weber. Tambi3n es igualmente falsa la idea de que representar3an el correlato y la premisa pol3tica de la competencia en el mercado econ3mico. Este constituye solamente un momento, que ni es espont3neo (Polanyi) ni permanente, del capitalismo. Si consideramos su tendencia interna, 3sta conduce al monopolio, al oligopolio o las coaliciones entre capitalistas. Y tampoco constituyen el presupuesto del desarrollo del capitalismo (tomemos como ejemplo, otra vez, a Jap3n). Por 3ltimo, y sobre todo, no son absolutamente «formales»: por el contrario, se corresponden con elementos de vital necesidad para todo r3gimen democr3tico. Sin embargo, son parciales y, como se ha dicho anteriormente, esencialmente defensivos. Tambi3n es inadecuada su calificaci3n de «negativos» (I. Berlin). El derecho de reunirse, de manifestarse, de publicar un peri3dico o un libro no es «negativo». Su ejercicio constituye un componente de la vida social y pol3tica y puede tener y tiene necesariamente efectos importantes sobre la misma. Otra cosa es que su ejercicio pueda ser obstaculizado por las condiciones efectivas o,

como sucede hoy en los países ricos, pueda haberse hecho más o menos fútil a causa del anquilosamiento político general. Precisamente, una gran parte de la lucha por la democracia aspira a instaurar las condiciones reales que permitan a todos el ejercicio efectivo de estos derechos. De manera recíproca, esta «falaz» denuncia del carácter «formal» de los derechos y libertades «burguesas» ha tenido resultados catastróficos, sirviendo de trampolín a la instauración del totalitarismo leninista y de cobertura a su continuación por el estalinismo.

Estos derechos y libertades no son, por lo tanto, «formales»: son parciales y, en la realidad social efectiva, esencialmente defensivos. Por la misma razón, tampoco son «negativos». La expresión de I. Berlin pertenece al contexto y a la herencia histórico-social a la que he hecho referencia al inicio. Se corresponde con la actitud subyacente, y casi permanente, de las poblaciones europeas (y, ciertamente, no sólo de éstas, pero de ellas estamos hablando aquí) respecto al poder. Cuando por fin se ha roto, al menos en parte, el imaginario milenario de la realeza por derecho divino (ratificado y reforzado por el Cristianismo, «todo poder deriva de Dios»), persiste, no obstante, la representación del poder como extraño a la sociedad, frente a ella, oponiéndose a ella. El poder son «ellos» (*us and them* se sigue diciendo en inglés), es hostil por definición, se trata de contenerlo dentro de sus límites y de defenderse de él. Solamente durante la época revolucionaria, en Francia y en Nueva Inglaterra, la frase *we the people*, o el término Nación, adquieren un significado político y se declara que la soberanía pertenece a la nación —frase que, por otra parte, rápidamente será vaciada de su contenido a través de la «representación». En tal contexto se comprende que los derechos y libertades se reduzcan a ser considerados como instrumentos de defensa contra un Estado omnipotente y esencialmente extraño.

I. Berlin opone a estas libertades «negativas», las únicas aceptables según su opinión, una idea de la libertad emparentada con la concepción democrática antigua (griega) según la cual todos los ciudadanos deben tomar parte en el poder. Esta idea, según dicho autor, sería potencialmente autoritaria puesto que presupondría la imposición de una concepción positiva y colectivamente (políticamente) determinada del Bien común o del buen-vivir. Son múltiples las grietas de este razonamiento. La libertad efectiva (mejor que «positiva») de todos mediante la participación en el poder no implica una concepción del Bien común más de lo que lo haga cualquier decisión legislativa, gubernativa o judicial, tomada por «representantes», ministros o jueces. Como ya se ha dicho, no puede existir un sistema de derecho, por ejemplo, que sea completamente (o esencialmente) *Wertfrei*, neutro en cuanto a los valores. El reconocimiento de una esfera libre de «actividad privada» —cualesquiera que sean sus límites— deriva de la afirmación de un valor sustantivo que se quiere hacer valer universalmente: es bueno para todos que los individuos se muevan libremente en el interior de esferas de actividad privada reconocidas y tuteladas por la ley. La delimitación de estas esferas, el contenido de las eventuales sanciones en los casos de su transgresión por parte de otros, debe ne-

cesariamente apelar a algo distinto de una concepción meramente formal de la ley, como sería fácil mostrar a propósito de cualquier sistema de derecho positivo (por poner un ejemplo, es imposible establecer una graduación de la gravedad de los delitos y de las penas sin «parangonar» entre sí el valor de la vida, de la libertad —la prisión—, el dinero, etc.).

En la argumentación de Berlin hay implícita otra confusión: la confusión entre el Bien común y la felicidad. El fin de la política no es la felicidad —que no puede ser más que un asunto privado—, sino la libertad y la autonomía individual y colectiva. Sin embargo, no puede ser exclusivamente la autonomía porque entonces caeríamos de nuevo en el formalismo kantiano y bajo todas las críticas legítimas de las que éste ha sido objeto desde su origen. Como he dicho en otro lugar, exigimos y deseamos la libertad por sí misma y, al mismo tiempo, para hacer algo, para poder hacer las cosas. Pues bien, una inmensa parte de estas cosas, o no estamos en condiciones de hacerlas solos, o dependen fuertemente de la institución global de la sociedad y, por lo general, ambas circunstancias se dan simultáneamente. Ello implica necesariamente una concepción, aunque sea mínima, del Bien común.

Es verdad, lo he recordado al inicio del texto, que Berlin no ha creado tal confusión, simplemente la ha compartido. Viene de lejos y por ello es más necesario, si cabe, disiparla. La distinción que se ha restablecido es antigua (razón por la que el olvido de los teóricos modernos tiene menos excusas). Se trata de la distinción entre la felicidad, hecho estrictamente privado, y el Bien común (o la vida buena) impensable sin recurrir a la esfera pública y también a la pública/pública (el poder). Es la distinción, en términos diferentes —pero que enriquecen la discusión—, entre *eudaimonia*, felicidad, que no es *eph'hemis*, no depende de nosotros, y el *eu zein*, el buen-vivir que, en gran parte, depende de nosotros individual y colectivamente (puesto que depende tanto de nuestros actos como de los actos de los que nos rodean y, en un nivel más abstracto y profundo, de la institución global de la sociedad). Se pueden condensar las dos distinciones afirmando que la realización del Bien común es la condición del buen-vivir.

¿Pero quién determina el buen-vivir? Quizás una de las razones principales de la confusión que rodea a esta cuestión es que la filosofía ha pretendido poder aportar esta definición. Y ello porque el papel de pensadores de la política ha sido desarrollado sobre todo por filósofos y éstos, por su profesión, querrían definir de una vez por todas qué es la «felicidad» y qué es el «bien común» y, si fuera posible, hacerlos coincidir. En el marco del pensamiento heredado esta definición sólo podía ser universal, válida para todos en cualquier tiempo y lugar y, al mismo tiempo, establecida de alguna manera a priori. Esta es la raíz del «error» de la mayor parte de los filósofos de la política y del error simétrico de aquellos que, para evitar las consecuencias absurdas de esta solución —por ejemplo, Platón que legislaba sobre las formas musicales prohibidas y permitidas en toda «buena» sociedad—, se han limita-

do a rechazar la cuestión misma, abandonándola al libre arbitrio de cada uno.

No puede haber filosofía que defina para todos qué sea la felicidad y sobre todo que la quiera imponer a través de decisiones políticas. La felicidad pertenece a la esfera privada y privada/pública. No pertenece en cuanto tal a la esfera pública/pública. La democracia como régimen de la libertad excluye ciertamente que una felicidad pueda ser considerada, en sí misma o en sus «medios», políticamente obligatoria. Podemos añadir: ninguna filosofía en ningún momento puede definir un «bien común» sustantivo —y ninguna política puede esperar a que la filosofía haya establecido ese bien común para actuar.

Sin embargo, las cuestiones que se plantean en la esfera pública/pública (en la legislación, en el gobierno) no pueden ser tampoco discutidas sin una visión del bien común. El bien común es, por una parte, una condición de la felicidad individual y, por otra, hace referencia a las obras y empresas que la sociedad quiere ver realizadas, tengan mucho o poco que ver con la felicidad.

Esto no atañe sólo al régimen democrático. El análisis ontológico muestra que ninguna sociedad puede existir sin una definición más o menos concreta de valores sustantivos compartidos, de bienes sociales comunes (los *public goods* de los economistas no son más que una parte). Estos valores representan una parte esencial de los significados sociales imaginarios establecidos cada vez. Estos valores definen el estímulo de toda sociedad: proveen de normas y criterios no instituidos formalmente (así, por ejemplo, los griegos distinguían entre *dikaion* y *kalon*); en definitiva, están en la base de la tarea institucional explícita. Por ejemplo, el derecho no puede dejar de expresar una concepción común (o dominante, y más o menos aceptada) del «mínimo moral» que implica la vida en sociedad.

Sin embargo, estos valores y esta moralidad son una creación colectiva anónima y «espontánea». Pueden ser modificados bajo la influencia de una acción consciente y deliberada —pero es necesario que esta última incida en aspectos del ser histórico-social distintos de aquellos sobre los que recae la acción política explícita. De todos modos, la cuestión del bien común pertenece al campo del hacer histórico-social, no al de la teoría. La concepción sustancial del bien común es creada cada vez histórico-socialmente —y es ésta la que lleva dentro todo derecho y todo procedimiento. Esto no nos lleva al simple «relativismo» cuando se vive en un régimen democrático en el que la interrogación permanece abierta efectiva y permanentemente, lo que que presupone la creación social de individuos capaces de interrogarse efectivamente. Encontramos aquí al menos un componente del bien común democrático, sustantivo y no relativo: la ciudad debe hacer todo lo posible por ayudar a los ciudadanos a llegar a ser efectivamente autónomos. Esto es, antes que nada, una condición de su existencia en cuanto ciudad democrática: una ciudad está hecha de ciudadanos, y ciudadano es aquél que es «capaz de gobernar y de ser gobernado» (Aristóteles). Pero es también, como ya he dicho, una condición

positiva del buen-vivir de cada uno, dependiente de la «calidad» de los otros. Y la realización de este objetivo —ayudar a los ciudadanos a llegar a ser autónomos, la *paideia* en la acepción más fuerte y profunda del término— es imposible sin decisiones políticas sustantivas —que, por otra parte, no pueden ser tomadas por cualquier régimen ni en cualquier caso.

La democracia como régimen es, por lo tanto, el régimen que intenta, en la medida en que sea posible, realizar al mismo tiempo la autonomía individual y colectiva y el bien común tal y como es concebido por la colectividad considerada.

V

El ser humano individual reabsorbido en su «colectividad» —en la que se encuentra, evidentemente, sólo por el azar (la casualidad de su nacimiento en tal lugar y tiempo); este mismo ser despegado de toda colectividad, contemplando la sociedad a distancia e intentando ilusoriamente considerarla simultáneamente como un artificio y como un mal necesario: estos son las dos consecuencias de un mismo desconocimiento que se explica en dos niveles:

- Como desconocimiento de lo que son el ser humano y la sociedad. Es lo que muestra el análisis de la humanización del ser humano como socialización, y la «encarnación»-materialización de lo social en el individuo.
- Como desconocimiento de lo que es la política como creación ontológica en general —creación de un tipo de ser que se da explícitamente, aunque sea en parte, las leyes de la propia existencia— y, al mismo tiempo, como proyecto de autonomía individual y colectiva.

La política democrática es, en los hechos, la actividad que intenta reducir, en la medida de lo posible, el carácter contingente de nuestra existencia histórico-social en sus determinaciones sustantivas. Ni la política democrática en los hechos, ni la filosofía en las ideas, pueden suprimir aquello que, desde el punto de vista del ser humano individual y de la humanidad en general, aparece como el azar radical (que Heidegger veía en parte, pero restringía extrañamente al ser humano individual, bajo el título de *Geworfenheit*, abandono o ser arrojado), haciendo realmente que seamos una forma de ser, que éste se manifieste como mundo, que dentro de este mundo seamos una forma de vida, en esta vida una especie humana, en esta especie una determinada formación histórico social y en esta formación, en tal momento y lugar, parido de un vientre entre millores, aparece este trozo de carne que llora al nacer y no otro. Pero ambas, política democrática y filosofía, pueden ayudarnos a limitar, o mejor a transformar la enorme parte de contingencia que determina nuestra vida, a través de la acción libre. Sería ilusorio afirmar que nos ayudan a «asumir libremente» las circunstancias que no hemos elegido y que no podremos nunca elegir. El hecho mismo de que un filósofo pueda pensar y escribir que la libertad es la conciencia de la necesidad (independientemente de

toda consideración sustantiva del sentido de la locución) está condicionado por una miríada innumerable de otros hechos contingentes. La simple conciencia de la mezcla infinita de contingencia y necesidad —de contingencia necesaria y de necesidad en última instancia contingente— que condiciona aquello que somos, lo que hacemos, lo que pensa-

mos, está lejos de ser libertad. Pero es la condición de esta libertad, condición exigida para comenzar lúcidamente las acciones que puedan conducir a la autonomía efectiva, tanto en el plano individual como en el colectivo.

(Trad. de Mariano Maresca y Pedro Mercado.)

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

Unión Europea, inmigración y el nuevo Reglamento de la ley de «extranjería» española: un comentario crítico

Antonio GOMEZ MOVELLAN

Realizar un comentario crítico del nuevo reglamento de la ley de libertades y derechos de los extranjeros requiere enmarcar esta reforma en el contexto de las reformas legislativas y reglamentarias que se están produciendo en los Estados miembros de la Unión Europea. En primer lugar abordaremos brevemente el asunto de la inmigración y la Unión Europea y después analizaremos los contenidos del nuevo reglamento de «extranjería».

LOS ACUERDOS DE SCHENGEN, LA UNION EUROPEA Y LA INMIGRACION

A partir de los años cincuenta, en Europa, se relajaron los controles de inmigración existentes y se adoptaron unos estatutos de asilados muy avanzados y ello sin duda tuvo que ver con la expansión económica de ese período; sin embargo, desde 1974 se comienza a escuchar en los países de la Comunidad Europea la expresión «cierre de fronteras». Con la llegada de la crisis y el estancamiento económico y el crecimiento del desempleo todos los gobiernos europeos sin excepción van a reformar sus legislaciones sobre extranjeros y asilados; estas reformas tienen en común algunos rasgos:

- Se refuerza el predominio de las normas estatales sobre convenciones generales internacionales.
- Se produce una mayor dispersión de las normas nacionales creando una mayor inseguridad jurídica para los extranjeros.
- Se incrementan las normas de policía.
- Se refuerzan los requerimientos para la adquisición de nacionalidad y para la adquisición de residencia legal y acceso al mercado laboral.
- Se refuerzan los requerimientos para la concesión de asilo y se incrementa, en este campo, la discrecionalidad administrativa.
- Se rebajan los requerimientos para las expulsiones de extranjeros.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht no existían unas políticas comunes —en la Comunidad Europea— en relación a estos asuntos de extranjeros pero la supresión de las fronteras interiores previstas en el Acta Unica Europea exigía desarrollar unas políticas de cooperación. Anteriormente a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, se creó un espacio de cooperación intergubernamental sobre estos asuntos en el cual participaron algunos países de la entonces Comunidad Europea; esos acuerdos se denominaron de Schengen ya que esta fue la ciudad luxemburguesa donde se firma-

ron el 14 de junio de 1984. Los Acuerdos de Schengen tuvieron un antecedente en el denominado Grupo de TREVI (cooperación policial contra el terrorismo, radicalismo, extremismo y violencia internacional) grupo reunido desde 1976 y que estaba constituido por los ministros de Justicia e Interior de los países miembros de la Comunidad Europea; el grupo de TREVI estaba encargado de examinar la cooperación relativa a la lucha antiterrorista, narcotráfico, derecho de asilo y políticas de migraciones; de este grupo se desgajó el «grupo ad hoc de inmigración» para examinar estos asuntos y los de asilo junto a un grupo de cooperación jurídica. Estos tres grupos tras el tratado de Maastricht de febrero de 1992 han tomado otra dimensión ya que como tales han sido disueltos y constituidos en un solo grupo denominado de «coordinación» que tiene como objetivo proponer iniciativas comunitarias sobre estos asuntos; de este grupo salió el proyecto de resolución de la ya creada «Europol», embrión de policía europea encargada de asuntos de terrorismo, narcotráfico, crimen organizado e inmigración ilegal.

El acuerdo de Schengen se constituye en principio fuera del sistema institucional de la Comunidad Europea, como un acuerdo intergubernamental de algunos países miembros de la misma. Los cinco primeros firmantes del acuerdo fueron los países del Benelux además de Francia y Alemania. El acuerdo se compone de 32 artículos y no deja de ser una primera declaración de intenciones que ha de desarrollarse en convenios concretos de aplicación. El objetivo del Acuerdo se expresaba con detalle en su artículo 17: «En materia de circulación de personas, las partes intentaran suprimir los controles en las fronteras comunes y a transferirlos a las fronteras externas. Con este fin, los países firmantes se comprometerán a armonizar las disposiciones legislativas y reglamentaria relativas a las prohibiciones y restricciones que se deben de aplicar en las fronteras y sobre todas aquellas medidas complementarias necesarias para salvaguardar la seguridad interior y obstaculizar la inmigración ilegal de los estados no miembros de la Comunidad Europea.» Posteriormente a la firma de los Acuerdos se han unido los siguientes países: Italia, Grecia, España y Portugal. El Acuerdo ha sido desarrollado a través de un convenio de aplicación que sólo en parte está en vigor. Este convenio compuesto de 142 artículos pretende establecer los siguientes objetivos:

- Abolición total de los controles en las fronteras interiores.
- Una política común de visas.
- Lucha contra la emigración clandestina y es-

tablecimiento de normas comunes de repatriación.

- Establecimiento de redes de cooperación policial y posibilidad de la persecución policial transfronteriza.
- Intercambio de información a través del Sistema de Información Schengen (SIS). La implantación de este sistema ha constituido uno de los mayores obstáculos para la entrada en vigor de la supresión de los controles fronterizos internos ya que en esta base de datos se encuentran los datos de todos los extranjeros que han entrado en la comunidad procedentes de terceros países y los que han sido denegada su entrada o tienen procesos judiciales pendientes (la denominada lista de no admisibles o «lista negra» —sic—); el objetivo esencial del sistema de información es el control de las fronteras exteriores.
- Una política de asilo común y el examen por un único país del expediente de asilo.

Además del convenio de aplicación Schengen existen otros convenios intergubernamentales que han afectado a la políticas de extranjeros; en primer lugar está el denominado Convenio de Dublín de 1990 por el cual se quiere terminar con el fenómeno de los «refugiados en órbita» o refugiados en éxodo por la Unión Europea intentando encontrar un Estado que se avenga a admitir su solicitud de asilo. Este convenio establece que serán los países que dejen entrar a una persona de terceros países quienes examinen y resuelvan los expedientes de asilo con efectos para toda la Unión.

Posteriormente a este convenio, que aún no es de entera aplicación, los ministros sobre inmigración de la Unión Europea adoptaron una serie de reglas sobre inmigración en reuniones en Londres (1992) y Copenhague (1993) estas reglas insisten en la necesidad de aplicar en su totalidad el convenio de Dublín y dan unas series de recomendaciones para que los Estados no examinen las solicitudes de asilo denominadas abusivas e infundadas. También en estas reuniones se dan criterios —siempre restrictivos— para la armonización de las legislaciones sobre reagrupación familiar y en materia de expulsión de extranjeros.

Como se ha dicho, todos estos acuerdos impulsados en el seno de la Unión tienen un carácter intergubernamental y no comunitario. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de Maastricht los asuntos de extranjeros, asilo, migraciones... entran de lleno en lo que se denomina el «tercer pilar» y que afectan a los temas de Justicia y de Seguridad interior. El tercer pilar, sin embargo, es el pilar menos comunitario de la Unión Europea ya que las políticas que se adopten son políticas que deben de adoptarse por unanimidad y son políticas de coordinación pero no obligan a la legislación interna. Sólo en el caso de las políticas de visado obliga a la adaptación de la legislación interna y de hecho existen varios proyectos de reglamentos comunitarios para la fijación de listas de países a los que obligatoriamente se les exigirá visado y también un reglamento sobre los controles en las fronteras externas o comunitarias.

Existen problemas de aplicación tanto de orden ju-

rídico interno como —y esto es más importante— de orden político de cada país para establecer normas comunitarias que se superpongan a las normas internas, aunque es indudable que en políticas de visas, ya prácticamente nos encontramos con normas de aplicación común o por lo menos con reglamentos muy armonizados y en un futuro existirá un reglamento más detallado de obligado cumplimiento para todos los Estados. En cuanto a la política de asilo las modificaciones constitucionales que han tenido que producirse en algunos países como Alemania indica que estamos a las puertas de normas o reglamentos comunes que afectaran a las reglamentaciones nacionales de asilo. Más difícil será el establecimiento de normas comunes para la nacionalidad y las normas de residencia de extranjeros aunque en todos los países la tendencia es a restringir y obstaculizar el libre establecimiento de trabajadores de terceros países. Otra tendencia en todas las modificaciones que se vienen produciendo en las reglamentaciones sobre esta materia de extranjeros es que se impulsan la discrecionalidad administrativa alejando a estas reglamentaciones de un posible control judicial.

EL CASO ESPAÑOL

En España pese a ser un país de inmigración reciente se ha adaptado una legislación sobre extranjeros muy restrictiva y las modificaciones producidas a partir de los años ochenta tienden a endurecerla aún más. No es cuestión de examinar con exhaustividad la legislación sobre la materia pero lo primero que hay que decir es que España está a la cabeza en la aplicación de las decisiones que se han ido tomado en lo que se ha denominado el espacio Schengen. En los años ochenta se produce la reforma del código civil sobre la nacionalidad, la ley de asilo y refugio de 1984 y su Reglamento de 1985 y la ley de derechos y libertades de los extranjeros de 1985 —de ahora en adelante ley de extranjería— y su reglamento de 1986 el cual ha sido modificado en febrero de 1996 y que comentaremos más adelante. Si la ley de asilo y refugio del 84 era una ley bastante generosa y adaptada a los convenios internacionales, la ley de extranjería nació con una vocación restrictiva y policial. La entrada en vigor de la ley de extranjería supuso que una gran parte de los residentes extranjeros en España se convirtieran en inmigrantes ilegales de ahí que el gobierno tuvo que establecer unos procesos de regularización extraordinarios para legalizar su residencia de acuerdo a los nuevos criterios restrictivos de la ley. A partir de los años noventa se producen una serie de reformas normativas tanto en las leyes como en sus reglamentos que tienen como justificación el hecho de que España se está convirtiendo en un país de inmigración y que ello, en el contexto de la Europa sin fronteras, supone el control de los flujos migratorios. El control de flujos migratorios significa que todos los derechos de entrada y residencia legal de extranjeros deben estar supeditados a las posibilidades económicas, sociales y de control por parte de los agentes públicos etc., de un Estado y ello da lugar a una total discrecionalidad de las administra-

ciones sobre el derecho de recepción de extranjeros. Esta política de control de flujos migratorios es la imperante en todos los países de Europa de ahí que todo el edificio jurídico —en materia de extranjeros— construido desde los años cincuenta en los países europeos haya sido demolido por las reformas legislativas impulsadas a partir de los años ochenta. En la proposición no de ley aprobada por el Congreso de Diputados del Estado español en el año 1991 se concreta esta nueva política, así en su preámbulo se puede leer: «se insta al gobierno a desarrollar una política activa de inmigración en la que los poderes públicos tomen la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de nuestra sociedad». Esta orientación es la que se ha seguido ya que a partir de 1993 el Gobierno fija unos contingentes anuales para las autorizaciones de permisos de trabajo para extranjeros no comunitarios. Y también a partir de esta fecha se produce las reformas normativas necesarias para garantizar esta política de cupos. Se comienza reformando la legislación civil sobre adquisición de nacionalidad (Ley 18/1990 de 17 de diciembre) en la cual se suprimen las reglas favorables a los emigrantes españoles o sus descendientes y se introduce la exigencia de justificación por el interesado de buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española para la adquisición de nacionalidad española. Además, en el caso de adquisición de nacionalidad, se obstaculizan los trámites administrativos de tal forma que una tramitación normal, hoy se puede demorar casi tres años. Se procede a continuación a modificar la ley de asilo y refugio de 1984 por la ley de modificación 9/1994, de 19 de mayo, esa reforma se justifica por los compromisos que el gobierno español ha ido adquiriendo en el marco Schengen o en el de la Unión europea de armonización de legislación en materia de asilo y tiene un sentido claramente restrictivo, tratando de frenar las solicitudes de asilo, por la no admisión a trámite.

En fin, si éstas han sido las modificaciones legales más significativas habría que añadir que ellas han ido acompañadas por toda una «normativa» de rango menor que afecta a las condiciones de entrada, de expulsión de extranjeros, de libertades y derechos de los trabajadores extranjeros, de condiciones laborales etc., y que en general significan trabas administrativas y mayores requerimientos. En el caso español todo ello ha ido acompañado, además, por la pérdida de privilegios de los nacionales iberoamericanos en la legislación de extranjeros.

COMENTARIO CRITICO SOBRE EL REAL DECRETO 155/1996 DE 2 DE FEBRERO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE «EXTRANJERIA»

La aprobación de un nuevo reglamento de «extranjería» venía siendo reclamado por las organizaciones de inmigrantes y por las organizaciones no gubernamentales de asistencia y defensa de derechos de los inmigrantes. En verdad, la mayoría de

estas organizaciones (desde Caritas hasta SOS Racismo) vienen criticando desde hace años la legislación y la normativa reglamentaria que sobre extranjeros se ha ido desarrollado. Todas estas organizaciones han señalado que una ley como la de extranjería no puede ser mejorada con un buen reglamento. Tienen razón. Pero lo justo sería decir que la ley orgánica del 7/1985 sobre extranjería no permite un desarrollo progresista de la reglamentación sobre extranjeros. La ley de extranjería es tan dura que tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien en su sentencia 115/1987, declaró inconstitucional algunos de sus enunciados.

El nuevo reglamento de extranjería ha sido presentado por el gobierno como una disposición favorable para los inmigrantes y los extranjeros que quieran fijar su residencia en España. Algunas ONG'S han declarado que este reglamento es menos malo que el que había, aunque han señalado las limitaciones del mismo. Lo que se podría decir, para hacer una justa valoración, es que este reglamento supone un esfuerzo racionalizador técnico-jurídico de cierta «normativa» publicada en forma de ordenes ministeriales o no publicadas —«circulares» ministeriales— que estaba dispersa y que conducía a amplificar la discrecionalidad en la ejecución administrativa del Reglamento anterior. En todo caso, éste nuevo reglamento no soluciona el problema ya que siguen existiendo ambigüedades en la redacción que van a posibilitar una ejecución arbitraria de los procedimientos administrativos; precisamente la arbitrariedad y la discrecionalidad administrativa son algunos de los rasgos que caracterizan este Reglamento: anunciamos que en poco tiempo nos vamos a encontrar con toda una maraña de «normativa» de ejecución del Reglamento (órdenes ministeriales, circulares de ejecución etc.) que van a crear inseguridad jurídica y perplejidad para los abogados y ONG'S que realizan los trámites de extranjería.

El nuevo reglamento no supone ningún cambio esencial ni en el contenido de derechos de extranjeros ni para la adquisición de la residencia —aunque ha introducido el nuevo permiso de «residencia permanente»— ni para la salida de los mismos y tampoco lo supone para los «trámites» de expulsión o devolución, ni mucho menos para la garantía de los extranjeros ante las prerrogativas administrativas del control del flujo migratorio tanto en la entrada como en la salida. El reglamento sigue siendo la norma ejecutoria de una ley esencialmente dedicada al control de los extranjeros y de su flujo y no a la garantía de derechos y de fomento de la integración del inmigrante; como ha dicho el profesor Fernández Rozas: «en el fondo, tras una fachada de ley reconocedora de los derechos y libertades de los no nacionales, se esconde una normativa de carácter policial, sumamente rígida, que no tiene nada que envidiar a las recientes leyes dictadas en los países europeos de acogida a los trabajadores inmigrantes».

La justificación de la redacción de un nuevo reglamento se expresa en el preámbulo del mismo; se justifica esta nueva redacción por los siguientes motivos: «incremento de la población inmigrante», «adaptación de las normas estatales al Tratado de la Unión Europea y al Convenio de Schengen», y se

cita en último lugar —y no es casual— el objetivo de «mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros».

En efecto, la nueva redacción tiene su justificación en la adaptación normativa al acuerdo Schengen y a su política de garantizar un estricto control del flujo migratorio, que permita a las autoridades gubernamentales ser eficaces ante ese «incremento de la población inmigrante».

LOS CONTENIDOS DEL REGLAMENTO

Un nuevo sistema de visados

Se establece una nueva ordenación para la emisión de visados, documentos que se constituyen en elementos esenciales para el control de la inmigración desde el origen. La reglamentación de visados de tránsito y de estancia menores de tres meses es prácticamente la misma que existía, aunque la disponibilidad de medios económicos se hace ahora muy estricta. En cuanto a los visados de residencia, es decir, aquellos que deben emitirse para los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España de forma permanente, su concesión —en el caso de los trabajadores asalariados— por parte de las autoridades consulares estarán en función de la obtención de informes que indiquen fidedignamente, a través de la Dirección General de Migraciones, voluntad y compromiso de un empleador para emplear. Sin embargo la obtención de un visado de residencia no garantiza la entrada. En efecto en el artículo 23.7 se puede leer: «La obtención de un visado de residencia se entiende sin perjuicio de las competencias de las autoridades dependientes del Ministerio de Justicia e Interior para autorizar la entrada y otorgar, cuando proceda, el permiso de residencia». Nos encontramos aquí con una prerrogativa de las autoridades del Ministerio del Interior sobre los actos y resoluciones del aparato consular español, lo que puede crear y creará inseguridad para los extranjeros ya que, incluso con visado de residencia, pueden verse rechazados en la frontera. En cuanto a la emisión de visados de residencia para los extranjeros que quieran realizar actividades lucrativas por cuenta propia, su obtención estará condicionada por las resoluciones e informes del Ministerio de Trabajo y la Dirección General de Migraciones.

En general puede decirse que el denominado visado de residencia está pensado para controlar la entrada de extranjeros desde el origen ya que éstos deberán haber obtenido previamente los precontratos de trabajo correspondientes, si son trabajadores por cuenta ajena. Los visados de tránsito o de estancia menores de tres meses están condicionados por los medios económicos exhibidos y los visados por residencia por reagrupamiento familiar pretenden controlar estrictamente que el reagrupamiento se produzca siempre y cuando el extranjero que solicita el reagrupamiento no sólo esté «legal» en España sino que cumpla otros requisitos muy estrictos. Además todo el sistema de visados no garantiza por sí mismo la entrada de extranjeros ya que ésta, está condicionada por las autoridades del Mi-

nisterio del Interior. En efecto, si bien la emisión de visados entra dentro de lo que podemos denominar actividad reglada de la Administración vemos que su concesión está sujeta a motivaciones muy discrecionales. Así el artículo 32.1 del Reglamento dice: «Para la concesión del visado se atenderá al interés del Estado español y de sus nacionales y a la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por España, en el marco de Acuerdos de régimen común de visados. No se concederá visado al extranjero cuya venida a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España.» Como vemos, esta redacción es tan imprecisa e indeterminada que deja la puerta abierta a casi todo. Además la referencia que hace a la condicionalidad de visados a los «Acuerdos de régimen común de visados» puede comprometer —como de hecho ya lo está haciendo— los compromisos privilegiados con los extranjeros iberoamericanos o guineanos ya que si se dice que estos extranjeros están exentos del visado para estancias de tres meses, la «política común de visados» está cada año incluyendo más países iberoamericanos a los cuales se les ha de exigir visado para la entrada en el territorio de la Unión Europea, lo que significa que este régimen privilegiado queda, en la práctica, anulado. Por último queremos hacer mención a la figura de «exención de visado». La exención de visado aparece en la ley como la facultad discrecional de las autoridades gubernativas para no exigir visado a determinados extranjeros que encontrándose en España sin visado o visado caducado puedan, de esta forma, ser protegidos contra la salida o expulsión; en definitiva se trata de legalizar una estancia de un extranjero que no esta legal o en regla en España. Esta actividad discrecional que tienen las autoridades gubernativas —es el gobernador civil quién tiene esa potestad— ha dado lugar a inseguridades y a discriminaciones en la práctica ya que es una facultad, que recogida en la ley, no está reglada ni sometida a ningún control. Se esperaba que un nuevo reglamento tasara la concesión de la «exención de visado» sin embargo esto no ha sido así y la total discrecionalidad en la concesión de la «exención de visados» será la práctica que siga rigiendo, incumpliendo cierta jurisprudencia sobre la materia en la cual se recomendaba reglar esta potestad administrativa.

El control de entrada

El régimen que se establece para el control de entrada es el mismo que ya existía en el anterior Reglamento. La autorización de entrada es competencia de las autoridades policiales de los puestos de entrada o fronterizos. En primer lugar hay que decir, como ya se ha señalado, que el portar un visado en regla no garantiza la entrada. Además del visado se exigen los títulos de viaje y la acreditación de medios económicos. En el anterior reglamento los portadores de visados de residencia estaban exentos de acreditar los medios económicos y sin embargo en la redacción del nuevo Reglamento no se dice nada sobre la cuestión lo que es, en el mejor de los

casos una omisión injustificable desde el punto de vista de la «técnica» jurídica o en el peor, una omisión intencionada para dar pie a una mayor discrecionalidad administrativa en los puestos de control de entrada. En cuanto a las exigencias sanitarias que se establecen en el Reglamento algunas nos parecen injustificables desde todo punto de vista, en especial aquella que hace referencia a la drogadicción como una causa de prohibición de entrada. Sin duda alguna esta exigencia sanitaria está copiada de la normativa norteamericana y refleja el papantismo existente en Europa respecto a la legislación americana antidroga, además establecer la drogadicción como causa sanitaria para la prohibición de entrada exigiría la realización de un control antidoping en frontera lo cual creemos no se va a realizar y si se realizara, creemos que estaría violando derechos fundamentales de la persona. Además de estas causas sanitarias estarían las causas tradicionales de prohibición de entrada, a saber: haber sido expulsado de España, los reclamados por delitos graves por otros países, los que «realicen actividades contrarias a los intereses españoles» —una causa totalmente indeterminada— y «los que tengan prohibida la entrada en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España»; aquí, sin decirlo, se está refiriendo a los que figuran en la lista de «no admisibles» o «lista negra» del Sistema de Información de Schengen y que son los que ha sido expulsados por residencia ilegal u otras causas en el espacio Schengen.

Finalmente el Reglamento prohíbe la entrada a aquellos que se hallen incurso en los supuestos contemplados en el artículo 26.1 de la ley de extranjería, a saber: «aquellos que hayan sido condenados, dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año». Verdaderamente el mantenimiento de esta causa de prohibición de entrada es contraria a cualquier concepción de los derechos humanos fundamentales y responde a una concepción de contención del delito puramente represiva y nada resocializadora y está en la línea de las leyes de «prevención de la peligrosidad social». Piénsese el drama que sería el negar la entrada a un joven del tercer mundo que se va a reencontrar con su madre, residente en Europa, porque éste joven haya cometido un pequeño robo en su país de origen. Afortunadamente, de momento, es imposible la verificación de muchas de estas situaciones pero el hecho que se contemplan en el Reglamento manifiesta la «filosofía» claramente policial y no protectora o integradora que sustentan sus redactores.

La denegación de entrada supone una carga para el transportista que haya transportado al extranjero hasta el puesto de entrada ya que el Estado español le hace responsable de la devolución al lugar de procedencia o a un tercer Estado donde se le garantice su admisión. Esta situación de transferencia de «autoridad» a las compañías aéreas o marítimas o de transporte por carretera ha sido criticada, creemos que con razón, por estas compañías máxime cuando el Reglamento está admitiendo la denegación de entrada de portadores de visados.

La permanencia en España: el permiso de trabajo, la residencia permanente o la Green Card española

La permanencia en España de los trabajadores inmigrantes —estamos obviando en este comentario del Reglamento la situación de los extranjeros «ricos» ya que éstos no tienen, en verdad, problemas de ningún tipo ni aquí ni en ningún país del mundo— está supeditada —en general— a la obtención de un permiso de trabajo bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia; la antigua división de permisos de residencia ha sido «simplificada» en las siguientes modalidades: inicial, ordinario, permanente y circunstancias excepcionales. La inclusión de un permiso de residencia permanente a partir de los cinco años de residencia legal, es sin duda un avance ya que el anterior reglamento no consideraba —contrariamente a la mayoría de las legislaciones y de los convenios internacionales al respecto— una situación de residencia permanente. Dejando claro que la introducción de la residencia permanente es un avance legal —y en nuestra opinión social— debemos decir que su efecto no es milagroso. El efecto que tiene en otras legislaciones como la norteamericana con su «green card», es, a la larga, la de disuadir en la adquisición de la nacionalidad a los trabajadores regularizados y además su implantación suele ir acompañada con movimientos y presiones de lobbys conservadores para restringir el acceso a la nacionalidad. En efecto, en España hasta ahora —y todavía sigue siendo así— los iberoamericanos con residencia legal de cinco años continuada o los procedentes de otros países con diez años podían solicitar la nacionalidad y esto ha hecho que hoy la administración esté tardando dos años o dos años y medio en la concesión de la nacionalidad. En muchos países estos lobbys conservadores a los que nos hemos referido, vienen a decir lo siguiente: «ustedes, extranjeros, ya tienen su "green card", su residencia permanente, no nos fastidien más, no quieran ser ahora nacionales como nosotros» y lo que se hace, al final, es presionar y lograr, con un amplio apoyo social, la modificación de las legislaciones sobre nacionalidad, endureciéndolas. Esto es lo que ha ocurrido en EE.UU., Suiza y hasta en Australia.

Entonces, pensamos, el permiso de residencia permanente ha de considerarse un avance social y legal siempre y cuando no vaya, en un futuro próximo, acompañado de una reestricción en las condiciones de acceso a la nacionalidad.

En cualquier caso, el inmigrante se ve sometido a la provisionalidad de la renovación de sus permisos de trabajo durante cinco años hasta conseguir la ansiada «green card» a la española. Además la administración se reserva una facultad discrecional por razones de «seguridad u orden público» para la denegación del permiso de residencia. La introducción de estas facultades administrativas ha sido denunciada en diversas sentencias del Tribunal Supremo ya que estas razones de «seguridad pública» entran de lleno en lo que se denominan conceptos jurídicos indeterminados y pueden dar lugar a todo tipo de arbitrariedades.

El mantenimiento en este reglamento de la denegación de permiso de residencia por tener antecede-

dentes penales no cancelados nos parecen, como ya hemos señalado, atentatorios contra los derechos humanos fundamentales.

Ni que decir tiene que la denegación del permiso de residencia o su no renovación supone la expulsión o devolución del trabajador, pero esto lo veremos en detalle más adelante. Existen además problemas con los permisos de residencia por reagrupación familiar pero lo esencial es que el permiso de residencia para actividades «no lucrativas», es decir, para los trabajadores inmigrantes, está supeditado a la obtención del permiso de trabajo y ésta es en esencia la filosofía del permiso de residencia.

Los permisos de trabajos para los extranjeros —estamos hablando siempre de extranjeros no comunitarios— han sido reordenados de acuerdo a los permisos de residencia. En general la concesión de los permisos de trabajo están condicionados por la «situación del empleo en España». Cuando la Constitución Española señala que «Todos los españoles tienen derecho al trabajo», no está imponiendo, como algunos pudieran pensar, obligación a los poderes del Estado para garantizar el trabajo para todos, lo que está diciendo es que en España, en principio, los españoles tienen derecho al acceso al mercado laboral aunque eso no signifique forzosamente, como todos sabemos, que todo el mundo consigue ejercer un trabajo. El precepto constitucional lo que indica es que los extranjeros, en España, no tiene un derecho de acceso al mercado laboral español; ese acceso sólo es posible para algunos extranjeros: para aquellos que las leyes españolas señalen que puedan acceder al mercado laboral. En efecto, todas las legislaciones del mundo se reservan el derecho al trabajo como un derecho exclusivo para sus nacionales y sólo subsidiariamente para algunos extranjeros. Partiendo de esta filosofía, el derecho español ha ido evolucionando de acuerdo a la evolución del mercado laboral en España. Así se recordará que hasta la entrada en vigor de la ley de extranjería los iberoamericanos no tenían necesidad de tener permiso de trabajo para residir en España y su acceso al mercado laboral por tanto, no tenía ninguna restricción genérica. Ahora esto ya no ocurre así: hoy todos los trabajadores inmigrantes —excepto algunos de sus parientes y algunas otras excepciones— requieren simultáneamente de un permiso de trabajo y de un permiso de residencia para residir en España. Esta pescadilla que se muerde la cola de permiso de trabajo —permiso de residencia y viceversa es algo que no se quiere solucionar. La mayoría de los trabajadores inmigrantes —excepto los que han sido amparados por permisos de residencia de reagrupamiento familiar— están sometidos a la obtención de un permiso de trabajo y en el caso de los trabajadores inmigrantes por cuenta ajena, por un contrato de trabajo. No sólo es la obtención del permiso de trabajo sino la obtención de un trabajo, de un contrato, lo que garantiza el permiso de residencia. Es indudable que esta situación conlleva en sí misma multitud de situaciones en que unos trabajadores inmigrantes con residencia ordinaria legal puedan perderla por el simple hecho de caer en el desempleo.

El nuevo reglamento, en este aspecto, no aporta nada nuevo ya que las limitaciones para la obten-

ción del permiso de trabajo son las mismas que contempla la ley y que contemplaba el reglamento anterior (falta de mano laboral en determinados sectores, situación de desempleo en España...) y además con un sistema de concesión de permiso laboral totalmente discrecional, sobre todo el que se refiere al del trabajador o profesional autónomo, un sistema que además es susceptible de favorecer una inmigración ilegal «regularizada» fraudulentamente; como ha dicho la profesora Pilar Charro: «La aplicación e interpretación estricta y limitativa de la situación nacional de empleo, como criterio a tener en cuenta a la hora de conceder o denegar un permiso de trabajo debería ser revisada porque su aplicación e interpretación actual no asegura en modo alguno el empleo del trabajador nacional; es más podría afirmarse que consigue un efecto contrario al pretendido inicialmente al no dejar más opción que el trabajo clandestino.»

Como novedad en la reglamentación son los denominados «cupos o contingentes» para permisos laborales en determinadas actividades laborales y sectores económicos aunque estos cupos ya se están realizando desde 1993.

La denegación del permiso de trabajo llega consigo —en la mayoría de los casos— la denegación del permiso de residencia.

Podríamos referirnos a muchos otros asuntos, por ejemplo a como quedan los profesionales independientes y como su acceso laboral está condicionada a la colegiación y a las normas que regulan éstas y podríamos ver como en la actualidad, los colegios profesionales están demorando por años la colegiación de los profesionales extranjeros y como se está presionando para restringir los convenios bilaterales de reconocimientos de títulos, etc., y como esto está causando devoluciones y expulsiones de extranjeros, pero verdaderamente este último asunto requeriría por sí solo un tratamiento especial.

Devoluciones, expulsiones, sanciones e internamientos

Expulsiones

Las infracciones contempladas y que son sancionadas con la expulsión son la que ya existían en la anterior redacción a saber, «realizar actividades contrarias al orden público o la seguridad nacional», «por encontrarse ilegalmente en España y no haber obtenido o revisado los permisos correspondientes», «por encontrarse trabajando ilegalmente en España aún teniendo un permiso de residencia», haber sido condenado, dentro o fuera de España por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año», «por incurrir en ocultación dolosa o en falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación jurídica en nuestro país» y «por carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales». De éstas sanciones de expulsión están exceptuados algunos colectivos entre ellos los residentes permanentes para los cuales están pensadas

unas multas que van de 50.000 a 2.000.000 de pesetas. Los órganos sancionadores son los gobernadores civiles.

Lo primero que se debe señalar es que el nuevo Reglamento sigue aplicando una medida tan dura como es la expulsión para infracciones diversas y de calidad diferente. Así causa perplejidad que un extranjero que realice actividades contrarias al orden público o atente contra la seguridad del Estado sufra la misma sanción —la expulsión— que un mendigo extranjero o una persona que por no haber renovado su permiso de residencia a tiempo este residiendo ilegalmente. Esta falta de graduación, creemos que viola el principio de proporcionalidad de las sanciones. Lo que en definitiva no se contempla es la condición del «arraigo» del inmigrante, aunque éste sea ilegal, para impedir la expulsión. En definitiva la ley y el Reglamento son extremista y para el inmigrante ilegal —independientemente de los años que hubiera estado residiendo en España— sólo se contempla la posibilidad de la expulsión o la devolución. Este tipo de reglamentaciones lo que provocan son situaciones como la de los EE.UU., donde cientos de miles de personas —con hijos, con decenas de años de residencia ilegal— viven —y mueren— en la semiclandestinidad en los guetos hispanos. Además, el no contemplar ninguna vía para que los ilegales se conviertan en legales genera mayor ilegalidad. Varios informes del Defensor del Pueblo señalan que el «arraigo» debería ser considerado como un factor que impida la expulsión.

Por lo demás, nos parece excesiva la expulsión de un extranjero que haya sido condenado por conducta dolosa en España o fuera de España con pena privativa de libertad por más de un año. Esto se aleja de cualquier principio de resocialización y trasgrede el espíritu de la ley penitenciaria española. Existen otras causas que se podrían comentar y que están afectando ya a una parte de la inmigración en España como puede ser el ejercicio de la prostitución, que en diversas sentencias ha sido catalogada como medio ilícito de vida y ha supuesto la expulsión de mujeres inmigrantes pese a tener sus papeles en regla. El problema es que ni la ley ni el reglamento precisa lo que son «medios ilícitos» de vida o «actividades ilegales».

En cuanto al procedimiento de expulsión hay que distinguir aquellas que son producto de una resolución judicial de las que son de una autoridad administrativa. Los primeros procedimientos se aplicarán a los extranjeros que, incurso en procedimientos por delitos menos graves con sentencia firme o con procedimiento de expulsión en curso, podrán ser expulsados en un plazo que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. Igualmente el Nuevo Código Penal establece la expulsión para el extranjero condenado a penas superior a dos años y menores de dos o superior a seis y una vez cumplida la condena en un tercio de la misma, prohibiéndose la entrada por el tiempo de su condena. Creemos que tanto lo establecido en la ley de extranjería como en el Código Penal viola los principios de reinserción social y responde a una concepción xenofoba («maleantes extranjeros fuera de España») además es incluso discriminatoria con los condenados nacionales ya que a éstos no se les da la «oportunidad» de sustituir la

pena de prisión por la «expulsión». En verdad, el mantenimiento de este tipo de concepciones casi en el siglo XXI y en países desarrollados expresa un problema muy profundo de las relaciones entre el Norte y el Sur.

Las demás expulsiones se realizarán previa comunicación y con un período —como mínimo de setenta y dos horas— de alegaciones que no interrumpa el procedimiento de expulsión. En general y si atendemos a las quejas recibidas por el Defensor del Pueblo las alegaciones, en los procedimientos de expulsión, apenas son valoradas por los órganos gubernativos. En definitiva, nos encontramos con unos procedimientos de expulsión muy expeditivos, sin garantías de plazos prudenciales y sin garantías y ningún auxilio en el brevísimo plazo de alegaciones.

Internamientos y detenciones «cautelares»

En los casos de residencia ilegal por falta de renovación de permisos o por denegación de los mismos, por «actividades contrarias al orden público» o «por carecer de medios lícitos de vida», la Administración o la autoridad gubernativa está capacitada para la detención preventiva del extranjero y con autorización judicial, su internamiento en «centro no penitenciario» durante el tiempo necesario hasta que se resuelva el expediente de expulsión del mismo. Independientemente del juicio que en su momento le mereció al Tribunal Constitucional —que consideró que estas figuras entraban dentro de la constitución— seguimos pensando que la detención preventiva de acuerdo precisamente al artículo 17.1 de la Constitución es inconstitucional, ya que la detención preventiva se inserta en el entorno de la jurisdicción criminal y no en la acción sancionadora de la Administración. Como ha dicho alguien, «se permite la detención preventiva por una autoridad gubernativa por causas que no son constitutivas de delito, ni muchas veces de falta, ni siquiera de infracción de la normativa de extranjería ya que puede presumirse en tanto no se resuelva el expediente de expulsión que son extranjeros residentes legalmente en España». El internamiento en los centros no penitenciarios, aunque con autorización judicial, es un mero artilugio de intentar asimilar un proceso administrativo —como claramente es el de expulsión— con un proceso penal. Creemos, y lo creemos muy respetuosamente, que el Tribunal Constitucional ha sacrificado garantías y derechos atendiendo a la «razón de Estado». Además, en la práctica, la detención preventiva y el internamiento se suele producir en centros y depósitos policiales como muchos extranjeros conocen y han padecido y el trato se suele recibir es el de un delincuente, que como todos sabemos —desgraciadamente— no suele ser el mejor trato. De hecho en encuesta que se han podido realizar entre extranjeros «detenidos» para su expulsión, éstos han confirmado que eran tratados como «delincuentes» y que la policía realmente creía que eran delincuentes, lo que ocurre es que una persona detenida por orden judicial es una persona con más derechos que una persona detenida para ser expulsada.

La devolución a frontera

La devolución es una acción administrativa —una orden del gobernador civil— que no está sujeta a ningún tipo de expediente y afectan a los extranjeros que hayan sido expulsados de España y tenían una prohibición expresa de entrada y aquellos que hayan entrado ilegalmente en España, es decir que no porten los visados correspondientes. Estos extranjeros no tienen ningún tipo de derecho que les ampare en su situación y están a disposición de las autoridades gubernativas y de su acción. La devolución implica normalmente el regreso al país de procedencia —normalmente a costa del transportista que lo haya traído hasta la frontera— pero el problema se presenta cuando el país de procedencia no acepta la entrada de este extranjero y estos extranjeros se convierten en «residentes» de los aeropuertos.

Dos cuestiones finales: una, sobre los plazos de resolución de los trámites administrativos: se contempla con carácter general de tres meses y en el caso de no resolución el silencio administrativo se entenderá desestimatorio. Ni que decir tiene que estos trámites suelen tardar más de tres meses en su resolución lo que indica que la administración no tiene ningún interés o ninguna confianza en poder agilizar la resolución de estos expedientes de extranjería lo que vulnera, al menos esta es nuestra opinión, uno de principios básicos de la acción administrativa: la celeridad. La otra cuestión es un comentario sobre el proceso de regulación que se contempla en la disposición transitoria tercera del Reglamento: es un nuevo proceso de regularización, es decir, de «legalización» a antiguos residentes que han vuelto a caer en la situación de ilegalidad. En fin, ello indica que muchos extranjeros que pudieron «legalizarse» en los dos procesos de regularización anteriores han vuelto a caer en la «ilegalidad» y a ellos está dedicado este nuevo proceso de regularización. Es una especie de «repesca» para los que han vuelto a caer en la horrible pesadilla del permiso de trabajo —permiso de residencia e indica que cada año estos procesos de regularización se restringen más. No es éste el momento para comentar como se producen las bolsas de «ilegales» en países de inmigración pero sólo decir que el sistema de extranjeros en países de fuerte inmigración está

pensado o conduce a garantizar una mano de obra «ilegal» de amplias dimensiones.

Hasta aquí el comentario del Reglamento de extranjería, por supuesto que se podría haber hecho más extenso pero creo que lo fundamental está dicho.

COMENTARIO FINAL

En los países miembros de la Unión Europea existen cerca de diez millones de extranjeros con residencia legal lo que representa menos del 3 por 100 de la población comunitaria. Los extranjeros en situación de estancia ilegal representa, según diversas fuentes, cerca de tres millones.

No estamos —pese a lo que normalmente se afirma— en un momento de vastas oleadas de movimientos migratorios; esos movimientos fueron muy intensos desde finales del siglo XVIII y tuvieron mucho que ver con la expansión colonial del capitalismo. Ciertamente la revolución en los sistemas de transportes y las cada día más marcadas divisiones entre el Norte y el Sur anuncian una presión migratoria intensa. Sin embargo, los flujos migratorios tienden a autorregularse y la caída del empleo en las economías del Norte ponen un límite natural a la intensificación de estos flujos. En Europa, hoy vivimos un período en que se pretende controlar administrativamente los flujos migratorios y la denominada políticas de «cupos» es la concreción de esta tendencia. El espacio Schengen y el control de las fronteras externas pretenden precisamente regular los flujos migratorios. La Europa fortaleza es una realidad. El liberalismo que propugna la Unión Europea —al parecer— sólo rige para algunas cuestiones pero desde luego no para los flujos migratorios donde el proteccionismo es lo imperante. Es esta política proteccionista y antisolidaria la que esta fomentado el racismo y la xenofobia en Europa. Es triste, pero lo que se pretende es regular los flujos migratorios en función de las necesidades estrictas del mercado laboral. Todo lo que no sea esto se convierte en un problema de seguridad y orden público. Así es que no es fácil hacer una predicción sobre el futuro de la inmigración en Europa todo dependerá del desarrollo demográfico y de las capacidades productivas pero en cualquier caso todo está preparado para que los flujos migratorios no trastornen el «orden» de la segura Europa.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

La investigación de los casos de corrupción a través de las técnicas de «seguimiento de la pista de los papeles» [«following the paper trail»]*

Giuliano TURONE

1. En esta exposición, no voy a tratar rasgos y técnicas de investigación de las que se han ocupado los intervinientes anteriores. Nada añadiré, por ejemplo, sobre lo que ya se ha escuchado acerca de entregas controladas de dinero. Pero ese será, en cierto modo, mi punto de partida, porque una entrega controlada de dinero, hace cuatro años, fue el arranque de las investigaciones sobre corrupción en Italia, conocidas como «manos limpias».

Como probablemente saben ustedes, las investigaciones y los procedimientos de la operación «manos limpias» sobre corrupción aún siguen desarrollándose en Italia y tuvieron un fuerte impacto en la vida del país. Durante los cuatro últimos años, la Jurisdicción de Milán investigó más de cuatro mil personas por corrupción de funcionarios, encaminada a conseguir contratos de obras y servicios públicos. Entre ellas, tanto en el lado activo como en el pasivo, se encuentran unos ochenta antiguos miembros del Parlamento, cuatro antiguos primeros ministros y algunos ministros, junto con empresarios de las mayores empresas nacionales y extranjeras, incluidas algunas públicas de primer orden. Hoy, dos mil personas han sido ya llevadas a juicio, y setecientas de ellas han sido condenadas; en algunos casos, por sentencia confirmada en apelación.

La mayoría de estos casos se referían a sobornos de funcionarios Italianos, pero también se descubrieron casos de cohecho de funcionarios o de políticos extranjeros por empresas italianas. Además se puso de manifiesto que el problema de la corrupción de funcionarios extranjeros resultaba inseparable de la corrupción de funcionarios nacionales, dado que el dinero transferido al extranjero regresaba frecuentemente, por supuesto a través de circuitos encubiertos y tortuosos, para financiar ilegalmente a los políticos e intermediarios nacionales de las transacciones comerciales internacionales.

Bien, el punto de partida de todo fue una entrega controlada de dinero relacionada con un caso muy

sencillo de cohecho de un funcionario —apenas algo más que una infracción de poca monta en comparación con el impresionante número de cohechos descubiertos más tarde— que ocurrió en febrero de 1992. El administrador de una empresa pública de servicios sociales, que gestionaba una residencia de descanso de la tercera edad, requirió una dádiva de siete millones de liras a un contratista de limpieza como contrapartida de la concesión de una contrata de limpieza diaria de la residencia. El contratista aparentó aceptar, pero informó a la policía. El Fiscal dispuso una entrega controlada de dinero y el funcionario fue detenido con las manos en la masa.

Después, partiendo del funcionario detenido y de la indagación de su posición económica, siguieron una serie de investigaciones entrelazadas. Se descubrió que su patrimonio era considerablemente desproporcionado en relación con su sueldo, actividades legales y declaraciones fiscales. Resultó que su desproporcionada riqueza era el resultado de otros sobornos procedentes de otros empresarios, que fueron identificados e interrogados. Y se comprobó que los empresarios habían pagado sobornos, a veces enormes, no sólo a ese funcionario, sino también a otros funcionarios.

En este sentido, las investigaciones y procedimientos de la operación «manos limpias» se extendieron cada vez más, en una escalada progresiva que iba de administradores de empresas a organizaciones de servicios públicos; de los funcionarios a hombres de negocios, y de los hombres de negocios y empresarios públicos a altos funcionarios y políticos. El objetivo de los cohechos era unas veces el enriquecimiento personal, otras, la financiación clandestina de partidos políticos, y, otras, ambas cosas a la vez. El caso exigió la dedicación de muchos fiscales y jueces de Milán, y la demanda de cooperación judicial en muchos países, debido al uso sofisticado de fondos de corrupción y empresas de cobertura por todo el mundo. Y las imputaciones iban desde el cohecho —activo y pasivo— de fun-

* Contribución a la Conferencia Internacional sobre corrupción, organizada por el Consejo de Europa (Estrasburgo, 24-25 de abril de 1996).

cionarios, a falsedades contables y otros delitos societarios, y de la financiación ilegal de partidos políticos a la extorsión con apariencia de exacción legal de tasas oficiales.

Más aún, esas investigaciones y procedimientos han demostrado que la corrupción es capaz de constituir un sistema general, distorsionando así las reglas de la competencia leal y el funcionamiento de mercados y transacciones, y llegando a poner en peligro el orden institucional en los países afectados. Lo que hace más urgente la necesidad de investigaciones y acusaciones eficaces contra ella, en el marco de una creciente cooperación judicial internacional.

2. Bien, ¿qué decir de las técnicas y estrategias de investigación dirigidas a localizar fuentes de prueba en tales investigaciones, teniendo en cuenta su habitual, y absolutamente peculiar, dimensión transnacional?

Ante todo, debemos reconocer que desempeñan un importante papel los informadores y los colaboradores de la Justicia, al menos en los primeros comienzos de tales investigaciones. En cuanto fenómeno, la corrupción, como típico delito de guante blanco, tiene una «visibilidad» extremadamente baja en sí misma, y es susceptible de permanecer como una cuestión particular y secreta entre las dos personas intervinientes, mientras ninguna de ellas tenga interés en divulgarla. Aún más baja es la «visibilidad criminal» en sí misma del acto llevado a cabo por el funcionario en contrapartida de la propina: debido a la discrecionalidad que caracteriza la actividad de las Administraciones públicas, es muy difícil concluir, en abstracto, que, por ejemplo, construir un hospital en un lugar determinado, en vez de en otro, o desarrollar un programa, y no otro, vaya contra el interés público. Así, y especialmente cuando la corrupción se ha convertido en un sistema extendido y encubierto, el único punto posible de partida de la investigación será que una persona, involucrada en el sistema de corrupción, llegue a sustraerse a él y a proporcionar informaciones adecuadas a las autoridades investigadoras.

Eso es, exactamente, lo que sucedió en Italia, en 1992, con el contratista de limpieza del que he estado hablando, y que fue la primera persona que se atrevió a rechazar el sistema de corrupción. Pero después de él, otras muchas personas siguieron su ejemplo, a medida que la investigación iba descubriendo otras transacciones y transferencias de fondos de imposible justificación, así que un gran número de imputados aceptaron colaborar. En realidad, especialmente en los niveles más bajos de las empresas concretas implicadas en el sistema de corrupción, el código de silencio se rompe muy fácilmente, tan pronto las autoridades investigadoras dan muestras de actuar con enérgica firmeza, con eficacia y con profesionalidad.

Hasta ahora, no ha habido necesidad de una particular protección de testigos y de imputados cooperadores, excepción hecha de unos guardaespaldas para una pareja de testigos que habían sido amenazados por personas no identificadas. Ahora bien, la ley del silencio y la coacción pueden apoyar el sistema de corrupción tan pronto éste alcanza un nivel

tal que se entremezcla con círculos de crimen organizado. Esto fue una verdad patente, pero todavía no en los procedimientos de la operación «manos limpias» de Milán, sino en otras investigaciones que tienen que ver con corrupción en conexión con crímenes de la mafia. Por supuesto, en caso de necesidad real, se aplicarían los programas de protección de la legislación italiana, en interés de testigos y de colaboradores de la justicia.

3. Esto es suficiente, creo, al menos en cuanto se refiere a los testigos, informadores y colaboradores de la justicia. Pasemos, entonces, a otras y más sofisticadas técnicas de investigación, que son capaces de ir más allá partiendo de las informaciones básicas dadas por testigos e imputados colaboradores, y que están estrechamente relacionadas con la dimensión empresarial del sistema de corrupción.

Bien, el principal instrumento para combatir el sistema de corrupción consiste en una estrategia de indagaciones económicas encadenadas. En términos muy generales, esta estrategia investigadora es la misma que se aplica también a las indagaciones sobre crimen organizado y blanqueo de dinero. Pero habrá que poner de relieve algunas características peculiares, dada la muy particular relación que existe entre corrupción y blanqueo de dinero, y entre corrupción y fondos encubiertos.

Ilustraré, primeramente, los pasos básicos de esta estrategia de indagaciones económicas encadenadas.

Las investigaciones económicas tienen que ser específicas, concretas y entrelazadas unas con otras, y orientarse claramente a objetivos graduales progresivos, con el propósito último de asegurar la prueba de la posible conexión entre una porción de bienes y un delito precedente de corrupción. Por regla general, las investigaciones de bienes deberían concretarse inicialmente en la posición económica de una persona determinada y apoyarse en indicios que sugieran que esa persona puede estar en conexión con un sistema de corrupción. Por ejemplo, una persona que fue detenida en el acto de recibir un soborno y cuyo patrimonio personal es desproporcionado e inexplicable teniendo en cuenta sus actividades legales. Entonces, la investigación de bienes debería desarrollarse como una cadena, en la que cada concreta revelación es un eslabón apoyado por el precedente, y que presta apoyo a los eslabones siguientes que forman los sucesivos descubrimientos, y se entremezclaría con entrevistas adecuadas con cualquier sujeto que esté en condiciones de proporcionar informaciones útiles en cualquier fase de la investigación de bienes. Desde un punto de vista pragmático, el arranque de una investigación interrelacionada de bienes en el campo de la corrupción debería ser una fuente de riqueza (una cuenta corriente bancaria, una propiedad inmobiliaria, una empresa financiera, etc.) que lleva a *primera vista* a una persona que resulta «razonablemente sospechosa» de estar involucrada en un caso de actividades de corrupción.

Con respecto a tales «bienes punto de partida», la cadena de investigaciones económicas puede desenvolverse en dos direcciones: de arriba abajo, para fijar la fuente originaria del bien, y de abajo arri-

ba, para identificar sus posibles transformaciones sucesivas. Y una cuidada combinación de los dos tipos de investigación económica puede permitir concretar, respecto de cada bien, sus orígenes más remotos y sus evoluciones más recientes. Por supuesto, queda la cuestión de seguir la pista y valorar las diversas formas de material documental, de acuerdo con las normas aplicables de procedimiento penal, para adquirir los datos básicos que pueden formar parte de la investigación de bienes.

Por ejemplo, imaginemos que la persona sospechosa, directa o indirectamente, se ha convertido súbita e inesperadamente propietario de un hotel. Bien, el hotel mismo va a ser el blanco de una cuidadosa serie de investigaciones económicas: el encadenamiento de indagaciones económicas *en sentido descendente* rastreará el origen del dinero que se invirtió en el hotel, mediante el análisis de las transferencias, contratos, licencias, ofertas de obras en el edificio, transacciones financieras y movimientos bancarios que hay detrás, así como mediante el interrogatorio de cualquier persona que tenga que ver con ello; las investigaciones económicas en cadena y *en sentido ascendente* seguirán la pista de posibles inversiones posteriores analizando los documentos referidos a la actividad del hotel. Por otro lado, habrá que llevar a cabo parecidas investigaciones en cadena acerca de cualquier movimiento monetario «extraño» que se desprenda de la contabilidad bancaria de la persona sospechosa.

Por supuesto, el objetivo final de tales indagaciones económicas en cadena no es únicamente conseguir la prueba de un delito de corrupción, sino también seguir las huellas e identificar los productos de la corrupción para su posterior decomiso. En Italia, el artículo 240 del Código Penal establece que los efectos de *cualquier* delito pueden ser decomisados de acuerdo con una orden judicial y en caso de condena, y el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal dispone que cabe mandamiento judicial de embargo preventivo de cualquier bien susceptible de ulterior comiso.

Bien, puede autorizarse que esta estrategia de investigaciones económicas sistematizadas y entrelazadas se desarrolle más allá de las fronteras nacionales.

Para alcanzar este objetivo, los países de la Europa occidental —y también algunos otros países fuera de Europa— ya se dotaron de instrumentos legales que permitirán investigaciones internacionales sobre los efectos derivados de *cualquier* delito, y la ejecución de su embargo y comiso a escala internacional. Estoy hablando de la Convención internacional sobre blanqueo, busca, secuestro y comiso de los efectos procedentes de un delito, promovida por el Consejo de Europa y hecha en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. El artículo 1, a) de esta Convención afirma que la palabra «efectos» significa «cualquier ventaja económica procedente de infracciones criminales». Así, en principio, y salvo la posibilidad de reservas, la convención no hace distinción entre infracciones penales y es también aplicable a los efectos procedentes de la corrupción.

Además, la filosofía de las investigaciones interrelacionadas de bienes es exactamente la misma en que está basada la convención de Estrasburgo,

dado que su propósito es precisamente hacer posibles tales investigaciones a escala internacional, y se requiere a los Estados firmantes para que presten asistencia a cualquier otro ante todo para investigar y rastrear los bienes procedentes del delito (incluyendo los procedimientos sobre corrupción) y hacer así posible su comiso, una vez más, a escala internacional.

4. Hablar de la Convención de Estrasburgo, y con relación a los procesos sobre corrupción me da la oportunidad de detenerme durante un momento para presentar, a estas alturas de mi ponencia, un primer conjunto de consideraciones sobre las relaciones existentes entre el blanqueo de dinero y la corrupción como infracción conexas, lo que está en sintonía con la Convención y con muchas legislaciones nacionales, incluyendo la italiana. Veremos más tarde que este tema se vuelve más complicado si se intenta construir la triple relación legal entre corrupción y blanqueo de dinero mediante el uso operativo de fondos encubiertos. Pero ahora limitaré mi análisis a la perspectiva tradicional, tomando en consideración las maniobras de blanqueo que podrían afectar a un soborno real que ha sido recibido por un funcionario, o lo que es igual, los efectos concretos de un delito de cohecho pasivo.

Un funcionario que ha aceptado un soborno tratará de disfrazar su origen y aun ocultar la existencia de su enriquecimiento, para que no resulte perceptible. Mayormente, llevará a cabo operaciones de blanqueo, por sí mismo o con la ayuda de familiares próximos, y se procurará la asistencia de terceros profesionales únicamente para posteriores operaciones que ya no son susceptibles de despertar sospechas. Por eso un extraño que aparezca implicado en tales maniobras de blanqueo (por ejemplo, un empleado de un banco) a menudo actúa de buena fe, y puede ser provechosamente interrogado igual que cualquier testigo extraño.

Por supuesto, esto no siempre es verdad. En un caso concreto, se practicaron en Italia y en Suiza una serie de indagaciones económicas en cadena con relación a un funcionario que había sido acusado de corrupción con base en algunos testimonios. El corruptor era una empresa social. La investigación tuvo éxito y dio estos resultados: los sobornos fueron transferidos por la empresa a la cuenta, en un banco suizo, perteneciente al funcionario; el dinero fue transferido poco a poco a otra cuenta suiza, perteneciente a un corredor de bolsa, al mismo tiempo que se abonaba en la cuenta bancaria italiana del funcionario el equivalente monetario por parte del corredor, que había arreglado una falsa documentación de transacciones bursátiles en las que se certificaba que el funcionario había jugado a la bolsa, y ganado, sistemáticamente. En este caso, la conducta del corredor es claramente susceptible de ser considerada como una acción de blanqueo con referencia a los efectos de un delito de corrupción.

Otro ejemplo: un funcionario aceptó un soborno de cuatro mil millones de liras en bonos del tesoro, y pidió a su administrador bancario que los transformase en dinero mediante mecanismos de maquillaje que mantuviesen la operación encubierta y sin posibilidades de ser advertida. El administrador banca-

rio transformó poco a poco los bonos, asentando las operaciones a nombre de clientes ignorantes de ello, titulares de cuentas de depósito en el mismo banco (y de forma que se impedía que se enterasen de la maniobra), conservando luego los fondos, de modo encubierto, a disposición del funcionario o devolviéndole el dinero en efectivo. Bien, este administrador bancario también podría ser acusado de un delito de blanqueo relacionado con otro de corrupción. Por supuesto, este mecanismo de blanqueo es difícil de descubrir mediante indagaciones económicas relacionadas *únicamente* con el funcionario, y realmente podría ser descubierto siguiendo la pista de los bonos del tesoro tras identificar a la persona que haya actuado como intermediario en el cohecho.

Entonces, en este momento de mi ponencia, puedo presumir, con base en la experiencia italiana, que una estrategia de indagaciones económicas en cadena está en condiciones de poner al descubierto las corrupciones y llevar al rastreo y comiso de los efectos de la corrupción (al margen de si han sido, o no, «blanqueados»), a veces incluso a escala internacional, a condición de que personas que colaboren proporcionen ciertas informaciones previas adecuadas. Sin embargo, y especialmente cuando tenemos que vérmolas con un extendido sistema de corrupción, pueden surgir obstáculos poco menos que insalvables que hagan extremadamente difícil el trabajo investigador.

Para superar tales obstáculos, hay que idear estrategias más sofisticadas, pero previamente tenemos que analizar un nuevo extremo, que es el papel desempeñado por los fondos encubiertos en el sistema de corrupción.

5. Un fondo de sobornos es un fondo permanente encubierto que permite que un empresario lleve a cabo una serie de operaciones encubiertas; de hecho, un fondo de soborno no suele constituirse únicamente para una transacción específica. Los fondos encubiertos son administrados y controlados directamente por el grupo director de la empresa, normalmente por el director financiero o el tesorero, y a veces implican una confusión parcial entre los bienes sociales y el patrimonio personal de los administradores. La existencia y la utilización operativa de los fondos encubiertos conduce a la presentación de contabilidad y presupuestos falsos, a falsear operaciones bancarias, a simular contratos y facturas. Como consecuencia, cuando un fondo de soborno financia un cohecho, la puesta en evidencia de corruptor y sobornado se hace extremadamente difícil a menos que sea posible seguir su pista mediante la incautación de libros de doble contabilidad o de la contribución de un colaborador de la Justicia que esté en una posición tal que pueda dar la información adecuada. Sin embargo, si esto llega a suceder, puede abrirse una nueva serie de útiles indagaciones económicas en cadena y acaso pueda conducir a las instancias investigadoras al corazón del sistema de corrupción.

Un fondo de soborno puede constituirse tanto en el país de origen de la empresa como en el extranjero.

Los mecanismos posibles de constitución de tales fondos a veces son los mismos, con independencia

de que se organicen en el país o en el extranjero: por ejemplo, falsificar operaciones comerciales y facturas, normalmente por medio de servicios ficticios de gestoría; o simular operaciones financieras que no se corresponden con la realidad, y «planeadas a la carta», que suponen la contabilización de pérdidas para la empresa; en este caso las autoridades investigadoras deberían comprobar si realmente aquellas pérdidas se corresponden con los resultados del mercado.

Veamos ahora, ante todo, algunos ejemplos concretos de cómo se establecieron en Italia fondos encubiertos por empresas italianas.

El primer ejemplo supone la complicidad de un administrador bancario y la connivencia de algunos clientes del propio banco, normalmente clientes morosos, en deuda con el banco y con dificultades de liquidez. A estos morosos se les garantizan aplazamientos en los pagos a costa de acepar la apertura, a su nombre, de libretas de ahorro, que serán manejadas por el banco para encubrir operaciones en interés de las empresas que precisan un fondo de sobornos. Y los fondos encubiertos de estas empresas serán transferidos a las cuentas de ahorro abiertas ficticiamente a nombre de aquellos clientes, para ser disimuladamente manejadas por el administrador bancario según las necesidades de la empresa. Una situación como ésta se ha descubierto mediante una cadena de investigaciones económicas en un caso de corrupción, gracias a la identificación y colaboración de uno de los clientes morosos cómplices del banco, dado que algunos sobornos a funcionarios parecían tener su origen en la libreta de ahorro *de aquél*. Pero un pleno descubrimiento de tal sistema exigiría la colaboración del mismo administrador del banco.

El segundo ejemplo se refiere a un mecanismo capaz de constituir un fondo de sobornos *en el mismo seno* de la propia empresa, sin la complicidad de personas ajenas, y entraña una confusión parcial entre los bienes empresariales y los de propiedad personal de los administradores. Una sociedad *simuló* poner en circulación títulos de obligación por importe de cinco mil millones de liras, y alguno de los altos directivos *simuló* suscribir personalmente todos los títulos. Bien, los intereses acumulados de estas obligaciones ficticias funcionaron como un fondo de sobornos al servicio de la empresa. Una situación como ésta fue puesta al descubierto mediante el descubrimiento y secuestro de la doble contabilidad de la empresa, evidenciando el pago de sobornos a funcionarios.

Añadiré que la constitución de fondos encubiertos es una conducta criminal de acuerdo con la legislación italiana, ya que siempre supone un delito de falsedad contable, por el que los administradores sociales pueden ser condenados a pena privativa de libertad de entre uno y cinco años, de acuerdo con el artículo 2621 del Código Civil. Además, un fondo de sobornos constituido con la complicidad de administradores y empleados del banco, como en el primer ejemplo, también supondrán una infracción de la ley contra el blanqueo —la ley número 197 de 1991, vigente en Italia en virtud de la directiva 308/91 de la Comunidad Europea— debida a la vio-

lación de las exigencias de correcta contabilización de transacciones.

6. Algunos otros mecanismos, más sofisticados, pueden ser particularmente convenientes para la constitución de fondos encubiertos en el extranjero. Más precisamente, estos mecanismos internacionales (por ejemplo, simulación internacional de operaciones financieras, como intercambios internacionales) son sólo desarrollos de los antedichos mecanismos, de modo que los acomodan a los sistemas descentralizados [*off-shore*].

Las empresas multinacionales suelen recurrir a sistemas descentralizados, entre los que cabe distinguir los «paraísos empresariales», concebidos para permitir la actividad financiera sin ninguna obligación de registro contable, los «paraísos bancarios», en los que las reglas del secreto bancario son muy estrictas y casi insuperables, y los «paraísos fiscales», capaces de garantizar muy considerables beneficios en el ámbito tributario. Bien, gracias a los sistemas descentralizados, una empresa multinacional puede establecer una sucursal o una sociedad controlada en un paraíso empresarial; por otro lado, los beneficios pueden asignarse a un paraíso bancario, que se espera también un paraíso fiscal.

En este contexto internacional, los mecanismos ya dichos de organización de fondos encubiertos se hacen cada vez más eficaces, y su uso operativo en conexión con el pago de sobornos hace cada vez más difícil poner de manifiesto el sistema de corrupción.

En el proceso de establecimiento de un fondo de sobornos, son frecuentemente utilizados fiduciarios o consultores, pero también son frecuentes los sistemas descentralizados constituidos y administrados por el propio sistema bancario. Una compañía italiana puede preguntar a un banco internacional por la disponibilidad de tapaderas en las que llevar a cabo ciertas operaciones. Todos los bancos internacionales poseen, en su propio interés, un sistema único de «reversión» ya disponible. Así, la empresa coligada va a ser utilizada como tapadera cuando no se necesita montar una *ad hoc* para operaciones determinadas: el banco se limita a poner a disposición su propio sistema de «reversión». Por ejemplo, un banco suizo tenía un sistema de «reversión» organizado a través de un banco en Hong-Kong. Los recursos financieros ingresaban en el circuito en Hong-Kong, pero en realidad se suponía que habían ingresado en Suiza. El dinero procedente de Hong-Kong iba pasando por una cadena de cuentas bancarias y empresas descentralizadas, y transferido a su destino final, a saber, cuentas en Bahamas y Liechtenstein. Todo esto se descubrió siguiendo la pista de papel dejada por un considerable soborno pagado a un funcionario, y luego «blanqueado» a través del antedicho banco suizo.

En este contexto, un fondo de soborno capaz de alimentar encubiertamente un sistema de corrupción puede establecerse mediante una operación conocida como «espalda con espalda» [*back to back*]. Un italiano, por ejemplo, transfiere recursos financieros a un *holding* suizo. Los fondos son transferidos a un paraíso fiscal, como Curaçao, supuestamente en busca de beneficios tributarios; se colo-

can en un depósito bancario, y así en esta fase las cuentas de la empresa revelan una operación aparentemente activa. En realidad, el fondo se utiliza como garantía, como resultado del cual el banco de Curaçao financia a una empresa descentralizada en Panamá, a través de la cual los recursos regresan a Suiza, donde son utilizados por el *holding* italiano para encubrir operaciones, incluidos sobornos a funcionarios. Cuando se agotan aquellos recursos, el banco de Curaçao recupera sus fondos, confiscando el depósito activo original, y se convierte en una partida de pérdida para la empresa.

7. ¿Cómo pueden remontar nuestras estrategias de investigación tales tapaderas y obstáculos basados en fondos encubiertos y empresas descentralizadas, y capaces de proteger tan impresionantemente un sofisticado sistema de corrupción?

Digamos en seguida que los instrumentos legales con los que hoy en día contamos —a nivel nacional e internacional— son claramente insuficientes para desarrollar una estrategia realmente eficaz. Voy a decir también algo sobre esto, al concluir mi ponencia, pero este tema, la necesidad de un mejor apoyo legal internacional, la necesidad de nuevos convenios, la necesidad de reformas en Derecho Penal sustantivo, tienen que ver con otros ponentes de mañana.

Por otro lado, sin salir del ámbito de las estrategias de investigación posibles dados los actuales instrumentos legales, puedo intentar hacer algunas sugerencias.

Ante todo, creo que es importante tener en cuenta que, para conseguir buenos resultados en el área de la asistencia judicial internacional en casos de corrupción, es preciso un *adecuado* intercambio de información entre las autoridades investigadoras —tanto del país requirente como del requerido— que se mueven en casos de corrupción. Por ejemplo, el requirente puede presumir que una cierta cantidad de dinero que constituye el efecto de un delito de corrupción, ha alcanzado a una sociedad fiduciaria, y llegado a una cuenta bancaria de esa compañía en el país requerido. Bien, las autoridades del país requirente informarán detalladamente a su correspondiente sobre los resultados de una investigación precedente en cadena, a fin de proporcionar indicios racionales sobre el origen *ilegal* del dinero, o, al menos, para probar que lo que se presenta como una transferencia monetaria es seguramente algo más que una simple exportación de divisas y está de algún modo estrechamente relacionado con un sistema de corrupción, de modo que el seguimiento de la suma de dinero pueda ser posible a través de cuentas-puente o subsidiarias, sociedades de fachada, etcétera. De modo parecido, el país requirente podría presumir que las transferencias monetarias al requerido mediante una actividad de importación y exportación se relacionan con transacciones y facturas ficticias dirigidas a ocultar los efectos de la corrupción: las autoridades investigadoras del país requirente proporcionarán, ahora, a su contraparte información concreta sobre la falsedad de las transacciones, actividades delictivas descubiertas en el país requirente, etcétera.

Dicho esto, señalaré algunos mecanismos concre-

tos que se han puesto en práctica, con éxito, en Italia, dentro de los procedimientos de la operación «manos limpias», para introducirse parcialmente en el mundo de los bancos y empresas descentralizadas.

El primer mecanismo es el acceso a documentos de un banco italiano para examinar las cuentas corrientes que tienen que ver con las relaciones entre el banco y sus sucursales extranjeras, o incluso entre el banco italiano y bancos extranjeros. Por ejemplo, un *holding* italiano que empezó a operar en un sistema de corrupción solía servirse de la sucursal, en Londres, de un banco italiano, para sus transacciones con empresas descentralizadas. Bueno, la lista completa de esas transacciones pudo ser examinada por el fiscal en la sede del banco italiano, dado que allí estaba registrada la documentación de la cuenta corriente relacionada con la sucursal de Londres, en la que también se identificaban totalmente las partes interesadas (nombres, personas y empresas descentralizadas).

Incluso algunas informaciones útiles también pueden conseguirse mediante el análisis de la cuenta corriente entre un banco italiano y un banco extranjero ajeno (pongamos un banco suizo), ya que la documentación relevante, puesta a disposición por el banco italiano, dejó al descubierto el nombre de una empresa descentralizada de Panamá y demostró la estrecha relación de esta empresa no sólo con el banco suizo, sino también con una compañía italiana que pertenecía a un sujeto implicado en un sistema de corrupción.

El segundo mecanismo permite a veces identificar plenamente, a través de un experto, una empresa descentralizada (sede, objeto social y órganos directivos) cuando sólo se conoce el nombre. Resultó que una empresa descentralizada, de la que sólo se conocía el nombre, había sido utilizada para la gestión de un considerable soborno. Bien, un perito pudo identificar plenamente a la compañía tras una investigación que tomó en consideración todas las empresas que habían tenido acceso a la base de datos de la Cámara Italiana de Comercio.

El tercer mecanismo deriva de otro legal muy peculiar, introducido por la ley italiana contra el blanqueo (artículo 5, párrafo 10 de la ley número 197 de 1991), y permite hacerse con información general sobre todas las transferencias electrónicas de fondos que tuvieron lugar en un determinado tiempo entre un banco italiano y un concreto banco extranjero.

Según esta Ley, todos los bancos italianos tienen que armonizar sus propias bases informáticas de datos a las exigencias de la legislación contra el blanqueo. Además, se exige que los bancos proporcionen manualmente información «acumulada» sobre el conjunto de los flujos de fondos a una instancia central responsable de elaborar informáticamente esa información en estadísticas manejables: especial mención se presta a los datos acumulados referidos a transferencias electrónicas de fondos, por lo que se debe registrar también las ciudades (de dentro y de fuera del país) y los nombres de las personas implicadas. Bien, desde la perspectiva de una investigación penal en un caso de corrupción, las autoridades instructoras podrían haber descubierto que

un banco concreto, situado en un «paraíso fiscal» (pongamos la sucursal de Freeport, en las Bahamas, de un banco extranjero principal) se repite a menudo en los resultados de la investigación; en tal caso, los instructores pueden hacerse, mediante la central, con la lista completa de transferencias electrónicas registradas por un banco italiano cualquiera con aquel específico banco extranjero en un período determinado de tiempo, a fin de concretar todas las diferentes transferencias electrónicas de fondos que merecen ser examinadas más adelante en el curso de la investigación.

8. Concluyo mi ponencia, haciendo notar que las estrategias y técnicas investigadoras no adelantarán mucho si no se introducen instrumentos legales nuevos y eficaces, lo mismo a nivel nacional que al internacional. A continuación voy a desarrollar brevemente los siguientes puntos:

- A) El castigo del cohecho de funcionarios extranjeros es inexcusable para preservar la confianza de las personas de otros países en sus gobiernos y en la integridad de las relaciones internacionales. Además, el problema de la corrupción por cuanto se refiere a funcionarios extranjeros es inseparable, a menudo, del que afecta a la corrupción de los nacionales, dado que el dinero transferido más allá de las propias fronteras suele volver a ellas, desde luego a través de circuitos encubiertos y tortuosos, para financiar ilegalmente a políticos e intermediarios nacionales en transacciones comerciales internacionales. A propósito de las modalidades de criminalización, la introducción de especiales reglas de tipificación del cohecho de funcionarios extranjeros en la legislación interna es la vía seguida por los Estados Unidos en la Ley de Actividades Corruptas en el Extranjero. Otra vía podría ser la introducción, a nivel internacional, y, en consecuencia, también en el foro interno, de un principio que equipare a los funcionarios nacionales y a los extranjeros. Tal principio se aplicaría asimismo a la persecución del blanqueo de los efectos de la corrupción consumada en el extranjero.
- B) Debería tipificarse la constitución de fondos encubiertos. Es importante investigar las normas civiles, administrativas y penales que se refieren a ellos, y los mecanismos para constituirlos. La corrupción practicada dentro o fuera de las fronteras, pero a través de tortuosos circuitos internacionales, es extremadamente difícil de localizar, y puede ser eficazmente afrontada sólo mediante la criminalización del establecimiento y la utilización de esos fondos. Por otra parte, la experiencia ha demostrado que, al investigarlos, se deniega la entera ayuda legal internacional so pretexto de que no son sino infracciones de las leyes fiscales. Así que es necesario que las organizaciones estatales e internacionales lleven a cabo un cuidadoso estudio jurídico, que tenga en cuenta su *capacidad encubridora* de la corrupción y de otros delitos: en cierto senti-

do, un fondo de soborno puede ser contemplado ya como un blanqueo «anticipado» de dinero.

- C) Algunos países atraen a los financieros extranjeros permitiéndoles el uso encubierto de fondos. Los llamados «paraísos empresariales» están pensados con el propósito de permitir la actividad financiera sin deber de reflejo contable. Sería prioritario establecer normas que permitiesen controlar la acción de la empresa en el extranjero. Por ejemplo, sería útil requerir a las empresas que actúan a través de circuitos financieros internacionales a fin de que pusiesen de manifiesto la contabilidad de cualquier compañía en el extranjero de la que fuesen titulares o tuviesen el control.
- D) Aun cuando se concede la asistencia legal internacional, los retrasos pueden ser considerables. La introducción, a nivel internacional,

de un tope temporal que todos los países deberían respetar al contestar a los requerimientos extranjeros sería en extremo importante. Cada país podría mantener sus propios procedimientos para proteger los derechos mediante la apelación, pero ese límite máximo cronológico aceleraría eficazmente el proceso de cooperación.

Estas, y otras, medidas nacionales e internacionales, como la cuidadosa solución de los problemas existentes de doble criminalización, robustecerían en verdad las investigaciones en curso y las estrategias de persecución de los principales sistemas de corrupción. Lo mismo el Consejo de Europa que la Unión Europea se están moviendo ya en esta dirección, con sus borradores de convenio sobre la corrupción. Pero todo esto será materia de la jornada de trabajo de mañana.

(Trad. del inglés: Jesús Fernández Entralgo.)

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.



Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal

Fabrizio GUARIGLIA*

I. INTRODUCCION

El tema elegido es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal. Tal caracterización me obliga a exponer, sintéticamente, las características generales del problema: para ello me valdré de una pequeña reseña histórica y después avanzaré sobre el estado actual de la discusión y sus perspectivas futuras.

Son varias las fórmulas que han sido históricamente utilizadas para designar la inadmisibilidad procesal de aquellos elementos de prueba obtenidos mediante la inobservancia o vulneración de las normas —procesales o constitucionales— que regulan su objeto o su mecanismo de recolección. Ello, sin duda, ha contribuido a crear cierta confusión en torno a qué es «lo prohibido» y a cuáles son los alcances de la prohibición. En el ámbito europeo-continental, fue sin duda *Beling* el primero en desarrollar analíticamente el problema en su ya célebre trabajo «Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad»¹. Allí se planteaba, en una formulación que posiblemente hoy no pueda ser mantenida, la existencia de límites a la misión de averiguación de la verdad que preside a la persecución penal estatal, designados, genéricamente, como «prohibiciones probatorias». Dentro de ellas, *Beling* formuló la distinción —hoy todavía utilizada por algunos y criticada por otros— entre *prohibición de temas de prueba* (*Beweisthemaverbote*), cuando ciertos hechos no pueden constituir objeto de indagación probatoria, *prohibición de medios de prueba* (*Beweismittelverbote*), cuando lo inadmisibile yace en el medio probatorio y *prohibiciones de métodos de prueba*, cuando lo que se prohíbe es, precisamente, la utilización de ciertos métodos en la recolección de la prueba (*Beweismethodenverbote*). Todos estos casos son estudiados actualmente bajo el rótulo de *prohibiciones de recolección de prueba* (*Beweiserhebungsverbote*).

Pero no sólo la ciencia jurídica alemana aportó a la discusión. En Italia, sobre todo por influencia de *Florian*², el problema se estudió de la mano de las limitaciones al principio de la *libertad probatoria* en materia penal: todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio prueba. Existen, sin

embargo, *limitaciones absolutas*, que se refieren al objeto de prueba (*thema probationis*) y *limitaciones relativas*, que se refieren a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido en él la valoración de la prueba. Las primeras aluden a la posibilidad de que el hecho o circunstancia a probar esté excluido de la posibilidad de ser probado por una regla de Derecho positivo fundada en la defensa de un bien o interés jurídico que, para el orden jurídico, posee un valor superior que la utilización judicial del hecho o del dato para decidir un conflicto social, como sucede, a guisa de ejemplo, con la filiación adulterina en el derecho argentino. Las limitaciones relativas proceden también de la ley, con idéntico fundamento, pero no impiden, abstractamente, que el hecho o circunstancia, tema de la prueba, pueda ser probado, sino, tan sólo, que sea probado por intermedio de algún órgano o medio de prueba específicos o que sea probado a través de un procedimiento extraño al que prevé la ley. Nuevamente a guisa de ejemplo: las legislaciones positivas impiden, en ocasiones, que ciertas personas presten testimonio contra el imputado (cónyuge o parientes, en grado próximo, sacerdotes, abogados o, en general, personas vinculadas por el deber de la reserva profesional o en la práctica de un oficio); otras veces, el orden jurídico excluye ciertos medios para averiguar una circunstancia, según sucede casi siempre con las formas *ad probationem* y, más concretamente, con el estado civil de las personas, que, en principio, sólo puede ser probado mediante los certificados que expide la autoridad pública competente; por último, las reglas referidas al procedimiento de asunción y valoración de la prueba deben ser respetadas, razón por la cual, por ejemplo, el tribunal de juicio, en la sentencia, no podría valorar en ella —al menos, en contra del imputado— un medio de prueba que no fue incorporado al debate y sometido al procedimiento de contradicción que para él se prevé. Empero, según se observa, las limitaciones relativas no impiden que el hecho o circunstancia valioso para la decisión pueda ser probado por otro órgano o medio de prueba admitido por la ley y conforme al procedimiento que la ley prevé.

Se debe advertir que, como indica la exposición an-

* Asistente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Cátedra del profesor Julio Maier). Quiero agradecer al profesor Maier la discusión de este trabajo.

¹ *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, reimpresión de la 1.ª ed. (1903), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, s/fecha.

² Florian, Eugenio, *De las pruebas penales*, trad. de Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1982, t. I, § 9, págs. 146 y ss; sintéticamente, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de Prieto Castro, Ed. Bosh, Barcelona, sin fecha, Cap. V, § 70, págs. 314 y ss.

terior, el desarrollo de las llamadas *prohibiciones probatorias* no emerge, en el derecho continental-europeo, para afianzar ciertas garantías procesales del imputado, en el marco de sus derechos fundamentales en un Estado de derecho.

Junto con esta evolución en el derecho continental-europeo se desarrolló, en el ámbito del derecho angloamericano un sistema conceptual menos rígido —y seguramente más pragmático— en torno al tema en análisis: la doctrina de la *exclusión probatoria*, o, simplemente, *regla de exclusión*, elaborada por la Corte Suprema de los EE.UU. a partir del fallo *Weeks vs. U.S.* (1914). Este desarrollo, que si bien ha conducido a resultados prácticos similares al de las tesis europeo-continuales, partió, sin embargo, de postulados políticos esencialmente distintos: la regla de exclusión surge como un *método para reforzar la vigencia de ciertos derechos constitucionales* (en el fallo mencionado, la protección del domicilio, papeles privados y efectos personales contra búsquedas y secuestros irrazonables), y no emerge, por lo contrario, como una excepción a las facultades de indagación de un Estado en principio no limitado en el desarrollo de esta tarea.

Esto marca, a su vez, una importante diferencia entre los respectivos ámbitos de la discusión académica: mientras que en los EE.UU. siempre se ha argumentado sobre la base de las garantías constitucionalmente tuteladas, y de la eficacia de la regla de exclusión para su protección, la discusión europeo-continental, aunque aquí me limito en verdad a la República Federal de Alemania, se ha ceñido históricamente de manera fundamental —y acaso, excesivamente— al derecho positivo común, el cual rara vez contiene disposiciones expresas en cuanto al tema que nos ocupa (una excepción es el § 136a OPP, que prohíbe expresamente la valoración de la declaración del imputado obtenida mediante coacción o engaño). Prueba de esto es que sólo una decisión sumamente reciente la Corte Suprema alemana (BGH) reconoció la existencia de una prohibición de valoración probatoria frente a la omisión del deber de advertencia previa a la declaración del imputado sobre su derecho a guardar silencio, recogido en el § 136 OPP, tras años de concebir a dicha regla como una «mera disposición de orden», cuya vulneración no arrojaba consecuencia jurídica alguna —ni siquiera para fundar la casación—, a pesar de la crítica sostenida de la doctrina. A partir de BGH 38, 214 (27.2.1992), la Corte afirmó la existencia de una prohibición de valoración probatoria derivada de la lesión al § 136 OPP, para lo cual tuvo que abandonar el plano normativo del derecho positivo común y fundar el derecho a guardar silencio en «la dignidad del hombre, en el derecho a la personalidad y en el principio del debido proceso».

Todos estos intentos conceptuales pretenden designar, cada cual a su modo, y conforme sus propias fundamentaciones, la *inadmisibilidad de la valoración en contra del imputado de aquellos medios de prueba que han sido obtenidos mediante la vul-*

neración de disposiciones legales vigentes, o de garantías constitucionalmente consagradas. De aquí en más, me referiré a dicha inadmisibilidad utilizando la expresión «prohibiciones de valoración probatoria», ya que, posiblemente, ella resulte más familiar en este ámbito.

II. LA DELIMITACION DE LAS PROHIBICIONES DE VALORACION PROBATORIA

La dogmática alemana divide a las prohibiciones de valoración en «dependientes» e «independientes», según se apoyen o no en la lesión a una prohibición de adquisición de prueba (como, por ejemplo, las normas referidas al derecho de ciertos testigos de no declarar contra el imputado). En el primer caso, la delimitación no presenta mayores problemas, ya que la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición establecida en el precepto legal. El problema se plantea, como es natural, en el segundo grupo, que es claramente el mayoritario, y en el que se incluye a las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales (*verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote*): allí, según la opinión dominante, se debe realizar en cada caso una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, y se debe negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, fundamentalmente, en los casos de «criminalidad grave y de difícil esclarecimiento».

Esta fundamentación es muy cuestionable. Por lo pronto, ella parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria exclusivamente como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden o no ceder frente a la potestad persecutoria estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema ético que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular. Prueba de ello es que, hasta hoy, la única respuesta intentada a la crítica que sostiene que esta fundamentación se acerca al aforismo *In delictis atrocissimis... iura transgredi licet*³ no ha sido otra cosa que una aceptación parcial del aforismo en cuestión⁴. Ello significa que, en la práctica, la limpieza del procedimiento penal dependerá, en verdad, de la magnitud de la imputación realizada, ya que el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución es algo así como «en casos de criminalidad grave, procuren respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, ello sólo excepcionalmente constituirá un obstáculo para la persecución». Desde el punto de vista preventivo, una estrategia no demasiado aconsejable.

No corre mejor suerte la tesis de la Corte Suprema alemana que circunscribe el círculo de prohibiciones de valoración independientes a la lesión efectiva de una norma que afecte el «ámbito de derechos» del imputado (*Rechtskreisstheorie*). Para ello, recurre al «fundamento de la disposición» vulnera-

³ Sydow, Franz, *Kritik der Lehre von den «Beweisverboten»*, Holzner Verlag, Würzburg, 1976, págs. 59 y 108.

⁴ Rogall, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungsten-*

denzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, en «ZStW», Bd. 91, De Gruyter, Berlin, 1991, pág. 34.

da y al interés para el que ha sido creada. Esta teoría ignora directamente el derecho del imputado a que no sólo aquellas disposiciones que han sido dictadas para proteger sus derechos sean respetadas, sino también la *regularidad* del procedimiento seguido en su contra⁵. Ello es subrayado en la ácida crítica de Sydow: «quien se encuentra en la cárcel porque el tribunal ha lesionado una disposición procesal, y sin la vulneración él hubiera sido con seguridad o incluso con probabilidad absuelto, no olvidará esta teoría, y no lo tranquilizará que la lesión procesal no haya afectado esencialmente su ámbito de derechos»⁶.

La evolución en este aspecto en el derecho angloamericano tampoco resulta satisfactoria⁷. La opinión dominante ha basado siempre la necesidad de una regla de exclusión probatoria a partir de los efectos preventivos que ella produciría sobre los órganos de la persecución penal. Así, la exclusión de la prueba obtenida en forma irregular ha sido negada en aquellos casos en los cuales se considera que dichos fines preventivos no resultan necesarios: cuando, por ejemplo, un oficial de policía actúa en la «creencia objetivamente razonable» de que su conducta respeta los derechos fundamentales del afectado, aunque objetivamente los lesione, es innecesario recurrir a la exclusión de la prueba adquirida mediante la injerencia irregular (*good faith exception*). En casos de este tipo, según la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., los beneficios preventivos que presentaría la regla de exclusión quedan superados por sus propios costos («imputados culpables pueden quedar libres o recibir sentencias reducidas») ⁸. La discrepancia de la minoría de la Corte frente a esta excepción al ámbito de aplicación de la regla resume la crítica que se le debe formular: la vigencia de la regla de exclusión no depende de sus eventuales efectos preventivos, sino que ella se deduce directamente de un imperativo constitucional; por ello, es también inaceptable recurrir a la ponderación de costos como «factor de corrección» frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado⁹.

Lo expuesto hasta aquí permitiría identificar dos líneas argumentales en tensión constante: por un lado, la afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del procedimiento¹⁰, y que al Estado le está vedado utilizar en provecho de su pretensión punitiva aquella información que haya obtenido en forma irregular; por otro, la relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso a argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes supera la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y

procesales como límite a la persecución penal.

Para ello, se ha dejado de lado el simple hecho de que aquí se trata, fundamentalmente, o bien de la inobservancia de aquellas normas procesales que confieren una potestad de injerencia a la persecución penal, o bien de la injerencia realizada en ausencia de una norma semejante. Las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan sólo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen *autolimitaciones* para el Estado y son el producto del proceso de reforma decimonónico en pos de la desaparición del omnipotente sistema inquisitivo¹¹. El Estado de Derecho se encuentra por ello obligado a respetar el *rito* establecido para su actividad persecutoria¹². El incumplimiento de estas reglas conlleva el contrasentido ético ya señalado por Eberhard Schmidt: el Estado ya no puede mostrar frente al acusado «buena conciencia con la pretensión de superioridad moral»¹³. Ello es aún más evidente cuando se advierte que cada norma de recolección de prueba afecta significativamente derechos individuales de los ciudadanos (algunos ejemplos: el allanamiento y registro domiciliario, el derecho a la intimidad; el secuestro, el de propiedad; el deber de declarar como testigo, la libertad de información, etc.).

Fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria sólo puede ser, entonces, la prohibición de un *venire contra factum proprium* del Estado. Este se encuentra vinculado por las autolimitaciones descritas, y no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular. Ello, de algún modo, rescata el *carácter imperativo* que Beling le había conferido a las prohibiciones probatorias: la prueba irregular es «un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer»¹⁴.

III. EFECTOS

Me debo referir ahora a las consecuencias jurídicas o efectos de la adquisición estatal irregular de elementos de prueba. Como su misma denominación lo expresa, la prohibición de valorar la prueba irregular significa sustraer del conocimiento de los jueces no el *objeto* de prueba, lo cual sólo sucede en el caso de la *prohibición de temas de prueba*, o *limitaciones absolutas*, sino solamente aquella información referida a él obtenida mediante la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante la utilización de las vías regulares de adquisición de prueba.

La discusión gira, como es sabido, en torno al *alcançe* de la prohibición: ¿abarca ella también a la prueba mediata, o está circunscripta exclusivamen-

⁵ Roxin Claus, *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 199, § 24, págs. 150 y s.

⁶ Op. cit., pág. 69.

⁷ Sobre dicha evolución, cf. Guariglia, Fabricio, *Las prohibiciones probatorias*, en «El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico», Ed. Del Puerto, Bs. As., 1993, págs. 18 y ss.

⁸ *U.S. v. Leon* (468 U.S. 897) (1984).

⁹ «No es la regla de exclusión, sino la enmienda misma la que ha impuesto este costo».

¹⁰ BGH, 14, 358.

¹¹ Fezer, Gerhard, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbot*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pág. 22 y s.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 621, con cita de Carrara.

¹³ *Gustav Radbruch als Kriminalist*, «ZStW» 63, 1951, pág. 160.

¹⁴ Op. cit., pág. 25.

te a la obtenida en forma *directa* mediante el acto irregular? Esta pregunta se refiere a lo que en la discusión alemana se denomina *efecto extensivo* (*Fernwirkung*) y, en la terminología de la Corte Suprema de los EE.UU., *doctrina del fruto del árbol venenoso*. Aquí también encontramos contradicciones similares a las señaladas en el punto anterior.

En Alemania, el desarrollo dogmático y jurisprudencial no ha logrado presentar un esquema analítico claro: la jurisprudencia ha negado, históricamente, la existencia de un *efecto extensivo*¹⁵, al menos, como regla general. Algunos sectores de la dogmática lo han afirmado, pero discrepan en torno a su ámbito de vigencia¹⁶.

Es, sin duda, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en donde se encuentra la exposición más completa de la teoría en análisis, aun con las limitaciones posteriores introducidas por la misma Corte. En dos fallos iniciales (*Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 1920 y *Nardone v. U.S.*, 1939), la Corte excluyó prueba adquirida por medios regulares, pero a cuyo conocimiento la persecución penal había arribado mediante una actividad irregular anterior. Según la Corte, la introducción en el juicio, y consecuente valoración, de la prueba *mediata*, supondría «fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal» (*Nardone...*, voto del juez Frankfurter). La única excepción admitida por la Corte en esta época quedaba delimitada por la llamada «fuente independiente» (*independent source*): la prueba puede ser admitida si ella es el producto de un curso de investigación *actual* (es decir, no hipotético), *regular* y totalmente *independiente* de la infracción realizada por la persecución penal. En verdad, tal como se explicó más arriba, esto no constituye, en sentido estricto, excepción alguna, ya que, reitero, el *objeto* de prueba, en los casos de aquello que Florian denominaba *limitaciones relativas*, permanece accesible a la persecución penal: la existencia de una línea de investigación independiente —previa o contemporánea a la lesión procesal— que conduce también a la adquisición de la prueba en cuestión, constituye un modo lícito de obtención de esa prueba, salvo que sea imposible determinar con precisión de qué modo la persecución penal tomó conocimiento de ella; en un caso semejante, el peligro de que se incorpore prueba irregular debe prevalecer sobre el interés estatal en la persecución penal, y la prueba debe ser excluida.

Más complejo es el análisis de la segunda excepción introducida en fecha más reciente por la Corte¹⁷: la doctrina del «descubrimiento inevitable» (*inevitable discovery*). Según ella, una prueba obtenida de modo irregular puede ser valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta por medios lícitos. Es decir, se trata de determinar, en cada caso, si a través de un *curso causal hipotético* se hubiera lle-

gado en forma regular a la obtención de la misma prueba. Las críticas a un criterio semejante son varias: por un lado, se señala que lo decisivo es que la lesión al derecho individual *efectivamente ha acontecido*: «la inevitabilidad de la acción lesiva no es apta para compensar o reparar el ilícito de la lesión»¹⁸. Por otro, se critica que la responsabilidad del Estado por la violación a las normas constitucionales, o a las reglas del procedimiento, se diluya a través de la especulación¹⁹.

Contemplado desde el prisma del derecho penal material, el problema se aproxima a la relevancia del curso causal hipotético —y del comportamiento alternativo conforme a derecho— para la imputación objetiva del resultado. Es decir, si en el caso concreto el resultado es imputable cuando él también habría sido con certeza producido por un comportamiento alternativo conforme a derecho. Ello, según la opinión dominante, conduce a excluir la imputación objetiva y lleva a la impunidad en el caso del ilícito imprudente; por el contrario, si el autor ha obrado con dolo, responde por tentativa²⁰. Esta tesis —que de todos modos no llega a excluir el disvalor de acción en el caso de los delitos dolosos, ni, por ello, el ilícito de la tentativa— no es trasladable al campo del derecho procesal penal, en general, ni al de las prohibiciones de valoración, en particular; no sólo porque el fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria no es —o al menos, no exclusivamente— el eventual efecto *preventivo* que ellas podrían tener en los órganos de la persecución penal, como remarca Amelung²¹, sino, fundamentalmente, *porque los planos en los que actúan las normas penales y las normas procesales son distintos, y las consecuencias de la infracción a unas y otras también lo son*. Del mismo modo que las autorizaciones que la ley penal le confiere a los ciudadanos para lesionar bienes jurídicos en determinadas circunstancias (*causas de justificación*) no pueden ser utilizadas por el Estado para fundar injerencias no previstas de modo alguno en la legislación procesal²², tampoco pueden ser utilizados los criterios de delimitación de la imputación de la acción al resultado, concebidos para extraer o no consecuencias penales de las acciones de los ciudadanos, para determinar los resultados de la actividad irregular de la persecución penal.

Pero, más allá de ello, y esta es una crítica que posiblemente abarque también a las consecuencias que la dogmática penal extrae de estos casos, lo cierto es que los cursos causales hipotéticos son meras *ficciones* de hechos que nunca han acontecido ni acontecerán en el mundo real: no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido, y a cuya afirmación se pueda llegar con la certeza necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que, en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis al-

¹⁵ BGHSt 27, 355; 68; 34, 362; entre otros.

¹⁶ Rogall, págs. 38 y ss.

¹⁷ *Nix v. Williams* (1984).

¹⁸ Rogall, pág. 33

¹⁹ Voto del juez Stevens en *Nix...*

²⁰ Roxin, Claus, *Strafrecht. AT.*, C.H. Beck, Munich, 1992, § 11, pág. 240.

²¹ Amelung, Knut, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*. Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pag. 51.

²² Cf. Amelung, Knut, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?* en «Neue Juristische Wochenschrift», 1977/19, C.H. Beck, Munich, 1977, págs. 833 y ss.

ternativa según datos reales. Esto implica, necesariamente, la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio «in dubio pro prueba», naturalmente en contra del perseguido penalmente.

IV. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora demuestra, a mi criterio, la necesidad de reafirmar la inadmisibilidad de la valoración judicial de aquella prueba mediata o inme-

diatamente adquirida en virtud de una acción estatal irregular, con total prescindencia de consideraciones complementarias, como la gravedad del hecho atribuido al investigado, o el error del agente de la persecución penal sobre la ilicitud de su actuación. Ello aún más frente a las tendencias deformantes del procedimiento penal que hoy se perciben claramente, y que amplían las facultades de injerencia estatal a niveles que, poco tiempo atrás, no hubieran sido imaginables, tales como la introducción del «agente encubierto» en varias legislaciones, o el desarrollo de nuevos métodos de vigilancia electrónica.

INTERNACIONAL

Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa

Elías CARRANZA

1. En un análisis diagnóstico de los sistemas de justicia penal en cualquier país del mundo el sistema penitenciario es, sin lugar a dudas, el que presenta un cuadro de mayor gravedad, con problemas que tienen que ver con la vida, la seguridad, la salud de miles de personas, y con la violación sistemática de estos y otros derechos fundamentales, que son violados, paradójicamente, por el sistema de justicia creado, justamente, para tutelarlos.

Esto que decimos es ya moneda corriente en un continente en el que en forma continua nos enteramos, por los medios de comunicaciones de masa, de dramáticas explosiones de violencia penitenciaria con muertes de muchísimas personas. Al respecto, en una investigación patrocinada por ILANUD determinamos que las muertes por homicidio al interior de las prisiones ocurren en una relación 25 veces más alta que en la vida en libertad, y que el número de las muertes por suicidio es al menos 8 veces más alta. (Cabe constar que el estudio se hizo en el sistema penitenciario considerado en ese momento como el de menor violencia en la región, de lo que se desprende que las probabilidades promedio reales de muerte por homicidio o suicidio son bastante más altas que esto). Por esta y otras razones similares, el fenómeno penitenciario, y el tema en general de los efectos criminógenos de los sistemas de justicia penal, han dado lugar a toda una sección de la criminología y de la sociología criminal destinada a la materia.

2. Pero a su vez, dentro del tema penitenciario, el subtema de los «presos sin condena» es el más alarmante, por cuanto se trata de presos que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo, *materialmente*, una condena aunque un gran número de ellos será posteriormente declarado inocente (sobreseídos o absueltos).

El de los presos sin condena es el grupo de presos más numeroso en muchos países del mundo, y esto es así en la mayoría de los países de América Latina, como podremos ver en cuadros.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el Principio de Culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, y por la garantía procesal del Principio de Inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Estas y otras garantías básicas del Derecho Penal están consagradas en instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar en nuestra región la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8¹, y están consagradas en todas las constituciones nacionales sin excepción, cuando establecen, todas con una redacción muy similar, que «nadie podrá ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de la causa, ni sacado de sus jueces naturales...».

Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacionales e internacional, para los presos sin condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción —en la que debe prevalecer el principio de inocencia— son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se los sobresee o absuelve.

Doctrinariamente, se ha fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material, es una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena.

Veamos muy rápidamente, en un primer cuadro, el panorama de los presos sin condena en los países de América Latina.²

¹ «Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad». Convención Americana sobre Derechos Humanos,

art. 8, inc. 2, primer párrafo.

² Estamos dedicados a la tarea de recoger la información de todos los países de la región. Ello no es fácil, y debe hacerse,

Cuadro I

Total de presos, presos sin condena, porcentajes y tasas por cien mil, en países de América Latina con sistema penal continental-europeo

País	Año	Total presos	Presos sin condena		
			f	%	× 100.000
Argentina (sólo prov. Buenos Aires)	1993	9.427	6.188	66	48
Brasil	1994	129.169	17.086	13	11
Colombia	1995	30.131	14.748	49	41
Costa Rica	1995	4.200	1.164	28	35
Chile	1993	21.311	12.675	59	92
Ecuador	1995	9.646	6.421	67	54
El Salvador	1993	5.576	4.270	77	76
Honduras	1995	8.554	7.741	90	130
Nicaragua	1995	3.470	1.502	43	33
Panamá	1995	6.108	4.842	79	182
Perú	1993	18.500	12.469	67	54
Uruguay	1995	3.192	2.728	85	86

Fuentes: Elaborado con información penitenciaria gentilmente provista por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y datos de población de CELADE, Boletín Demográfico Año XX, núm. 40. *No se incluye los presos en dependencias policiales, cuya cifra suele ser alta: A sólo título de ejemplo, las autoridades penitenciarias de la provincia de Buenos Aires, al 31 de diciembre de 1993 estimaron que había 7.000 presos más en dependencias policiales; Nicaragua al 30 de junio de 1995 estimó 2.500.*

Como puede observarse en el cuadro I, salvo los casos excepcionales de Brasil y Costa Rica —cuyo análisis particular dejamos para más adelante— el resto de los países de los que obtuvimos información registran porcentajes de presos sin condena todos superiores al 40 por 100, y en algunos casos cercanos al 90. Es evidente que, por sobre el Principio de Inocencia, prima el que podríamos llamar «principio de presunción de culpabilidad» («ante la duda, marche preso»).

Al nivel de las Naciones Unidas, en los órganos que especialmente se ocupan de la criminalidad y la justicia penal, los presos sin condena han sido siempre una preocupación permanente. Ya en 1957, cuando la Asamblea General adoptó las «Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos»³, este importante instrumento internacional —que mantiene notable vigencia— dedicó un capítulo especial a establecer las especiales consideraciones que corresponden a este tipo de presos (Sección D, arts. 84-93). Y posteriormente, en numerosos otros instrumentos, se regresa reiteradamente sobre el tema, para alertar a los gobiernos y a los poderes judiciales de todo el mundo que el uso de la prisión preventiva debe ser, realmente, excepcional.

El tema ha venido siendo tratado sin interrupciones en todos los congresos quinquenales de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, el último de ellos realizado en abril de 1995, en El Cairo.

La columna del extremo derecho del cuadro exhibe algo bien interesante, y grave. Se ven en ella las cifras de presos sin condena por cada cien mil habitantes en cada país. Si comparáramos estas cifras con las tasas penitenciarias de los países que re-

portan sus datos al Consejo de Europa, veríamos que muchas de estas cifras son iguales o más altas que aquellas; es decir, nuestras tasas de presos sin condena suelen ser iguales de altas, o más altas, que las tasas globales de condenados y sin condena de dichos países. Esto tuvimos oportunidad de comprobarlo en una investigación en 1981 hace casi quince años, y se verifica también en 1995.

Es evidente que estamos encerrando preventivamente en demasía, y que nuestros sistemas se orientan por el «principio de culpabilidad» y no por el de inocencia.

3. Podría ser útil observar el panorama en perspectiva, a lo largo de un mayor número de años.

En 1983, Mario Houed, Luis Paulino Mora, Raúl Zaffaroni y quien esto escribe publicamos un libro producto de la investigación antes citada, algunos de cuyos resultados vale recordar para efectos comparativos⁴.

Un hallazgo de aquella investigación fue verificar la importante incidencia del tipo de sistema penal en el fenómeno que estamos analizando. En aquél entonces, recogimos los datos de treinta países de América Latina y el Caribe, y resultó un gráfico muy interesante, como podrá verse (gráfico 1).

El gráfico es una escalera casi perfecta, donde hay dos grupos de países claramente definidos, once de sistema anglosajón, y dieciocho de sistema continental-europeo o romanogermánico. En la parte superior de la escalera están las Islas Caimán que registran 2,18 por 100 de presos sin condena; se va descendiendo la escalera, y al mismo tiempo aumentando el número de presos sin condena, hasta llegar a Guyana, que registra 37,44 por 100.

En este lugar del gráfico se produce una cesura,

por lo demás, con una metodología que asegure la compatibilidad de los datos. En los cuadros siguientes se presentan los de los países que hasta el momento se han podido reunir.

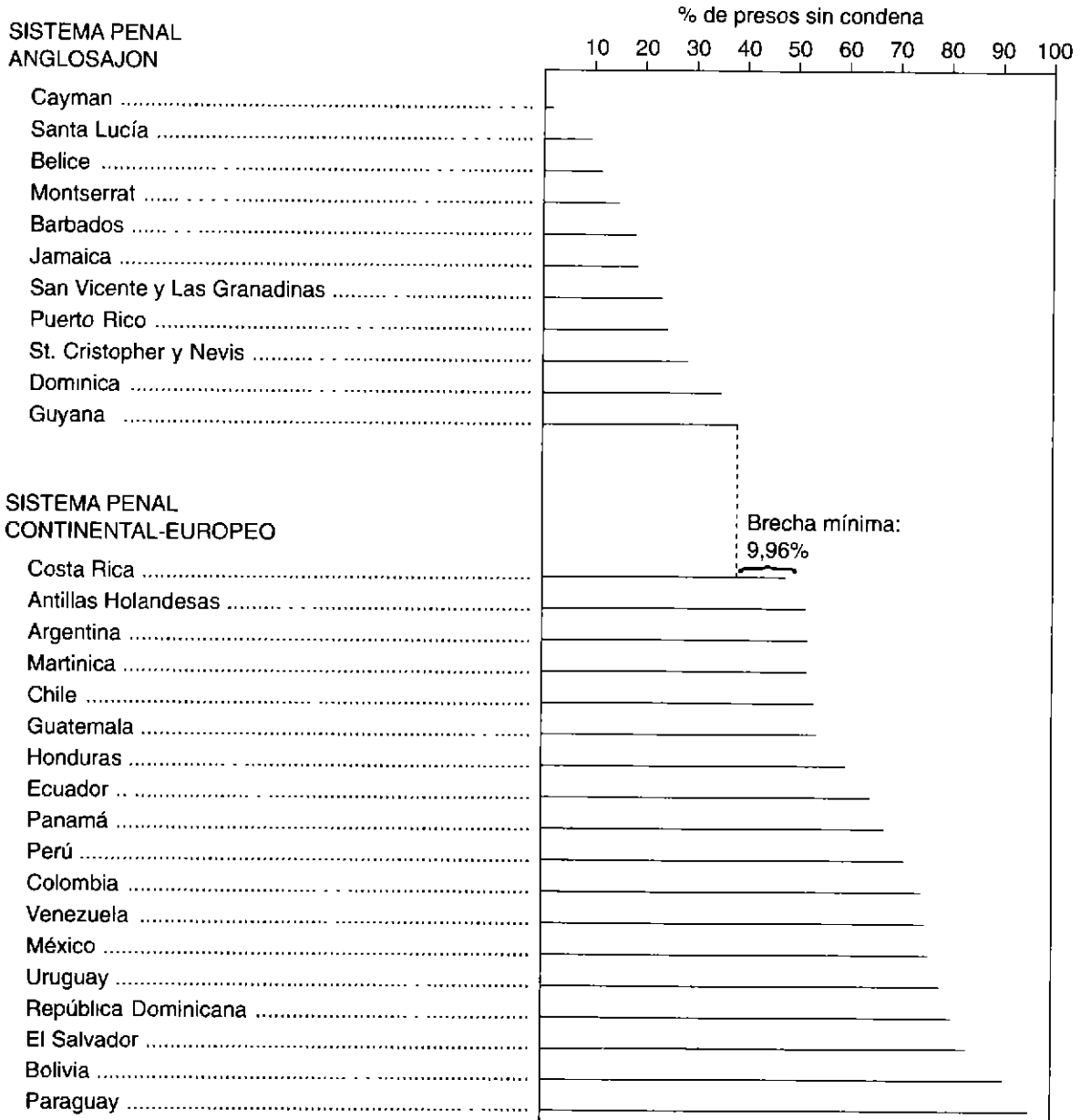
³ Las reglas fueron adoptadas originariamente en 1955 en Ginebra por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y luego por el

Consejo Económico y Social ECOSOC en su resolución 663 CI XXIV de 31 de julio de 1957.

⁴ *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países, y propuestas para reducir el fenómeno*, ILANUD, San José, 1983.

Gráfico 1

Países de América Latina y el Caribe con sistemas penales anglosajón y continental europeo. Brecha mínima entre la población privada de su libertad sin condena en uno y otro grupo de países. Año 1981.*



* Los datos de Perú, Argentina y México corresponden a los años 1978, 1980 y 1980 respectivamente. Los de Antillas Holandesas, Bolivia, Jamaica y República Dominicana a 1982.

una brecha de 9,96 por 100 —casi 10 por 100— de distancia entre ambos grupos, y continúa la escalera comenzando con Costa Rica, que es el país con menor número de presos sin condena, pero que aún así —en ese año— registra 47,40 por 100, es decir, 10 por 100 más que el país del grupo anglosajón con mayor número de estos presos.

Continúa el gráfico descendiendo, y aumentando en número de presos sin condena, hasta llegar a Paraguay, con un porcentaje de 94,25 por 100.

Como antes dijimos, la importancia de lo que se ve en forma condensada en este cuadro consiste en poner de manifiesto la incidencia del tipo de sistema de justicia penal en el fenómeno que estamos

analizando. Un sistema de justicia penal escriturista y lento, sin intermediación y en el que en muchísimos casos ni el juez de instrucción ni el juez de sentencia conocen personalmente al imputado a lo largo de todo el proceso, con una etapa de instrucción inquisitiva y secreta delegada por ley o en los hechos casi por completo en la policía, producen un altísimo número de presos sin condena, además de múltiples otros fenómenos negativos vinculados.

Por su parte, un sistema de justicia penal de mayor transparencia; no escriturista sino de juicio oral y público; contradictorio, con un mayor equilibrio entre las partes del proceso, produce un menor número de presos sin condena. Este elogio lo decimos sin

que implique ocultar otras falencias del sistema, que habría que corregir; algunas de ellas no exclusivas de este o aquel sistema, sino propias de la naturaleza misma de la justicia penal.

Como en alguna medida vimos ya en el cuadro I, y podremos ver también más adelante, creemos que algunos avances que se han hecho en la región en dirección a reducir el número de presos sin condena, tienen que ver con procesos de reformas en curso que corrigen en nuestros sistemas de justicia penal algunas de las notas negativas que lo caracterizan, que antes hemos enumerado.

4. Ahora bien, decíamos al comienzo que el fenómeno del preso sin condena es un capítulo dentro del tema más amplio del uso de la prisión en América Latina, pena que, como es sabido, es la única y que se utiliza prácticamente sin alternativas para todo tipo de delitos: Cualquiera que sea la naturaleza del delito, las leyes penales responden siempre de la misma manera, con mayor o menor cantidad de prisión, pero siempre con esta única pena (a veces anadiéndole una accesoria).

Es cierto, podría decirse, que existe también la posibilidad de la condena de ejecución condicional; pero esta también es, en definitiva, una pena de prisión en suspenso; y que existe también la pena de multa, pero aplicable para hechos menores. Al respecto, Daniel González y Ana Isabel Garita publicaron una extensa investigación sobre la pena de multa en la región en la que, por contraste, se verifica en cada uno de los países lo que estamos diciendo sobre la pena de prisión⁵.

Sólo muy recientemente se están introduciendo penas y otras formas de respuesta distintas de la pri-

sión en algunos países, pero aún no pueden medirse sus resultados, y habrá que procurar evitar, por todos los medios, que ocurra también en nuestra región el llamado «efecto de ampliación de la red», que los criminólogos han verificado que ocurre en los países de América del Norte y de Europa que han introducido alternativas. El efecto consiste en que los jueces, al disponer de nuevas posibilidades de sanción a su alcance, en lugar de utilizarlas en sustitución de las penas de prisión que van a dictar, continúan dictando prisión en tales casos, y, además, en otros casos en los que posiblemente hubieran absuelto por no encontrar suficiente evidencia, condenan también, «por las dudas», a sanciones más benignas o no privativas de libertad. El resultado final es que no se reduce el número de presos, y en cambio hay un mayor número de condenados, a diversos tipos de penas; por ello es que los criminólogos han denominado a esto «efecto de ampliación de la red».

En línea con lo que venimos diciendo veamos, entonces, cual es el panorama global sobre el uso de la prisión en los países de América Latina a través del tiempo.

En el cuadro II hemos colocado los diez países de los que hemos logrado —hasta el agosto de 1995— recoger información actualizada y de quince años atrás.

En la columna de la derecha hemos colocado la variación en el tiempo. Salvo los casos de Colombia y Perú —que tienen una explicación derivada de una situación muy especial— llama la atención el generalizado salto en ascenso que se da en las tasas de presos por cien mil habitantes.

Cuadro II

Países de América Latina de sistema continental-europeo total presos y tasas por cien mil habitantes. Comparación en el tiempo circa 1981-1995

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>Presos</i>	<i>Tasa × 100.000</i>	<i>% de aumento sobre tasas</i>
Colombia	1981	28.680	104	
	1995	30.131	83	
Costa Rica	1981	2.407	102	
	1995	4.200	124	22
Chile	1981	12.876	114	
	1993	21.311	154	35
Ecuador	1981	5.709	68	
	1995	9.646	81	19
El Salvador	1981	3.402	74	
	1995	6.740	113	53
México	1980	58.352	83	
	1995	92.623	95	12
Panamá	1981	2.339	117	
	1995	6.108	467	300%
Perú	1978	14.322	81	
	1993	18.500	81	0
R. Dominicana	1981	5.355	92	
	1995	12.663	160	68
Uruguay	1981	1.890	64	
	1995	3.192	100	56

Fuentes: Elaborado con información proporcionada por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y con datos de población de CELADE, Boletín Demográfico núm. 46. No se incluye los presos en dependencias policiales, cuya cifra suele ser muy alta: Ver sobre esto la información al pie del cuadro I.

⁵ *La multa en los códigos penales latinoamericanos*, Daniel González y Ana Garita, Depalma, Buenos Aires, 1990.

Como antes dijimos, faltan otros países en el cuadro, de los que aún no hemos conseguido los datos. Pero la tendencia observada hasta el momento indica que lo más probable es que también en ellos se observe este salto en ascenso.

En este punto hay que hacer una aclaración de la mayor importancia sobre las tasas de presos que tenemos a la vista. Estas cifras representan los presos que en cada país han ingresado bajo la responsabilidad del sistema penitenciario. Pero en los hechos, el número total de presos es muchísimo más elevado —con oscilaciones entre países— y tendría que ser determinado con investigaciones de campo en cada caso. Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad —a veces por períodos de tiempo larguísima, de años— alojados en dependencias policiales. Esto tiene diversas explicaciones, que van desde el hecho de que la policía es quien por su naturaleza interviene de primera mano generando la detención y pasa un período de tiempo hasta que el preso es puesto a disposición judicial y eventualmente transferido al sistema penitenciario, hasta el hecho de que, por hacinamiento y falta de espacio en las penitenciarías, se utilizan las instalaciones físicas policiales para esa función⁶.

El número de estos presos suele ser altísimo, y si se lo computara para obtener las tasas, las que nosotros hemos exhibido se elevarían, en algunos casos, al doble. A sólo título de ejemplo digamos que en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, al 31 de diciembre de 1993 se estimó que había 7.000 presos en dependencias policiales, no computados en el sistema penitenciario; y que en Nicaragua, al 30 de junio de 1995 se estimó la cifra en 2.500.

Agreguemos un dato que específicamente interesa para el tema que estamos tratando: la casi totalidad de estos presos policiales no computados por el sistema penitenciario son presos sin condena, que permanecen allí hasta que se les dicta auto formal de prisión preventiva (lo que suele demorar muchos meses, y hasta años en algunos países), o condena de prisión (lo que, lógicamente, lleva aún más tiempo).

Hechas estas aclaraciones, regresemos a los datos de que disponemos y, aún sin incluir en la cuenta esta «cifra negra» de presos, preguntémoslos: ¿Será posible que en el lapso de estos últimos años las poblaciones de América Latina se hayan vuelto tanto más malas o delinquentes? (Vemos que en el término de catorce años Costa Rica ha aumentado en un 22 por 100 sus tasas de encarcelamiento, Chile en un 35 por 100, Ecuador en un 19 por 100, El Salvador en un 53 por 100, México en un 12 por 100, Panamá en un 300 por 100, República Dominicana en un 68 por 100 y Uruguay en un 56 por 100).

¿O será más bien que estos datos lo que indican es que la delincuencia, su aumento y disminución, son fenómenos sociales, que no responden sino en pequeña medida a la acción del sistema de justicia penal, el que por su naturaleza actúa siempre *ex post facto* con respecto al delito?

La pregunta tiene importancia en un momento en el que hay un aumento cierto de la criminalidad, y en el que, con frecuencia, se ataca severamente a la justicia penal por ineficaz e ineficiente, partiendo de la suposición de que puede controlar ese fenómeno social y de que es la única responsable de hacerlo.

Este ataque a la justicia penal, en su versión más clásica, viene unido a la afirmación de que los jueces son benévolos, burócratas o corruptos según el caso, y al reclamo para aumentar el número de presos y el número de años de las penas de prisión, aumentar los presos sin condena creando categorías de delitos inexcusables o de muy difícil excarcelación, y viene unido, por otro lado, al reclamo por aumentar el número de efectivos policiales.

Es necesario responder a estos interrogantes y tratar el tema del preso sin condena dentro de la integralidad del sistema de justicia penal, para poder apuntar a soluciones verdaderamente efectivas y evitar respuestas equivocadas que contribuyan a desequilibrar aún más el sistema y hacerlo menos eficaz.

Por lo pronto, coincidimos, parcialmente, con este tipo de críticas, en que la justicia penal, como todos los ámbitos del Estado —y porqué no incluir también a la empresa privada en el análisis— deben ser motivo de permanente superación y desburocratización en procura de una mayor eficiencia, y en que deben perseguirse también, implacablemente, los casos de corrupción que existieren.

Pero discrepamos cuando la crítica se formula en forma irresponsable, sin información básica sobre la realidad de la criminalidad y la justicia penal, y a veces hasta con graves datos erróneos. Esto debilita a los poderes judiciales en un momento en el que su accionar es muy importante no sólo para cumplir con su función frente a la criminalidad ordinaria, sino también para consolidar definitivamente a las democracias en la región.

Desde este punto de vista, esbozemos, entonces, una respuesta al ataque a la justicia penal en la parte en que lo consideramos injusto:

1) Si hubiera que evaluar (equivocadamente) a la justicia penal por el número de presos que produce —que es lo que en gran medida interesa a la llamada opinión pública, a un sector de los medios de comunicaciones de masa, y a un sector de la clase política— tendríamos que decir que el sistema se ha mostrado eficaz, ya que ha respondido al aumento en la criminalidad elevando notoriamente sus tasas de encarcelamiento.

Más aún, en muchos casos, si no se ha encerrado a más gente, ha sido porque el hacinamiento lo impide. Y no nos estamos refiriendo sólo al impedimento legal de hacinarse a las personas, establecido en los instrumentos internacionales ya citados, sino simplemente a la imposibilidad física de colocar más personas en un mismo lugar. Nos ha tocado medir personalmente, con una cinta métrica, el espacio existente por preso en algunas prisiones de la región, y hemos verificado situaciones de hacinamiento,

⁶ Desviando así importantes recursos materiales y personales de esta institución a funciones que no le son propias, y distra-

yéndolos, como consecuencia, de sus funciones naturales de prevención e investigación del delito.

to de hasta un metro diez centímetros por persona, con diez personas en el espacio previsto para una. (Esta es una de las razones concurrentes que explican en el caso de Brasil, por ejemplo, su bajísimo número de presos sin condena, pues la falta de espacio impide ejecutar las órdenes de detención, y, consecuentemente, van quedando alojados casi exclusivamente aquellos que han sido condenados).

En Europa y América del Norte, situaciones de hacinamiento muy inferiores a las que afrontamos en nuestra región han dado lugar a recursos judiciales en virtud de los cuales las autoridades se han visto obligadas a adoptar medidas para reducir el número de presos o aumentar la capacidad de alojamiento. En los Países Bajos se ha encontrado la solución interesante de diferir temporalmente el cumplimiento de las penas de prisión hasta tanto se genere el espacio necesario: a medida que se van generando espacios, los condenados que están en lista de espera, ingresan al sistema. Es una solución interesante porque, —aunque sin haber tenido ese propósito expreso— se logra el efecto de responder al delito no sólo con prisión, sino también con una medida educativa.

Seguramente no pasará mucho tiempo en los países de nuestra región sin que quienes sufren este tipo de prisión inhumana de hacinamiento comiencen a recurrir también a la justicia nacional e internacional. Pienso que esto será más probable ahora, que está estableciéndose la justicia constitucional en muchos países.

2) Respecto del reclamo para aumentar el subsector policial, habría que notar que el sistema de justicia penal debe mantener un adecuado equilibrio entre sus tres componentes de policía, jueces y penitenciaristas. Hay que lograr la relación adecuada

funcionario/número de habitantes para cada uno de los tres subsistemas.

Conviene señalar que los tres últimos censos de Naciones Unidas sobre justicia penal determinaron que la proporción de jueces por número de habitantes es mucho más alta en los países llamados desarrollados que en los países en vía de desarrollo, y que, por contraste, la proporción de policías por habitantes es más alta en los países en vía de desarrollo. Es decir, que el sistema de justicia penal en los países desarrollados es más judicial. En los nuestros es más policial.

Hay que esmerarse, entonces, en distribuir los recursos existentes inteligentemente, para lograr la relación de penitenciaristas, policías y jueces por número de habitantes adecuada, evitando desequilibrar los sistemas más de lo que ya lo están en la mayoría de los países; pues si sólo aumentáramos policías, en el mejor de los casos se podrían producir más detenciones, pero si no hay un poder judicial en condiciones de juzgar a los detenidos, habremos logrado sólo aumentar el número de presos sin condena.

5. Veamos ahora, en el cuadro I.1, cómo han evolucionado los presos sin condena a través del tiempo. (En el cuadro figuran todos los países de los que pudimos obtener los datos de *circa* 1981 y de quince años después (1995).

Detengámonos en la columna en la que se leen los porcentajes de presos sin condena sobre la población penitenciaria en cada país. Puede observarse que —a las fechas de la información del cuadro— se registran retrocesos en algunos países, que aumentaron sus porcentajes de presos sin condena. Así, es el caso de Chile, Ecuador, Panamá, República Dominicana y Uruguay.

Por contraste, hay otros países que lograron avan-

Cuadro I.1

Total de presos, presos sin condena, porcentajes y tasas por cien mil, en países de América Latina con sistema penal continental-europeo. Comparación en el tiempo: circa 1981-1995

País	Año	Total presos	Presos sin condena		
			f	%	× 100.000
Colombia	1981	28.680	21.107	74	77
	1995	30.131	14.748	49	41
Costa Rica	1981	2.407	1.141	47	48
	1995	4.200	1.164	28	35
Chile	1981	12.876	6.723	52	59
	1993	21.311	12.675	59	92
Ecuador	1981	5.709	3.658	64	44
	1995	9.646	6.421	67	54
El Salvador	1981	3.402	2.809	83	61
	1993	5.576	4.270	77	76
México	1980	58.352	43.316	74	61
	1995	92.623	45.592	49	46
Panamá	1981	2.339	1.556	67	78
	1995	6.108	4.842	79	182
Perú	1978	14.322	10.161	71	57
	1993	18.500	12.469	67	54
R. Dominicana	1981	5.355	4.278	80	70
	1995	12.663	11.423	90	144
Uruguay	1981	1.890	1.446	76	49
	1995	3.192	2.728	85	86

Fuentes: Elaborado con información penitenciaria gentilmente provista por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y datos de población de CELADE, Boletín Demográfico Año XX, núm. 40.

ces. Es el caso de Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. Sería interesante analizar las causas de tales progresos, y analizar también, con el aporte de los expertos de los diversos países, en qué medida estas experiencias positivas podrían ser transferidas.

En este punto sólo nos atreveremos a enunciar seguidamente, en desorden, una serie de causas de diversa naturaleza que tienen o podrían tener incidencia en reducir el número de presos sin condena en los países de la región. En algunos casos, nos consta que han incidido positivamente en reducir el número de estos presos; en otros, creemos que son instituciones o acciones potencialmente útiles para lograr este objetivo:

a) El advenimiento y consolidación de gobiernos democráticos.

b) La gran campaña que Naciones Unidas y diversas entidades gubernamentales y no gubernamentales llevaron a cabo durante los años ochenta y noventa, tendiente específicamente a reducir el número de estos presos y a promover alternativas a la prisión preventiva y a la prisión en general, con actividades de investigación, cambios en la legislación, capacitación, publicaciones y difusión por medio de seminarios.

c) El avance en algunos países en la sustitución del procedimiento escriturista e inquisitivo por la instauración y consolidación del juicio oral y público.

d) La instauración de la justicia constitucional en algunos países, y el consiguiente control que estos cuerpos hacen de las garantías penales y procesales.

e) La adopción de procedimientos o instituciones que no eran propias del sistema jurídico-penal existente, como por ejemplo el abandono o el uso menos rígido en algunos casos del principio de oficialidad de la acción penal, con introducción del principio de oportunidad. Esto, logrado por medio de cambios en la legislación, o realizado en la práctica por medio de instrucciones al Ministerio Público (caso de la provincia de Córdoba, Argentina), o por medio de la organización de labores al interior de dicho ministerio asignando los recursos para investigar y perseguir los delitos según prioridades (caso de Costa Rica).

f) Procesamiento sin privación de libertad.

g) Cambios en materia de excarcelación o libertad provisional, haciéndola más accesible a todos los sectores sociales; así la promoción, por ejemplo, de la excarcelación juratoria o sin garantía económica.

h) Algunas mecanismos no de índole jurisdiccional sino de supervisión o control del funcionamiento concreto de los tribunales de justicia. Así, por ejemplo, en el caso de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia creó una Comisión de Asuntos Penales que, por medio de la Oficina de Estadísticas del Departamento de Planificación, se dedicó a controlar el número de presos preventivos a disposición de los diversos tribunales, las fechas de vencimiento de tales prisiones preventivas y otras cosas por el estilo, y a dar recomendaciones en la materia. El resultado

fue sorprendente, y creemos que ésta es una de las razones importantes que explican el gran avance que el país ha hecho en materia de reducir su número de presos sin condena, y que es una de las soluciones concretas posibles de ser transferidas a otros países.

i) La creación de cuerpos de policía civil en países que sólo contaban con policías dependientes de las fuerzas armadas, así como la capacitación y formación de las policías en materia de derechos fundamentales. Creemos que este es otro punto de la mayor importancia, por cuanto la policía se encuentra en la primera línea de fuego y es, justamente, la encargada de producir las detenciones. Un procedimiento policial adecuado puede evitar privaciones de libertad innecesarias y costosas y burocráticos trámites de excarcelación. En este punto seguramente experiencias como la de El Salvador serán importantes para otros países.

j) Finalmente, la creación, en muchos países, de la institución de los Defensores del Pueblo, Comisionados de los Derechos Humanos o Defensores de los Habitantes.

Sería útil, en una tarea con expertos de los distintos países, —tanto de los que exhiben progresos como de los que exhiben aumento en el número de sus presos sin condena— identificar las causas que generan cada situación, para poder tener un mejor diagnóstico de conjunto, y para transmitir y aprovechar las diversas experiencias.

6. A esta altura de este trabajo sería interesante, para efectos comparativos, ver los porcentajes de presos sin condena de los países miembros del Consejo de Europa. El siguiente cuadro reproduce la información que aparece en el último Boletín de Información Penal del Consejo⁷ (figuran sólo los países que proporcionaron el dato).

Cuadro III

Porcentajes de presos a la espera de juicio en países del Consejo de Europa (al 1 de septiembre de 1992)

<i>País</i>	<i>Presos no juzgados</i>	<i>Porcentaje</i>
Bélgica	1.517	21,3
Dinamarca	652	19,1
Francia	19.082	38,7
Irlanda	141	6,5
Islandia	11	10,9
Italia	14.144	30,0
Luxemburgo	39	11,1
España	11.635	33,0
Inglaterra y Gales	8.207	17,7
Escocia	801	15,0
Irlanda del Norte	433	23,9

Fuente: Información al 1 de septiembre de 1992, gentilmente brindada por el European Institute for Crime Prevention and Control Affiliated with the United Nations HEUNI, obtenida del «Penological Information Bulletin» (Consejo de Europa) núm. 18, de diciembre de 1993, publicado en la primavera de 1995.

⁷ Boletín núm. 18, diciembre de 1993. Es el último boletín aparecido hasta agosto de 1995.

La lectura del cuadro corrobora la incidencia del tipo de sistema jurídico-penal en el número de presos sin condena. Sin embargo, la brecha entre ambos sistemas es mucho menos acentuada que la que se observa en el caso de América Latina y el Caribe. El país de sistema continental-europeo con mayor número de estos presos (entre los que figuran en el cuadro), Francia, ocuparía un lugar de discreto privilegio si lo ubicáramos en el el contexto de los de nuestra región.

La lectura del cuadro precedente, y los casos de los países que en América Latina ya han producido avances, nos indican que la tarea de reducir los presos sin condena no es tan difícil, y que con una buena dosis de voluntad política podría avanzarse mucho más en esta materia de tanta importancia.

Existen obstáculos, derivados de limitaciones materiales, de un auge cierto en una serie delitos, y de la consiguiente alarma social, que podrían conspirar para que hacináramos aún más las cárceles de presos condenados y sin condena haciendo un uso irracional del sistema de justicia penal, contrario por cierto a los mismos principios filosóficos y jurídicos que lo sustentan.

Es por ello que el fenómeno de los presos sin condena no puede verse fuera de contexto, y que la respuesta que demos en esta materia tendrá que ser coherente con una política criminológica integral, eficaz para reducir la frecuencia del delito y sus niveles de violencia, pero sin multiplicar ésta con un uso excesivo o ilegítimo de la coerción y violencia estatales.

La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA

«... Enciso, letra menuda y sílaba lenta, requiere a los indios que dejen estas tierras, pues no les pertenecen, y que si quieren quedarse a vivir aquí, paguen a Sus Altezas tributo de oro en señal de obediencia. El intérprete hace lo que puede.

»Los dos caciques escuchan, sentados, sin parpadear, al raro personaje que les anuncia que en caso de negativa o demora les hará la guerra, los convertirá en esclavos y también a sus mujeres y a sus hijos y como tales los venderá y dispondrá de ellos, y que las muertes y los daños de esa justa guerra no serán culpa de los españoles.

»Contestan los caciques, sin mirar a Enciso, que muy generoso con lo ajeno había sido el Santo Padre, que borracho debía estar cuando dispuso de lo que no era suyo, y que el rey de Castilla es un atrevido, porque viene a amenazar a quien no conoce.

»Entonces corre la sangre.

»En lo sucesivo, el largo discurso se leerá en plena noche, sin intérprete y a media legua de las aldeas que serán asaltadas por sorpresa. Los indígenas, dormidos, no escucharán las palabras que los declaran culpables de los crímenes cometidos contra ellos.»

*Río Sinú (1514)**

1. «¿QUIEN TOCÓ MI MUJER?»

En los departamentos del Guainía y el Vichada, en la orinoquia colombiana y sobre las riberas del río Inírida, vive la comunidad Puinave¹, compuesta por cerca de cuatro mil personas y en la que se presentó el siguiente caso que llegó hasta nuestros tribunales de justicia:

«En la noche muy oscura y descansando en hamacas cuatro hombres puinaves y Otilia una mujer, ella dice: 'Alguien me tocó. Serán diablos?, serán curripacos?, qué será?'. Uno de los cuatro hombres dice: 'O será Melicio?'. Toma una linterna y alumbró hacia la hamaca donde debe estar Melicio y él no está allí.

»Cuando clarea un poco porque 'la luna ya está arriba', bajan los pescadores indígenas para coger río abajo en sus potrillos. Allí se encuentran con el esposo de Otilia, Juan Vicente, a quien uno de ellos le cuenta lo sucedido. Juan Vicente refiriéndose a Melicio dice: 'Quién tocó mi mujer?'. Con la escopeta dispara dos tiros al aire. Al oír esto, Melicio dice: 'Voy a matar a Juan Vicente'.

»Al otro día hacia las 10 de la mañana aproximadamente llega Melicio donde Otilia con un pescado grande y plateado, recién pescado, lo extiende como regalo hacia ella y le dice: 'Haga comida para los dos'. Otilia le dice: «Usted mató mi marido». Sale a

contar que Juan Vicente debe estar muerto, que Melicio debió matar a su marido.

«Juan Vicente es encontrado muerto y Melicio está preso».²

Al ser interrogado sobre estos hechos, Melicio respondió: «Yo lo maté, no ve que era como blanco; él ya no era como puinave... Es que él no podía tirar dos tiros de escopeta».³

Este hecho, que mirado desde la cultura y el derecho dominantes cabría calificarlo como un «simple» crimen pasional, tiene una connotación totalmente diferente desde la cultura puinave. En efecto, la antropóloga Esther Sánchez al analizar el comportamiento de Melicio nos aclara que Juan Vicente ha avergonzado a Melicio al poner en evidencia que éste corteja a su mujer, lo cual constituye una «grave ruptura a las tradiciones puinaves donde no se exhibe lo privado e íntimo. Donde no se evidencia el secreto»⁴. Igualmente nos explica que «El asesinato de Juan Vicente es la forma de liquidar el blanqueamiento del indio, blanqueamiento que conlleva la nueva idea de que la mujer no puede ser cortejada y compartida estando casada. Estas son orientaciones de occidente, traídas por los evangélicos y por lo tanto, no puinaves.

«Juan Vicente era evangélico y había asumido a su mujer como propiedad, no como parte del grupo, dentro de un concepto de propiedad colectiva, opuesto al privado: mi mujer».⁵

* Galeano, págs. 70-71.

¹ Cf. Colombia-Ministerio de Gobierno, pág. 24 y Triana, págs. 13 y ss.

² Sánchez Botero, págs. 11-12.

³ Sánchez Botero, pág. 15.

⁴ Sánchez Botero, pág. 16.

⁵ Sánchez Botero, pág. 16. Según comenta Triana (pág. 117-118), a medida que entre la comunidad puinave «se

2. PLURALIDAD CULTURAL Y PLURALIDAD JURIDICA EN LA REALIDAD

El caso de Melicio el indígena puinave es una buena muestra de la existencia de diferentes órdenes culturales dentro de un mismo espacio geográfico, hasta el punto de constituir una *pluralidad cultural*⁶. En efecto, en eventos como éste es evidente la diferente visión del mundo y de las relaciones interpersonales existentes entre la cultura puinave —en cabeza de Melicio— y la cultura occidental dominante —en cabeza de Juan Vicente—.

Desde el punto de vista de la cultura dominante, esto es, desde nuestro «mundo real»⁷, se trata de un claro homicidio doloso, pues conforme a nuestra lógica no existe razón alguna que justifique el comportamiento de Melicio. No obstante, nuestro «mundo real» no es el único, dada la existencia de otros «mundos posibles»⁸, esto es, de otras maneras de interpretar unos mismos hechos y a partir de allí establecer qué es lo prohibido y lo permitido. En este sentido la situación vivida por Melicio está llena de símbolos y códigos que pasan desapercibidos para nosotros pero no para un puinave, es decir, que no existen desde el «mundo real» pero sí desde el «mundo posible». Tal es el caso, por ejemplo, de lo hecho por Melicio al extender el pescado y decir: «Haga comida para los dos»; y, en segundo término, del hecho de Juan Vicente preguntar «¿Quién tocó mi mujer?» y realizar luego dos tiros al aire.

Respecto de lo primero es evidente que Melicio simplemente le estaba proponiendo a Otilia formar pareja. Y como se explica en el ya mencionado concepto antropológico, un puinave que hace una acción como la que hizo Melicio de llevar el pescado de la forma como lo hizo «es porque tiene aseguradas las condiciones afectivas y materiales: ya ha cortejado y tiene respuesta positiva. Ya ha preparado casa nueva y ya ha 'matado' supuestamente con su futura pareja otras relaciones establecidas previamente»⁹. De ahí que Otilia, que conoce los símbolos, inmediatamente afirmó: «Usted mató a mi marido», sin que fuese necesaria ninguna otra palabra ni ningún otro acto de conocimiento para saber lo que había pasado.

En relación con lo segundo, esto es, con la expresión «¿Quién tocó mi mujer?» lanzada por Juan Vicente contra Melicio, ello, que para nuestro «mundo real» no son más que las —en el mejor de los casos «comprensibles»— palabras de un marido celoso, tienen un significado diferente desde el «mundo posible» de los Puinave: «Si Melicio no fuera un in-

dígena tradicional —nos explica Esther Sánchez—, no podría leer el código simbólico, no sería afectado en su honor, al ver exhibidos sus más íntimos sentimientos»¹⁰.

Ahora bien, por otro lado, la coexistencia de estos y otros sistemas de valores implica la subsistencia a su vez de diferentes órdenes normativos y, en consecuencia, de diversos sistemas de control social, constituyéndose así una situación de «pluralidad jurídica» en relación con la existencia simultánea, dentro de un mismo espacio, de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos¹¹. Esto, por ejemplo, es lo que sucede con los usos y prácticas que constituyen lo que podría denominarse derecho consuetudinario indígena¹².

Las relaciones que pueden darse entre estos diferentes sistemas normativos pueden ser de muy diversa índole, mas lo cierto del caso es que en no pocas oportunidades será de evidente conflicto.

Este conflicto cultural y jurídico es especialmente evidente en el campo del control social, en relación con el cual pueden presentarse tres situaciones especialmente problemáticas:

- a) En primer lugar, se presenta el caso de conductas permitidas por el «derecho indígena» pero prohibidas por el derecho nacional positivo. Tal es el caso conocido por todos del cultivo y consumo de la hoja de coca entre los indígenas de la región andina. Pero también el de ciertas reacciones al ejercicio de la brujería, por ejemplo, las cuales son sancionadas por el derecho nacional pero admitidas como forma de «legítima defensa» personal o de «estado de necesidad» en el derecho consuetudinario de muchas comunidades indígenas¹³. Igual sucede con el caso de Melicio, pues si bien el asesinato en general no es permitido para los puinaves, «El asesinato de blanqueados o que dejan de ser indios para asumir posturas de otras sociedades, es la justificación a la defensa de su vida biológica y cultural. Ello representa un deber!»¹⁴.
- b) En segundo lugar, se da igualmente el caso de comportamientos prohibidos por el «derecho indígena» y permitidos por el derecho nacional positivo. Tal es la problemática, por ejemplo, de la brujería, la cual es sancionada en algunos eventos como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida (y su existencia ni siquiera admitida) en las legislaciones nacionales¹⁵.

afirma el evangelismo como doctrina blanca se ha impuesto el individualismo económico y social... Al tiempo que ha contribuido a la alteración de los patrones tradicionales de la economía y al reemplazo del conocimiento ancestral registrado en los mitos, cantos y bailes indígenas por la ideología protestante, reemplazo que facilitó el acelerado e irreversible proceso aculturativo que presenciamos en el presente».

⁶ Cf. Irigoyen Fajardo, págs. 1 y ss.

⁷ Cf. Sánchez Botero, págs. 13-17.

⁸ Cf. Sánchez Botero, págs. 13-17.

⁹ Sánchez Botero, pág. 18.

¹⁰ Sánchez Botero, pág. 17.

¹¹ Cf. Santos, págs. 63 y ss. También, Irigoyen Fajardo, pág. 1. Tal «pluralidad jurídica» es sin embargo desconocida por

la cultura jurídica dominante, pese a que la validez del «derecho indígena», por ejemplo, puede predicarse inclusive a partir de la teoría del derecho tradicional (cf. Correas, págs. 102-107).

¹² Cf. Stavenhagen, págs. 27-46

¹³ Cf. Stavenhagen, pág. 41 y Vélez Vélez, 1985, págs. 237-247.

¹⁴ Sánchez Botero, pág. 19.

¹⁵ Cf. Stavenhagen, pág. 41. Sobre este tema es muy diciente la directiva de la Organización Regional Embera Wounaan (ORE-WA) (pág. 13), en la que, si bien no se indica cuál es la sanción a imponer en los eventos de brujería, se señala no obstante que «Los maleficios: como sacar rastro sembrar el cabello y tomas de hierbas que hacen daño y veneno, lo mismo que el Jai malo, serán investigados y analizados por el Cabildo Mayor, Consejo

- c) Finalmente, en otros muchos casos se trata de *conductas prohibidas tanto por el «derecho indígena» como por el derecho nacional positivo, pero con distinta pena*. Por ejemplo, mientras el robo es castigado en el Código Penal Colombiano con pena de prisión de dos a ocho años (art. 350), en la comunidad Embera, por ejemplo, se regula de la siguiente manera, según una directiva de las autoridades de dicha comunidad:
- «De acuerdo a la investigación hay que hacer pagar o devolver lo robado.
 - «Castigo: de tres a cinco días de trabajo si el robo es sencillo.
 - «De diez-quinete días de trabajo si el robo es grande.
 - «Si es por segunda vez se le aumenta el tiempo de trabajo.
 - «Se debe cobrar lo justo, no se puede abusar, no es a capricho del afectado...»¹⁶.

3. ETNOCENTRISMO Y MONISMO JURIDICO EN EL DERECHO PENAL: EL CONCEPTO TRADICIONAL DE IMPUTABILIDAD

Pese a la evidencia de este pluralismo cultural y jurídico en sociedades como las latinoamericanas y en la colombiana en particular, el discurso jurídico tradicional y más concretamente el *discurso jurídico penal* ha continuado, en el mejor de los casos, *repetiendo las mismas categorías surgidas de una realidad tan diferente como la europea*, cuando no es que sigue, en mayor o menor grado, *reproduciendo las concepciones racistas y etnocentristas del siglo pasado*, sobre la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por «elevarlo» a uno superior que opera como modelo, constituido por la cultura dominante y los valores jurídicos¹⁷.

En Colombia, por ejemplo, pese a que desde 1890 el indígena ha merecido un tratamiento legislativo especial, tal especialidad se ha intentado justificar a partir de planteamientos marcadamente etnocentristas y racistas. La *Ley 89 de 1890* establecía por ejemplo en su artículo 1 que «La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la ma-

nera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas».

Esta situación del indígena colombiano frente a la ley penal sólo vino a variar con la entrada en vigencia del nuevo *Código Penal en 1980*, pero no porque en él se reconozca la pluralidad cultural y étnica y del país, con su consecuente pluralidad jurídica. El cambio se produce es en el sentido de que si bien, a diferencia de lo sucedido hasta entonces, se parte de la base de que la ley penal es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional (art. 13), sin embargo se recurre ahora al *concepto de inimputabilidad* para discriminar las «culturas menores»: el indígena nacional pasa a ser considerado un *inimputable por «inmadurez psicológica»*, pues, en palabras de uno de los miembros de la comisión redactora del Código Penal, el profesor Estrada Vélez, «No cabe duda alguna de que el individuo que ha nacido y vivido en un medio cultural y social primitivo y limitado, alejado de los bienes de la civilización, no posee un siquismo maduro, desarrollado, que le permita comprender en muchos casos los fenómenos que pueden suceder en un medio que contrasta violentamente con el suyo».¹⁸

A esta consideración del indígena como *inimputable* adhiere la gran mayoría de la doctrina colombiana actual, si bien algunos lo hacen con cierta «resignación» y prefiriendo hablar, antes que de *inmadurez psicológica*, de «*inmadurez cultural*»¹⁹. Sin embargo, como lo señalara en su momento Vélez Vélez, «No se puede forzar el término de 'inmadurez psicológica', propio de la psicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial»²⁰. De ahí que *planteamientos como éstos, aunque llenos de buenas intenciones, siguen en mayor o menor grado asumiendo como válidos o verdaderos únicamente a aquellos valores sobre los que se asienta el sistema penal*, valores estos que a su vez son asumidos como generales y, finalmente, convertidos en lo absoluto y la asunción de los mismos en lo racional; de donde lo que no se ajusta a estos moldes y parámetros es luego individual o colectivamente patologizado o descalificado como «anormal», «irracional», «salvaje», «inmaduro», etc. En palabras de Zaffaroni, «La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan»²¹.

de Justicia si no hay, por la Oficina de Justicia indígena de la OREWA».

¹⁶ OREWA, pág. 9. Sobre los castigos se dice en esta misma directiva (pp. 20-21): «Cuando hablamos de castigo, se hace para que los compañeros y compañeras no cojan vicio en buscar problemas y se corrijan.

«Se debe tomar como una forma de capacitar a la gente, por eso las autoridades deben dar consejos a los que se meten en problemas y orientarlos para que sigan viviendo tranquilos en las comunidades.

«Por eso los castigos se ponen en *trabajo*: en los que tenga la comunidad comunitariamente, limpiando colino, maíz, o arroz, animales o lo que tenga la comunidad. También haciendo limpieza del caserío».

¹⁷ Cf. Zaffaroni, 1986, pág. 55 y 1988b, págs. 131 y ss.

¹⁸ Estrada Vélez, pág. 256; igual posición en Giraldo Angel, págs. 22-23. Sobre la discusión en Colombia acerca de la res-

ponsabilidad penal del indígena, vid. Sanguino Madariaga, págs. 205 y ss.

¹⁹ Cf. Fernández Carrasquilla, pág. 247. En este mismo sentido, según Velásquez (pág. 516), por ejemplo, la inimputabilidad por «inmadurez psicológica» debe ser redefinida «como aquel desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de la afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como circunstancias inherentes al contexto social y cultural en cual se desenvuelve el agente, lo cual le impide, en uno y otro caso, motivarse según los dictados de la norma. De esta manera se comprenden no sólo los eventos tradicionales de *inmadurez psicológica* sino de *inmadurez cultural* que tanta importancia tienen en sociedades pluriculturales en diversos estadios de desarrollo».

²⁰ Vélez Vélez, 1981, pág. 360.

²¹ Zaffaroni, 1988a, pág. 202.

Como bien se sabe, la existencia de este orden absoluto de valores o del consenso sobre los mismos y que el derecho penal supuestamente recoge, al igual que la existencia de una racionalidad, ha sido negada por las investigaciones realizadas en el campo de las ciencias sociales.

Hoy en día parece por lo menos poco serio considerar el delito como expresión de una actitud individual contraria a los valores y a las normas sociales generales. Por el contrario, se afirma y reconoce la existencia de valores y normas específicos de diversos grupos sociales que a través de mecanismos de interacción y de aprendizaje son interiorizados por los individuos pertenecientes a ellos, determinando así su comportamiento, en concurrencia muchas veces con los valores y normas institucionalizados del derecho o de la moral oficial²². En este sentido, la *indagación sociológica*, en contra de los presupuestos de los que parte el discurso jurídico-penal tradicional en la conceptualización de la imputabilidad, *ha demostrado* —según indica Baratta²³— que:

- a) En el seno de la sociedad moderna hay, en correspondencia con su estructura pluralista y conflictiva, junto a los valores y reglas sociales comunes, también valores y reglas específicos de grupos diversos o antagónicos.
- b) El derecho penal no refleja, en consecuencia, sólo reglas y valores aceptados unánimemente por la sociedad, sino que selecciona entre distintos valores y modelos alternativos, según los grupos sociales que en su elaboración (legislador) y en su aplicación (magistratura, policía, instituciones penitenciarias) tengan mayor peso.
- c) El sistema penal conoce no sólo valoraciones y normas conformes con las vigentes en la sociedad, sino también discordancias respecto de ellas; tal sistema acoge a veces valores presentes sólo en ciertos grupos o en ciertas áreas y negados por otros grupos y en otras áreas.

Todo lo cual viene a demostrar la *relatividad de todo sistema de valores y de reglas sociales* en una cierta fase de desarrollo de la estructura social, de las relaciones sociales de producción y del antagonismo entre grupos sociales, y por esto también la *relatividad del sistema de valores que son tutelados por las normas del derecho penal*. En la sociedad no existe un orden valorativo y cultural absoluto, sino diferentes ámbitos culturales, los cuales no sólo pueden coincidir o diferenciarse sino también rechazar el planteamiento valorativo hegemónico. De ahí el *carácter ideológico de los presupuestos de los que tradicionalmente han partido las doctrinas tradicionales en el estudio de la imputabilidad*²⁴ y de la responsabilidad penal del indígena²⁵, pues ni existe un orden racional y cultural absoluto ni una sola racio-

nalidad y, por lo mismo, tampoco sujetos incapaces de actuar o de motivarse conforme al valor²⁶.

Por lo anterior, *cuando la imputabilidad se plantea como un juicio sobre la capacidad existencial (de actuar libremente o de motivarse) del sujeto, su aspecto negativo, la inimputabilidad, se convierte en un juicio de descalificación, de invalidación del sujeto, convirtiéndolo en un ser inferior (incapaz) a merced de los superiores*, cuando lo cierto es que el hombre siempre es capaz de racionalidad, de comprensión y de actuar conforme a ella; sólo que su mundo de valores o de referencia puede no ser el mismo que el hegemónico. Así concebido, *el concepto de imputabilidad viene a funcionar como un sofisticado mecanismo de afirmación de unos valores y negación de otros, con lo cual el mecanismo de la imputabilidad no hace otra cosa que continuar en el ámbito punitivo un proceso de discriminación y estigmatización iniciado antes por otras instancias de socialización y del control social informal* y que tiene por base la asunción o no por parte del individuo de los roles, normas y valores que la sociedad capitalista impone.

Lo que en realidad está en juego, entonces, es la norma que establece cómo debemos comportarnos y hasta, por ejemplo, cómo y por qué debemos matar, que es precisamente lo que el «loco» y el indígena cuestionan; de ahí entonces la «necesidad», para salvar la norma, de estigmatizar y descalificar a quien se aparta de la misma. El sujeto se convierte así en «el otro», el «diferente», a quien hay que segregar para confirmar que no somos nosotros, los sanos, normales, buenos, civilizados, maduros y conformes ciudadanos, y para tutelar la carácter absoluto de los parámetros según los cuales se define el orden moral y público²⁷.

Como consecuencia lógica de esta situación, se produce entonces el distanciamiento entre los individuos «normales» y los «anormales» (o lo que es lo mismo, entre los «capaces» y los «incapaces», entre los «civilizados» y los «salvajes», entre los «maduros» y los «inmaduros»), que otorga a los primeros una posición de autoridad sobre la vida y destino de los segundos. Luego, *esas otras realidades posibles no son reconocidas por la norma dominante, por lo que, como le sucedió a Melicio, el problema aparece cuando nuestros jueces, con base en su conocimiento desde el mundo al que pertenecen y considerado por ellos el «mundo real», «creen evitable lo inevitable. No pueden examinar las realidades, otras realidades como parte de otro mundo real»*²⁸.

En definitiva, el concepto de inimputabilidad, entendido desde este punto de vista jurídico tradicional, viene desempeñado un importante papel ideológico, al operar como un mecanismo selectivo de los sujetos que actúan conforme a una racionalidad axiológica o de referencia diferente de la hegemónica²⁹.

²² Cf. Baratta, 1986, págs. 71 a 74 y Bustos Ramírez, 1982, págs. 90 a 95.

²³ Cf. Baratta, 1986, pág. 73.

²⁴ Cf. Sotomayor Acosta, 1989.

²⁵ Cf. Yrurera, págs. 43 y ss.

²⁶ Cf. Bustos Ramírez, 1982, págs. 87 y ss.

²⁷ Cf. Basaglia y Basaglia Ongaro, pág. 85.

²⁸ Sánchez Botero, pág. 15.

²⁹ Cf. Sandoval Huertas, págs. 39 a 42.

4. PLURALIDAD CULTURAL Y PLURALIDAD JURIDICA EN EL DERECHO PENAL: LA NECESIDAD DE UNA REDEFINICION DEMOCRATICA DEL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD A PARTIR DEL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL

4.1. El nuevo marco constitucional

Un verdadero cambio en el tratamiento jurídico del indígena en Colombia sólo se produce con la entrada en vigencia de la *Constitución de 1991*, la cual contó entre sus constituyentes con dos representantes del movimiento indígena, como consecuencia del proceso de paz que condujo a la desmovilización del grupo guerrillero «Quintín Lame», de origen indígena. En esta nueva Carta política expresamente se afirma que «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana» (art. 7). De igual manera, en el artículo 10 se establece que las lenguas y dialectos de los grupos indígenas serán también considerados oficiales y por ende la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. Además, en el artículo 246 se señala de manera expresa que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que éstos no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Estos, entre otros artículos de la Constitución del 91, constituyen la carta de reconocimiento no sólo de la diversidad cultural existente en nuestro país, sino de la pluralidad jurídica a la que antes aludimos. En otras palabras, a partir de 1991 el derecho consuetudinario indígena es también derecho válido, lo cual constituye un elemento indispensable para la adecuada defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas³⁰ y para el logro de sus ancestrales reivindicaciones. En otras palabras, este «derecho constitucional indígena» se convierte un verdadero espacio desde el cual las comunidades indígenas pueden resistir, como ya se venía haciendo con el limitado ámbito que permitía la legislación anterior³¹.

4.2. La inculpabilidad del indígena por «error de comprensión culturalmente condicionado»

Este nuevo marco constitucional le impone al derecho penal el reto de repensar el problema de la responsabilidad penal del indígena «desde la Democracia» y sus correspondientes exigencias de respeto y protección de la diversidad, el pluralismo y los derechos humanos. Como un importante avance en esta dirección en el derecho penal latinoamericano debe reseñarse la propuesta de Zaffaroni en

el sentido de *considerar inculpable al indígena que no puede internalizar la norma prohibitiva por razones culturales, evento que el profesor argentino denomina «error de comprensión culturalmente condicionado»*³².

Esta posición, a la que han adherido otros autores con posterioridad³³ y que en alguna medida coincide también con la expuesta en España por Muñoz Conde³⁴, constituye sin duda un importante avance comparada con la tesis de la «inmadurez psicológica o cultural» del indígena. Sin embargo, creemos que se trata de una tesis con alcances bastante limitados en países como Colombia, pues en última instancia, entre las distintas formas que puede presentar el conflicto entre el derecho positivo estatal y el derecho consuetudinario indígena a las que aludimos con anterioridad, sólo resuelve los casos de comportamientos prohibidos por el primero mas no por el segundo. Quiere ello decir que si bien bajo esta tesis quizá Melicio pudiera ser absuelto, bajo esta misma perspectiva un indígena emberá-catio que cometa un hurto deberá ser sancionado con la pena de prisión de dos a ocho años que prevé nuestro Código Penal y no con la de tres a cinco días de trabajo que recomienda la autoridad indígena.

No se solucionan satisfactoriamente los supuestos en los cuales el mismo comportamiento es sancionado, aunque de manera diferente, por el derecho indígena y por el derecho estatal, ya que en este supuesto no podría afirmarse la existencia de ningún «error de prohibición» o de «comprensión culturalmente condicionada». Con ello de nuevo se desconoce la validez del derecho indígena y el pluralismo jurídico que nuestra Constitución Política reconoce, pues en casos de conflicto siempre prevalecerá el derecho estatal, lo cual tiende a convertir el derecho indígena en un derecho de carácter dependiente y subsidiario: dependiente, por cuanto sólo se entenderá válido mientras no contradiga el derecho estatal; y subsidiario, por cuanto sólo será aplicable cuando no rija el derecho positivo estatal, *posibilitándose de esta manera, paradójicamente, una ampliación, antes que una contracción, del control social sobre lo indígena, que se verá sometido tanto al poder «local» como «nacional»*.

Esta tesis tiene el inconveniente adicional de *considerar el proceso penal ordinario como el escenario obligatorio de un difícil y poco probable —en el marco de un proceso penal— encuentro entre este «mundo real» y aquel «mundo posible»*.

4.3. La revisión del concepto de imputabilidad

Por lo anterior creemos necesario profundizar y desarrollar la perspectiva constitucional, lo cual, en nuestra opinión, pasa por una *revisión y redefinición del concepto de imputabilidad, camino este ya iniciado en América Latina por el profesor Bustos Ramírez*³⁵.

Para ello debemos comenzar afirmando que tra-

³⁰ Cf. Stavenhagen, pag. 43.

³¹ Cf. Triana Antorvenza, págs. 293-295.

³² Cf. Zaffaroni, 1988a, págs. 199-206.

³³ Es este el caso de Irureta (págs. 127-33) en Venezuela y en Colombia de Benítez Naranjo (1988, págs. 172 y ss).

³⁴ Cf. Muñoz Conde, 1988, pag 76

³⁵ Cf. Bustos Ramírez, 1982.

dicionalmente el juicio de responsabilidad (o culpabilidad) del individuo por el acto cometido, se ha hecho desde el punto de vista abstracto y general del libre albedrío. No obstante, tal concepción de la culpabilidad es la que precisamente ha conducido al tratamiento del sujeto catalogado como inimputable como incapaz, convirtiéndolo en objeto de tutela y negándole su calidad de sujeto de derechos³⁶. Creemos, por el contrario, que lo que se persigue con el juicio de responsabilidad no es «reprocharle» al sujeto el haber actuado típica y antijurídicamente pudiendo no hacerlo, si no saber *qué tanto le era exigible a ese individuo una respuesta diferente frente a las tareas concretas que le impone el sistema* y ello, como explica Bustos Ramírez, significa entender, en primer lugar, que *responsabilidad es exigibilidad*, es decir, «lo que puede exigir el sistema de una persona frente a una situación concreta»³⁷; y, en segundo término, que la esencia de tal juicio la constituye lo exigible a un sujeto concreto en una situación concreta, lo que supone que el sistema haya proporcionado los presupuestos necesarios para que la persona tuviera a su alcance la respuesta exigida por dicho sistema, «pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia»³⁸.

Es en este punto donde la necesidad de diferenciación inherente al principio de igualdad entra a jugar un papel de vital importancia, pues si bien desde el punto de vista formal de la igualdad ante la ley el Estado podría exigir a todos los ciudadanos las mismas respuestas, ello iría en contra de los presupuestos mismos del Estado social de Derecho, pues llevaría a desconocer las desigualdades materiales existentes en la sociedad. De ahí que el Estado mismo reconozca que por su situación económica, social, física, mental o de otra índole, algunas personas se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y por ello establece el deber de otorgarles un tratamiento especial (art. 13 de la Const.).

Mirado en los términos del juicio de responsabilidad penal lo anterior significa que *frente a tales personas en situación de desigualdad el Estado reconoce la imposibilidad de exigirles determinadas respuestas o por lo menos de hacerlo en el mismo grado que a los demás, dada la ausencia o disminución, por diferentes motivos, de sus posibilidades de participación en el sistema social y por consiguiente de las condiciones materiales para tal exigencia.* Así concebida, la responsabilidad constituye entonces, en primer lugar, un *problema de valoración y por ende político-criminal*³⁹, vinculado necesariamente al nivel de desarrollo democrático de una sociedad determinada, pues un mayor desarrollo democrático debe corresponderse con una mayor particularización de las necesidades y, por lo mismo, con la búsqueda de soluciones cualitativa y cuantitativamente diferentes a la pena para solucionarlas. Por ello *los factores excluyentes de la exigibilidad y los que generan inimputabilidad penal, encierran una definición política, luego son siempre políticamente revisables*

y ampliables, pues, como ha dicho Muñoz Conde, «Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad»⁴⁰.

Desde este marco político criminal la *inimputabilidad* debe entenderse más bien como *la fórmula utilizada por el Estado para reconocer, a efectos penales y con carácter general, la situación de desigualdad en la que se encuentran ciertas personas frente a las exigencias del sistema penal, bien —en la actualidad— en razón de su edad (art. 165 del C. del M.), de su salud mental (art. 31 del C.P.) o de su pertenencia a un ámbito socio-cultural diferente, como sucede con el indígena.*

Ahora bien, en razón de que en nuestro ordenamiento jurídico actual la inimputabilidad, por minoría de edad, trastorno mental, inmadurez psicológica o calidad de indígena, *no implica necesariamente exclusión de la sanción* y por tanto tampoco de la responsabilidad penal general, debe concluirse que la inimputabilidad *no se fundamenta en la inexigibilidad sino en una menor exigibilidad de respuesta del sujeto en razón de su situación de desigualdad manifiesta.* Luego, *la diferencia entre imputabilidad e inimputabilidad es sólo cuantitativa*, es decir, de nivel o grado de responsabilidad.

Por lo anterior, el juicio de responsabilidad particular del sujeto frente al injusto cometido encierra dos valoraciones diferentes:

- a) En primer lugar, el *juicio de imputabilidad*, mediante el cual se determina objetivamente el nivel o grado de responsabilidad a partir del cual se enjuiciará al sujeto; vale decir, a menor posibilidad de participación legalmente reconocida (menor de edad, indígena, trastornado mental o inmaduro psicológico), menor exigibilidad (ámbito de la inimputabilidad) y a condiciones normales de participación, plena exigibilidad (ámbito de la imputabilidad). *La imputabilidad es entonces el primer elemento a considerar en el juicio de responsabilidad y, por lo visto, cumple la función de fijar el ámbito de responsabilidad; de ahí que la inimputabilidad excluya la pena criminal mas no necesariamente la responsabilidad penal*, pues de todas maneras el inimputable puede verse sometido a otra clase de sanciones (las medidas para inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica prevista en el art. 93 del CP, medidas para menores previstas en el art. 204 del Código del Menor, sanciones del derecho consuetudinario indígena, etc.), *diferentes a la pena pero en toda caso sanciones penales, en cuanto intervención coactiva sobre los derechos del sujeto como consecuencia de la realización de un delito.*
- b) Para proceder a la imposición de una sanción, tanto en el ámbito de la imputabilidad como de la inimputabilidad, es necesario llevar a

³⁶ Cf. Bustos Ramírez, 1982, págs. 87 y ss.; y Sotomayor Acosta, págs. 95 y ss.

³⁷ Bustos Ramírez, 1989, pág. 327.

³⁸ Bustos Ramírez, 1992, pág. 163.

³⁹ Cf. Bustos Ramírez, 1989, págs. 323-328.

⁴⁰ Muñoz Conde, 1980, pág. 51.

cabo una *segunda valoración*, con el fin de determinar, de conformidad con el ámbito de responsabilidad a que ha sido asignado el sujeto (imputabilidad o inimputabilidad), si éste debe responder por el hecho delictivo realizado, atendidas las circunstancias particulares de su comportamiento.

A diferencia del nivel anterior, en el que se trata sólo de asignar formalmente al sujeto a un determinado ámbito de exigibilidad y por tanto de responsabilidad conforme a la valoración previa llevada a cabo por el legislador al consagrar en la ley los factores que originan la inimputabilidad, en este segundo nivel se trata de un juicio concreto sobre el sujeto concreto, con miras a establecer si como imputable o como inimputable, según el caso, le era exigible la respuesta esperada de él (aspecto éste también graduable, por supuesto). Ya no se trata de si el sujeto debe responder como menor, como adulto o como indígena, pues tal cosa se ha definido previamente en el primer nivel, si no de si a este menor, indígena o trastornado mental o aquel adulto imputable le era exigible en la situación concreta en que actuó, una respuesta diferente. Y en el caso del indígena, por ejemplo, tal juicio sólo será posible a partir de las exigencias propias del derecho indígena.

Es en este segundo nivel del juicio de responsabilidad donde entran en juego las causales de inexigibilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, insuperable coacción ajena, inexigibilidad de la conciencia de la ilicitud del hecho, etc.), las cuales cumplen idéntica función en los distintos niveles o ámbitos de responsabilidad, cual es la de excluir la responsabilidad frente al hecho y por tanto la respectiva sanción.

En este orden de ideas, es cierto que algunas de las causales de inexigibilidad requieren un tratamiento y estudio específico —con miras a establecer sus contenidos y alcances— en el ámbito de la inimputabilidad, pues hasta el momento se han tenido en cuenta sólo desde la perspectiva del sujeto imputable, desconociendo que cada ámbito tiene su propia especificidad. Mas, en todo caso, la ausencia de tal desarrollo del tema no puede llevar a sostener, como ha sucedido en gran parte hasta ahora, que tales causales de exclusión de la responsabilidad no rigen para los sujetos declarados como inimputables; por el contrario, en razón del principio constitucional de igualdad de protección y de trato, a éstos deberá excluirse la responsabilidad por lo menos en los mismos eventos en que al imputable se le excluya, pues si a quien más se le exige no responde penalmente en tales supuestos, con mayor razón tampoco debe responder quien está sujeto a un menor grado de exigencia.

En conclusión, la imposición de una sanción penal presupone no sólo la comisión de un delito (injusto), sino también la responsabilidad del sujeto por el hecho realizado. La determinación de dicha responsabilidad, a su vez, exige distinguir dos ámbitos: el de los imputables, cuya responsabilidad originará la imposición de una pena, y el de los inimputables, cuya responsabilidad dará lugar, cuando fuere necesaria, a la aplicación de una sanción diferente a la pena.

Que la responsabilidad penal del imputable se siga denominando culpabilidad es algo irrelevante en el fondo, aunque quizás convenga mantener para este ámbito tal expresión, pues el mayor contenido de desaprobación de la misma da buena cuenta de las diferencias de grado existentes entre la responsabilidad del imputable y la del inimputable. Con tal que quede claro, eso sí, que la inimputabilidad excluye la culpabilidad mas no necesariamente la responsabilidad y por ende tampoco las garantías del individuo frente al poder penal.

Lo anterior significa, en definitiva, que cuando un indígena realiza un hecho previsto como delito por el derecho estatal, deberá ser considerado inimputable por su calidad de indígena, lo cual automáticamente le otorga el derecho a ser juzgado conforme al derecho indígena (que deberá ser entendido como un «derecho penal especial»). Mas, en todo caso, las sanciones que se puedan imponer con base en el derecho indígena en ningún caso podrán ser más afflictivas que la pena, pues si bien es cierto que la imputabilidad marca el tope de máxima exigibilidad, también lo es que al mismo tiempo marca el tope mínimo de garantías; por ello la inimputabilidad, como ya se dijo, implica necesariamente mayores garantías del individuo. Significa ello que del concepto de inimputabilidad mismo se derivan limitaciones al derecho penal especial que se pueda generar a partir de dicha declaración, inclusive aunque ello pueda entrar en contradicciones sustanciales con el derecho consuetudinario indígena, pues, al fin de cuentas, también dicho derecho deberá ser adaptado a la Constitución, dado que ésta rige tanto para indígenas como para no indígenas.

Lo anterior por supuesto no resuelve todos los problemas que pueden presentarse de la coexistencia del derecho estatal y del derecho indígena, pero sí puede constituir una vía posible para ir allanado el camino hacia la conservación de la «diversidad en la unidad», es decir, hacia la Democracia.

Quiero decir, retomando el caso de Melicio, que él no puede ser legítimamente juzgado por un juez penal ordinario, pues desde el punto de vista del Código Penal debe ser considerado inimputable dada su calidad de indígena, no porque se considere «inmaduro» o «incapaz» sino porque el hecho de pertenecer a una cultura diferente lo coloca en una situación de desigualdad frente a las exigencias del orden jurídico dominante. Por lo tanto, debe ser juzgado por la comunidad puinave... al fin y al cabo sólo ella está en capacidad de decidir si es responsable o no.

BIBLIOGRAFIA

- Baratta, Alessandro (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- Benítez Naranjo, Hernán Darío (1988): *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Temis.
- Bustos Ramírez, Juan (1982): «La imputabilidad en un Estado de Derecho», en J. Bustos Ramírez: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá.
- Bustos Ramírez, Juan (1989): *Manual de derecho*

- penal, parte general*, 3.ª edición, Barcelona, Ariel.
- Bustos Ramírez, Juan (1992): «Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 56, Bogotá, Temis.
- Colombia-Ministerio de Gobierno (1982): *Colombia indígena*, Bogotá, Ministerio de Gobierno.
- Correas, Oscar (1994): «El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces», en *Jueces para la Democracia*, núm. 22, Madrid.
- Estrada Vélez, Federico (1986): *Derecho penal, parte general*, Bogotá, Temis.
- Fernández Carrasquilla, Juan (1989): *Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Temis.
- Galeano, Eduardo (1982): *Memoria del fuego. (I) Los nacimientos*, México, Siglo XXI.
- Giraldo Angel, Jaime (1982): «Inimputabilidad penal e inmadurez psicológica», en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Irigoyen Fajardo, Raquel Z. (1995): «Itinerario de un proceso de investigación-acción en el área etnias: Hacia la construcción de un modelo democrático-pluralista (Perú, Países Andinos)». Ponencia presentada durante el XX Encuentro Latinoamericano de Criminología, Maracaibo, Universidad del Zulia, Mimeo.
- Muñoz Conde, Francisco (1980): «Culpabilidad y prevención en derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, Madrid.
- Muñoz Conde, Francisco (1988): «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 34, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Organización Regional Embera Wounaan (OREWA) (1996): *Programa de justicia indígena. Boletín para autoridades indígenas y cabildos locales en el Departamento del Chocó*, Quibdó, Febrero de 1996, Mimeo.
- Reyes Echandía, Alfonso (1984): *La inimputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Botero, Esther (1992): «Melicio Cayapú Dagua (Está preso mi sargento). Estado de normas, Estado de rupturas», en E. Sánchez B. (Comp.): *Antropología jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*. Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia, Comité Interna-
- cional para el Desarrollo de los Pueblos y VI Congreso Nacional de Antropología.
- Sandoval Huertas, Emiro (1985): *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá.
- Sanguino Madariaga, Ailrio (1990): «El indígena ante el derecho penal (testimonio de una afrenta socio-cultural)», en *Estudios de Derecho*, núms. 115-116, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Santos, Boaventura de Sousa (1991): *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1989): *Inimputabilidad y sistema penal*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.
- Stavenhagen, Rodolfo (1990): «Derecho consuetudinario indígena en América Latina», en R. Stavenhagen y D. Iturralde (Comp.): *Entre la ley y la costumbre (el derecho consuetudinario indígena en América Latina)*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Triana Antorvenza, Adolfo (1990): «El Estado y el derecho frente a los indígenas», en R. Stavenhagen y D. Iturralde (Comp.): *Entre la ley y la costumbre (el derecho consuetudinario indígena en América Latina)*, México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Triana, Gloria (1985): *Los Puinaves del Inirida. Formas de subsistencia y mecanismos de adaptación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Velásquez, Fernando (1995): *Derecho penal, parte general*, 2.ª edición, Bogotá, Temis.
- Vélez Vélez, Luis Fernando (1981): «El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Temis.
- Vélez Vélez, Luis Fernando (1985): «Causales culturales de justificación», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 28, Bogotá, Temis.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.) (1986): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, Buenos Aires, Depalma.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988a): *Tratado de derecho penal, parte general*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1988b): *Criminología (aproximación desde un margen)*, Bogotá, Temis.

Apuntes*

- **'Ben trovato' y, probablemente, 'vero'**

La hipótesis de Belloch haciendo saltar no sólo las fichas sino incluso el tablero, al caer sobre él con Gerardo Thomas, extemporáneamente y después de haber tomado impulso desde Atenas, sería increíble en cualquier otro contexto. Pero cuando el drama se degrada a comedia de enredo, los actores son extras y la representación pasa del escenario a un camerino, todo es posible.

- **Porquería: suma y sigue**

La sufrida opinión pública española volvió a desayunarse otra vez con el más nutrido menú de sapos, mientras la mancha de porquería se difunde incansable como estela de años que están resultando la mar de oscuros.

Es verdad que a la denuncia de Roldán siguió la cadena de desmentidos y la invocación de la condición inmundada del denunciante. Pero la ingente cantidad de mierda cierta y ciertamente acumulada de la que ya se tiene constancia inobjetable, predispone al escepticismo y a la duda metódica. (Mientras el que duda no puede dejar de taparse la nariz).

No puede ser más claro que en este caso el personaje es «un cromo». Que el tipo de la foto en calzoncillos y con el sujetador de la hetaira como juguete habría resultado, por su *look*, seguramente insoportable por la patente zafiedad, incluso como simple ocasional compañero de barra, para cualquier ciudadano sensible y con algún sentido de la estética. Para no hablar de ética, que últimamente no se lleva tanto.

Pero está claro que no resultó ser así para todos. Si llegó a ser lo que fue y a estar donde estuvo; si le faltó un pelo para *llevarse* también una importante cartera ministerial, es porque transmitía y recibía en la misma longitud de onda que quienes depositaron en él tanta confianza. Por eso, aunque quizá resulte cierto que «no hay pruebas ni las habrá», la desconfianza más que razonable está servida. Y ojalá que —en una justa y sabia medida— para siempre.

- **Es que Mena no sirve**

Al quedar vacante la jefatura de la Fiscalía de Barcelona, un fiscal, Mena, bien conocido como profesional riguroso y esforzado, buen penalista y jurista de indudable prestigio dentro y fuera del ministerio público, solicitó esa plaza.

El Consejo Fiscal no tuvo ninguna duda sobre la idoneidad y los méritos del solicitante y avaló el nombramiento, que hizo suyo también el Fiscal General del Estado.

Otra cosa fue lo sucedido con el Gobierno —¡ay!— socialista.

Curiosamente, el mismo Gobierno que no había vacilado en quebrantar la legalidad para nombrar Fiscal General del Estado a Eligio Hernández, a la vista de los *momentos procesales* que se le avecinaban, tampoco dudó en esta ocasión al atenerse a —no confesados, pero bien manifiestos— indefendibles criterios de oportunidad, desentendiéndose de aquellos otros de derecho y de mérito, bien acreditados, concurrentes en Mena, que imponían en este caso su nombramiento como el medio mejor de contribuir a la defensa de la legalidad desde la Fiscalía de Barcelona.

Más precisamente en la Barcelona de Pascual Estevill, que tuvo en el entonces partido del Gobierno facilidades que no encontró Mena. Pero es que Mena no sirve. No sirve, en la primera acepción del verbo servir.

Al fin el nombramiento de Mena, tantos meses pendiente, ha terminado por ser obra del Gobierno del Partido Popular, que seguramente habrá hecho lo imposible por evitarlo, pero ahí está. Pues bien, si el gusto es nuestro, el mérito es suyo. De ellos.

- **Ustedes no son 'la justicia'. (Carta breve a un ciudadano jurado)**

Querida conciudadana, querido conciudadano: La lectura de algunas noticias de prensa del *día después* de la primera experiencia de celebración de juicios con jurado en nuestro país me ha producido una desazón que quieren compartir con usted.

Resulta que, cuando parecía haberse entrado en la vía de, al menos, una cierta *secularización* de la administración de justicia, con celebrantes en traje de civil y a pie de calle, me encuentro con que de

* Sección a cargo de la Redacción.

nuevo aflora el impulso, irrefrenable en estos pagos, del retorno al misterio/ministerio sacerdotal expresado mediante esa fórmula con sabor a jaculatoria: «Ustedes son la justicia», que se hizo enseguida titular y que expresa un mensaje inquietante.

Espero sinceramente que esa nueva invitación a recrear el mito, a elevar los pies del suelo, a ensimismarse en otra ficción autocomplaciente y mentirosa, no haya erosionado ese «sentido común», que al mismo tiempo se evoca como el mejor patrimonio del ciudadano-jurado y que, aunque pueda resultar discutible que baste para juzgar, desde luego nunca sobra.

Ustedes, por favor, no se lo crean aunque se lo digan con el mayor entusiasmo y toda la buena fe: *no son* la justicia. Porque nadie es la justicia. Y no hablamos de la justicia-virtud, que como tal ni existe ni se aparece, sino ni siquiera de la más modesta justicia-valor-socialmente-realizable, que, en lo que tiene de posibilidad práctica, nunca lo será por vía de *encarnación* mágica, sino como fruto de un esfuerzo de racionalidad crítica, autocrítico y humilde.

Y tampoco crean que es cierto que «han de meterse en la mente de los acusados». Pues, aunque alguna vez se ha escrito en el repertorio de la más alta jurisprudencia togada que hacer de juez es «función de psicoanálisis», ello no tiene nada de cierto. Confórmense, por favor, con juzgar conductas bien atentos al tenor *de lo de ellas se ve*, a lo realmente percibido a través de datos inequívocos. Y dejen en paz a *la mente* como tal, pues de otro modo entrarían en ella como un elefante en una cacharrería. Es decir, como han entrado siempre los jueces que se han creído que todo el sujeto y todo en el sujeto era o podía ser materia justificable.

● La pura pasión de 'informar'

El diario *Abc* ha introducido una nueva norma en su «libro de estilo». A partir de ahora, cada vez que *informe* sobre la actividad profesional de un juez difundirá algún dato relativo a su entorno familiar. De momento, ha comenzado por Gómez de Liaño, quien, como puede verse en la página 4 del periódico conservador correspondiente al pasado día 28 de mayo, aparece designado dos veces, en sendos pies de foto, como «hermano del abogado de Conde».

Resultaría seguramente interesante evaluar cómo *Abc* distribuye sus filias y, sobre todo, sus fobias entre jueces. Pero de momento y a la vista de esa actitud, se impone una consideración urgente: el uso que se denuncia, aparte su zafiedad estética, responde a la más depurada técnica del panfleto e implica una falta de respeto, no ya y no sólo a la víctima de la burda manipulación sino al lector, de la misma torpe manera manipulado. Y es un uso que ensucia, pero es claro: sólo al que lo hace.

● El irresistible encanto de 'la carrera'

A los muchos quebraderos de cabeza que seguramente asedian a Pascual Sala en el ocaso de una poco feliz presidencia del Consejo General del Poder Judicial, se añade ahora otro nuevo: la preocupación por el futuro de «la unidad de la propia carrera judicial» (sic). El temor de que ésta pudiera romperse, de producirse el cambio a un sistema de «elección corporativa» de los 12 vocales del Consejo de procedencia judicial (en entrevista concedida a una agencia, de la que da cuenta *El País* de 23 de junio de 1996).

Así resulta que lo que, desde que Calamandrei denunció lúcidamente «los peligros de la *carrera*», ha sido una constante en el pensamiento renovador sobre la magistratura, se ve ahora sustituido —en un discurso que seguramente aspira a ese mismo título— por un alegato apologético del férreo diseño orgánico-castrense debido a Napoleón Bonaparte.

En opinión del entrevistado, el pluralismo que —dice— separa legítimamente a los jueces, tendría que declinar ante la unidad de la corporación, que debe ser preservada. Sin embargo, en la lógica del sistema que postula, con sólo esa afirmación se queda a mitad de camino. En efecto, una vez suscrito —como hace Sala— aquel paradigma organizativo, la coherencia en la preocupación por la ruptura de la *affectio gremialis* le obligaba a seguir a De Miguel Garcilópez en su olvidada propuesta del modelo «del Colegio Oficial» como el más apropiado al espíritu de *la carrera*.

Y, puesto a dar ideas, debería haber profundizado en la naturaleza del singular *cemento* generado por los partidos y, a su juicio, de tan buen rendimiento a la hora de infundir cohesión ideológica en los integrantes de la judicatura. Lástima que no lo hiciera, porque en tiempos como éste de confusión lo que hace falta es doctrina sólida.

● Prisiones: no se van, se quedan donde estaban

La decisión del Partido Popular de separar los ministerios de Justicia e Interior manteniendo las instituciones penitenciarias dentro del segundo ha sido interpretada por algunas voces críticas como un desplazamiento de ese área de su localización original y, en consecuencia, como un retroceso.

Pero no es así exactamente. En primer lugar, y si se atiende a la dimensión material del asunto, no cabe duda de que el régimen penitenciario —como todo lo de Justicia— había sido ya incorporado a la *lógica de Interior*, el polo fuerte de la desigual relación.

Y, en términos táctico-políticos, ¿alguien tiene la menor duda de que la (con) *fusión* precedente, con su marcado déficit de justificación racional-democrática ha facilitado las cosas al PP a la hora de dar ese paso? ¿Era o no era jugar con fuego real la cosa del biministerio?