

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

P. Andrés Ibáñez, Tomás Iglesias. **G. Gómez Orfanel**, Secretos de Estado. **C. Jiménez Villarejo**, Democracia contra corrupción. **M. Gascón Abellán**, A vueltas con la insumisión. **G. Albiac**, Las corrupción constituyente. **J. Giménez García**, Derecho de información en los juicios de jurado. **D. Iñiguez Hernández**, Olvido o disimulo del 'aparato' consular. **J. Bayo Delgado-P. Ortuño Muñoz**, Integrista en las adopciones internacionales. **J. C. Bayón**, Legislación y jurisdicción en el Estado constitucional. **C. Lamarca**, La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal. **M. A. Rusconi**, El comportamiento alternativo en el delito imprudente. **A. L. Hurtado Adrián**, Cuantificación legal de daños a las personas. **F. Cascini-G. Cascini**, Nacimiento, pasión y muerte del Código procesal penal italiano de 1989. **F. Villavicencio Terreros**, Proceso de paz y administración de justicia en El Salvador. **B. Bertosa y otros**, Manifiesto de Ginebra.

En este número: Albiac, Gabriel, catedrático de Filosofía, Universidad Complutense (Madrid).
Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado, Audiencia Provincial (Madrid).
Bayo Delgado, Joaquín, magistrado (Barcelona).
Bayón, Juan Carlos, profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma (Madrid).
Cascini, Francesco, magistrado, Locri (Italia).
Cascini, Giuseppe, magistrado, Roma (Italia).
Gascón Abellán, Marina, profesora titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla La Mancha.
Giménez García, Joaquín, presidente de la Audiencia Provincial de Bilbao.
Gómez Orfanel, Germán, profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense (Madrid).
Hurtado Adrián, Angel Luis, magistrado, Audiencia Provincial (Madrid).
Iñiguez Hernández, Diego, del Cuerpo Superior de la Administración Civil del Estado.
Jiménez Villarejo, Carlos, fiscal jefe de la Fiscalía Anticorrupción (Madrid).
Lamarca, Carmen, profesora titular, Universidad Carlos III (Madrid).
Ortuño Muñoz, Pascual, magistrado (Barcelona).
Rusconi, Maximiliano Adolfo, Misión de Naciones Unidas para Guatemala.
Villavicencio Terreros, Felipe, ex juez penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, profesor de Derecho Penal, actual experto de PNUD en El Salvador.

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>Tomás Iglesias: su lucha por los derechos</i> , Perfecto Andrés Ibáñez	3
— <i>Secreto de Estado: algo más de lo mismo</i> , Germán Gómez Orfanel	7
— <i>Democracia contra corrupción</i> , Carlos Jiménez Villarejo	10
— <i>A vueltas con la insumisión</i> , Marina Gascón Abellán	16
— <i>La corrupción constituyente</i> , Gabriel Albiac	22
— <i>Incidencia del derecho a la información en los juicios de jurado</i> , Joaquín Giménez García	28
— <i>Olvido o disimulo del 'aparato' consular: algunas observaciones sobre el control de la legalidad de las actuaciones administrativas en materia de extranjería</i> , Diego Iñiguez Hernández	32
— <i>Integrismo en las adopciones internacionales</i> , Joaquín Bayo Delgado y Pascual Ortuño Muñoz	36
Estudios	
— <i>Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional</i> , Juan Carlos Bayón	41
— <i>La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal</i> , Carmen Lamarca	50
— <i>La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente</i> , Maximiliano Adolfo Rusconi	62
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Dificultades para la aplicación del sistema de cuantificación legal de daños a las personas de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor</i> , Angel Luis Hurtado Adrián	69
Internacional	
— <i>Nacimiento, pasión y muerte del Código procesal penal italiano de 1989</i> , Francesco Cascini y Giuseppe Cascini	79
— <i>Proceso de paz y administración de justicia en El Salvador</i> , Felipe Villavicencio Terreros	91
— <i>Manifiesto de Ginebra</i> , Bernard Bertosa, Edmondo Bruti Liberati, Gherardo Colombo, Benoit Djemeppe, Baltasar Garzón Real, Carlos Jiménez Villarejo y Renaud Van Ruymbeke	96
Apuntes	
— <i>El Estado mata más blanco</i>	99
— <i>Bienaventuranzas</i>	99
— <i>¿Garantía judicial?</i>	99
— <i>Mejor leer primero</i>	100
— <i>Con el honor no se juega</i>	100
— <i>El ministro insumiso</i>	100
— <i>Jueces 'made in USA'</i>	101
— <i>Hoy los 'derechos' adelantan que es una barbaridad</i>	101
— <i>El síntoma Arzalluz</i>	101



901 224466

una transferencia,
comprobando
su saldo,
domiciliando
un recibo,
comprando
moneda extranjera,
invirtiendo
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

DEBATE

Tomás Iglesias, jurista: su lucha por los derechos

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Conocí a Tomás Iglesias hace ahora casi veinte años. Fue en un curso de verano, en el que se discutía acerca de la involución autoritaria del Estado de derecho, aquí entonces apenas inaugurado. Compartimos preocupaciones y afinidades y hablamos largo y tendido; y distendido, como suele hacerse en esa clase de encuentros.

La última vez que tuve ocasión de disfrutar con él algunos días de charla tranquila, fue en un paréntesis de su implacable enfermedad: a finales de julio de 1995, en El Escorial. También en un curso estival, en el que, esta vez, se reflexionaba sobre ciertos temas especialmente conflictivos situados en las fronteras del derecho.

La idea de poner en relación estos dos momentos es puramente personal, pero me parece que no tiene nada de arbitraria. Primero, porque en ellos se evidencia la generosa predisposición de Tomás a officiar de *estudiante* allí donde estimase que podía haber algo que aprender (precisamente él, que pasaba la vida enseñando, como quien no quiere la cosa). Después, porque la preocupación por las cuestiones polémicas —como las tratadas en las ocasiones a que me he referido— y el afán en la búsqueda y utilización entusiasta de los espacios en que se practicaba el debate abierto, eran rasgos salientes de su personalidad. Del intelectual y del jurista. De su modo de entender la cultura como tensión permanente, como tarea siempre inacabada, en la que nunca se envejece. Y de su manera de concebir el derecho, de la que eran parte esencial tanto la idea de límite, la función racionalizadora de toda manifestación de poder; como la vocación de apertura a las nuevas realidades emergentes.

Pues bien, la perfecta fusión en Tomás Iglesias de las dos dimensiones aludidas, es decir, la del «intelectual comprometido» (por rescatar del «almario» de la gente de nuestra generación una expresión, acuñada para referirse a personas como él); y la del jurista no contemplativo, no fetichista, por buen conocedor de las virtudes y también de las trampas y las miserias del derecho, es, a mi juicio, el hilo conductor que debe guiar un intento como éste de honrar su recuerdo. Por fidelidad al dato cierto, bien demostrado, de lo que fue su historia personal, que cuenta muchos testigos de primera mano. Y también porque la evocación de Tomás Iglesias no po-

dría quedar en un simple ejercicio de añoranza; aunque se le añore. Fatalmente, para nosotros Tomás es ya memoria, memoria emocionada y estremecida; memoria agradecida y entrañable. Pero también mucho más.

Por haber sido como fue, por haber encarnado al ser humano, al amigo, al intelectual, al ciudadano y al jurista que conocimos, su peripecia biográfica, como tal ahora cumplida, se proyecta y se prolonga en auténtica experiencia cultural. En efecto, no son sólo el cariño y la tristeza lo que mueven a esta reflexión. Desde luego, sobran muestras de la indiscutible aptitud de Tomás Iglesias para generar esos y otros nobles sentimientos. Pero de él queda también algo que se mueve en un plano más objetivo. Es la estela de su admirable hacer como experimentado agitador de conciencias, de su condición de irreductible activista de las causas más nobles, de su generosa fibra de militante por la materialización de los valores que constituyen nuestro horizonte ético, y que son el cemento que compacta el modo de entender las relaciones humanas y la convivencia civil que compartíamos con él. Valores por los que tenemos que seguir esforzándonos como él lo haría y, en cierto modo, lo hace aún, pues, por haber sido como fue, Tomás Iglesias ha muerto pero no ha pasado: continúa siendo inspiración y estímulo.

Aquí quiero rememorar, sobre todo, al jurista. Sé que no descubro nada diciendo que Tomás Iglesias fue un jurista extraordinario, capaz de integrar de la manera más eficaz diversos modos de operar en y con el derecho: ejerció la abogacía de forma magistral; fue un buen docente universitario; publicó excelentes trabajos; se volcó en la puesta a punto y en la consolidación de la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas.

Hizo todas esas cosas, pero lo que le singulariza como jurista no es simplemente el dato de la acumulación de tareas, lo plural de su dedicación, sino el estilo. Me refiero a la calidad y a la intensidad del empeño, que es lo que le convirtió en un jurista atípico. Diré por qué.

Tomás Iglesias, cuando en la izquierda militante casi no los había, fue *un jurista de izquierdas*. Es decir, no el activista político formado de urgencia en la vulgata marxista que reducía el derecho a pura expresión unilateral de una voluntad de clase; no el

abogado orgánico con una visión toscamente instrumental de las libertades, útiles, *sólo contra y mientras tanto*, para poner en dificultades concretas a una dictadura que cubría con el derecho el uso des-carnado de la fuerza. No.

En los papeles de Tomás Iglesias de aquellos años luce ya una concepción del derecho mucho más articulada y compleja. Es la del Marx de 1879, eficazmente recuperado por Lelio Basso en los años cincuenta de este siglo. La del Marx que supo ver en el orden jurídico una expresión «de la sociedad: de la sociedad, entiéndase bien, no de la clase dominante, de la sociedad con sus luchas, sus divisiones... [pues] la lucha de clases es una lucha que se combate por el poder y, por consiguiente, también por el derecho». Es decir, *en el derecho*.

Esa conciencia de la contradictoriedad, de la constitutiva ambigüedad del derecho de la sociedad capitalista; de su condición de instrumento del poder pero también de garantía de espacios de contrapoder, es lo que permite eliminar la confusión entre el derecho y el Estado. Romper la ilusión óptica que llevó al jurista convencional de la izquierda de antaño —como a mucha izquierda de poder de años recientes (aunque en este caso con todas las agravantes)— a infravalorar la significación de la forma Estado de derecho y del constitucionalismo.

Es posible que el Tomás Iglesias estudiante de derecho, por un condicionamiento ambiental entonces difícil de eludir y por la sugestión que producen las fórmulas simples supuestamente clarificadoras de las realidades complejas, hubiera sentido en algún momento la atracción fatal de aquella formulación catequística. Pero hay constancia escrita de que hizo muy pronto un claro ajuste de cuentas con ella, pues ya a principios de los setenta denunciaba lúcidamente como una mistificación el confinamiento «superestructural» de las garantías, reclamando para ellas un papel central no sólo en aquella coyuntura de lucha contra el monstruo, sino en la construcción de la sociedad futura como sociedad democrática.

Por eso, Tomás Iglesias fue de los que hicieron la apuesta *alternativa* con conciencia de lo que en realidad era y es, como «lucha por el derecho». Como el compromiso activo con la efectividad de los derechos que, desde 1978, es el papel asignado al jurista. Bien al contrario que muchos de los que entonces nos acompañaban —algunos quizá no tarden en volver a acompañarnos—, Tomás Iglesias, después de no haber trivializado la significación y el valor del derecho, ni siquiera cuando éste expresaba la hegemonía de la derecha; entendió que el mismo seguía teniendo un cometido esencial que desempeñar, cuando una nueva mayoría llegó al poder en nuestro país como izquierda.

Por una razón elemental: la lucha constitucional por los derechos no acaba, no puede concluir, en las puertas del *poder bueno*; que tampoco lo es por ser de *los amigos*. Como ahora sabemos muy bien —después de una lección terrible, pagada a muy alto precio, del que todavía hay muchos plazos pendientes— la garantía del poder democrático, del ejercicio democrático del poder, está en la conjugación rigurosa de dos factores: la legitimidad de origen y

la sujeción al derecho. Es decir, a la Constitución y las leyes, que, a veces se olvida, son la expresión más genuina de la soberanía popular.

Tomás Iglesias fue jurista de ese modo de entender el derecho que debe hacer de quien lo practica un «reformador profesional» (Ferrajoli). Alguien que tiene como tarea mantener viva la tensión entre el (siempre deficiente) ser real del derecho y su deber ser normativo. De ahí su militancia activa contra la liberticida «ley Corcuera» (tan contestada como co-creada por significativos silencios); como contra todo lo que pudiera significar un retroceso respecto del paradigma constitucional, leído siempre de la forma más ambiciosa.

No es una casualidad que su nombre aparezca asociado a una de las primeras experiencias de amparo, y precisamente en un supuesto de despido de trabajadores por razón de su actividad sindical, declarado nulo por el Tribunal Constitucional. Un caso emblemático de aquel noble modo de ser jurista, que hizo que instrumentos internacionales de tutela de la libertad sindical, por la vía del artículo 10.2º de la Constitución, acabasen prevaleciendo sobre la lectura ratonera del orden legal debida a la jurisdicción laboral, que sólo había visto defectos formales donde concurría una grosera violación de derechos constitucionales.

Tampoco es casual que fuera Tomás Iglesias el abogado laboralista que acompañó a los trabajadores de Talleres Faro en la epopeya de su extenuante recorrido por todos los recovecos imaginables del proceso. Para llevarles a buen puerto, por cierto, en un ejemplar ejercicio profesional en el que de nuevo volvió a lucir su rica comprensión de la compleja realidad del derecho, junto a la tenacidad del hombre cabal que cree en lo que hace. Ni se debe al azar que el SOC le hubiera tenido siempre como abogado.

No es extraño, en fin, que la presencia fecunda de Tomás Iglesias se hiciera sentir, también de la forma más eficaz, en la creación de la Federación de Juristas Progresistas. El, fustigador implacable de los egoísmos corporativos, a empezar por el de su propia corporación, (léase su espléndido ensayo sobre «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 12, 1991) tuvo un papel esencial en el despegue de ese movimiento. Y no sólo en el despegue, sino también en el esfuerzo por convertirlo en un espacio independiente y plural, por evitar su degradación a mero apéndice de posiciones de poder o de partido.

No puedo dejar de aludir a un aspecto de la personalidad de Tomás Iglesias como ciudadano de lujo y como jurista que, por razones obvias, siempre me ha impresionado. Me refiero a su rica cultura de la jurisdicción.

Sabido es que una de las particularidades de la transición a la democracia en nuestro país es que la misma se hizo «sin ruptura». Ello, en el ámbito de la justicia, supuso la permanencia del juez heredado. Muchos recordarán que, frente a los primeros gobiernos de la derecha, la izquierda, en particular el primer partido de la oposición, hizo gala de un fundamentalismo judicialista ciertamente sorprendente;

B. D. A. de Jurisprudencia + B. D. A. de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales: Toda la Jurisprudencia a su alcance.



- Más de 136.000 sentencias y resoluciones desde 1979 y todas a texto completo
- Inerrelación de los documentos con el resto de Bases de Datos de Aranzadi.
- Con acceso a todas las sentencias y resoluciones que han servido de apoyo a la sentencia objeto de estudio y a las normas objeto de interpretación y aplicación por el Tribunal, siempre a texto completo.
- Todas y cada una de las sentencias del Tribunal Supremo desde 1979, reproducidas íntegramente.
- Con todas las sentencias del Tribunal Constitucional que son citadas por el Tribunal Supremo.

- La más amplia selección de sentencias y resoluciones, más de 38.000, de los denominados "Tribunales Menores".
- Única con todas las materias: Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Fiscal.
- Con múltiples sistemas de búsqueda e interrelacionada con el resto de las Bases de Datos.
- Con acceso a todas las sentencias y resoluciones que han servido de apoyo a la sentencia objeto de estudio y a las normas objeto de interpretación y aplicación por el Tribunal, siempre a texto completo.

SOLICITUD DEMOSTRACION GRATUITA



- Si, deseo recibir información sobre las B.D.A. completamente gratis y sin ningún compromiso por mi parte.
- Demostración en mi despacho.

Diskette interactivo de la/lis B.D.A. que señalo a continuación:

- Jurisprudencia.
- Tribunales Superiores de Justicia.

Apellidos:
 Profesión:
 Empresa:
 Domicilio:
 Fax:
 Provincia:
 Nombre:
 Especialidad:
 Actividad:
 Tfno.:
 Población:
 N.I.F./C.I.F.:

1 Democ

Para hacer sus pedidos o consultar cualquier duda:

(948) 33 02 26
33 18 11

(948) 33 08 45



ARANZADI
EDITORIAL

que se transformó en un rechazo visceral, no sólo de los jueces sino de la independencia judicial y de la jurisdicción misma, apenas estrenado el poder en 1982. Hoy sabemos por qué y que de aquellos polvos son fruto los lodos que han encenagado la patética experiencia de instrumentalización partidista del Consejo General del Poder Judicial, con todas sus consecuencias de pasado, presente y futuro para nuestro sistema democrático.

Pues bien, cuando en la penosa política de la justicia entonces en acto no imperaba otra lógica que la partidocrática, de la pluma de Tomás Iglesias salía un texto como éste: «Preferimos jueces independientes aunque una parte importante de los mismos pudiera situarse en un ámbito ideológico conservador, a una judicatura que aún siendo mayoritariamente progresista fuera dependiente, o, simplemente, que estuviera incardinada en una situación que facilitase los lazos de control desde el poder ejecutivo/legislativo, desde los aparatos de los partidos políticos, cualquiera que fuese la ideología que colorease a éstos».

Espléndida la capacidad de discernir entre los árboles y el bosque. Espléndida muestra también del

equilibrio necesario para dar a la política lo que es de la política y al derecho lo que es del derecho, que se manifiesta en esta opinión, entonces nada fácil.

En una palabra, la misma profunda concepción del Estado democrático expresada en las otras vicisitudes de Tomás Iglesias aquí evocadas. La misma sensibilidad del intelectual riguroso, del jurista ejemplo vivo de lo que es tomarse el derecho y los derechos en serio. La misma lucidez de quien volcado en la gestión transformadora del presente, no estuvo nunca preso de la oportunidad ni de la coyuntura. Del demócrata idealista, pero resistente al dudoso encanto de ese jacobinismo corto de vista que ha producido tantos estragos.

Esto es, sinceramente, lo que sugiere el jurista Tomás Iglesias: jurista de una pieza, por el esfuerzo nada simple de integrar tantos y tan ricos perfiles. De ahí que, además de los afectos, haya buenas y fuertes razones para recordarle; para que su evocación sea algo más que desolado sentir por la muerte del amigo, del compañero, cruelmente arrebatado tan a destiempo. Pues, su memoria es y será para los que le conocimos, y para quienes le conozcan por nosotros, aliento, inspiración y estímulo.

Secretos de Estado: Algo más de lo mismo

Germán GOMEZ ORFANEL

Nunca en España se ha hablado o escrito tanto sobre secretos de Estado. No obstante puede parecer justificado efectuar una breve reflexión sobre alguno de los problemas que tal categoría jurídico-política acarrea. En concreto el alcance de la noción de seguridad del Estado (I), y la participación de los tres poderes del Estado, y sobre todo de los jueces en el control de dichos secretos (II).

I

La apelación a la seguridad y defensa del Estado, es lo que caracteriza a los secretos de Estado, y la diferencia de otros tipos de secreto como el profesional o el administrativo o de oficio y, lo que es decisivo, legitima o pretende legitimar la aplicación de un tratamiento de excepción, frente al régimen jurídico común basado en la publicidad. Un ejemplo reciente de lo dicho lo podemos encontrar en la definición de gastos reservados, como «aquéllos que se estimen necesarios para la defensa y la seguridad del Estado» caracterizándose, «respecto a los demás gastos públicos por la prohibición de publicidad y por estar dotados de un especial sistema de justificación y control»¹, algo semejante sucede con los artículos 1 y 2 de la Ley de Secretos Oficiales.

Conviene precisar claramente que la seguridad no es la de cualquier tipo de Estado, sino la de un Estado constituido como Estado de Derecho social y democrático, sometido a límites jurídicos y alejado de lo que históricamente se ha conocido como «Razón de Estado», entendida como derecho de necesidad exorbitante, consistente en excepciones, dispensas y limitaciones derogatorias del derecho común y expresadas tal como escribía Gabriel Naudé mediante «acciones atrevidas y singulares que los príncipes deben poner en práctica en casos difíciles y cuando no haya otra salida derogando el derecho común, sin consideración a justicia o formalidad alguna y sacrificando el interés privado al bien público»².

En un Estado de Derecho la seguridad del Estado no es el valor absoluto, puede entrar en colisión con otros valores o derechos fundamentales, siendo necesario un juicio de ponderación. Es más, el respeto a los derechos fundamentales es también componente de la propia seguridad del Estado. Así

lo ha considerado el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias definiéndola como... «preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas» (STC de 8 de abril de 1981).

Esta sentencia puede asociarse con la determinación de otro concepto cercano como es el de orden público, recogido en la Ley de Orden Público, de 1933³ y, que a su vez fue recogido en la ley franquista de 1959 siendo la aplicación de ésta en lo tocante a los derechos, no sólo meramente retórica sino incluso sarcástica.

En otras coordenadas distintas cuando se ha querido precisar en un país como Francia, el contenido de otro macro concepto jurídico-político, como es la soberanía, el Consejo Constitucional francés ha vinculado «las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional» con «el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos»⁴.

Lo significativo es que podría sustituirse la referencia a la soberanía por la de la seguridad del Estado y dentro de ésta no se incluiría únicamente la seguridad del «príncipe y de sus instituciones», sino también la de los ciudadanos caracterizada por el ejercicio de los Derechos, y a esto queríamos llegar, pues un Estado que lesiona los derechos de los ciudadanos o que no los garantiza, no crea seguridad, o si se prefiere, un Estado que hipotéticamente secuestre, torture y asesine (y que no sea capaz de restaurar el orden así violado) no es un Estado «seguro».

Estas ideas pueden encontrar variadas aplicaciones: A título de muestra podríamos citar la interpretación del artículo 102.2 de la Constitución referente a la responsabilidad criminal de los miembros del Poder Ejecutivo por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado. Si se considera que la lesión de derechos fundamentales puede encontrar acogida dentro de la categoría de seguridad de Estado, se ampliaría notablemente el ámbito de aplicación del mencionado precepto. Por supuesto que tal interpretación puede resultar para muchos un tanto forzada pero al menos cabe reflexionar sobre ella.

En los tiempos que corren defender una concep-

¹ Ley 11/1995 de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados (art. 1).

² Gabriel Naudé. *Considerations politiques sur les coups d'Etat*. Roma, 1639 pág. 65

³ «El normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público... (art. 1.º de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933).

La redacción de la Ley de Orden Público de 1959 reproduce con modificaciones el artículo citado:

«El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, recogidos en las leyes constituye el fundamento del orden público.»

⁴ Sentencia 85-188 del Consejo Constitucional francés.

ción de las categorías de seguridad del Estado, orden público, soberanía... que incluya no sólo a las instituciones sino también a los ciudadanos, presenta dificultades debido a la consideración del Estado como un conjunto de órganos (recaudadores, coactivos...) y no como una comunidad política de la que forman parte ciudadanos que a su vez han creado sus instituciones.

El concepto expansivo y manipulado de sociedad civil tiende a reducir al Estado a una constelación de aparatos dirigidos por la clase política, y con la consecuencia de que los ciudadanos se sienten cada vez más ajenos.

No se trata de dudar que la seguridad y defensa del Estado sea un interés básico y elemental constitucionalmente protegido, y ello tiene capacidad de convencimiento cuando se somete a control y se armoniza con el respeto a otros principios e intereses. El problema surge cuando se emplea el secreto de Estado como instrumento para ocultar acciones insoportables de agentes o dirigentes del Estado, que puestas a la luz difícilmente encuentran justificación y conviene recordar aquí a Kant para quien «cualquier acción referida a los derechos de otras personas cuyo principio no sea compatible con la publicidad, es injusta»⁵.

II

Tradicionalmente se ha encomendado al Gobierno la seguridad y defensa del Estado y, por tanto los secretos de Estado, pero incluso después del triunfo del parlamentarismo, y de la consolidación de los Estados de Derecho dotados de garantías jurisdiccionales, el Poder Ejecutivo sigue reclamando con más o menos éxito el monopolio o una posición de privilegio sobre los secretos de Estado.

Sin embargo la seguridad del Estado no es algo ajeno al Parlamento o a los jueces, y prescindir de ellos en tal ámbito sería como volver al Antiguo Régimen. Frente a las pretensiones del Poder Ejecutivo de constituirse en supremo y único intérprete de la seguridad y defensa del Estado no han faltado en los países de nuestro entorno actuaciones del Parlamento para reclamar el respeto a sus atribuciones de control o de jueces y tribunales para defender su función jurisdiccional y de investigación de los delitos. El escenario en que se produce esta situación no es otro que el de los conflictos entre poderes del Estado, el ámbito del principio constitucional de la división de poderes.

No se trata pues de negar que el Gobierno deba seguir siendo el depositario de los secretos de Estado, sino de afirmar que en materia tan trascendente, su actuación, debe estar sometida a los controles de los otros poderes del Estado o de un órgano que garantice el respeto al principio de la división de

poderes, como pueden ser los Tribunales Constitucionales.

El conflicto básico que me interesa comentar a continuación es el que se plantea entre los poderes de investigación del juez relacionados con la obtención de pruebas (especialmente documentos y declaraciones de testigos) y la negativa del Gobierno a prestar su colaboración.

En Gran Bretaña, el Gobierno ha venido utilizando la doctrina del *Crown Privilege* para negarse a prestar elementos de prueba o a responder preguntas ante los Tribunales alegando la producción de perjuicios para el interés público. La situación empezaría a cambiar en 1968 con la sentencia *Conway v. Rimmer*, que reconocía el acceso de los tribunales a la información secreta para ponderar el interés de la seguridad del Estado, con los de la realización de la justicia.

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el denominado *Executive Privilege*, señalando que la eventual aplicación de tal privilegio sería asunto del Tribunal y no del Ejecutivo y que sería propio del ámbito del deber del Tribunal declarar el derecho aplicable al caso, no pudiendo justificar el principio de separación de poderes ni la necesidad de confidencialidad de las comunicaciones del presidente, «an absolute unqualified presidential privilege of immunity»⁶.

Sin embargo en Italia se ha optado por una solución política para resolver el posible conflicto entre Gobierno y jueces tal como se recoge en la Ley de 24 de octubre de 1977, cuyo título es sintomático⁷ y en el Código de Procedimiento penal.

Así se establece el deber de los funcionarios públicos y asimilados de no declarar ante el juez sobre hechos cubiertos por el secreto de Estado, pudiendo asimismo negarse a entregar documentos. En tales supuestos el juez se dirigirá por el cauce adecuado al presidente del Consejo de Ministros, solicitando la confirmación sobre la existencia de tales secretos. Si ésta se produce el juez declarará la no procedencia de actuaciones. Un comité parlamentario formado por ocho miembros (cuatro diputados y cuatro senadores) supervisará las decisiones del presidente pudiendo en su caso dirigirse a cualquiera de las Cámaras para las consiguientes valoraciones políticas⁸.

En relación con Alemania cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 17 de julio de 1984 que obligó al Gobierno a entregar determinados documentos a una Comisión de Investigación del Parlamento a la que de acuerdo con la Ley Fundamental, respecto a la obtención de pruebas, se aplican por analogía las mismas normas del proceso penal. El TCF establecería que si dichas Comisiones adoptan las precauciones necesarias para evitar que se den a conocer los secretos oficiales, el Gobierno no puede negarles el acceso a los do-

⁵ I. Kant. *La paz perpetua*. Anexo II. De la concordancia de la Política con la Moral según los conceptos transcendentales del Derecho Público.

⁶ Véase *United States v. Nixon* (1974) y *United States v. Reynolds* (1953).

En el libro de Miguel Revenga: *El Imperio de la política* (Ed. Ariel 1995), se ofrece un análisis muy completo de la situación norteamericana.

⁷ *Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*.

Se asocia la regulación de los servicios secretos con el secreto de Estado.

⁸ Artículo 11 de la citada ley. Véanse asimismo los artículos 202-204 y 256 del Codice di procedura penale.

cumentos solicitados, convirtiéndose en un órgano monopolizador de tales informaciones y quedando liberado del control parlamentario.

En nuestro país con independencia de la fundamentación constitucional del secreto de Estado derivable del contenido de los artículos 105.b, 97 («El Gobierno dirige la defensa del Estado») y 20 («límite a la libertad de información») la legislación sobre secretos oficiales guarda un absoluto silencio sobre las posibilidades de los jueces de participar en dichos secretos. Tal silencio ofrece sin duda cobertura a las interpretaciones que postulan el sometimiento de los órganos jurisdiccionales a las competencias que el Gobierno ostenta sobre los secretos de Estado. La cuestión es analizar si tales interpretaciones son compatibles con la Constitución.

Parece abrirse camino la posibilidad de revisar por vía contencioso-administrativa los actos de clasificación o desclasificación, planteándose si los jueces pueden sustituir al Poder Ejecutivo en la valoración de si la información declarada secreta puede poner en peligro la seguridad del Estado o si por el contrario tales decisiones son políticas o reservadas al Poder Ejecutivo. Cabe pensar en supuestos en que el secreto esté al servicio de la ocultación de delitos graves, generando una impunidad que afectaría a la tutela judicial efectiva (art. 24), al control de la actuación administrativa (art. 106) a la colaboración que se ha de prestar a los Tribunales (art. 118), o simplemente a la consideración del Estado como Estado de Derecho⁹.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992 («caso Amedo») legitimaría la opacidad del uso de fondos reservados respecto al control jurisdiccional y la sentencia de 14 de diciembre de 1995 del Tribunal del Conflicto Jurisdiccionales supone un homenaje a las teorías del *Privilegio del Gobierno* respecto a los secretos de Estado, cuyo control con carácter restringido correspondería exclusivamente según la legislación vigente a un número limitado de diputados.

Por otra parte ante la falta de mecanismos procesales más adecuados, el artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la no exigibilidad del testimonio de funcionarios públicos cuando estuviesen obligados a guardar secreto por razón de sus cargos, ha cobrado una relevancia notable respecto a la investigación de hechos protegidos por el secreto de Estado, al dar cobertura a la negativa de los funcionarios a prestar declaración como testigos, si bien como han evidenciado los Autos del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1994 y especialmente el de 20 de febrero de 1995, el citado artículo puede interpretarse en el sentido de que «revelar a la

autoridad judicial que investiga, la posible comisión de un delito no integra delito alguno y es una obligación del funcionario no implicado»¹⁰.

En relación con la situación actual del régimen jurídico del secreto de Estado me atrevería a hacer las siguientes recomendaciones:

Primera. Es imprescindible adaptar la legislación de secretos oficiales a la Constitución en el sentido de que se permita el acceso de jueces y tribunales en determinados supuestos y garantizando el mantenimiento del secreto, a las materias clasificadas. Para ello a semejanza de lo que sucede en el Congreso de los Diputados, con carácter previo un órgano judicial relevante (Sección del Supremo integrada por un número muy reducido de jueces del Tribunal Supremo) sería el encargado de ponderar en relación con la seguridad del Estado los intereses de la Justicia y dar vía libre en su caso a las actuaciones de los jueces competentes.

Segunda. Mientras tanto, habría fundamento para poder considerar como derogados determinados aspectos de la legislación de secretos oficiales y del artículo 417.2 LECr, en cuanto incompatibles con la Constitución o interpretarse de tal modo que el ejercicio de funciones jurisdiccionales no quede subordinado a la autorización «graciable» del Ejecutivo o de órganos que de él dependan.

Podrían plantearse alternativamente cuestiones de inconstitucionalidad, máxime si se puede llegar a considerar que nos hallamos ante una omisión del legislador que afecta a derechos fundamentales (tutela judicial efectiva) o al principio de división de poderes en lo tocante a la reserva de jurisdicción.

Tercera: Los eventuales conflictos entre poderes (especialmente entre Gobierno y jueces) podrían ser residenciables ante el Tribunal Constitucional en el ámbito del conflicto de atribuciones, para lo cual debería modificarse la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. A semejanza con el Tribunal Constitucional Federal alemán, sería conveniente que nuestro Tribunal Constitucional pudiera decir la última palabra sobre el conocimiento de documentos y declaraciones de testigos respecto a las actividades probatorias.

Cuarta: En la línea establecida aunque limitadamente, por el ordenamiento italiano y alemán, propugnamos la regulación de los denominados secretos ilegítimos en cuanto sean opuestos al ordenamiento constitucional o sean ilegales encubriendo delitos de especial trascendencia (afectando a bienes jurídicos como la vida, libertad, integridad física...). Ello justificaría que en tales supuestos no se aplicaría el régimen excepcional que tutela a los secretos de Estado.

⁹ En un dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, emitido en relación con la supuesta utilización de fondos públicos para la financiación de la asociación terrorista GAL y citado por E. Gimbernat en un artículo titulado «Fondos Reservados y Secreto de Estado» (*El País*, 8 de junio de 1989), se afirmaba que «en el Derecho español la potestad judicial queda detenida ante la invocación del secreto» y que «el legislador penal y procesal las ha colocado por encima de la investigación y la represión de los delitos, por lo que le está negada al juez toda potestad para comprobar directamente si la invocación es o no abusiva».

¹⁰ Por ello no es casual que en el Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de Secretos Oficiales, para evitar estas posibilidades de colaboración con la justicia, se señale que «Nadie podrá prestar declaración sobre aquellos secretos oficiales de los que tenga conocimiento ni ser requerido para ello, salvo que previamente se hubiese efectuado la necesaria desclasificación total o parcial» (art. 5.1.j).

Por otro lado si bien en dicho Anteproyecto se contempla la desclasificación a solicitud judicial, tal cosa se encomienda al libre criterio de los órganos del Gobierno (art. 7).

Democracia contra corrupción

Carlos JIMENEZ VILLAREJO

I. INTRODUCCION. LA CONSTITUCION COMO FUNDAMENTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION

Cualquiera que sea el concepto y la determinación de los rasgos esenciales de la corrupción, sobre todo en el sector público, pero también en el privado, hay ya una coincidencia global de que pone en cuestión, en peligro, el propio sistema democrático, entendido como el conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional. Adelantemos, provisionalmente, un concepto de corrupción, deliberadamente formal, para afrontar el problema. El que figura en el análisis de Vito Tanzi como «un incumplimiento deliberado de la obligación de ser imparcial en el ejercicio de sus funciones, con el objeto de obtener de esta conducta determinados beneficios para uno mismo o para personas cercanas»¹. Entre las muchas aproximaciones al concepto de corrupción hemos elegido éste por su similitud al elaborado por el grupo multidisciplinario sobre la corrupción creado en el Consejo de Europa. Y, sobre todo, por las valoraciones contenidas en el proyecto de programa de acción contra la corrupción (25/27-09-1995). La corrupción dice el Consejo de Europa es «sobre todo, un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones». Asimismo, afirma que: «La corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que, personas investidas de funciones públicas o privadas, llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí ya para terceros.» Para terminar afirmando que «la corrupción... debilita gravemente los valores fundamentales de una sociedad. Anula la buena fe indispensable para el funcionamiento correcto de las instituciones gubernamentales, políticas y comerciales»².

Y, hay una amplia coincidencia en la incidencia gravemente negativa de la corrupción, y en particular de la delictiva, sobre el Estado democrático. Así, entre otros lo hace constar en la doctrina española Ernesto Garzón cuando señala que «la corrupción se vuelve posible y prospera cuando los *decisores* abandonan el punto de vista interno y actúan *deslealmente* con respecto al sistema normativo», citando la gravedad de la corrupción en la ruptura de la *lealtad democrática* como «cuestión central de la democracia actual»³. Concepto, el de la deslealtad, al que también se refiere el trabajo de A. Saban, al

que nos referiremos más adelante: «el componente anímico de la conducta corrupta es la *deslealtad*, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos viene confiada...»⁴. Criterio que, referido expresamente a la corrupción en el ámbito público, asumió expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 20-09-1990 cuando la definió como «una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública».

Decimos cuanto antecede para destacar, por encima de cualquier otra consideración, que la lucha contra la corrupción es una exigencia fundamental del Estado social y democrático de derecho. Por una parte, todo el poder público, en sus variadas manifestaciones, está sometido al Derecho. Así, lo establece taxativamente con carácter general, el artículo 9 de la Constitución: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», sometimiento paralelo a «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», imperativo constitucional que tan claramente se perfiló en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 20-07-81 y 03-08-83. Complementando dicho principio general, es exigido con carácter específico para el Gobierno en el artículo 97, para la Administración Pública en el artículo 103.1 y para los jueces en el artículo 117.1. Es, asimismo, un rasgo específico del Estado de Derecho, que fundamenta también, la lucha contra la corrupción, el deber de cuantos integran la Administración, de «servir con objetividad los intereses generales» y actuar con «imparcialidad en el ejercicio de sus funciones», norma fundamental para la prohibición y la sanción penal de las conductas corruptas.

Pero no termina aquí el fundamento constitucional de la lucha contra la corrupción. La definición del Estado como «social» obliga a entender que el reconocimiento de la «economía de mercado» y la «libertad de empresa» está complementado con previsiones en orden a garantizar no sólo las obligaciones propias de un Estado asistencial, sino la posibilidad «de transitar a formar superiores de solidaridad y convivencia» para realizar el valor constitucional de la «justicia»⁵. Evidentemente, la caracterización del Estado como «social» obliga a plantearse como un objetivo fundamental la lucha contra la corrupción —pública o privada— ya que, como veremos, aquélla constituye un ataque a la concepción constitucional del orden socioeconómico y favorece el desarro-

¹ Corrupción sector público y mercados. *Información Comercial Española* número monográfico sobre «Prácticas ilícitas en economía» (núm. 741, pág. 15), mayo 1995

² *Project de Programme d'action contre la corruption*. Estrasburgo, 1991. Consejo de Europa.

³ Acerca del concepto de corrupción. *Claves de Razón Práctica*, número 56, octubre, 1995, pág. 38.

⁴ *El marco jurídico de la corrupción*. Cuaderno Civitas, pág. 15.

⁵ V. Angel Garrarena Morales. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, pág. 91.

llo de los elementos más negativos, por antisociales, de la economía de mercado.

En efecto, la Constitución establece un determinado modelo de «orden socioeconómico», el que está comprendido bajo el concepto, con origen en la Constitución de Weimar, de *Constitución económica* que no es otra cosa que «el marco y los principios jurídicos de la Ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica» (S. Martín Retortillo) y que ya asumió el Tribunal Constitucional, S. 1/82, de 28 de enero, al decir: «En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”.»

Criterio que define la línea de un «orden socioeconómico», característico del Estado social de Derecho, en el que, por tanto, el reconocimiento de «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE.) como eje del sistema económico está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales, como la función social de la propiedad privada (art. 33.2) que, como acertadamente sostiene Díez Picazo, no sólo «preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista» sino que «origina deberes para el propietario en función de intereses distintos y del interés público general» (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre utilidad individual y función social de la propiedad privada), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1), la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colectivas, equilibrarlas y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el conjunto de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1) y, finalmente, por imperativo del artículo 9.2, el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello. Con ello la Constitución define un sistema social y económico, esencialmente dinámico, que se traduce en la función promocional del orden social que expresan los preceptos constitucionales según los cuales los poderes públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en «los principios rectores de la política social y económica».

Desde este marco fundamental, podría sostenerse que el sistema más, que el modelo económico constitucional, está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado (art. 38), completado por una activa ordenación de la actividad

económica de los poderes públicos con el fin de «promover el progreso... de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida» (preámbulo de la Constitución) que se concreta en los artículos 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc., preceptos que no persiguen otra cosa sino equilibrar el desarrollo económico. Pero, en todo caso, debe reconocerse que la economía de mercado no sólo no excluye la intervención de los poderes públicos en la regulación de la misma sino que, como ha explicitado la STC 88/86, de 1 de julio, el propio mantenimiento del mercado y la garantía de la competencia impone aquella intervención pública. Así lo reconoce formalmente la Ley 3/91, de 10 de enero, reguladora de la competencia desleal al referirse en la Exposición de Motivos a los valores que han cuajado en nuestra «Constitución económica» para, a continuación, regular específicamente las conductas de competencia desleal.

Estamos, pues, ante un sistema de «orden socioeconómico» que el legislador debe amparar y proteger frente a aquellas conductas que lo perturban gravemente.

Y, desde luego, desde este régimen de convivencia y sistema de valores, la actividad económica pública o privada necesita de límites de carácter punible y los ciudadanos como sujeto colectivo de derechos y necesidades deben ser protegidos penalmente frente a conductas que, como las corruptas, lesionan o ponen en peligro gravemente sus intereses y los del propio sistema.

Desde la perspectiva expuesta, no en vano, la Instrucción 1/96 de la Fiscalía General del Estado afirmaba que la corrupción representa «un ataque pluriofensivo a los valores y bienes jurídicos esenciales del Estado democrático de Derecho». Con una grave consecuencia, claramente analizada en la relevante obra de Luis María Díez Picazo, sobre la materia. Cuando la criminalidad en forma de corrupción es protagonizada por los gobernantes, entendidos como cargos públicos de naturaleza ejecutiva, se «difumina la ecuación entre Estado y legalidad y, por consiguiente, tiende a deslegitimar el Estado ante los ciudadanos»⁶. No es de extrañar que el Consejo de Europa haya calificado la corrupción como «una amenaza grave, hasta potencialmente fatal, para el buen funcionamiento de la economía y de las instituciones democráticas».

II. EN TORNO AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN POLÍTICA

La irrupción pública en la sociedad española de casos evidentes de corrupción —Mariano Rubio, fondos reservados, Luis Roldán, Filesa, Renfe (San Sebastián de los Reyes), entre otros— ha obligado a una reflexión sobre las dimensiones de un fenómeno de la gravedad ya expuesta. Son escasas las aproximaciones desde la doctrina española que, en parte, sigue recurriendo a los conceptos de la doctrina norteamericana y, sobre todo, de la italiana.

Cabe destacar la definición contenida en el trabajo ya citado de Ernesto Garzón: «La corrupción con-

⁶ La criminalidad de los gobernantes. Editorial Crítica, pág. 14.

siste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo soborna o a quien extorsiona a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado»⁷. O la de Luis A. Alonso González: «existe corrupción cuando un agente al que se le ha otorgado capacidad de decisión utiliza ésta en perjuicio de su principal beneficiando a un tercero —el corruptor— con el que su actividad le lleva a relacionarse, motivado porque el tercero beneficiado le ofrece algún tipo de recompensa personal»⁸. Ya en el ámbito estricto de la corrupción política, es interesante dentro de la doctrina norteamericana la aportación de M. Johnston: «La corrupción es todo uso indebido (abuso) de una posición oficial pública (de cargos y recursos públicos) para fines y ventajas privados», concluyendo que hay corrupción si un titular de derecho y deberes públicos los aprovecha para ganar una posición de status, para una ventaja personal o financiera para sí, para su familia, para terceros o para el partido.⁹

Pero es la doctrina italiana la que, paralelamente, al desarrollo de la operación «*Mani pulite*» ha profundizado en el análisis llegando a conclusiones que, sin duda, pueden ser asumidas¹⁰.

Merece especialmente nuestra atención las posiciones de G. Pasquino y de F. Cazzola. El primero de ellos, la define como «el fenómeno por medio del cual un funcionario público es inducido a actuar de manera distinta a los estándares normales del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una remuneración»¹¹. Pero más centrado en la dimensión que aquí más interesa, el criterio de la legalidad, es la posición sostenida por F. Cazzola para quien la corrupción puede definirse por cuatro elementos constitutivos: «la violación de normas o reglas sancionadas normativamente» es decir, parte de una conducta ilegal, «el intercambio que se realiza de manera clandestina entre el marco político y el mercado económico», que otros califican como acto necesariamente secreto. Tercero, «la finalidad de apropiación... de recursos de uso o de intercambio (dinero, prestaciones, influencias) provenientes

del Estado para una utilización no prevista por la Ley» y, en fin, «la consecuencia, querida o aceptada, de modificar de hecho las relaciones de poder en los procesos decisionales», criterios que expresan a juicio del profesor Caciagli «la preocupación del autor de colocar el fenómeno de la corrupción dentro del funcionamiento del sistema político y las relaciones de éste con el mercado económico»¹². Los elementos descritos corresponden a una *relación de complicidad* entre las autoridades y funcionarios públicos y los intereses privados que es favorecida por el hecho de que quienes gobiernan disponen de los recursos propios del Estado, con una gran capacidad de información e influencia y los corruptores, instituciones o agentes del sistema económico aprovechan las graves lagunas del ordenamiento civil y mercantil, para abusar de las sociedades mercantiles y de las formas contractuales dificultando el conocimiento y la investigación de las conductas corruptas. Es paradigmático el abuso de los negocios, simulados y en fraude de ley que son la herramienta habitual de las conductas fraudulentas. Si a ello se une el secreto y el silencio con que se producen, estamos ciertamente ante una criminalidad que obliga a una respuesta tan rigurosa como contundente.

Y, precisamente, por los rasgos que se han descrito, la corrupción necesita y genera formas de criminalidad organizada, sobre todo para la ocultación y el blanqueo del dinero de origen delictivo que sólo puede llevarse a cabo con la implicación de instituciones o personas relevantes del sistema político y económico, nacional e internacional. Afortunadamente, ya se aprobó la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre prevención del blanqueo de capitales, y la correspondiente reglamentación, instrumento, sin duda útil, para la localización de fondos de origen criminal. Pero también es un hecho cierto que la comunidad internacional acepta pacíficamente la existencia de los «paraísos fiscales» —48, según el Real Decreto 1080/91, de 5 de julio— que amparan y protegen conductas delictivas a través de la confidencialidad, el secreto y el anonimato de los titulares de cuentas bancarias y de sus movimientos y de toda la actividad mercantil de las sociedades allí domiciliadas, además de la fuerte protección al secreto ban-

⁷ Vid obra ya citada, pág. 31.

⁸ «Ideas para una teoría de la corrupción». *Información Comercial Española*, número ya citado, pág. 72.

⁹ Citado en la relevante obra de M. Caciagli *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 54. En relación al trabajo «The political consequences of corruption: a reassessment in Corporate Politics», 1986, págs. 459-477. Dado el objeto del presente trabajo no se hace una amplia referencia a las teorías norteamericanas, analizadas por los especialistas en la materia que, como la de R. K. Merton y Huntington estudian la corrupción desde una visión «integracionista» reconociéndole efectos positivos en cuanto, según tal criterio, es un medio, según el profesor Caciagli «para la integración de las minorías y para el equilibrio de los sistemas presionados por ciudadanos que permanecen todavía al margen. En los sistemas subdesarrollados, la corrupción favorece la asimilación de las demandas y la distribución de los favores con las mismas funciones que la *máquina política* de las ciudades amenazadas» llegando a ser considerada como una alternativa a la violencia. Respondiendo a este planteamiento, el jurista Franco Cazzola, uno de los mejores especialistas en el tratamiento de la corrupción en Italia decía: «Puede ser cierta aquella aseveración si se entiende como corrupción la de un "ladrón de gallinas", pero aun-

que la metiéramos en un nicho, en cuanto fuese tolerada, comporta —en cuanto es un hecho ilegal y oculto— el surgimiento de otros medios ilegales de actuación y su necesaria vinculación con la criminalidad organizada».

«I costi della corruzione» en la obra *L'economia della corruzione*. Laterza. Bari, 1994.

¹⁰ Basta una breve referencia a los datos contenidos en la obra citada del profesor Caciagli para advertir la relevancia y trascendencia de aquella operación: «En un solo año, entre abril de 1992 y febrero de 1993, 6 059 personas recibieron una notificación, entre ellas 438 diputados y senadores (de un total de 950), 873 empresarios, 1.373 funcionarios de partidos y 978 funcionarios de comunas, provincias y regiones; las órdenes de encarcelación fueron 2.993. En 1994, a la víspera de la disolución de las Cámaras elegidas en 1992, cerca de los dos tercios de los diputados y senadores habían recibido una notificación. Hasta el final de 1994, los procedimientos judiciales fueron casi 600 y las condenas cerca de 300.

¹¹ *Diccionario de Política*. Voz «corrupción». Edit. El Siglo XXI. México, 1981.

¹² F. Cazzola. «La corruzione politica in Italia». *Rivista italiana di scienza politica*. Anno XVIII, núm. 2, agosto 1988.

cario y de serios límites a la información de los registros públicos¹³.

Es evidente que la corrupción de cierto alcance no podría producirse de no haber estos espacios de impunidad que exigen una proyección de la corrupción en las relaciones económicas internacionales. Como, en efecto, se ha puesto de relevancia en diversos procedimientos penales. Comportamientos que, por otra parte, son posibles por los vacíos e insuficiencias de las legislaciones civil y mercantil nacionales, incluida la española, que toleran, entre otras cosas, las «sociedades fachada», sin objeto social real ni actividad alguna, que son creadas con el solo fin de dificultar el seguimiento y la investigación de las conductas punibles¹⁴.

El problema ha sido objeto de atención por los organismos de Naciones Unidas y el Consejo de Europa que ha destacado no sólo el papel de la corrupción como determinante de formas de criminalidad organizada, sino el empleo por ésta de la corrupción en la Administración y en los cauces legales de la economía¹⁵.

III. LAS CAUSAS DE LA CORRUPCION

El crecimiento de conductas corruptas y, en particular, en España durante los últimos años, tiene causas que pueden precisarse.

Señalaba Clemente Auger que «El Estado moderno asume en todas partes un importante papel en el gobierno de la economía, en el control indirecto (financiaciones, subvenciones) de bancos e industrias y en el control directo, si se trata de empresas públicas... Gobierno de la economía que, decía, elude, sustancial si no formalmente el control democrático y el control jurisdiccional»¹⁶. Y, ciertamente, es así pero, además, concurren en los países de nuestra área otras causas de orden político, jurídico y económico. Así, el profesor Caciagli, en la obra ya citada, se refería en el caso italiano, además de a la *intervención del Estado en la economía*, particularmente en las obras públicas, a los *procedimientos burocráticos administrativos*. En efecto, el predominio, sobre otros criterios, del de la eficacia recurriendo a adjudicaciones directas, llevó a Stefano Rodotà a afirmar que «en nombre de una rápida decisión... han sido atacados sistemáticamente los controles formales e informales»¹⁷.

También se refería a la *financiación de los partidos políticos*, afirmando que ha favorecido la corrupción produciendo una perversión en el funcionamiento de los mismos, valoración perfectamente aplicable a España, como se desprende del escrito de acusación del caso Filesa. Ciertamente, la relación entre los partidos políticos y el dinero, al margen del funcionamiento público y regular institucional, desconoce los procedimientos administrativos de decisión, la transparencia de la administración y la igualdad de oportunidades de los ciudadanos. En efecto, «La financiación de los partidos políticos efectuada de forma secreta, a veces, incluso, con violación del ordenamiento jurídico, puede ser considerada como una causa de efectos corruptores sobre el conjunto de la vida política, así como una fuente de otras conductas delictivas, como por ejemplo, la necesidad de ocultar el origen de las sumas ilícitamente recibidas, por medio de técnicas sofisticadas —como el blanqueo— que en ciertos casos puede ser asimilables, al menos, a las técnicas delictivas empleadas por las organizaciones criminales» según consta en el informe presentado por el ministro italiano de Justicia en la 19 Conferencia de Ministros de Justicia europeos, Malta 14-15 de junio de 1994.

Por último, se refería a la *falta de alternancia en el gobierno* que lleva a «los detentadores del poder, en cuanto resultan inamovibles, «a aprovecharse del privilegio de la impunidad política para esperar la impunidad penal».

En el caso español, podría afirmarse que paralelamente a la creciente intervención del Estado en la economía, el Estado no había creado los adecuados mecanismos de control sobre la actuación de la clase política y la Administración, lo que permitió el abuso de la función pública, el ocultismo y una gravísima complicidad institucional que explica por qué en la mayoría de los escándalos que sacuden el país, la Administración actúe a remolque de los medios de comunicación. Ha sido especialmente grave la tardía regulación del régimen de incompatibilidades que, aún hoy, sigue sin resolver el trasiego entre la actividad pública y privada, como se desprende del reciente nombramiento por el Gobierno de personas relevantes de la empresa privada para la presidencia de empresas públicas, que propicia el uso de información privilegiada y el tráfico de influencias, permitiéndose, además, determinadas formas de abandono de la función pública y excedencias que permiten eludir responsabilidades disciplinarias.

¹³ La gravedad de esta situación como obstáculo a la persecución de estos delitos ha llevado a varios jueces y fiscales europeos responsables de la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción a hacer un llamamiento a los Gobiernos de la Unión Europea en los siguientes términos:

«A este fin, solicitamos a los parlamentarios y Gobiernos de las naciones:

- Que ratifiquen la Convención de Estrasburgo de 8 de noviembre de 1990 relativa al blanqueo, a la ocultación, a la incautación y confiscación de los beneficios del crimen.
- Que revisen la Convención europea de asistencia judicial en materia penal, firmada en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.
- Que tomen las medidas encaminadas a la aplicación de las disposiciones del Título VI del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 y del artículo 209 A de dicho Tratado.
- Que se apruebe una convención que prevea la posibilidad

de perseguir penalmente a los nacionales culpables de actos de corrupción según el criterio de autoridades extranjeras.

Con esta llamada, deseamos contribuir a construir, en el interés mismo de nuestra comunidad, una Europa más justa y más segura, donde el fraude y el crimen no se beneficien más de su impunidad y donde la corrupción sea realmente erradicada.»

¹⁴ Corrupción económica. Vicente González Mota. Ponencia presentada en el Congreso de la UPF. Sevilla, octubre, 1996.

¹⁵ Informe presentado por Paolo Bernasconi al Consejo Multidisciplinario sobre la corrupción del Consejo de Europa. «Nouvelles normes pénales contre la corruption de fonctionnaires publics». Referencia GMC (95) 14. Estrasburgo.

¹⁶ «La justicia ante el fenómeno de la corrupción». *Claves de Razón Práctica* núm. 56, pág. 40.

¹⁷ «Su alcune ragioni istituzionali della corruzione». En la obra ya citada *L'economia della corruzione* (Laterza. Bari, 1994), págs. 26 y 27.

Por otra parte, la denuncia por la Administración de los presuntos hechos delictivos que debe conocer en el ejercicio de sus facultades inspectoras es muy escasa, con la salvedad, que debe destacarse, de la Comisión de Prevención de blanqueo de dinero del Banco de España.

Y, desde luego, si las instituciones de control no funcionan, ello, por sí sólo, ya constituye un canal de ocultación de la corrupción. Y, como consecuencia, se dificulta la colaboración cívica de los ciudadanos en la denuncia de los delitos de tal naturaleza en cuanto puede interpretar la permisividad de la Administración como una tolerancia hacia conductas de cuya ilicitud puede dudarse. De tal forma que el Estado no sólo carece de instrumentos aptos para combatir la corrupción, sino que, objetivamente, la favorece.

Prueba de ello es que de forma precipitada y tardía el Gobierno va enviando al Parlamento sucesivos proyectos legislativos que permitieran afrontar una situación que ponía al descubierto la pasividad de la Administración. Así, por señalar algunos ejemplos, la regulación de las incompatibilidades reforzando las garantías de neutralidad e imparcialidad de la Administración, no se aprueba hasta la Ley 12/95, de 11 de mayo; los fondos reservados, cuyo uso ilícito fue motivo de varias causas penales, no se regula hasta la Ley 11/95, de 11 de mayo; y la regulación actualizada de la contratación pública, ámbito donde según el Consejo de Europa la corrupción es más importante y donde se habría abusado manifiestamente de la contratación directa por razones de seguridad o de urgencia, como en el caso Roldán, para asegurar el cobro de comisiones ilícitas de determinadas constructoras, no se produce hasta la Ley 13/95, de 18 de mayo. Y aún, posteriormente, es reformado el artículo 20.a) para permitir que concurren a la contratación personas ya procesadas y acusadas por delitos reveladores de corrupción, ante lo que podría interpretarse como una clara cesión ante determinadas exigencias empresariales.

Lo mismo podría decirse de la tardía regulación de la actividad de las sociedades mercantiles para exigir en la actuación de las mismas una aplicación más rigurosa de los principios de publicidad y transparencia. Y, así, en otros ámbitos. Lo resume claramente E. Lamo de Espinosa: «Es esta ética económica premoderna la que tiene que enfrentarse a la súbita modernización y desarrollo de la economía de los años ochenta. En estos años España entra en Europa, el Estado acrecienta su intervención y la ética económica simplemente no responde a aquello que tiene que regular. Nos encontrábamos con una economía moderna insertada en una ética premoderna. Algunos ejemplos de esta discordancia entre realidad y marco normativo serían: 1) La muy tardía regulación de tipos penales como el tráfico de influencias o la información privilegiada (*insider trading*). En España la actividad bursátil fue siempre *insider trading* sin que a nadie le asombrase. Sólo a comienzos de los noventa se prohibieron esas prácticas (Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo). 2) La existencia de dinero

negro y lo que esto suponía en términos fiscales. A mediados de los ochenta había varios billones de pesetas de dinero negro interviniendo en la economía y en gran parte alimentando el *boom* inmobiliario. Blanquear todo ese dinero negro ha costado muchos años (sin que sepamos en qué medida se ha conseguido). En cualquier caso, todos los que tenían dinero en los ochenta, tenían dinero negro y, por lo tanto, no lo declaraban. Hoy, en los años noventa, esto se percibe socialmente de un modo muy distinto. 3) La ausencia de un principio de responsabilidad de los administradores de sociedades y de la correspondiente obligación de realizar auditorías externas hasta la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1991. Anteriormente las cuentas que presentaban las empresas no eran en absoluto fiables y la desprotección del accionista resultaba casi total. 4) La administración desleal de una empresa ha sido tipificada como delito sólo en el Código Penal aprobado a finales de 1995»¹⁸.

Ante un sistema político que carecía de efectivos controles y contrapoderes para descubrir y perseguir la corrupción, dejando vacío un espacio que es de su competencia, es lógico que esa función fuera asumida por la prensa y, muy en segundo plano, por el poder judicial.

Pero, además del bloqueo de los controles institucionales, como ya se ha expuesto, la corrupción tiene lo que A. Saban llama «un sustrato fáctico» en el desarrollo por «la Administración Pública española de una ingente tarea económica como administrador, inversor e incluso agente económico con libertad de actuación»¹⁹.

También se refiere a ello Lamo de Espinosa en el trabajo citado. En efecto, la Administración, inversora o consumidora, cuando actúa como Administración presupuestaria que presta servicios públicos, genera un poder de grandes proporciones a través de las concesiones y adjudicaciones que favorecen la conducta corrupta.

Igual relevancia tiene la actividad de la Administración en cuanto influye directamente en la actividad económica privada a través de los privilegios fiscales, la ordenación del crédito o las subvenciones, por no citar la ordenación de las entidades de crédito y, sobre todo, la gestión del urbanismo, siempre con un amplio cuadro de decisiones discrecionales que permita subordinar el interés general al particular. Como, igualmente, constituye un canal para la corrupción el funcionamiento de las empresas públicas, gestionadas con fórmulas mercantiles como la sociedad anónima, dada su manera de cubrirse los puestos de administración y dirección, generalmente, por personas ligadas al partido gobernante, por su posición privilegiada en el mercado y en cuanto pueden ser cauce de información privilegiada y la posibilidad de ser favorecidas por decisiones administrativas discrecionales. Lo que las sitúa, según A. Saban, «Ante una quiebra esencial de las defensas jurídicas frente a la corrupción». En definitiva, «la implantación de fórmulas neoliberales sobre estructuras de Derecho Público puede que haya aumenta-

¹⁸ «Corrupción política y ética económica». En la obra colectiva, *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española* Alianza Editorial, pág. 536.

¹⁹ Obra citada. *El marco jurídico de la corrupción*, pág. 19.

do la eficacia (aunque cabe dudarlo seriamente) pero sin duda ha aumentado la discrecionalidad, cuando no la irresponsabilidad o la arbitrariedad de los gestores o administradores»²⁰. Y es oportuno recordar en este momento, con Lamo de Espinosa, que gran parte de la corrupción actual en Alemania está vinculada a procesos privatizadores y/o subvenciones para el desarrollo de la antigua República Democrática.

IV. CONCLUSION

La corrupción tiene unos gravísimos costes. Costes económicos en cuanto altera el correcto funcionamiento del mercado; costes políticos en cuanto socava las instituciones quebrándose la confianza en la clase política; y sociales al redistribuir la riqueza y el poder hacia sectores privilegiados. Pero sobre todo, tiene un gran coste moral, máxime si no encuentra una adecuada respuesta represiva, ya que crea entre los ciudadanos, ante la tolerancia oficial respecto de la corrupción, dudas fundadas sobre lo que es lícito o ilícito, generando una profunda crisis moral y provocando una generalización y justificación de comportamientos cotidianos fraudulentos.

Ciertamente, ante la corrupción cabe reclamar un conjunto de medidas legales, algunas de las cuales ya hemos visto que se han adoptado, conteniéndose en el nuevo Código Penal un catálogo preciso y suficiente de tipos penales, tanto en los delitos contra la Administración Pública como en los delitos socioeconómicos y de falsedad. Pero no basta. Y no sé si la estrategia a adoptar pasa solamente por lo que Robert Klitgaard llama «freir al pez gordo», es decir, «dar publicidad a los nombres de los grandes corruptos y castigarlos»²¹. Ciertamente, debe hacerse, y sobre todo en el ámbito penal. Pero es necesario, aunque parezca una pretensión más moderada, que funcione eficazmente la facultad inspectora de la Administración, la mejor forma de romper el pacto de silencio que rodea a las conductas corruptas porque es la forma de eludir una de las máximas dificultades en la persecución de estos delitos que es, precisamente, su descubrimiento. Y que, efectivamente, se haga uso de las facultades de denuncia de hechos punibles ante la Administración de Justicia que se contemplan, entre otras disposiciones, en el Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 2187/78, de 23 de junio); en la regulación de los Tribunales Económico-administrativos (Real Decreto 1999/81); en la Ley de Incompatibilidades, que obliga a pasar tanto de culpa al Fiscal General del Estado; en la regulación del Tribunal de Defensa de la Competencia (Decreto 538/65, de 4 de marzo); en la Ley de contratación pública, que contempla en el

proceso de clasificación de las empresas supuestos evidentes de falsedad documental; en el ámbito del seguro privado, según la Ley de 8 de noviembre de 1996; y en el activo ejercicio de sus competencias por la autoridad monetaria y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, según establecen, respectivamente las Leyes 26/88, de 29 de julio y 24/88, de 28 de julio.

Cualquier estrategia anticorrupción, que ya cuenta con un amplio respaldo de las organizaciones internacionales —pese a que no se traduzca en normas efectivas de los correspondientes Estados—, debe sustentarse como dice M. Carmona Ruano en la «transparencia de la vida política y económica y, dentro de ella, de modo especial, cuando se trata de corrupción que puede afectar a los funcionarios públicos —que no es, ni mucho menos la única posibilidad— de la gestión y contratación administrativas»²².

Ciertamente está por ver, si las iniciativas adoptadas en tal sentido van a dar el resultado esperado, que no puede ser otro que el de impedir que se consolide en España un «sistema corrupto». Porque, en efecto, dichas medidas y hasta la respuesta penal —no exenta de problemas— no serían suficientes.

En el marco del proceso penal, hay innumerables dificultades para el esclarecimiento de dichos delitos y, sobre todo, para la determinación de la responsabilidad penal, dado el constante empleo de testafieros y el abuso de sociedades interpuestas, lo que genera problemas en la atribución concreta del hecho punible a los auténticos responsables. El presupuesto necesario es afrontar una profundización del sistema democrático, objeto ya de otra reflexión, que hunde sus raíces en el preámbulo de la Constitución y en su artículo 9.2, cuando fija como objetivo la libertad y la igualdad «real y efectiva» de todos los ciudadanos.

Con esta perspectiva —que exige, entre otros objetivos, el establecimiento de formas más efectivas de control de lo público y una superación de la oligarquización y clientelismo de los partidos, muy alejados de lo que preconizaba de ellos el artículo 6 de la Constitución— debe analizarse la corrupción en todas sus formas como un *disvalor*, como una contradicción radical con un concepto ético de la política en tanto que medio para el gobierno de la cosa pública, frente a una concepción de la política como instrumento de patrimonialización del poder.

Porque la corrupción se opone a principios de justicia pero, sobre todo, deslegitima la actividad política y a los partidos que la dirigen y, en ese sentido, debe plantear no sólo a la Administración y al Estado, sino a todos los ciudadanos, una actitud beligerante para exigir unas reglas de la ética pública y una concepción de la política que la impida o, al menos, la reduzcan a un fenómeno marginal.

²⁰ E. Lamo de Espinosa. Obra ya citada. «Corrupción política y ética económica», pág. 532.

²¹ Estrategias para combatir la corrupción. *Información Comercial Española* núm. 741, mayo 1995

²² Medidas para hacer frente a la corrupción en el seno de la

Administración Pública. *Información Comercial Española* núm. 741, mayo 1995. Trabajo en el que se analizan las diversas medidas legislativas adoptadas en España en 1995 y las iniciativas en este ámbito por las organizaciones internacionales.

A vueltas con la insumisión

Marina GASCON ABELLAN

La entrada en vigor del llamado «Código penal de la democracia» ha supuesto una serie de reformas jurídicas generalmente calificadas de «progresistas». Entre ellas se encuentra, a juicio de algunos, la que afecta al delito de insumisión, cuya antigua pena de prisión ha sido sustituida por la de inhabilitación. Este cambio merece sin duda comentarios jurídico-técnicos más detenidos, que entre otras cosas no pueden dejar de cuestionar si la inhabilitación no terminará produciendo resultados más perversos que la prisión. En todo caso, el debate sobre la insumisión no se cierra aliviando la respuesta penal. Debajo de la insumisión hay un problema político de fondo que no puede desconocerse si se quiere dar cuenta cabal de un fenómeno que ya ha alcanzado cierta envergadura en nuestro país¹ y que con la nueva regulación penal y el anuncio de la futura supresión del servicio militar puede presumirse que irá en aumento.

Dejando al margen las cuestiones de técnica jurídica, me limitaré aquí a sugerir algunas ideas sobre la insumisión, avanzando ya desde el principio mi opinión acerca de la que creo que es su naturaleza: un acto político, una forma de *participación política* de los jóvenes llamados a filas; en suma, una conducta que cae en el ámbito de lo que suele llamarse «desobediencia civil».

1. EL TIEMPO DE LA INSUMISION

Jurídicamente, la insumisión es la infracción del deber de cumplir la Prestación Social Sustitutoria (en adelante PSS) que se impone a quienes han sido declarados objetores de conciencia al servicio militar. En términos coloquiales, consiste en decir «no» a la mili y «no» a la PSS.

Como sucede con muchos otros términos jurídicos, el término «insumisión» es vago y está impregnado de una gran carga valorativa, tanto positiva como negativa. Negativa para todos aquéllos que piensan que el poder es legítimo por ser poder, y que la desobediencia merece siempre un reproche moral y, de paso, jurídico. Además, al ser el servicio militar (y en su caso la PSS) un deber colectivo, se califica a los insumisos de insolidarios. Positiva para quienes, por el contrario, estiman que los cambios políticos y jurídicos (las revoluciones, en el sentido más lato de esta palabra) necesitan algún estímulo, y este estímulo lo proporcionan los individuos que se rebelan.

En los últimos años, y pese a que nunca han faltado voces dispuestas a estigmatizar de un modo u otro a insumisos e incluso a objetores, creo que se ha ido reforzando más bien esta connotación positiva de la insumisión. Son varias las razones que han contribuido a ello y que dan cuenta, al mismo tiempo, del creciente número de insumisos:

1.º *La confusión conceptual que existe, aun hoy, entre insumisión y objeción de conciencia.* El insumiso suele presentarse en ocasiones como un objetor de conciencia frente al deber de cumplir la prestación social sustitutoria. De alguna manera esta es la concepción de la insumisión que está detrás de quienes, como «Amnistía Internacional», incluyen a los insumisos entre el grupo de presos de conciencia. Y es también la concepción que late en la defensa jurídica de muchos insumisos, que alega que el objetor incumplió su deber legal de realizar la PSS por imperativo de «una conciencia auténtica».

2.º *La invocación del pacifismo, y en particular la filosofía antimilitarista que alienta a quienes la comparten a rebelarse contra cualquier cosa que tenga que ver con el mantenimiento de los ejércitos y con el sistema de valores que fomenta.*

No es infrecuente, en efecto, que quienes practican la insumisión, y sobre todo los movimientos que la alientan, la presenten como una acción antimilitarista. El militarismo aquí es visto como algo esencialmente inmoral, por cuanto permite afianzar y perpetuar las profundas desigualdades existentes entre los pocos que tienen mucho y los muchos que tienen poco. Sirve sobre todo a los intereses del gran capital, que bajo el espurio argumento de que todo Estado necesita proveer a su propia defensa, instaura un gran comercio internacional de armas intrínsecamente perverso. Desde esta perspectiva de lucha antimilitarista es obvio que la acción no puede quedarse en un simple «no» a la mili, sino que ha de ser también un «no» a la prestación social, ya que aceptar ésta sería aceptar la existencia de los ejércitos. La insumisión, en suma, se presenta como un modo de lucha política (y por tanto pública y colectiva) contra el mantenimiento de los ejércitos, tanto de leva como profesionales.

3.º *Razones puramente pragmáticas:* el sentimiento de pérdida de tiempo en los cuarte-

¹ En la actualidad hay 10.000 insumisos reconocidos en España, de los que más de 300 están en prisión (tomo la informa-

ción del reportaje «Rompan filas» publicado por el diario *El Mundo*, domingo 16 de junio de 1996).

les, y la idea de que su disciplina es innecesaria cuando no arbitraria, ha ido creando en los últimos tiempos una conciencia cada día más opuesta al reclutamiento forzoso y a lo que se considera una prolongación agravada del mismo, la PSS, que además se ha venido cumpliendo en medio de un desorden organizativo.

- 4.º *La deficiente resolución jurídica y administrativa de la objeción de conciencia.* El tratamiento de la objeción ha sido una sucesión de torpezas que han contribuido a agravar el problema político planteado². De una represión sin matices se pasó a un vacío legal y después a una regulación restrictiva que los objetores estiman como un castigo más que como el reconocimiento de un derecho. En efecto, el establecimiento de un procedimiento fiscalizador de la conciencia, la prohibición de la objeción sobrevenida y, sobre todo, la injustificada mayor duración de la PSS, son elementos de una legislación que, pese a haber sido declarados constitucionales en su día por el TC, han supuesto un revulsivo para muchos jóvenes y se han utilizado por los movimientos de objeción como bandera de su lucha política³.

En suma, la filosofía pacifista que alienta a muchos objetores e insumisos, la sensación de que el objetor tiene un derecho adicional a objetar también la PSS, el sentimiento de inutilidad de las actividades que se realizan en ambos servicios y la impugnación de una legislación de objeción de conciencia que se considera inaceptablemente restrictiva, han acercado en muchos casos la objeción de conciencia más a una acción política de protesta, cuyo ejemplo extremo es la insumisión, que al ejercicio de un derecho constitucional.

² Vid. L. Prieto, «Insumisión y libertad de conciencia», *Derecho y opinión*, n.º 1 (1993).

³ Precisamente por esto resultan incompresibles actitudes como la del actual ministro de Defensa, quien, poniendo bajo sospecha la sinceridad de las razones alegadas por los «aspirantes» a objetores, insinúa la necesidad de reformar la actual *Ley de Objeción de Conciencia* a la que califica de «insospechadamente ingenua» y producto de la «buena fe, o papanatismo» (tomo la información del diario *El País*, lunes 1 de julio de 1996, pág. 28).

A mi juicio, yerra el ministro al hacer estas consideraciones, y ello por dos razones.

En primer lugar, nuestra *LOC* no es «la más ingenua del mundo», si con ello quiere indicarse que es demasiado abierta o permisiva. Es una legislación restrictiva (como lo prueba la previsión de controles administrativos de fiscalización de la conciencia, la no contemplación de la objeción sobrevenida y la mayor duración de la PSS), que hasta ahora, sabiamente, se ha aplicado, al menos en lo relativo al reconocimiento del status de objetor, como si de una legislación permisiva se tratase.

En segundo lugar, y enlazado con lo anterior, porque si lo que se pretende es filtrar las razones de conciencia alegadas, no es necesario reformar nada, basta con echar mano de las posibilidades fiscalizadoras que ofrece la propia ley. Pero ésta sería una postura equivocada. Primero porque el Derecho es un instrumento «torpe» para indagar en las motivaciones de los individuos. Segundo porque, si la Administración se decidiera a hacerlo y diferenciara entre unos «códigos de conciencia» y otros, se estaría produciendo una intolerable discriminación en orden al cumplimiento de deberes jurídicos, lo que supondría una infracción del principio de igualdad (art. 14 CE); a mi juicio, si se admite que la libertad de conciencia o ideológica es suficiente para enervar un deber jurídico, debe admitirse así en todo caso, con independen-

Ahora bien, aunque todas estas razones han contribuido, unas en mayor medida que otras, a incrementar el número de insumisos y a reforzar la respuesta social positiva hacia ellos, son también una muestra de la confusión conceptual que rodea a las conductas de insumisión, que unas veces son vistas como acciones puramente pragmáticas, pero justificadas; otras, como acciones de lucha en pos de un ideario pacifista que pocos estarían dispuestos a discutir; y otras veces, en fin, como acciones en defensa de la propia conciencia. Por ello, si quiere abordarse con un mínimo de rigor el problema social y político que la insumisión plantea, creo que conviene empezar deshaciendo una primera confusión: la insumisión no es una modalidad de objeción de conciencia (aun cuando no cabe excluir la posibilidad de que existan objetores de conciencia a la PSS); ni puede ser vista tampoco como la insolidaria, comodona y hedonista actuación de quienes no quieren molestarse en hacer nada que no les guste. Detrás de la insumisión hay un problema político de más calado, que no cabe resolver con la actitud simplista y simplificadora de quien santifica la máxima *dura lex sed lex*.

2. LA INSUMISION ES UNA DESOBEDIENCIA CIVIL INDIRECTA

Como ya quedó apuntado, en el Derecho español la insumisión ha sido tipificada penalmente y sancionada, antes con pena de prisión y ahora, en la última gran reforma, con pena de inhabilitación⁴. Desde luego hay mucho que discutir acerca de la actual regulación jurídica de la insumisión; por ejemplo, si su criminalización es la respuesta jurídica más adecuada; si, asumido que lo es, resulta más aceptable sancionar con inhabilitación que con prisión⁵, o in-

cia de los contenidos de esa conciencia o ideología. Y tercero porque un filtro semejante solo contribuiría a crispar más el ambiente y quizá desencadenaría más problemas políticos de los que se pretenden evitar.

Las declaraciones del ministro más bien parecen motivadas por el nerviosismo político ante la presumible avalancha de objetores y (ahora también) de insumisos.

⁴ El artículo 527 del nuevo Código Penal sanciona el delito de insumisión «con la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años y multa de doce a veinticuatro meses». «La inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos, y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo». «Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará exento del cumplimiento de la prestación».

⁵ El Derecho es, entre otras cosas, un sistema de control social que pretende imponer ciertas conductas amenazando con sanciones su incumplimiento. Si el Derecho quiere cumplir con eficacia su función, es obvio que las sanciones deben tener sentido; es decir, deben tener capacidad disuasoria, pues la sanción deja de serlo si quienes van a sufrirla no la sienten como tal. A este respecto, debería considerarse si la inhabilitación prevista por la nueva reforma penal para la insumisión no careciera de capacidad sancionadora para algunos individuos; a saber, los que no tengan ningún interés o necesidad en obtener una beca o subvención o en trabajar en las Administraciones públicas. Si esto fuera así, y todo parece indicar que puede serlo, se habrá impuesto jurídicamente una obligación que, en la práctica, sólo vincula a un grupo de sujetos, aquéllos que no puedan permitirse (o no quieran) prescindir de una beca o subvención o renunciar a trabajar en la Administración pública. El resultado: una perversión

cluso si la pena impuesta no resulta desmesurada. Con todo, aun aceptando que esta regulación jurídica es la que es, lo que no puede negarse es que se trata de una regulación socialmente controvertida. En efecto, detrás de estas conductas no hay un firme reproche social, sino que por el contrario se las juzga con simpatía creciente, y por esta razón los jueces sienten sobre sí la presión para resolver los casos de insumisión en consonancia con ese sentir social: se demanda a los jueces una respuesta judicial que salve los «errores» y «excesos» que el legislador no ha sabido o no ha querido o aún no ha podido corregir. En suma, como sucede con muchos «casos difíciles» en los que se manifiesta un distanciamiento entre el Derecho y las valoraciones sociales, el debate sobre la insumisión se ha endosado a los jueces, que se ven así ante el dilema de aplicar una ley que admite pocas dudas interpretativas o hacer «Justicia» pero a costa de inaplicar la ley.

Pues bien, teniendo esto en cuenta, antes de analizar cuál puede ser la respuesta judicial a la insumisión, hay que dilucidar cuál es su naturaleza y alcance. En concreto, se trataría de saber si la insumisión puede configurarse como una objeción de conciencia a la PSS, en cuyo caso la libertad de conciencia podría ser tomada en consideración por el juez para ponderarla con otros valores jurídicos que el delito de insumisión protegería, o si representa otro tipo de conducta, y en ese caso ver si puede alegar en su favor razones que debiliten el deber legal de cumplir la PSS.

La literatura sobre los distintos tipos de desobediencia es amplísima y los conceptos no siempre son uniformes⁶. La confusión se manifiesta sobre todo a la hora de distinguir la desobediencia civil de la objeción de conciencia, pues se trata en ambos casos de conductas animadas por consideraciones morales o de justicia. No obstante, creo que tiene sentido estipular una distinción entre estos dos tipos de desobediencia en función de la finalidad perseguida en cada caso por los desobedientes. La *objeción de conciencia* es el incumplimiento de un deber jurídico motivado por un dictamen de conciencia contrario al mismo, y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones. La *desobediencia civil* sería un tipo de desobediencia política al Derecho dirigida a presionar sobre la mayoría a fin de que adopte una cierta decisión legislativa o gubernativa. Por regla general esa conducta invocará los principios de justicia de la comunidad y será pública y colectiva, todo ello indicio

de la finalidad que la anima. Pues bien, aunque la desobediencia civil sea, como la objeción de conciencia, una insumisión al Derecho por motivos religiosos, morales o de conciencia, al orientarse a una modificación del ordenamiento se configuraría como una forma de *participación política*, mientras que el objetor propiamente dicho se limitaría a lograr la exención personal ante un deber jurídico.

Dentro de la desobediencia civil, cabe hacer aún una distinción entre:

- Desobediencia civil directa: cuando el deber jurídico incumplido coincide con el deber jurídico impugnado. La distinción con la objeción de conciencia es sutilísima, y en muchos casos no resultará fácil deslindar hasta qué punto la finalidad del desobediente es la mera exención del deber jurídico o incluye también el cambio de la ley. Por lo demás, resulta casi absurdo pensar que quien objeta un deber no querría, también, que desapareciera, por lo que lo normal es que objeción y desobediencia civil directa se den conjuntamente⁷.
- Desobediencia civil indirecta: cuando no coinciden el deber jurídico incumplido y el deber jurídico impugnado; esto es, cuando se desobedece una norma (en principio moralmente indiferente) como medio de protesta contra otra norma o política gubernamental que se considera injusta. Su distinción con la objeción de conciencia es clara, pero su justificación jurídica es problemática, por no decir imposible.

Pues bien, como he señalado un poco antes, no creo que la insumisión deba entenderse como una conducta meramente pragmática o hedonista; pero tampoco como una modalidad de objeción de conciencia. Y ello por lo siguiente.

Decir que la insumisión es una objeción de conciencia significaría que los insumisos se comportan así porque se produce un conflicto insuperable entre su conciencia y el cumplimiento de la prestación social sustitutoria. En este planteamiento, además, lo que se pretende es que la conducta del insumiso quede sin sanción, porque la objeción de conciencia —se alega— es una conducta lícita al amparo de la libertad de conciencia constitucionalmente protegida (art. 16 CE)⁸: la objeción de conciencia sería el ejercicio de la libertad de conciencia cuando de este ejercicio deriva la violación de algún deber jurídico⁹. Pero ¿es esto ciertamente así? ¿Es verdad que los insumisos —por definición— son sólo personas que sufrirían un grave daño moral si se les obligara a cumplir la prestación social? ¿Es verdad que el cada vez mayor número de insumisos ha de

sa discriminación en la práctica, pues para algunos las cosas funcionarían como si no tuviesen la obligación de cumplir ni el servicio militar ni la prestación social sustitutoria.

⁶ Me he ocupado del tema en *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, CEC, 1990, cap. primero. Sobre la desobediencia civil y la objeción de conciencia, vid., entre otros, J. A. Estévez, «El sentido de la desobediencia civil», *Arbor*, 503-503, 1987; J. F. Malem, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1988; L. Prieto, *Curso de Derecho Eclesiástico*, con I. C. Ibán y A. Motilla, Madrid, Universidad Complutense, 1991, págs. 343 y ss.; P. Singer, *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985.

⁷ Por ello muchos colectivos de objetores aúnan ambos propósitos cuando apoyan e impulsan el incumplimiento del servicio

militar y al mismo tiempo pretenden su desaparición como servicio obligatorio.

⁸ Sobre el significado y alcance de un derecho general a la objeción de conciencia con base en la libertad de conciencia, me permito remitir a mi libro, *Obediencia al Derecho y libertad de conciencia*, cit.

⁹ Quienes mantienen este planteamiento de la insumisión como ejercicio de la libertad de conciencia se amparan además en la doctrina del propio Tribunal constitucional, según la cual la objeción de conciencia está implícitamente reconocida en la libertad de conciencia (STC 53/1985). Bien es verdad que en pronunciamientos posteriores (SSTC 160 y 161/1987) ese planteamiento se ha visto truncado o al menos amenazado.

seguir viéndose como un simple caso de ejercicio de la libertad de conciencia de los llamados a filas y que, por tanto, carece de cualquier connotación política? ¿Es verdad, en suma, que la insumisión es una mera manifestación de la libertad de conciencia y no un instrumento de participación política, un medio de protesta?

Desde luego, es posible que en ocasiones la insumisión se presente como una auténtica objeción de conciencia, pues no puede descartarse la existencia de una conciencia contraria al cumplimiento de la PSS; por ejemplo, este sería el caso de los individuos cuyo código moral les impide participar o colaborar en *todos* los asuntos del Estado. Pero al margen de estos casos tan marginales, resulta muy difícil imaginar qué tipo de conflictos morales pueden surgir ante obligaciones de cuidar enfermos, ayudar en una biblioteca, participar en un programa para la rehabilitación de tóxico-dependientes, etc. Y, en realidad, prueba de que esto es así es que los propios insumisos suelen declarar que presentan objeción de conciencia, pero no a la PSS ni al deber individual de cumplir el servicio militar, sino a la existencia misma de esa obligación¹⁰, dificultando así enormemente, si no incluso imposibilitando, su justificación jurídica como conducta de objeción de conciencia, pues es imposible plantear una objeción frente a la *existencia* de una obligación o frente a una *obligación* (la de cumplir el servicio militar) que no se les impone.

De lo dicho se desprenden ya algunos trazos para descubrir qué tipo de conducta es la insumisión. El insumiso no se dirige contra el deber de prestar el servicio militar, ni mucho menos contra el deber concreto de la prestación social, sino contra la existencia misma del servicio militar. Ello significa que nos hallamos ante una conducta típica de desobediencia civil. Más concretamente, *la insumisión es una desobediencia civil indirecta*: se incumple la PSS para protestar contra la existencia del servicio militar obligatorio¹¹ del que la prestación social sustitutoria trae causa, protesta que suele estar animada por objetivos pacifistas. Por eso, como instrumento de lucha política, es un comportamiento guiado por una estrategia articulada por movimientos organizados, como por ejemplo el MOC. La insumisión, en definitiva, es la postura más radical de *participación en una estrategia* que tiene como objetivo la supresión del servicio militar obligatorio¹². La cuestión es si este tipo de conductas pueden encontrar alguna justificación en el ordenamiento.

¹⁰ Así, en la sentencia 75/92 del Juzgado de lo penal n.º 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992 (famosa porque consideró justificada una conducta de insumisión por estimar que se dio estado de necesidad), el juez recuerda que «la razón de conciencia no fue invocada frente al cumplimiento del deber individual... sino frente a la existencia del servicio militar obligatorio. De suerte que la exención del deber a realizarlo, esto es, del deber impuesto a él como individuo/objeto, no produce la supresión del servicio militar obligatorio».

¹¹ E incluso, en el caso extremo del pacifismo, se protesta contra la existencia de *cualquier* ejército, también el profesional.

¹² Digo que es la postura *más* radical, y no la única, pues también la objeción de conciencia ayuda, en la práctica, a «poner en duda el discurso tradicional sobre la defensa, la guerra y la paz»

3. NO HAY «SALVACION» JUDICIAL PARA LOS INSUMISOS

Tal vez pueda mantenerse que la insumisión, como conducta de desobediencia civil, cuenta a su favor con alguna razón política. En este sentido, he defendido en otro lugar¹³ que la distancia que separa el modelo democrático (participativo y comunicativo) y las democracias reales que conocemos (tan descafeinadas en tantos aspectos), puede proporcionar una cierta explicación política de la desobediencia civil, en la medida en que ésta representaría un cauce de participación política alternativo a las vías institucionales: la desobediencia civil sería una forma de hacerse oír ante el deficitario funcionamiento de los canales institucionales de participación y representación. Ahora bien, lo que ello significa es que la desobediencia civil puede ser comprensible, explicable e incluso loable desde el punto de vista sociológico o político, pero en principio no que sea una conducta justificada jurídicamente.

No es una conducta justificada jurídicamente porque la desobediencia civil es, por definición, ilegal y no puede encontrar amparo (judicial) en el ordenamiento. No creo que ningún juez, por convencido que esté, pueda encontrar buenos argumentos jurídicos para justificar estas conductas. Y ello por la simple razón de que el conflicto se plantea aquí entre los móviles o derechos del insumiso y una norma o política (la que se impugna) que no se ha desobedecido¹⁴. En suma, la insumisión, por cuanto conducta de desobediencia civil, carece de justificación jurídica, aunque política y socialmente pueda tener sentido como lucha destinada a convencer a la opinión pública para que presione al legislador.

En estas circunstancias, el dilema en que puede encontrarse el juez penal que, teniendo que juzgar un delito de insumisión, entienda como injusta la tipificación de estas conductas es el siguiente:

1. O *se aplica* la ley, por muy impresentable o injusta que le parezca.

2. O *se inaplica* la ley, pero no porque se trate de un caso de desobediencia civil (que como hemos dicho carece de justificación jurídica), sino porque se considere que:

2.a) Es *injusta*, y no se le puede exigir al juez que aplique leyes que considera radicalmente injustas¹⁵. Pero en este caso se estaría operando una más que dudosa elusión del principio de legalidad.
2.b) Es *ilegítima* desde la perspectiva constitucional.

— Porque no protege ningún bien jurídico de rele-

(J. L. Gordillo, *La objeción de conciencia. Ejército, individuo y responsabilidad moral*, Barcelona, Paidós, 1993, pág. 233). Es más, el propio ejercicio masivo de la objeción de conciencia en nuestro país responde más bien a una postura estratégica guiada por móviles pacifistas que a la expresión de una verdadera causa de conciencia individual.

¹³ M. Gascón, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, cit., págs. 199 y ss.

¹⁴ Obsérvese, además, que en muchos casos ni siquiera puede desobedecerse, pues no puede desobedecerse la «existencia» misma del servicio militar.

¹⁵ Al respecto, vid. M. Aienza, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1994, págs. 177-78.

vancia constitucional, sino que es sólo uno de los llamados «delitos contra un deber».

- Porque, aun protegiendo algún bien, la sanción es desproporcionada.
- Porque las actividades previstas por la ley para el cumplimiento de la PSS nada tienen que ver con el bien constitucional protegido por la norma penal¹⁶.

Cuestionar la legitimidad del deber objetado (PSS) es, desde luego, el remedio más expeditivo para atajar el problema de la insumisión. Pero si el deber objetado es ilegítimo (inconstitucional) lo que procede, en rigor, es su eliminación del ordenamiento. Por ello, lo que debe hacer el juez que estime que detrás del tipo de insumisión no hay más que «el deber por el deber», o que la sanción que establece es desproporcionada, o que las actividades que conforman el deber nada tienen que ver con el bien jurídico protegido, es plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Si de hecho no lo hace tal vez sea por temor a la posible respuesta del Tribunal Constitucional.

No obstante, para el último caso se ha defendido la posibilidad de dictar resolución absolutoria con base en una interpretación de la ley conforme con la Constitución, que no sólo es posible sino exigible (art. 5 LOPJ)¹⁷. Sin embargo, resulta dudoso que la idea de «interpretación conforme» a la Constitución pueda conducir a un resultado absolutorio en materia penal. Como es sabido, dicha técnica supone que los jueces al aplicar la ley deben «elegir entre sus posibles sentidos aquél que sea más conforme con las normas constitucionales»¹⁸ y representa, por tanto, un método en favor de la conservación de la ley que parte de la distinción entre disposición o enunciado lingüístico y norma o resultado de la interpretación del enunciado: allí donde la literalidad del precepto no entra en absoluta contradicción con el texto constitucional, aquél deberá conservarse, pero buscando un significado acorde o más acorde con la ley suprema. En consecuencia, la «interpretación conforme» excluye por hipótesis la completa desactivación de la ley, pues si ésta se produce será señal de que no cabe ninguna conformidad entre ella y la Constitución.

Lo dicho no excluye por completo la consideración de la «interpretación conforme» en materia penal, aunque ciertamente no es éste el ámbito más idóneo para su desarrollo, dado que es en él donde con mayor fuerza debería operar el principio de taxatividad y certeza, y por tanto donde el abanico de opciones interpretativas sobre el texto debería ser más reducido (en el ideal de la filosofía ilustrada que alentó la primera codificación penal, tan reducido que ha-

bía de agotarse en una sola interpretación para cada tipo). Con todo, tampoco cabe excluir la idea de «interpretación conforme» como camino para modular la respuesta punitiva o para llenar de contenido a conceptos jurídicos indeterminados o referencias más o menos imprecisas que, a veces, aparecen en la descripción de los delitos. Ahora bien, postular una sentencia absolutoria, en el caso de la insumisión o en cualquier otro caso, tal vez sea ir demasiado lejos, y ello porque, como se ha dicho, no puede «conformarse» con la Constitución una ley que, con carácter general, queda desactivada en virtud de la propia Constitución: si se estima, y no con pocas razones, que las tareas de la prestación nada tienen que ver con el bien tutelado y que esta desconexión se proyecta sobre el tipo penal, desvirtuándolo, es que, de nuevo, el tipo penal *no debería* existir, justamente porque no se conforma a la Constitución; pero también esto es algo que corresponde determinar al Tribunal Constitucional.

2.c) Es *legítima*, pero concurre una *causa de justificación* para el caso concreto, que normalmente se articula alrededor de la libertad de conciencia o de la dignidad del insumiso¹⁹. Es decir, no se impugna el deber jurídico en sí mismo considerado, sino en cuanto pretende ser exigido cuando concurre un motivo de conciencia contrario o cuando está en juego la dignidad del encausado.

Ahora bien, a mi juicio esta justificación es también inviable y, de intentar hacerse, conduce a la misma situación reflejada en 2.b): la consideración de que el deber es ilegítimo o de que no tiene la suficiente entidad para justificar una reacción penal. Y ello por lo siguiente.

Si lo que justifica la exclusión de antijuridicidad es el grave daño que en otro caso sufriría la dignidad del insumiso, el argumento me parece insostenible al menos por dos razones. Primero, porque no se entiende bien por qué habría de sufrir la dignidad de una persona por ayudar en un hospital, o en un centro de la tercera edad, o en una biblioteca, etc. Y segundo, porque si no obstante se considera que estos deberes o el hecho mismo de las prestaciones personales obligatorias dañan la dignidad del insumiso, habrá que concluir que dañan también la de todo el mundo, con lo cual ese deber sería inconstitucional y lo que procedería es que el juez plantease la cuestión de inconstitucionalidad.

Si lo que justifica la exclusión de la antijuridicidad es la concurrencia de motivos ideológicos o de conciencia, el argumento me parece también insostenible. Si el juez mantiene que la libertad de conciencia del insumiso enerva el deber de cumplir la PSS, habrá de estar dispuesto a argumentar así en todo

¹⁶ Esta es la propuesta de N. García Rivas, «Los delitos de insumisión en la legislación española», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLV, fascículo III (1992), págs. 892 y ss.

La idea es atractiva, pero no deja de suscitar algún problema, ya que progresivamente el servicio militar y la PSS parecen independizarse y perder el referente común del «deber de defender a España» (art. 30.1 CE). Así lo demuestra la separación que opera el nuevo Código Penal, donde la insumisión y la negativa al cumplimiento del servicio militar figuran en títulos diferentes y, por tanto, presumiblemente, se orientan a la tutela de bienes jurídicos también distintos; pero la tendencia puede acentuarse en

la medida en que, escuchando las voces de los propios objetos/insumisos, se subraye el carácter «alternativo» y no «sustitutorio» de la prestación. En suma, nada impide que el legislador diseñe deberes personales en favor de la comunidad y sancione su incumplimiento, todo ello de forma por completo independiente de las obligaciones militares.

¹⁷ N. García Rivas, cit.

¹⁸ STC 19/1982, de 5 de mayo.

¹⁹ Que la causa de justificación sea el «estado de necesidad» (como sucedió en la sentencia 75/92 mencionada en nota 9), el «ejercicio legítimo de un derecho» u otra cualquiera, es indiferente para lo que pretendo mantener aquí.

caso; esto es, cualquiera que sean los contenidos de la conciencia, pues de otro modo se estaría introduciendo un factor de discriminación por motivos de conciencia en orden al cumplimiento de deberes jurídicos, con clara infracción del principio de igualdad (art. 14 CE)²⁰. Pero entonces lo que se mantiene es que el delito de insumisión no protege ningún bien jurídico o que el que protege no justifica una reacción penal que limita la libertad de conciencia, con lo cual lo que debería hacer, de nuevo, es plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En resumen, ahora que tantas voces se escuchan contra la excesiva judicialización de la vida política, tal vez sugiriendo en el fondo la creación de un ámbito exento frente a la justicia penal²¹, no me parece improcedente proponer el asunto de la insumisión como ejemplo de lo que es una auténtica judicialización indeseable de problemas políticos. Tal y como hoy se presenta el marco normativo, los jueces poco pueden hacer y el dilema entre vulnerar la ley o dictar sentencias inicuas en el que muchos se

debaten, no es más que un síntoma de la inadecuada respuesta jurídica al problema planteado y también, por qué no decirlo, de la reacción «conservadora» que en 1987 sufrió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acaso sea cierto que la justicia se muestra a veces como el último instrumento para llevar al debate colectivo aquellas pretensiones que carecen de articulación eficaz en la representación institucional de la política «oficial», pero ésta sólo puede ser una solución pasajera que, cuando menos, debería obligar a los partidos institucionales a pensar críticamente sobre su propia capacidad de representación y de integración de la disidencia. La anunciada supresión del servicio militar, de llevarse a la práctica, pondrá sin duda fin al problema de la insumisión, pero, entre tanto, la simple promesa de un ejército profesional, y por tanto voluntario, representa un factor añadido de deslegitimación de la vigente regulación penal, y con ello un nuevo estímulo para seguir endosando a los jueces, ahora transitoria pero indefinidamente, la respuesta jurídica adecuada.

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, 2^a - 28006 Madrid.

²⁰ Vid. L. Prieto, «Insumisión y libertad de conciencia», cit., págs 285-86.

²¹ Vid. las atinadas observaciones de P. Andrés Ibáñez en la

introducción al volumen *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pág. 12

La corrupción constituyente*

Gabriel ALBIAC

DE MALE

En el París de finales del XIX, Baudelaire plasmó ese asco inocultable que el día a día impone. «*Desde la primera hasta la última página de la prensa, sólo un tejido de horrores. Guerras, crímenes, robos, impudicias, torturas, crímenes principescos, crímenes de Estado, crímenes privados, una embriaguez de atrocidad universal... Con esa suma de horrores se desayuna el ciudadano cada día*»¹.

«Con esa suma de horrores...» Martes, 21 de mayo de 1996. La «suma de horrores» con que se desayuna el ciudadano español lleva, ese día, los nombres de Lasa y Zabala y tiene la fría forma de un auto de procesamiento.

Es muy probablemente el relato más espeluznante que yo haya leído nunca. Frente al auto del juez Gómez de Liaño acerca de la tortura y muerte de Lasa y de Zabala, los *serial-killers* de las novelas de Ellroy son tristes aprendices. La sobria contención del acta forense acentúa el horror que narra: el Mal. El Mal en estado puro. Sin ambivalencia. Sin calificativos también: no habría modo adecuado de calificar esa perversidad a la cual nos es casi imposible asomarnos sin cerrar los ojos, porque en ella late algo terrible e inconfeso de la condición humana. ¿Cómo hablar del mal sin trocarlo en retórica? Tal vez sólo así: ajustando el microscopio y levantando acta, con la precisión de quien disecciona el código de una célula cancerosa. Diciendo su verdad y su lógica, pues que la lógica del mal es tan rigurosa como la de cualquier otro acontecimiento. No hay valoración que pueda soñar siquiera acercarse a la altura de lo descrito:

«...*Enrique Dorado y Felipe Bayo... Infligieron dolores físicos y sufrimientos graves (a los secuestrados Lasa y Zabala)..., quienes, durante varios días, permanecieron retenidos y torturados (en dependencias secretas pertenecientes al Gobierno Civil de Guipúzcoa), situación que duró hasta que sus secuestradores y torturadores, viendo el aspecto en que se encontraban —tan lamentable que se convencieron de su imposible recuperación— decidieron darles muerte... Los trasladan hasta un paraje solitario... Una vez allí, les sacan de los maleteros de los automóviles y les ponen en tierra. A continuación los desnudan de cuerpo entero y únicamente dejan las vendas y apósitos que rodeaban sus tobillos, tapaban sus ojos y cubrían sus llagas y heridas. Después los sitúan delante de una fosa previamente*

te cavada y acto seguido, el sargento Enrique Dorado efectúa tres disparos de arma de fuego: el primero sobre la cabeza de Lasa, de atrás hacia delante; el segundo y tercero sobre la cabeza de Zabala, realizados a cañón tocante. A causa de los disparos es tal la destrucción de centros vitales que la muerte de ambos jóvenes se produce de forma instantánea... Los cuerpos son arrojados a la fosa, mezclados en cincuenta kilos de cal viva.»

Hablar de psicópatas es una burla. Dorado y Bayo, sargento y cabo de la Guardia Civil, condenados años después por atraco, fueron premiados por el gobierno socialista con una jubilación del 200 por 100 que fue recomendada por un general togado, desde hace una semana miembro del Consejo Superior Judicial a propuesta del PSOE, tras haber sido, en los estertores del Gobierno González el encargado de informar negativamente la desclasificación de los papeles del CESID reclamados por Garzón y Gómez de Liaño. La tortura de los secuestrados se llevó a cabo en un local dependiente del Gobierno Civil de San Sebastián. Los dos guardias civiles actuaron «siguiendo estrictas órdenes de sus superiores» conforme a planes elaborados por «altos mandos dependientes o ligados con los ministerios de Interior y Defensa». El hoy procesado y encarcelado general Rodríguez Galindo asumió la responsabilidad de lo hecho por sus hombres. Queda la pieza clave: ¿quién dictaba las órdenes que el coronel de Iñxaurrendondo transmitía y que sargento y cabo ejecutaban en una secreta cámara de tortura tutelada por el gobernador socialista Julen Elgorriaga?

Culmina, ese 21 de mayo, la serie progresiva de horrores que han ido hiriendo la retina del matinal lector de periódicos que evocaba Baudelaire. Un gobernador del Banco de España encarcelado por fraude fiscal y estafa (abril del 94). Un director general de la Guardia Civil acusado (marzo del 94) de robo y fraude astronómicos, huido (30 de abril) y un año después inexplicablemente retornado y encarcelado bajo documentos de extradición manifiestamente sospechosos de haber sido falsificados por el propio ministerio del Interior (enero del 95). Un ministro de Interior, un secretario de Estado para la Seguridad, un director general de Seguridad y la cúpula del mando antiterrorista, procesados todos (a partir de enero del 95) bajo cargos que van desde fraude fiscal y robo al erario público a constitución de banda armada, secuestro y asesinato múltiple. Un general de la Guardia Civil y un gobernador civil, en la

* Intervención en el curso «Política y derecho: una tensión necesaria», organizado por Jueces para la Democracia, dentro de los cursos de verano de 1996, por la Universidad Complutense, en El Escorial.

¹ Baudelaire, Ch.: *Oeuvres Complètes*, vol. I, París, Pléiade, 1975, pág. 706.

cárcel bajo cargos aterradores de secuestro, tortura y asesinato. Un presidente de Gobierno, finalmente, que alargó tenazmente su agonía en la convicción de que entre salida del Gobierno, pérdida de aforamiento y entrada en la cárcel podía, muy verosímilmente, no haber solución de continuidad. Luego, cuando Pujol lo hizo inevitable, las elecciones. El fin de una era que se soñara inquebrantable. Y la pasmosa aparente voluntad del nuevo Gobierno de echar tierra sobre lo sucedido, de vetar el acceso a una terrible verdad, parte importante de la cual permanece recluida en los papeles del CESID cuya investigación judicial fue bloqueada por González hace unos meses, como todo hace sospechar que lo será ahora por Aznar. En el nombre —en sí mismo aterrador— de la *Ratio Status*.

Lo sucedido. Empezamos de verdad a conocerlo un año antes. 21 de marzo del 95. Dos cadáveres —lo que queda de ellos—, en la primera página del diario *El Mundo*. Enterrados en cal viva once años y medio atrás. Previamente torturados, durante un plazo que los forenses juzgan pudo ser de semanas. Sabemos ahora que habían sido hallados por azar en 1985 y «archivados» sin identificar en el abandono silencioso de una cámara frigorífica del juzgado de Alicante. Sólo diez años más tarde sabremos que esos restos son los de José Antonio Lasa e Ignacio Zabala. Y el ciudadano español habrá de enfrentarse con los primeros «desaparecidos» de la democracia española. Doce años casi habrán sido precisos para acceder a la zona de sombra de la «transición». Y para desentrañar en ella esa mezcla sabia de *terror* y *corrupción* sobre la cual cimentó el PSOE de González un proyecto de poder que se soñó omnimodo: versión moderna y europea del modelo del PRI mexicano. *Sangre y dinero*. Una pragmática versión del eje *metus/spes* que rige, según Spinoza las mecánicas del poder y el sometimiento.

[Un flash-back muy rápido sólo para recordarles un contexto que todos ustedes conocen. 1983. Otoño. ETAm mantiene secuestrado al capitán Martín Barrios. Dos operaciones de «guerra sucia» son precipitadas en el Sur de Francia por las autoridades españolas ante la inminencia de su asesinato. Una fracasa, la otra da origen al horror que emerge ahora. Bayona, 16 de octubre: dos jóvenes militantes poco significativos de ETAm desaparecen sin dejar rastro —es la primera acción reivindicada por los GAL. Bayona, 18 de octubre: un comando militar español² trata de secuestrar al refugiado vasco Larretxea. La gendarmería francesa detiene a sus cuatro componentes. El ministro Barrionuevo reivindica la responsabilidad de la operación, caracterizándola como «una acción humanitaria». De lo que entendía el primer ministro del Interior de González por «humanitario» dan buena razón las imágenes y autopsias, doce años más tarde, de los restos de Lasa y Zabala.]

HIPOTESIS PARA UNA CONTRARREFORMA

1983 fue el inicio del GAL. También, con él, la puesta en marcha de la gran matriz de corrupción

² Formado por un policía, José Gutiérrez, y tres miembros de los GEO: el capitán Francisco Javier López Santos y los sargentos Sebastián Soto y José María Rubio.

³ La fórmula fue un tópico del felipismo, particularmente caro a su fundador

institucional sobre la cual asentó el PSOE su apuesta inaugural de «un proyecto programático a realizar en 25 años»³. Se trataba de una peculiar mixtura, hecha de un modelo clientelista cercano a aquel que garantizara el monopolio del voto sureño por parte de la DC italiana durante cuarenta años, más el despliegue de terror difuso en que el PRI mexicano ha sido virtuoso. El aparato de violencia policial heredado del franquismo se prestaba extraordinariamente bien a la segunda función. Era sólo preciso consensuar su *detournement*, su puesta al servicio de un proyecto de Estado nuevo. Fracasado el gran proyecto de «consenso político» que nucleara el primer esbozo de transición, protagonizado por Adolfo Suárez entre 1977 y 1981, la inteligencia mayor del PSOE, desde su llegada al poder en otoño del 82 y tal vez antes, consistió en entender que la negociación pasa por otra instancia menos imprecisa: la consolidación de una élite funcionarial cuyos privilegios económicos y sociales estén esencialmente encadenados a la continuidad del poder socialista. La desviación de fondos se inicia —como ahora sabemos— desde las primeras actuaciones del primer ministerio de Interior del PSOE, que regenta el antiguo jerarca fascista⁴ Barrionuevo, al frente de un equipo de altos mandos policiales de inequívoca raigambre franquista: los torturadores de la Social, entre ellos. Son los garantes de la continuidad, ante un colectivo policial inicialmente inquieto por la llegada de «los socialistas» a lo que es ya convención llamar «los desagües y cloacas del Estado».

Los recursos económicos imprescindibles para cimentar esa alianza mediante una duplicación presupuestaria tendente a mantener un verdadero «ministerio sumergido» actuando en las sombras del legal, transitaron —en primer lugar— por la vía opaca de los «fondos reservados», a ello se añadiría, de inmediato la vía de las comisiones y peajes múltiples: una vía de la cual Filesa y las cuentas de la Expo no son sino botones de muestra.

A finales del 83, con el consenso del viejo aparato represivo garantizado y consolidada la nueva jerarquía de mando, el PSOE podía dar por cerrada la apropiación del Estado franquista que a sus predecesores de UCD había estallado entre las manos. *Sic transit...*

El saldo del Estado franquista a recomponer era transparente. Herencias reciclables. Una administración tan incompetente cuanto servil. Un aparato militar y represivo concebido como fuerza de represión interna. Un aparato judicial inmemorialmente escaso de recursos y sin tradición alguna de autonomía. La intervención fue brutal y velocísima. Es la *Blietzkrieg* en el corazón del Estado que se salda con una victoria sin fisuras en muy pocos meses. «Política de enredadera», descrita por los comentaristas políticos cuando, una década más tarde fuera hora de hacer balance de lo sucedido. «Administraciones

⁴ Subjefe Nacional del SEU primero, la carrera política de Barrionuevo bajo el franquismo culmina como jefe del Gabinete Técnico de la Secretaría General del Movimiento Nacional.

públicas, instancias judiciales, entidades financieras, movimientos sociales, medios de comunicación y entidades benéficas» quedaron bajo control directo socialista. «Los controles sobre el ejecutivo fueron paulatinamente cercenados. Militantes socialistas o tecnócratas no afiliados pero identificados con el proyecto ocuparon primero todos los engranajes de la Administración y pusieron la maquinaria del Estado a su servicio. Mientras, el Parlamento quedaba convertido en una sucursal de la Moncloa», merced al doble efecto del «rodillo» de los primeros años y de reglamentos internos que reducen la labor del diputado a ser eco de un portavoz siempre impuesto desde arriba. «El único obstáculo legal existente en el momento de su acceso al poder, el recurso previo de inconstitucionalidad, fue eliminado por ley».⁵

La pieza clave del proclamado «entierro de Montesquieu» debía de ser, en buena lógica, la desactivación irreversible del Poder Judicial. Sobre él se intervino a través de una legislación tendente a convertirlo en espejo purísimo de la composición de un Parlamento monóticamente controlado. Es una reducción secuencial implacable: primero, el Parlamento queda reducido a apéndice del Ejecutivo; luego, el Consejo General Judicial se trueca en fotocopia del Parlamento. Sólo un poder real persiste... Siempre y cuando, por supuesto, que el proyecto hubiera logrado triunfar sin fallas. Casi milagrosamente, no fue así.

El poder judicial era, a partir de mediados los ochenta, el objetivo estratégico de la ofensiva socialista: la única pieza en que podía aún generarse algún imprevisto. Moncloa parecía prever que sólo de ahí podían venirle los riesgos gravísimos que acabarían —en efecto— por estallar, ya en los noventa.

Hagamos memoria. 1985. Alfonso Guerra: «Si el fallo del Tribunal Constitucional sobre el aborto nos es desfavorable, habrá que poner en marcha la máquina de hacer indultos. Las leyes no pueden permanecer paradas por doce personas que además no han sido elegidas por las urnas.» Todo va a jugarse en ese terreno argumentativo: aquel poder que no es resultado de elección universal —por definición, el poder judicial— debe de ser absorbido por los otros poderes; la autonomía del poder judicial es una aberración contraria a la soberanía popular. Guiado por esta consigna, el PSOE exportó su hegemonía parlamentaria a las instituciones judiciales. La mayoría absoluta era transplantada al ámbito judicial merced a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya derogación debiera constituir hoy un objetivo prioritario de cualquier iniciativa de autodefensa ciudadana frente a la impune omnipotencia del Ejecutivo. «La LOPJ permitía que el poder descendiera hasta el nombramiento de los órganos colegiados. Así, de los tres magistrados que suelen formar parte de las salas de los Tribunales Superiores de Justicia —encargados, entre otras cosas, de juzgar, si hubiere lugar, a los parlamentarios—, uno de ellos es elegido por el propio Consejo General del Poder Judicial (matemáticamente "lotizado" por el Parla-

mento) y otro es nombrado a propuesta de los Parlamentos autonómicos. Si a ello unimos la obediencia del ministerio fiscal en los años dorados del felipismo (Moscoso y Eligio), el círculo se cierra.»⁶

Dos problemas acechan, desde su inicio, al modelo de recomposición planteado por el primer Gobierno de González. De un lado, el fuerte desgaste producido por el terrorismo en el País Vasco. De otro, la fragilidad interna de un aparato de partido nacido de la nada en 1975 mediante las benévolas aportaciones de la socialdemocracia alemana. A partir del otoño del 82, el PSOE afronta las piezas esenciales de su perpetuación en el Gobierno.

1. Construcción de un entramado financiero próspero para el partido, mediante el cual codificar una clientela invulnerable.
2. Desde mediados del 83, tejido de la trama del terrorismo de Estado.

Son las dos vertientes del «Proyecto CAP (Carlos Andrés Pérez)»: liquidación física del terrorismo vasco, más consolidación financiera del partido y de su bolsa electoral. No es, desde luego un procedimiento nuevo, éste que suma *terror + intereses* para obtener la renta de un poder omnimodo. No es casi necesario recordarles a ustedes la fórmula bien conocida de cierto gobernante europeo a finales de los años treinta:

«La brutalidad inspira respeto. ¿Por qué murmurar acerca de la brutalidad e indignarse acerca de las torturas? Las masas lo desean. Desean algo que les infunda el escalofrío del pánico... Yo concedo a los míos toda la libertad. Haced lo que se os antoje, pero no os dejéis atrapar. ¿O es que vamos a sacar el carro del atasco para irnos luego a casa con las manos vacías? La consigna ¡Enriqueceos! tiene además una función educativa. Gracias a ella, dentro de la élite del partido, todos se hallan en manos de otros y nadie es ya dueño de sí mismo. He ahí el resultado apetecido de la consigna ¡Enriqueceos!...»⁷

RATIO STATUS...

Salus populi suprema lex. La referencia al Hobbes que cita el tópico romano, es aquí obligada. Desde esa retórica convicción —resonando con el peso de una evidencia— comenzó todo. A ella han remitido, una y otra vez, las voces de Vera y Barrionuevo, reivindicando la pragmática bondad antiterrorista de sus actuaciones. No se puede reivindicar la dignidad del trabajo quirúrgico en los «desagües» y sótanos del Estado sin darle justificación en una legendaria supremacía salvífica, que sea condición trascendente —y, como tal, fundante— de toda ley. A fin de cuentas, sólo la referencia a un sacral «interés general» —o «nacional» que, no confundiendo con interés concreto alguno, se arrogue a sí mismo la esencial fundamentación de cualquier derecho, es condición que permite a un Estado violar cualquier norma sin violar jamás ninguna, puesto que él mismo posee la condición constituyente de norma. La razón es, así, siempre suya. Porque el Estado —todo Estado— es, antes que nada, capaci-

⁵ Escudier, J. C., y Sánchez, M.: «La ocupación del Estado», en *El Mundo: Documentos. Diez años de felipismo*, Madrid, octubre de 1992.

⁶ *Ibid.*

⁷ Hitler, A.: *Conversaciones con Rauschning*.

dad de producir derecho. Normalidad también. Es lo mismo. *Razón de Estado, Ratio Status*. O, si queremos llamarlo por su nombre verdadero: fuerza, acumulación de violencia potencial sin comparación posible con la que pueda concentrar cualquier otro individuo, simple o compuesto.

Salus populi suprema lex. En la pluma de Thomas Hobbes, la vieja máxima romana tomaba los atributos de soporte fundacional del paradigma legitimista del invento mayor de la edad moderna: la máquina de poder y violencia, substantivamente autónoma, a la cual llamamos Estado.

Una máquina tal habría de dar el modelo estructural sobre el cual todo sujeto agente se configura. Y conviene no olvidar cómo, en la tradición escolástica —que es la que gesta, hacia el siglo XII, la denominación *Ratio Status* y los problemas de ella derivados— no hay *sujeto agente* que no sea esencialmente «razón». Referida a la máquina del poder la expresión *Ratio Status* es, así, más que una metáfora o una ironía: la definición formal —en el sentido aristotélico— de ese único sujeto de la modernidad que es el Estado —un sujeto en relación al cual, los individuos particulares no son sino remedos incabados.

La atribución a Maquiavelo⁸ de la forja de tal categoría es uno de tantos tópicos insostenibles acerca del maestro florentino, quien no precisaba de justificaciones trascendentes para describir la guerra a muerte, ontológicamente previa a toda codificación o norma, que define las instituciones de poder. El objetivo de una fórmula de tan honda raigambre escolástica como ésa sólo puede ajustarse con un modelo político estrictamente inverso al maquiaveliano; un modelo ocupado en preservar la continuidad de la medieval mistificación de lo político como proyección de normas universalizables y en introducir, de algún modo, una tal trascendencia de las categorías en el corazón de la inmanencia maquínica del sujeto moderno de poder. El modelo maquiaveliano no precisa de legitimaciones ni justificaciones «racionales», porque sólo aspira a ser una analítica de lo que se produce con la necesidad interna de las confrontaciones por la obtención y mantenimiento del poder.

«*Chi fosse tanto savio che conoscesse i tempi et l'ordine delle cose, et accomodassisi a quelle, habrebbe sempre buona fortuna, o egli si guardarebbe sempre dalla trista, et verrebbe a essere vero che il savio comandasse alle stelle et a' fati.*»⁹

La exigencia rigurosa de dotar de una cobertura «razonable» a las correlaciones de fuerza que cristalizan en sistemas cerrados de leyes, es parte esencial de las doctrinas que proyectan sobre los modos de dominación criterios axiológicos, que son siempre, en última instancia, variantes más o menos laicizadas del religioso criterio de salvación.

Nada más lógico así que el haber sido uno de los más notorios antimachiavelianos del siglo XVI, Giovanni Botero, el reconfigurador, en 1589, de esa *Ra-*

gione di Stato medieval, a la que Maquiavelo no se refiere una sola vez a lo largo de su obra. «El Estado» —escribe Botero— «es una firme dominación sobre los pueblos, y la *Razón de Estado* es el conocimiento de los medios adecuados para fundamentar, conservar y engrandecer unos tales dominio y señorío»¹⁰.

Que el Estado reposa, sin embargo, sobre el terror —*metus*— es algo que los más venerables entre los teóricos que asistieron al nacimiento y configuración de la máquina habían apreciado, desde los orígenes mismos de la modernidad, como la esencia misma de su ser. En el XVII, Spinoza le dará forma definitiva, al describir cómo «aquellos que no aceptan el miedo ni la esperanza y no dependen más que de sí mismos», pasan automáticamente a convertirse en «enemigos del Estado» frente a los cuales éste no puede sino «ejercer su represión»¹¹ por encima de toda norma. Pero antes lo había esbozado el Maquiavelo que sabe bien «cuánto más esencial para la estabilidad del Príncipe es ser temido que amado»¹² y que hace de toda la política una sublimación metafísica del arte de la guerra.

Decir que Estado es codificación paradigmática del *metus* y de su derivación metonímica en la *spes*, para esa línea «maldita» —la expresión es de A. Negri— que pasa por Maquiavelo y Spinoza para llegar a Marx, es sólo recordar una obviedad académica.

Como configurador de norma, el Estado —todo, absolutamente todo Estado— es secretor de legitimidad. Hablando en rigor, no hay Estado ilegítimo: todo Estado se constituye a sí mismo como modelo de legitimidad en el acto mismo de excluir, arrojando a los abismos exteriores del atentado contra los intereses públicos, a cuanto pueda transgredir las normas de juego que él fija, su modelo de representación —en la deliberada polisemia del término—. *Estado de Derecho* es una expresión pleonásmica. Fuera del Estado —de todo Estado— sólo hay exclusión y anomalía: mundo —de derecho, aniquilable— de la marginalidad. La constitución del código de normalidad, la Constitución —toda Constitución—, al fijar los márgenes absolutos de lo legítimo, sitúa las lindes fuera de las cuales sólo hay violencia sin garantías, descodificada, definiendo así lo que, en sentido propio, podría designarse como el *código en negativo del terror*.

Al fin, el doble funcionamiento simultáneo del garantismo institucional sabiamente combinado con el terrorismo de Estado —esto es, la violencia ejercida frente aquellos que transgreden los límites de la norma constituida—, es la esencia misma de la funcionalidad política moderna. Espacio representativo y garantía jurídica para quienes no acometan el riesgo de cuestionar los fundamentos mismos del Estado que constituyen la *salus populi*. Más allá, desagües, galerías subterráneas ajenas a toda ley porque son más originarios que ella, violencia descodificada, GAL, secreto y razón de Estado, opacidad

⁸ Tesis específicamente sustentada por F. Meinecke: *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, 1924, 3ª edición, München, 1965.

⁹ Macchiavelli, N.: *Lettere familiari*, Firenze, 1983. Minuta de una carta a Pier Soderini, otoño de 1512.

¹⁰ Botero, G.: *Della ragione di Stato*, Venecia, 1589.

¹¹ Spinoza, B.: *Tractatus Politicus*, en *Opera*, de Gebhardt, vol. IV.

¹² *Il Principe*, en *Opere*.

de los fondos reservados y consiguientes crimen y saqueo impune por parte de los agentes de su funcionamiento, incontrolabilidad de los servicios últimos de seguridad del Estado, cara de póker de los que saben, llámense Corcuera, Barrionuevo, Galindo, Vera, González...

Puede llamarse a esto por su nombre: lógica de guerra —todo Estado está, al fin, siempre en guerra, más o menos latente, con la sociedad civil sobre la cual se erige—, como quería Maquiavelo; conflicto descodificado de potencias desiguales, en expresión de Spinoza; o combate de fuerzas ontológicamente preexistentes a todo derecho, el cual no es sino su cobertura en clave. Puede uno también —porque es, a veces, políticamente muy rentable mistificar las palabras— recurrir al eufemismo: llamar *Razón* a lo que es sólo regulación de la fuerza triunfante.

No importa demasiado a estas alturas. Para el Corcuera de la patada en la puerta, para los Barrionuevo y González del GAL, el imperativo que, bajo el nombre de *Razón de Estado*, autoriza su legítimo derecho a transgredir el derecho en beneficio del público interés —*Salus populi suprema lex* se confunde entonces con *Montesquieu ha muerto*—, a cerrar y sellar cualquier acceso a esos *Secretos de Estado* que un «interés superior» y una más alta *Razón* justifican como irrevelables aun a los jueces que en forma debida lo reclaman, es la base misma de la legitimidad que los hace omnipotentes. Aznar sabe que es esa omnipotencia la que él ahora hereda de ellos. No preveo que mueva un dedo para resquebrajarla.

Pero la legitimidad no es sino el nombre respetable, tolerable, de la violencia definitivamente triunfadora. Aquella que puede sola proclamar, respecto de todas las sospechas que ella misma ha levantado, que ni hay pruebas, ni las hubo, ni las habrá nunca. Y si las hubiere serán blindadas como *Secreto de Estado*. Y, si algún riesgo hubiere de que el blindaje fuera a ser horadado, serán destruidas. Son las reglas del juego. La *Ratio Status*. Por los siglos de los siglos.

Salus populi suprema lex.

EL ENIGMA

El enigma es brutal para quien se tome la molestia de analizar el presente: ¿qué es lo que teme el PP? Porque algo, se diría, teme en el esclarecimiento de la trama GAL. Sus movimientos se asemejan a la danza crispada del artificiero sobre un campo de minas.

En apariencia, sin embargo, carece de lógica su tono pusilánime. A fin de cuentas, el GAL le es históricamente ajeno. La banda se inauguró en 1983, tras la instalación de González en Moncloa. Corrían entonces tiempos de euforia caudillista y todo valía. El poder se veía sin fin en el tiempo ni control en las instituciones. Un proclamado «proyecto de 25 años» tentaba a González a mirarse en el espejo del general Franco; con la inmensa ventaja de una respetabilidad garantizada por la etiqueta «socialista». En esas condiciones, el terrorismo de Estado era rentable: hacía, por la vía rápida, el trabajo sucio y sa-

lía gratis. Como el viejísimo Marx sabía «las etiquetas de los sistemas se distinguen de las de otros artículos, entre otras cosas, en que no engañan solamente al comprador, sino también, no pocas veces, al mismo vendedor». El etiquetador «socialista» que inventó los GAL está convencido de haber hecho una obra filantrópica.

Recuerdo la entrevista fascinante de Pilar Urbano a Alvarez Cascos a poco de llegar al Gobierno. Fascinante precisamente por esa inocultable paradoja de saber y ocultación que traslucía. El dirigente del PP sabe la verosímil responsabilidad penal de sus predecesores: «Los testimonios de Damborenea y de Roldán son manifiestamente más creíbles que la palabra de honor de Vera o de Barrionuevo.» Evoca, incluso, sobre el recién licenciado presidente la sombra del Craxi prófugo en Túnez: «Si durante la ausencia de González surgieran indicios derivados de procesos judiciales abiertos, tendría que volver. No vale alegar vacaciones...» ¿Por qué, entonces, ese tangible escalofrío ante la pregunta por la desclasificación de unos papeles del CESID sin cuya evidencia el procesamiento del Jefe Supremo de los GAL será imposible? Lo de que aún no tiene claro «si un Gobierno puede levantar la reserva a los papeles clasificados como secretos por el Gobierno anterior», sonaría a broma si no estuviera en juego algo tan enorme. Cascos remataba con la académica reflexión de no saber «si hay precedentes en Derecho comparado». Lo está consultando, dice. Que consulte, ya de paso, si hay precedente de un Gobierno democrático que haga asesinar a 28 tipos con cargo al erario público.

¿Qué teme el PP? Tal vez sólo la verdad. Esa enemiga imperdonable de la *Razón de Estado*.

EPILOGO

Será preciso un día narrar todos estos años. Lo harán otros. Quienes los hemos vivido no sabríamos. Demasiados lazos nos adhieren a cuanto sucedió en este tiempo vertiginoso: a estos años en los cuales España fue modernizada y en los cuales crimen y venalidad políticos configuraron para siempre al Estado constitucional y corrupto —ambas cosas no son, en sí mismas, contradictorias— que heredarán los que vengan luego. Dentro de un siglo nadie entenderá —o será muy difícil— cómo fuimos tan cobardes, cómo un puñado de políticos gangsterizados logró aniquilar tan en la raíz los imprecisos ensueños de final de los sesenta. Cuando alguien describa entonces a González y Galindo, a Roldán y Belloch, Serra y Manglano y Amedo y Barrionuevo, todo parecerá una excesiva novela negra. Lo parece ya casi, mientras aún no han acabado de escurrirse tras las bambalinas, cargados con sus dineros negros, salpicados con su sangre y su insufrible hedor de alcantarilla estatal... Aún no se han ido y ya todo lo que hicieron resulta tan enorme al recordarlo que uno duda: ¿no habrá sido todo una pesadilla sin sentido?

Eso es todo. Puede que nadie llegue ya tener acceso a los papeles del CESID que cuentan cómo las más bárbaras violaciones fueron «conocidas por el presidente del Gobierno, ministro del interior, Rafael

Vera y alguna persona más» (*nota interior* del CE-SID, fechada un 3 del 11 del 87, que su Gobierno, antes de abandonar el búnker, vetó al juez instructor). Puede que González se salve de la cárcel. A mí, en su lugar, eso me parecería lo de menos. El espanto es su memoria: ese lugar cerrado en el que

yace una verdad inconfesable. Acabo ya, evocando, de nuevo, al viejo Maquiavelo: «No es posible llamar virtud a exterminar a sus ciudadanos, traicionar a los amigos, carecer de palabra y de respeto... Tales medios hacen conseguir el poder, mas no la gloria.»¹³

¹³ *Il Principe*, cap. VIII, en *Opere*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1954, pág. 29.

Incidencia del derecho de información en los juicios de jurado

Joaquín GIMENEZ GARCIA

I. INTRODUCCION

La clásica división de poderes del Estado en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que constituye uno de los elementos vertebradores del Estado de Derecho, quedaría incompleta sin una referencia a los medios de comunicación, verdadera seña de identidad de una sociedad democrática y que constituye un verdadero contra-poder. Hoy se vive en una sociedad mediática, donde el mensaje es el medio.

Si la división de poderes responde a la necesidad de poner límites al poder que, como tal, tiende a no compartirse, también la exigencia de límites puede ser predicable respecto de los medios de comunicación pues no hay un derecho limitado que no sea susceptible de tener límites. El problema se encuentra, precisamente, en la fijación de esos límites y en el juicio de ponderación que ha de hacerse ante los bienes y derechos en conflicto.

Por otro lado, el poder judicial está adquiriendo en todos los países democráticos un protagonismo evidente en cuanto que su triple función de pacificador de los conflictos, garante de los derechos de los ciudadanos y controlador de la actividad pública le convierte con frecuencia en árbitro de la vida pública dando lugar al nacimiento de una democracia judicializada que es al mismo tiempo fuente inagotable de noticias para los medios de comunicación.

Hay pues, una conexión, un punto común entre Justicia y medios de comunicación, entre el derecho a la información y el proceso judicial, singularmente el penal que ha dado lugar a toda la problemática de los llamados juicios paralelos, que en el presente trabajo se circunscribe a unas reflexiones sobre en recién estrenado juicio de jurados.

II. EL JURADO

En este marco, al que no es ajeno España, es donde se va a iniciar un nuevo sistema de justicia penal. El Tribunal de jurado previsto en el artículo 125 de la Constitución.

Es un sistema de justicia penal que se va a integrar con el de la justicia técnica, pero que, perdida nuestra tradición jurídica al respecto, ya que el jurado aunque no derogado oficialmente, quedó suspendido definitivamente por Decreto de 8 de septiembre de 1936 de la Junta de Defensa, publicado en Burgos el día 12 de septiembre del mismo año, precisa una consolidación en nuestra sociedad.

El Jurado supone una manifestación del principio de democracia participativa, concepto superador de la democracia representativa, por cuanto se reconoce la efectividad del derecho de los ciudadanos a

participar en los asuntos públicos. La cita de los artículos 9.2 y 23 de la Constitución es obligada.

Este protagonismo del ciudadano en el mundo judicial, encuentra su mejor materialización —no la única— en el Tribunal de Jurado, ya sea el correspondiente al modelo anglosajón, modelo que inspiró el sistema español en los casi setenta años de vigencia, o bien se trate del Tribunal de Escabinos que integra en un solo colegio a jueces, técnicos y ciudadanos, si bien éstos en número muy superior a aquéllos, modelo que es el usual en los países del continente europeo.

No se trata de entrar en el estudio de la vigente Ley, y todavía no estrenada del Jurado, sino más limitadamente, partiendo de su existencia y de su inminente aplicación ofrecer unas reflexiones sobre el derecho de información y el Tribunal de Jurado.

III. PUBLICIDAD Y PROCESO

Que los juicios sean públicos es una garantía y divisa del Estado de Derecho. El artículo 6.1 del Convenio Europeo que tiene su correlato en el 24 y 120.1.º de la Constitución recoge la exigencia del principio de publicidad en los procesos judiciales y específicamente ello es tanto más importante en los del orden penal.

Publicidad quiere decir que todo debe producirse a la luz, sin oscurantismos y se articula como garantía para asegurar el control de la actividad judicial, control difuso ciertamente pero no por ello menos efectivo. Solo recordar las palabras de Mirabeau en su discurso a la Asamblea Nacional:

«Dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, enemigo mismo si queréis. Poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sin la presencia de público».

La publicidad opera en dos frentes:

- *Ad intra*, entre las partes del proceso.
- *Ad extra*, en relación a la sociedad en general y a ella me voy a referir con más extensión.

Permanecen de rabiosa actualidad las palabras de Bentham sobre la publicidad de los procesos, de la que dice que afirma la probidad de los jueces al actuar como freno en el ejercicio de un poder del que tan fácil se puede abusar y permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una opinión pública que de otra manera quedaría muda e impotente.

La publicidad de las actuaciones judiciales es el asiento de la confianza del público en la institución judicial reforzando la propia independencia de los tribunales.

La publicidad del proceso es un derecho constitu-

cional del acusado —artículo 24—, y una garantía del sistema con contadas limitaciones —artículo 120.1—. Al mismo tiempo es una manifestación del derecho a obtener información que se encuentra en el artículo 20.1 de la CE.

La publicidad es la divisa del proceso en una sociedad democrática y exterioriza su carácter de sistema de garantías al que deben de atemperarse juez y partes. En concreto, el proceso penal hoy día más que un medio de control social es un esquema racional de imposición de la pena y por tanto de la aceptación social del propio sistema de justicia penal.

Como afirma Carrara en palabras que mantienen toda su vigencia «la observancia del rito no es solo una garantía de la Justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia», de ello se deriva, siguiendo al mismo autor que todo juicio para alcanzar su plenitud no solo debe obtener la realidad de lo ocurrido, condenando en su caso al culpable en la medida proporcionada, lo que constituiría el *fin jurídico*, todo ello sería incompleto si todo este largo proceso no fuere creído por el pueblo, por ello la confianza del pueblo en el sistema de justicia es el *fin político* al que debe responder el proceso.

Como manifestación del derecho a obtener información, es evidente que no resulta posible en nuestro ordenamiento jurídico impedir la difusión de noticias y comentario de cualquier hecho objeto de encuesta judicial, bien desde el inicio, desarrollo o finalización del proceso.

Cualquier hecho noticioso, por el hecho de serlo puede ser objeto de difusión y su posterior o simultánea judicialización no le hace perder aquella naturaleza pública, por lo que los comentarios o datos a él referentes quedan extramuros del control judicial.

Cuestión distinta son los datos averiguados durante el curso de la investigación judicial intra-procesum, que en principio quedan bajo la prescripción general de secreto del sumario.

Todos los demás conocidos por otras fuentes ajenas a la investigación, aunque puedan ser coincidentes con la investigación judicial pero obtenido al margen de ella, no pueden ser prohibidos ni restringidos por mor de tratarse de un tema sub iudice.

La STC 13/85 de 31 de enero, al afrontar el principio de publicidad y su engarce con el secreto del sumario, declaró que la restricción que el mismo supone respecto del derecho de libertad de información, sólo afecta a lo que:

«Haya sido obtenido ilegítimamente, quebrantando el secreto mismo del sumario, pero tal figura no autoriza a excluir de la libertad de información, elementos de la realidad social, sucesos singulares o hechos colectivos con el único argumento de que sobre aquellos elementos está en curso unas determinadas diligencias judiciales».

El secreto del sumario, implica que no puede transgredirse la reserva de su contenido por medio de revelaciones indebidas a las que se refiere el artículo 301.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero el secreto del sumario no significa en modo alguno que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información en

el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar.

El secreto de las actuaciones sumariales es en nuestro derecho una excepción a la regla general de publicidad que se predica de todas las actuaciones judiciales y al que se refiere el artículo 24.2.º que garantiza el derecho a un juicio público aunque el propio artículo 120.2.º del mismo texto constitucional prevé excepciones a dicha publicidad. Sin duda, la excepción más característica es la del secreto de las actuaciones sumariales, que en palabras de la hermosa y actual exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público».

En definitiva, como más sintéticamente afirmó la STC de 4 de octubre de 1988 que junto con la anterior fueron las dos primeras sentencias del Tribunal Constitucional que abordaron esta material, el secreto del sumario tiene como objeto constitucional «la necesidad de asegurar la investigación de la verdad de los hechos, exigida por el interés de la justicia penal».

Pero, cruza con todo eso, el secreto del sumario no autoriza, como ya se ha dicho, el secuestro de elementos de la realidad social, a no ser que la fuente de información fuese ilegítima, como ocurriría si se hubiesen obtenido indebidamente mediante filtración de aspectos del proceso penal, cuestión distinta sería que esos mismos datos o noticias se hubiesen conseguido extramuros del proceso, en cuyo caso no podrían ser impedidas tales noticias por el sistema judicial como ya se ha indicado.

IV. PUBLICIDAD Y DERECHO A UN JUICIO JUSTO Y AL JUEZ IMPARCIAL

Desde otro punto de vista, es evidente que hay una conexión entre publicidad del proceso y derecho a la imparcialidad del juez que deba juzgar, derecho que asiste al inculpado y que también tiene su asiento tanto en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «derecho a que su causa sea oída equitativamente por un tribunal independiente e imparcial». Con su equivalente normativo en el artículo 24 de la Constitución: Juez ordinario predeterminado por la Ley.

El poder de los medios de comunicación como difusores de noticias y formadores de opinión puede incidir en el derecho a un juez imparcial.

El TEDH en sentencia de 1 de octubre de 1982, caso Piersack, abordó en profundidad el tema de la imparcialidad del juez que la define por la ausencia de prejuicios o parcialidades, distinguiendo entre un aspecto subjetivo y otro objetivo.

En el *aspecto subjetivo* se conecta con la convicción personal del juez ante un caso concreto que deba enjuiciar por las relaciones de tipo persona, interés o de cualquier otra índole que pueda existir.

En el *aspecto objetivo* se conecta con la imagen de un juez que debe de ofrecer garantías suficien-

tes para excluir cualquier duda legítima sobre su gestión.

No basta con que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que, además, no exista apariencia de parcialidad justificada o injustificadamente. Al respecto el TEDH afirma que «en esta materia incluso las apariencias tienen importancia, ya que "lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática».

Por ello, y como una manifestación del principio de presunción de inocencia, los jueces y magistrados del orden penal deben conducirse de forma tal que ningún acto o manifestación cuya pueda ser interpretado como expresión de su convicción en cuanto a la culpabilidad del acusado. Como afirma López Ortega, tienen un especial deber de reserva contra el riesgo de anticipar la formulación de un juicio de culpabilidad.

Cuestión distinta es la producida cuando las manifestaciones se efectúan por autoridades, singularmente de origen policial o del Ministerio Fiscal o incluso de peritos o testigos. Respecto de la misma el juez no es responsable pero sí es importante reseñar que la Comisión Europea de Derechos Humanos tiene declarado que el principio de presunción de inocencia exige que ningún representante del Estado declare o se conduzca como si una persona fuera ya culpable antes de que su culpabilidad hubiere sido establecida por un tribunal, y ello con la finalidad de preservar la imparcialidad y la limpieza del proceso.

De ello no debe deducirse la imposibilidad de darse noticias o informaciones al pueblo sobre una determinada investigación penal que pueda tener mucha repercusión social y por tanto ser legítimo facilitar información. *Lo que se impide solo es la realización de una declaración formal de culpabilidad.*

En tal sentido es relevante la declaración de la Comisión en el caso Petra Krause contra Suiza —decl. 30 octubre 1978— en la que la Comisión señaló que el artículo 6.2.º de la Convención garantiza a todo ciudadano que los representantes del Estado no podrán tratarle como culpable de una infracción antes de que un Tribunal competente así lo haya establecido por ley, limitando la interdicción a la declaración formal de culpabilidad. Doctrina reiterada posteriormente por la Comisión en otros supuestos: Declaraciones de 6 dic. 1981, 17 dic. 1981 y 7 de octubre de 1985.

La conclusión es obvia: no todo juicio paralelo afecta al derecho de presunción de inocencia. Una campaña de prensa, o actuaciones particulares no tienen virtualidad para menoscabar el derecho a la presunción de inocencia, que sólo puede ser vulnerado por los poderes públicos. Evidentemente una intensa campaña de prensa puede perturbar la marcha de un proceso y entonces, lo que podrá erosionarse sería el derecho a un juicio equitativo consagrado en el artículo 6.1.º del Convenio. Posteriormente retomaré esta cuestión al hablar del Jurado.

No estará demás recordar el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 5 de noviembre de 1986, recordó a su vez a jueces y magistrados su deber de abstenerse de actitudes o manifestaciones sobre materias o asuntos sometidos a

decisión jurisdiccional, al tiempo que se preveía la puesta en marcha de unos servicios u oficinas de información con objeto de garantizar a todos los ciudadanos una información veraz en esta materia. Servicio que lamentablemente no se ha puesto en funcionamiento todavía.

También el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26 de junio de 1991 abordó el tema de los juicios paralelos y el derecho a juicio equitativo afirmando que «la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación en la medida que pueden interferir en el curso del proceso y prejuzgar y perjudicar su defensa». El tema se resolvió alzaprímado el valor de la información. En idéntico sentido la STS, de 4 de marzo de 1991.

V. PUBLICIDAD E IMPARCIALIDAD DE LOS JURADOS

Las reflexiones que preceden tienen un especial acento cuando se aplican al Tribunal del Jurado, en la medida que el derecho a ser enjuiciado por un jurado con personas sin prejuicios puede ser algo de difícil consecución cuando por tratarse de hechos de gran repercusión social, el mismo ya ha tenido un tratamiento amplio en los medios de comunicación, creando un estado de opinión, en uno y otro sentido, que pueden predisponer a importantes sectores de la ciudadanía de entre la que indefectiblemente se van a elegir a los miembros del jurado, que por ello, ya no van a ser o, simplemente no van a ofrecer la imagen, la apariencia de personas sin prejuicios.

Este riesgo es obvio que también lo tienen los jueces técnicos que como ciudadanos viven en la misma sociedad, no obstante por su profesionalidad ofrecen la imagen de un mayor distanciamiento frente a encendidos estados de opinión en tanto que los ciudadanos jurados, como imagen, pueden aparecer más proclives a verse inmersos en ella.

La cuestión es de una importancia que no puede pasar desapercibida porque está en juego la garantía del derecho a la imparcialidad que es tanto como la garantía a un juicio justo, fundamental tanto para el acusado como para la sociedad.

El sistema judicial americano tiene una experiencia en esta materia y ha desarrollado diversos expedientes «para preservar al jurado de los prejuicios derivados de la publicidad de los casos en que van a intervenir».

Es importante en esta materia por ser la que abordó este tema en profundidad la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 1966 en el caso «Sheppard versus Maxwell». En dicha sentencia se estableció que el tribunal de instancia debió haber evitado la aparición de material perjudicial para proteger de influencias al jurado. Se habló en la sentencia del Tribunal Supremo de que «la atmósfera carnavalesca del proceso debió ser evitada», y de que el tribunal debió haber aislado a los testigos, haber evitado cualquier declaración extrajudicial de abogados, testigos, partes y peritos, apuntando la posibilidad de incluso trasladar el juicio a otro lugar

para preservar al jurado de un fuerte clima de opinión.

En Francia donde el Tribunal de Escabinos, compuesto por tres jueces técnicos y nueve ciudadanos que forman un colegio único que resuelve todas las cuestiones conjuntamente, existe la posibilidad de que caso de encontrarse un clima desfavorable para la apariencia objetiva de los jurados, pueda devolverse el caso al Tribunal de Casación y que éste designe otra sede distinta de la originaria, a resguardo de tal clima de opinión.

Como ya anticipaba en el apartado anterior la presencia de una campaña de prensa y opinión violenta puede poner en entredicho el derecho a un proceso equitativo. Este riesgo no puede servir de excusa para acordar un bloqueo informativo de un proceso determinado que vulneraría el derecho de información, por lo que en caso de conflicto, en general habría que alzaprimar el superior valor del derecho a recibir y transmitir noticias, esencial en una sociedad democrática —artículo 20.1.d de la Constitución—, donde se establece la prohibición de la censura previa.

La Comisión Europea ha reconocido la mayor incidencia o riesgo que estos juicios paralelos pueden tener en un sistema de justicia por jurados, al ser éstos más influenciables a los efectos de la información que los jueces técnicos —Decl. de 23-7-1963 y 16-7-1970—, pero en todo caso, este riesgo sólo podrá justificar la adopción de medidas para preservar al jurado de las presiones de la opinión, y una solución la ofrece la regulación francesa de la Cour d'Assises ya expuestas.

En todo caso, resulta claro que el derecho de información tiene una naturaleza prevalente y es señal de identidad de la sociedad democrática y que por ello no puede ser eliminado al socaire de los riesgos que puedan existir al derecho a un juicio equitativo.

VI. LA LEY ORGANICA 5/95 DE 22 DE MAYO EN SU RELACION A LA PUBLICIDAD

Exclusivamente me referiré a la fase de juicio oral.

Las únicas especialidades en materia de publicidad se encuentran en el artículo 56 que regula la incomunicación del jurado durante las deliberaciones, y por tanto después de concluido el juicio. Nada dice la Ley de la forma en que deberán llevarse a cabo las sesiones de juicio oral, por lo que será de aplicación lo previsto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las sesiones serán en audiencia pública, en cuanto a la presencia de medios audiovisuales en la sala habrá de estarse a lo que determine el magistrado presidente al no existir regulación al respecto, y finalmente, en orden a la incomunicación de los jurados *durante* las sesiones de juicio es de resaltar que la ley guarda silencio al respecto y ello permite que puedan ser varias las respuestas, de diverso signo que puedan darse, bien en el sentido de resultar imposible la adopción de medidas tendentes a preservar a los jurados de la ingerencia de la prensa, o de un clima

crispado, o por el contrario estimar la procedencia de tales medidas.

Mi opinión particular es favorable a que pueda adoptarse de forma *fundada y excepcional* la incomunicación del jurado durante las sesiones de juicio oral cuando se den aquellas circunstancias que lo aconsejen para salvaguardar la imparcialidad del jurado y ponerlo a recaudo de presiones o coacciones. La razón de tal posicionamiento se encuentra, a mi juicio, en que la incomunicación legal prevista en el artículo 56 tiene como fundamento, entre otros, que ningún miembro del jurado pueda ser sometido a ningún tipo de advertencia, presión, amenaza o coacción que atente contra su libertad de criterio y contra su imparcialidad. Por ello, si se constata como juicio de probabilidad que ese riesgo puede darse durante las celebraciones de la vista, estimo que fundadamente y por analogía, puede acordar el magistrado presidente la incomunicación, adoptándose las medidas necesarias para llevarla a cabo por existir una identidad de causa con la prevista en la Ley aunque ésta la limite al momento de la deliberación y todo ello en garantía de la imparcialidad de los jurados y del derecho a un proceso equitativo.

A mi juicio, siempre que exista probable riesgo de poner en peligro la independencia e imparcialidad de los jurados, precisamente en garantía del derecho al juicio de jurados cabrá acordar la incomunicación, por lo que también podría aplicarse la incomunicación en los supuestos de práctica de la inspección ocular —artículo 46.3.º LOTJ—, o en los casos de suspensión de la vista del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en la suspensión provisionalísima del artículo 793.7.º del mismo texto.

La doctrina del TEDH ya citada en interpretación del derecho a un juicio equitativo por juez imparcial previsto en el artículo 6.1.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el propio argumento analógico del artículo 56 de la LOTJ ofrecen cobertura bastante para su adopción, siempre que sea en resolución fundada y por tanto como medida excepcional.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Departamento de Justicia del Gobierno Vasco y Consejo General del Poder Judicial. «La presunción de inocencia en el sistema de la Convención de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». J. José López Ortega.
2. «El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la Sociedad». *Poder Judicial*. Número Especial XI «Los jueces y la libertad de información». J. A. Belloch.
3. «Libertad de Expresión y Medios de Comunicación». *Poder Judicial*. Número Especial XIII. «Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales». Emilio Berlanga Ribelles.
4. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Luigi Ferrajoli.
5. «Las pruebas ante el Tribunal del Jurado». Joan Verges Grau. Cuadernos de Derecho Judicial. *El Tribunal del Jurado*.

Olvido o disimulo del 'aparato' consular: algunas observaciones sobre el control de la legalidad de las actuaciones administrativas en materia de extranjería

Diego IÑIGUEZ HERNANDEZ

El del interior es un ministerio impopular. O lo es, al menos, entre observadores críticos de la legalidad y/o la realidad reglada, con independencia de que la cabeza de éste semeje la de un buen pastor luterano, la de un *progre* comprometido o algún otro tipo fisionómico más interesante para lombrosianos subsistentes.

Quizá sea esta la razón por la que juristas como Gómez Movellán, autor de un informado comentario crítico¹ sobre el nuevo reglamento de extranjería en su contexto nacional y comunitario, centran su aspe- reza censora en el ministerio menos amable y dejan de prestar atención garantista a áreas de la Administración que bien pudieran merecerla por lo menguado de los controles de legalidad que sopor- tan algunas de sus actuaciones.

El contenido del citado artículo no merece grandes objeciones a juicio de quien formula estas obser- vaciones, a su vez críticas. Serían baladíes preci- siones sobre la auténtica estructura de trabajo de la Unión Europea en materia de justicia e interior², o sobre la entrada en vigor del convenio de Dublín³. Por otra parte, su pronóstico negativo sobre los avances de las normas comunes sobre asilo y resi- dencia se ve desmentido por la realidad⁴. En cual- quier caso, todas las normas de la Unión Europea que regulan esta materia son de dominio y acceso público, gracias a una iniciativa impulsada en el gru- po director I (inmigración y asilo) por y bajo la pre- sidencia del ministerio español de justicia e interior.

El objeto esencial de este comentario es un as- pecto de las normas de extranjería al que se refiere con alguna ambigüedad Gómez Movellán y sobre el que cabe aportar algunos elementos que han- gan más equilibrado, y así, tal vez, más justo el análisis.

En el artículo aludido, sostiene su autor como ten- dencia en esta materia que *se impulsa la discrecio- nalidad administrativa alejando a estas reglamenta- ciones de un posible control judicial*. Añade que *la ley de extranjería nació con una vocación restrictiva*

y policial. Denuncia que *la supeditación de los flujos migratorios a las posibilidades económicas, sociales y de control por parte de los agentes públicos, etc. [sic] de un Estado (...) da pie a una total discrecio- nalidad de las administraciones sobre el derecho de recepción de los extranjeros*. Tras valorar que *el nuevo reglamento de extranjería no soluciona el pro- blema y que ambigüedades en la redacción van a posibilitar una ejecución arbitraria de los procedi- mientos administrativos*, destaca que son *precisa- mente la arbitrariedad y la discrecionalidad adminis- trativa algunos de los rasgos que caracterizan a este reglamento*. Formula, después, una serie de obser- vaciones críticas (como la que imputa al ministerio del interior *una prerrogativa sobre los actos y reso- luciones del aparato consular español (...) que pue- de crear y creará inseguridad para los extranjeros*). Y concluye, apesadumbrado, que en *la Europa for- taleza (...) lo que se pretende es regular los flujos mi- gratorios en función de las necesidades estrictas del mercado laboral*. *Todo lo que no sea esto se con- vierte en un problema de seguridad y orden público*.

El lector avisado del artículo de Gómez Movellán deducirá, posiblemente, que se encuentra ante una regulación con graves defectos de inseguridad jurí- dica, quizá en parte derivados de una voluntad de- liberada de facilitar actuaciones discrecionales o ar- bitrarias por parte de una administración policial ami- ga de lo oscuro. Y concluirá, en fin, entristecido ante esta nueva prueba de la maldad expansiva y desle- galizadora inherente al ministerio (en ambos senti- dos) del interior.

No le faltarán argumentos razonables. Pero que- dará ignorante de una parte esencial de la realidad administrativa. Es cierto que saber más no mengua el dolor; que éste, muy al contrario, decrece si es po- sible denostar a un culpable, séalo de veras o por sentencia de tertulia; y que es cuestión accesoría quien dirija actuaciones públicas que entristecen, en definitiva, a cualquier persona sensible. Con todo, la crítica será más atinada y el control más eficaz si

¹ A. Gómez Movellán: «Unión Europea, inmigración y el nue- vo Reglamento de la ley de "extranjería" española: un comenta- rio crítico», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*. N.º 26. Julio de 1996.

² De la que en absoluto han desaparecido, como sostiene Gó- mez Movellán, los grupos de trabajo dedicados a la inmigración o la cooperación jurídica por la creación de un grupo supraorde- nado de *coordinación*, el llamado *Comité K-4*. (La conocida afe- ción por la metonimia en el lenguaje de las relaciones internacio- nales atribuye al grupo el nombre del artículo del tratado de la Unión Europea que lo establece. En todo caso, cualquier cono-

cedor de la dinámica de las organizaciones puede valorar la ca- pacidad de coordinación de un comité que reúne a más de cien personas y obtiene todos sus elementos de trabajo de los grupos supuestamente coordinados).

³ No es exacto que el convenio de Dublín no sea aún *de en- tera aplicación*; es que todavía no ha podido entrar en vigor por- que no ha sido ratificado por los quince estados miembros de la Unión.

⁴ Si bien es cierto que más en lo que se refiere a extranjeros que no desean trabajar en los estados miembros que en cuanto a las posibilidades abiertas a trabajadores no comunitarios.

NOVEDADES

ALIANZA
EDITORIAL



LITERATURA

MEMPO GIARDINELLI
Luna caliente
EL LIBRO DE BOLSILLO

MARCO DENEVI
Ceremonias secretas
Relatos
EL LIBRO DE BOLSILLO

Tratados hipocráticos
EL LIBRO DE BOLSILLO

AMIN MAALOUF
Las escalas de Levante
ALIANZA CUATRO

ALBERT CAMUS
Obras completas
5. El exilio y el reino.
Discurso de Suecia. Carnets, 3.
El primer hombre
ALIANZA TRES

MIGUEL DE CERVANTES
La española inglesa. El licenciado Vidriera. La fuerza de la sangre
Contiene la versión en disquete
OBRAS COMPLETAS DE MIGUEL DE CERVANTES

ARTE Y MÚSICA

ALEJANDRO VERGARA (DIR.)
Diccionario del Arte Español
ALIANZA DICCIONARIOS

JUAN ANTONIO RAMÍREZ (DIR.)
Historia del arte
2. La Edad Media
LIBROS SINGULARES

VICTOR I. STOICHITA
El ojo místico
Pintura y visión religiosa en
el Siglo de Oro español
ALIANZA FORMA

RAMÓN REGIDOR ARRIBAS
Aquellas zarzuelas...
ALIANZA MÚSICA

HISTORIA

AGUSTÍN GUIMERA (ED.)
El reformismo borbónico
ALIANZA UNIVERSIDAD

JOSEF PADRÓ
Historia del Egipto faraónico
ALIANZA UNIVERSIDAD

M^a ANGELES QUEROL Y
BELÉN MARTÍNEZ DÍAZ
*La gestión del Patrimonio Arqueológico
en España*
ALIANZA UNIVERSIDAD TEXTOS

JAVIER TUSELL Y ÁLVARO SOTO (EDS.)
Historia de la transición 1975-1986
ALIANZA UNIVERSIDAD

HORACIO VÁZQUEZ RIAL
Buenos Aires, 1880-1930
LIBROS SINGULARES

ALICIA ALTED, ANGELES EGIDO Y
M.^a FERNANDA MANCEBO (EDS.)
Manuel Azaña: pensamiento y acción
ALIANZA UNIVERSIDAD

CIENCIAS SOCIALES

PALOMA AGUILAR FERNÁNDEZ
*Memoria y olvido de
la Guerra Civil española*
LIBROS SINGULARES

DAVID S. REHER
*La familia en España,
pasado y presente*
ALIANZA UNIVERSIDAD

CECILIA CASTAÑO Y
SANTIAGO PALACIOS (EDS.)
Salud, dinero y amor
Cómo viven las mujeres españolas de hoy
ALIANZA ACTUALIDAD

FRANCO CRFSPÍ
Aprender a existir
Nuevos fundamentos de
la solidaridad social
ALIANZA UNIVERSIDAD

SILVIA ALONSO-CASTRILLO
La apuesta del centro
Historia de la UCD
ALIANZA ACTUALIDAD

CARLOS ALONSO ZALDIVAR
Variaciones sobre un mundo en cambio
LIBROS SINGULARES

VARIOS

CARLOS AGUILAR Y JAUME GENOVER
Las estrellas de nuestro cine
500 biofilmografías de intérpretes
españoles
LIBROS SINGULARES

JAVIER COMA
La gran caravana del western
Las 100 mejores películas del Oeste
LIBROS SINGULARES

ESTER MADROÑERO
Las recetas de Caperucita y Micifuz
EL LIBRO DE BOLSILLO

MANUEL MARTÍNEZ LLOPIS Y LUIS IRÍZA
La cocina de las aves de caza
LIBROS SINGULARES

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

aciertan en el sujeto, que no es sólo (y quizá tampoco principalmente) el *ministerio de la porra*.

El impulsor⁵, negociador y artífice de la política en materia de extranjería ha sido incierto hasta ahora: compartían competencia y responsabilidad los ministerios de asuntos exteriores, interior, asuntos sociales, trabajo y hasta justicia. Ya no cabe duda. A partir de los reales decretos⁶ que han modificado el pasado mes de agosto la estructura y competencias ministeriales, no es el de interior, sino el de asuntos exteriores el ministerio que merece los aplausos o denuestos, pues determina qué ha de hacerse y lo ejecuta en buena parte por medio del *aparato*⁷ consular.

La nueva estructura ministerial⁸ solemniza así jurídicamente una tendencia impulsada por un ministerio que ha sabido alcanzar, en esta materia, una inusual concentración de poderes con notable discreción. Prudencia ésta, sin duda, comprensible y tradicional en nuestra historia jurídica: recuérdese como el Santo Oficio dejaba al brazo secular la aplicación de las duras consecuencias de las conductas que aquel reprobaba. Es competencia ahora del ministerio de asuntos exteriores *la propuesta y aplicación de la política (...) en materia de inmigración y asilo*; le corresponde *el seguimiento y la coordinación de las actuaciones ante las Instituciones de la Unión Europea en materia de asuntos de Justicia e Interior*⁹ (...); *coordina la actuación española en el marco del Acuerdo de Schengen, bajo las directrices del secretario de Estado de Política Exterior y para la Unión Europea (...)*; le corresponde *el seguimiento de la negociación y aplicación de los tratados internacionales relativos a la acción consular (...)*; y, por último, *la propuesta y aplicación de la política en materia de inmigración y asilo*.

Huelga comentar que esta nueva estructura supone una asunción de competencias materiales esenciales, tanto más en la medida en que se desarrollan las políticas unificadas que prevé el tratado de la Unión Europea, o ante la revisión prevista del propio tratado, que presumiblemente ampliará el alcance sustantivo y los instrumentos jurídicos para impulsar la actuación común en este área. La reforma

introducida por el nuevo gobierno consagra una preeminencia absoluta del ministerio de asuntos exteriores en la propuesta, negociación y aplicación de la política en materia de inmigración, asilo y extranjería.

Podría pensarse que la cuestión es irrelevante, puesto que la Administración actúa en todo caso bajo la dirección de un único gobierno. O que, frente a la tópica contundencia de Interior, dejar estos asuntos en manos más habituadas al canapé que a la porra podría suavizar la respuesta administrativa a los ciudadanos no comunitarios. Sin embargo, no abundan los elementos racionales para sostener una u otra cosa.

Como prueba de que las manos blancas bien pueden ofender y ser tanto o más expeditivas, recuerde el lector el nuevo y pintoresco procedimiento empleado para la expulsión de ciento tres inmigrantes ilegales durante el mes de agosto de 1996. El propio ministro del interior reconoció¹⁰ *errores* en una operación *coordinada*¹¹ por el secretario de estado para la seguridad, con la activa colaboración del servicio exterior.

En cuanto al reforzamiento de la administración consular y su posible repercusión sobre la seguridad jurídica de los extranjeros no comunitarios¹², puede ser enjundioso plantearse algunas cuestiones sobre el control de la legalidad de los actos y resoluciones de ésta en materia de entrada de extranjeros.

A Gómez Movellán le preocupan las que llama *prerrogativas* del ministerio del interior *sobre los actos y resoluciones del aparato consular español, lo que puede crear y creará inseguridad para los extranjeros (...)*. No dejan de ser curiosos conceptos como los de *aparato consular* o prerrogativas en una administración tan sujeta a controles de legalidad. Y es fácil advertir un fondo vagamente displicente en los juicios sobre el interior, en contraste notable con el favorable concepto que merece lo consular.

Pero más llamativo es el olvido del autor en cuanto a las potestades, mucho más amplias, de la administración consular. Porque, como recuerda Torroba Sacristán¹³, la concesión de los visados se su-

⁵ Si cabe personalizar donde el autor criticado hace uso frecuente de formas verbales impersonales, tan caras a cierto lenguaje crítico de vago origen hegeliano.

⁶ Cfr. el RD 1881/1996, de 2 de agosto. Vid. especialmente su artículo 17, que establece las competencias de la dirección general de asuntos jurídicos y consulares, significativamente situada sólo por delante de la dirección general de la oficina de información diplomática y la disposición adicional que regula la *supresión de órganos*.

⁷ Vid notas anteriores sobre el lenguaje *poshegeliano* y la sedicente afición diplomática por la metonimia.

⁸ Quizá interese a los aficionados a la sociología de las organizaciones, o a los creyentes en la responsabilidad democrática de quienes dirigen las políticas públicas, un dato curioso: pertenecen al cuerpo y oficio diplomático tanto el secretario de estado para la seguridad; como el director del departamento de asuntos exteriores y de defensa de la presidencia del gobierno; el director del gabinete del ministro del interior; y el director general de asuntos jurídicos y consulares (sólo asuntos consulares hasta la nueva estructura ministerial).

⁹ No debe engañar al lector curioso el uso del término *coordinación*, pues no designa una técnica de cooperación administrativa entre iguales, sino la potestad de resolver en favor de quien practica la coordinación.

¹⁰ En su comparecencia ante la comisión de justicia e interior, convocada en agosto de modo extraordinario para que el ministro informara de una expulsión algunos de cuyos elementos hubieran hecho las delicias del prematuramente desaparecido Ivá: el empleo de un sedante cuyos efectos sobre algunos agentes policiales fueron denunciados por un sindicato policial; las *compensaciones* económicas cuya entrega a algunos de los expulsados no ha sido desmentida por el propio ministerio; el episodio de los aviones de la fuerza aérea española con involuntario pasaje de expulsados esperando durante días la autorización para desembarcar a éstos en diversos aeropuertos africanos, mientras las embajadas correspondientes se ocupaban de negociar su admisión; la enfermedad tropical que tuvo postrado a un policía no vacunado; la incertidumbre sobre el paradero de algunos de los expulsados, o sobre la solicitud de asilo por parte de alguno de ellos; las protestas de los sindicatos policiales...

¹¹ Vid nota 8.

¹² O, al menos, para aquellos que no se benefician de las condiciones especialmente favorables establecidas por el conjunto de los estados miembros de la Unión Europea para ciertas categorías: estudiantes, menores, personas con recursos económicos demostrados...

¹³ En el tratado, reeditado por la secretaría general técnica del ministerio de asuntos exteriores: *Derecho Consular. Guía práctica*

bordina al interés del Estado español y su posible denegación no necesita ser motivada. Y, por cierto, son el medio para regular el flujo (...) de la inmigración extranjera hacia España. No es, pues, posible interponer recurso alguno frente a la denegación consular —que puede ser, incluso, inmotivada— de un visado, ni, por extensión, frente al silencio de dicha administración. La propia posibilidad de denuncia pública por parte de personas o asociaciones interesadas en los derechos de los inmigrantes es bien escasa ante semejante espacio para la tradicional *razón de estado*. El aparato consular actúa y resuelve, pues, con tan amplio margen —de hecho y de derecho— en lo que se refiere a los controles sobre la legalidad de sus actos que es notable el olvido de estudiosos interesados.

De hecho, es posible enunciar al respecto dos tesis y una conclusión:

- a) En primer lugar, que la actuación de la administración consular en materia de extranjería es de naturaleza esencialmente policial, pues es la sustancia de las cosas y no su atavío formal lo que determina su condición. La actuación predominante en la emisión de visados es, entre las clásicas de la Administración, una labor de policía; goza de la facultad discrecional de denegar la entrada en España de los extranjeros no beneficiados por alguno de los regímenes privilegiados; y tiene el fin esencial, como señala Torroba Sacristán, de controlar los flujos migratorios, con arreglo a

los criterios restrictivos que establece la política impulsada por el ministerio de asuntos exteriores.

- b) En segundo lugar, que la administración consular cuenta con una efectiva posibilidad de limitar absolutamente el ejercicio de cualquiera de los derechos que pudieran asistir a los ciudadanos extranjeros que tratan de entrar en España, por el elemental expediente de evitar su entrada sin posible control administrativo o judicial.

Inquiétese sin recato quien tema ver reunidas las características de lo policial (de la actividad administrativa de policía) con las de lo poco controlado, pues hallará en este campo terreno abonado. No siempre es modélica la aplicación de las normas por las administraciones encargadas del gobierno interior y de ello dan fe los innumerables recursos administrativos o judiciales que frente a ellos se interponen. Pero el mismísimo Olivares¹⁴, paradigma de la razón de estado en nuestra tradición histórica, hubiera quedado satisfecho a la vista del régimen que delimita [sic] la actuación de la administración encargada de la *esfera de la administración social internacional*¹⁵. Añádase a esta fuente de preocupación otro caudal de desazón: el que pudiera deparar al observador ecuánime el efectivo reforzamiento que ha logrado, a costa del ministerio del interior y en materia tan característicamente policial, el ministerio que gobierna el olvidado —o disimulado— aparato consular. Misterios son éstos, sin duda, del rebrotar corporativo que aún ha de traernos sorpresas. O recuerdos.

ca de los consulados de España. Madrid, 1993. Cfr. pág. 204s.

¹⁴ El válido, no el anterior director de la policía.

¹⁵ De Martens, cit. por Torroba, *op. cit.*, pág. 11.

Integrismo en las adopciones internacionales

Joaquín BAYO DELGADO
Pascual ORTUÑO MUÑOZ

Hasta la Ley 30/1981, los tribunales, y en consecuencia los registros, españoles practicaban lo que podemos llamar integrismo matrimonilista. La inexistencia de divorcio en la legislación española impedía el reconocimiento e inscripción de cualquier sentencia extranjera de divorcio, porque lo impedía el orden público. Es obvio que tal actitud se basaba en una concepción integrista católica de la institución matrimonial. Como todo integrismo se partía de la propia verdad absoluta y con valor universal. La ideología religiosa se imponía al derecho. Afortunadamente esa situación está superada (aunque queden resabios en algunas interpretaciones actuales de la ley) pero ha aparecido otro integrismo, el adoptivo, inexplicable ideológicamente, lo cual lo hace todavía más sorprendente.

La exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (entre ellos los relativos a la adopción, dice en su exposición de motivos: *El Código Civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos...* Podríamos añadir que primaba la clásica concepción romana, donde la adopción tenía un sentido básicamente hereditario y de mutación de la pertenencia a patricios o plebeyos por motivos políticos. La Ley de 1958 introduce en España la dicotomía *adopción simple/adopción plena*, reservada ésta última a los hijos de padres desconocidos.

La Ley 7/1970, de 4 de julio, refuerza esa distinción. Señala en su exposición de motivos: *Como técnica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción ese propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año 1889, ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados.*

Tras ligeros retoques introducidos por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio,

el paso definitivo lo da la Ley 21/1987, de 11 de noviembre¹, que invierte la finalidad de la adopción: ya no se pretende dar un hijo a unos padres sino una familia a un niño, con idénticos efectos que la filiación biológica, y la adopción de mayores de edad queda definitivamente sólo para reconocer legalmente vínculos afectivos preexistentes. A partir de esa reforma sólo existe en España la adopción plena, que por tanto pasa a denominarse adopción a secas.

Y entonces empieza el integrismo al que nos referimos, que viene sancionado con carácter legal en el nuevo párrafo quinto del artículo 9.5 del Código Civil, introducido por la reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dice ese párrafo:

No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.

Por si fuera poco, la LO 1/1996 se preocupa de recalcar una obviedad en su disposición adicional segunda al decir:

Para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9.5 del Código Civil.

Conviene reflexionar por separado sobre esas dos limitaciones, el perfil de la adopción y la declaración de idoneidad para adoptar.

PERFIL DE LA ADOPCION

Digamos de entrada que estamos absolutamente de acuerdo con la filosofía de la adopción española: completa equiparación a la filiación biológica y lógica ruptura de los lazos de parentesco anteriores²,

¹ Que, por cierto, rompe con otro integrismo al permitir la adopción por parte de parejas de hecho (heterosexuales, pues no da un paso más), aunque de forma vergonzante, pues lo hace no en el articulado del Código Civil (debería ser en el art. 175.4) sino en una disposición adicional, la tercera, que establece que «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». El artículo 20 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sí prevé las parejas de hecho heterosexuales.

² Salvo las lógicas excepciones de adopción por parte de un cónyuge o compañero/a del hijo del otro (art. 178 CC). Por eso es muy criticable el artículo 27.2.c. de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, que mantiene derechos hereditarios del adoptado respecto a su familia de origen, en armonía con las disposiciones del Código de Sucesiones. Resulta ininteligible puesto en relación con la reserva de la identidad de la familia adoptiva (salvo las adopciones, excepcionales, dentro de una misma familia extensa o hijos de cónyuges/compañeros).

pero que España haya llegado a esa feliz conclusión tras la evolución que hemos descrito no debe llevarnos a inadmitir cualquier otra institución que no sea idéntica. En derecho internacional privado los maximalismos jurídicos, verdaderos integristos, son fuente de problemas y de situaciones legales claudicantes, que en la materia que nos ocupa perjudican a menores y padres.

Nos referimos básicamente a las adopciones que españoles residentes en España al tiempo de la adopción hacen de menores extranjeros residentes en su país de origen, que constantemente dan titulares de prensa por la frecuencia de su práctica y los muchos avarates que conllevan³.

Ya antes de la LO 1/1996 la Dirección General de Registros y del Notariado, competente en esta materia al no requerir *exequatur* los actos de jurisdicción voluntaria, entre ellos la constitución de la adopción, venía manteniendo una postura estricta en el reconocimiento y consiguiente inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero al amparo de sistemas jurídicos que no conocen la adopción plena. Como mucho, resoluciones como las de 14-5-92, 24-6-95, 1-9-95, 13-10-95, 25-10-95 y 27-1-96 (ésta última publicada ya la LO 1/1997, pero no en vigor) admitían la anotación, con sus limitados efectos, entre los que no está el implícito reconocimiento de validez del instituto jurídico anotado. El razonamiento de admisión de la anotación —antes, ni eso— se basa en la equivalencia de esas adopciones no homologables con la figura del prohijamiento. Pero, curiosamente, hay que destacar que en Navarra esa figura de prohijamiento es perfectamente legal, según sus leyes 73 y 74 de la Compilación de Derecho Foral, en redacción dada por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril. Obsérvese la fecha, 1987, contemporánea a la reforma del Código Civil de supresión de la adopción simple. Es decir, se niega en España la inscribibilidad de una institución reconocida por un ordenamiento español. El integrista jurídico (no basado en una concepción dogmática metajurídica) no admite lo menos porque quiere lo más. Y a mayor sorpresa, cuando en España existe tal concepción en un ordenamiento foral y ha existido, hace menos de diez años, en el derecho civil común.

Producto de ese maximalismo jurídico es también una situación de carácter extremo en sentido inverso: por exceso de virtualidad adoptiva. Ciertas legislaciones, especialmente en América latina, una vez constituida la adopción ficcionan de tal modo la filiación que anulan y borran la filiación por naturaleza, de manera que la inscripción «primera» es la adoptiva como si fuera biológica. Tal práctica es inaceptada por la DGRN, que impone la obtención *velis nolis* de los datos de filiación biológica real.

Las consecuencias de estas concepciones extremas es que lo que está pensado como una institución de protección y beneficio del menor acaba por ser una trampa que lo sitúa, lejos de su país de ori-

gen, en el limbo jurídico: adoptado para su país, pero no en España, donde sus adoptantes lo han traído. Está en un verdadero desamparo jurídico, sin documentos válidos para obtener pasaporte, prestaciones sociales y médicas en virtud de los derechos de sus adoptantes, etc. De hecho, como la adopción, aun la simple, da la patria potestad a los adoptantes, pero no se reconoce en España, es un menor sin patria potestad que lo tutele, porque ni tiene la originaria —y aunque la tuviera no es efectiva a miles de kilómetros de distancia— ni la de sus adoptantes. A veces, ni siquiera tiene nacionalidad, porque puede haber perdido la de origen y no ostentar la española, por no haber sido adoptado *hispánico modo* (art. 19.1 CC).

Lo lógico es reconocer, como institución que no pugna con el orden público español, la adopción extranjera como tal, sobre todo con patria potestad y nacionalidad implícitas. El menor, al pasar a ser español y no poder ser desigual a los demás españoles por razón de filiación, será hijo a todos los efectos⁴. Si se quiere ser menos drástico, para respetar la posibilidad de que en el país de origen se haya optado por la adopción simple, a pesar de existir la plena, habrá que constituir la adopción plena, con todos los consentimientos necesarios, entre ellos los exigidos por la ley original del adoptando (art. 9.5.2. CC), pero el menor ya estará previamente bajo la potestad de los adoptantes. De ahí que la práctica de los juzgados conozca distintas soluciones, siempre «parches jurídicos». Desde equiparar la adopción no plena al acogimiento familiar preadoptivo, que permite la adopción, sin propuesta de la entidad pública de protección de menores, pasado un año (176.2 CC), o la constitución de la tutela, por estar el menor jurídicamente desamparado (art. 222.4.º CC)⁵, que coloca ya al menor bajo la potestad de los «tutores» y también permite la adopción por ellos sin propuesta, transcurrido un año (art. 176.2 CC).

Y aquí llegamos a la explicación subyacente de tanto integrista que desampara al menor: se pretende por todos los medios evitar toda adopción internacional sin la intervención de las entidades públicas, en un intento —loable, en abstracto— de evitar el tráfico de niños pero que desprotege a unos en concreto e impide, o dificulta grandemente, la adopción de niños de países con adopción no homologable a la española.

DECLARACION DE IDONEIDAD PARA ADOPTAR

La otra técnica de «protección» del menor es la necesidad de declaración de idoneidad para adoptar.

La reforma de la adopción operada en el derecho interno español por la LO 1/1996 completa la regulación de la materia en el código civil, igual que la homóloga catalana 8/1995 de 27 de julio en el ám-

³ Otros supuestos quedan al margen pues este artículo no pretende un análisis de la adopción internacional en todas sus variantes.

⁴ Esa es la tesis que plantea Espinar Vicente, José María, en

su obra *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Civitas, 1996, pág. 378

⁵ La ausencia de ese supuesto en el artículo 3 de la Ley catalana 39/1991, de tutela, dificulta en Cataluña esa solución.

bito del derecho propio catalán, para adaptarla a los principios de la Convención Universal de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989, y al reciente Convenio de La Haya de 1993, sobre adopción internacional. Introducen ambas leyes *ex novo* para las adopciones constituidas por autoridad extranjera la necesidad de la «declaración de idoneidad» de los adoptantes, que en las adopciones constituidas por autoridades españolas está implícita en la propuesta administrativa previa, imprescindible salvo contadas excepciones.

Merece destacar que la *ratio legis* de la reforma no es otra que la de dar un trato igual a los niños extranjeros que sean adoptados por ciudadanos españoles según la legislación de sus propios países, que a los niños españoles adoptados en España, como así viene expresado en el epígrafe 2.º de la propia exposición de motivos introductoria de la reforma. Su fundamento es el establecimiento de un control, *en beneficio del menor*, que las autoridades competentes del lugar de la residencia de los adoptantes han de ejercer sobre la idoneidad de éstos, para evitar que personas que no reúnan las condiciones necesarias para el desempeño de las responsabilidades parentales —según los parámetros de su propia autoridad nacional— obtengan *en fraude de ley* la adopción de niños en otros países, burlando con ello el control que establecen las leyes internas. Se trata, en definitiva, de suplir una deficiencia de la ley anterior, e instaurar el requisito que los tratados internacionales en la materia establecen.

En la adopciones constituidas por autoridades extranjeras la ley aplicable es la personal del menor, tal como establece el art. 9.4.º del código civil y los tratados internacionales en la materia, sin que el régimen jurídico de la propuesta previa incida en modo alguno en la constitución de la adopción y sin que, por consiguiente, la certificación de idoneidad emitida por el país de residencia de los adoptantes sea requisito *previo* ni para la constitución, ni para la plena eficacia de la misma. Otra cosa es que, para la eficacia, dentro del derecho interno español, de la adopción constituida por autoridad extranjera, sea indispensable la declaración de idoneidad del adoptante o adoptantes, emitida por la autoridad del lugar de residencia de los mismos. Pero en estos casos, a su vez, han de distinguirse dos supuestos: 1) el primero se dará cuando la adopción del menor extranjero y por las autoridades del país de origen sea «gestionada» por la Entidad Pública competente de la residencia de los adoptantes, bien directamente, o bien a través de las entidades «colaboradoras» a las que se refiere la ley; en este caso, tanto los criterios de selección de los adoptantes, como la declaración de idoneidad previa de los mismos, es incuestionable; y 2) el segundo de los supuestos es el de la adopción directamente en el extranjero, de un menor extranjero por parte de adoptantes españoles sin intermediación alguna de la autoridad española; en ninguno de los textos legales este tipo de adopción ha sido prohibida, entre otras cosas, porque implicaría una limitación a la capacidad de obrar de los ciudadanos, incompatible con los derechos fundamentales de la persona, discriminatoria y sin apoyo en ningún tratado internacional sobre adop-

ción, cuando se está potenciando esta institución en el ámbito internacional en beneficio del menor, y tal limitación, por otra parte, no podría tener eficacia extraterritorial. Pensemos en las adopciones por matrimonios mixtos, o residentes en países extranjeros. Es en este supuesto en el que ha incidido la reforma, introduciendo la necesidad de «declaración de idoneidad» como *requisito de reconocimiento en el derecho interno español*.

LA LARGA MANO DEL INTEGRISMO

El Ministerio de Asuntos Exteriores ha cursado a todos los cónsules y agentes diplomáticos la instrucción en virtud de la cual no deben expedir visados de entrada de niños extranjeros adoptados por españoles, si éstos no obtienen el «certificado de idoneidad» de su respectiva comunidad autónoma, lo que ya inicialmente, implica una interpretación extensiva de la ley, *en perjuicio de los intereses de los menores*, pues da lugar a la multiplicación de casos en los que niños rusos, dominicanos, peruanos, tailandeses, ruandeses, zaireños etc., que ya han sido adoptados por ciudadanos españoles según los requisitos de su ley nacional, no puedan entrar al territorio español, debiendo permanecer como mercancía bajo sospecha, a la espera de que se cumpla el requisito administrativo, en muchos casos en condiciones muy precarias, confiados a terceras personas y desvinculados ya de sus familias de origen, o de las instituciones de protección de sus propios países. Con esta solución a quien realmente se penaliza es al menor, colocándolo en una situación de auténtico riesgo, provocado por el criterio de interpretación de los textos legales. Por eso debería abogarse por otro sistema que dejase a salvo el interés del menor, bien disponiendo su ingreso en un centro de protección español, a la espera de la resolución sobre la declaración de idoneidad, o adoptando las medidas tutelares urgentes que en cada caso procedieran.

Pero como hemos señalado, el establecimiento del requisito de la declaración de idoneidad de los adoptantes españoles de niños extranjeros, previsto legalmente para reforzar las garantías en beneficio del menor, puede ser utilizado impropriamente por las Entidades Públicas, como mecanismo de disuasión de la constitución de tales adopciones, consecuente con la política coyuntural de restringirlas al máximo. En este sentido es llamativo el despliegue propagandístico en los últimos meses a través de los medios de comunicación, en el que por los responsables administrativos de las diferentes comunidades autónomas, y del propio gobierno, se ha transmitido el mensaje de que las adopciones de niños extranjeros son ilegales si no se realizan a través de la administración pública española, o de las agencias reconocidas por la misma, expresando de forma rotunda que no serán válidas en el derecho español. Esto no coincide con las previsiones legales que han quedado expuestas.

En muy pocos años, la institución de la adopción ha experimentado una metamorfosis de tal naturaleza que hace irreconocible la anterior regulación de

la materia, pasando de una ausencia de intervención pública absoluta al más rígido control administrativo de esta institución jurídica. La finalidad, en principio, es loable, puesto que se pretende terminar con las redes internacionales de tráfico de niños adoptandos. Pero el camino por el que ha de conseguirse este objetivo es el de la regulación internacional, a través de los convenios internacionales multilaterales o bilaterales, y la transparencia absoluta de la actuación de la administración pública, que ha incumplido la obligación legal de regular los criterios de selección de familias de forma objetiva, que garantice la igualdad de todos los ciudadanos.

La utilización impropia del requisito de la declara-

ción de idoneidad, desnaturalizando su función tuitiva de los intereses de los menores, para utilizarlo como arma de acción de unos determinados criterios políticos, aun cuando éstos sean éticamente irreprochables, es una manifestación clara y rotunda del integrista hispánico —según el cual lo único válido es lo que aquí hacemos— que repercute negativamente en el principio inspirador de toda la legislación sobre protección de menores, que es lo único que justifica la intervención del Estado en esta materia de derecho privado: el beneficio del menor. Dejar a un niño en la consigna de una estación, o de un aeropuerto, no es un medio idóneo para la solución de estos problemas.

ESTUDIOS

Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*

Juan Carlos BAYON

En la cultura jurídica contemporánea conviven enfrentadas dos concepciones radicalmente opuestas acerca del desempeño de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho. Quizá el modo más rápido de situar los términos de la discrepancia consista en mostrar las distintas reacciones que suscita en una y otra la sola mención de la idea de «activismo judicial». Hay, en primer lugar, una larga tradición de pensamiento jurídico-político que no ha dejado de prevenirnos contra los riesgos de un «gobierno de los jueces», o de unos «jueces legisladores» —si se me permite tomar en préstamo los títulos de algunas obras célebres¹—, para la cual «activismo judicial» equivale sin más a invasión por parte del juez de un espacio de legitimidad que no le corresponde y, por ello mismo, a puesta en peligro del delicado sistema de equilibrios institucionales sin el que se frustraría irremisiblemente el ideal del Estado de Derecho. En el fondo de este primer punto de vista late la convicción, dicho muy descarnadamente, de que el juez activista no es más que un individuo que, considerándose acaso parte de una élite moral, impone a los demás sus propios valores sin tomarse el trabajo de ganarse el derecho para hacerlo pasando a través del proceso político ordinario (i.e., del procedimiento democrático). Esto es lo que, en forma transparente, han sostenido no hace mucho autores como Robert Bork o Antonin Scalia:

«No hay ninguna explicación satisfactoria de por qué un juez habría de tener la autoridad de imponernos su propia moral. [...] Una toga es enteramente irrelevante en cuanto al valor de las opiniones morales del que la lleva. Un juez no es sino un votante más y es en las urnas donde sus opiniones morales cuentan.»²

«El pueblo sabe que sus juicios de valor son tan buenos como los que enseñan en cualquier Facultad de De-

recho; quizá mejores. Si, de hecho, las libertades protegidas en la Constitución están [...] indefinidas y no delimitadas, el pueblo debería protestar y manifestarse ante el hecho de que implantemos nuestros valores, y no los suyos [...]. Los juicios de valor, después de todo, deben ser votados, no dictados.»³

Aunque todo esto son sólo unos pocos trazos gruesos, pueden bastar por el momento para marcar en forma gráfica las distancias respecto al segundo de los puntos de vista a los que me referí al principio. Para esta segunda concepción, «activismo judicial» no es una expresión necesariamente peyorativa. Se admite que lo sería si se entendiera por «juez activista» aquel que invade el espacio de la pura discrecionalidad política, donde sólo debe contar el criterio de oportunidad. Pero el núcleo de esta segunda concepción es la idea del juez como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a cualquier clase de actuaciones de los poderes públicos. Y lo que esa idea central llevaría aparejado es que en el mundo de las garantías el juez sí debe ser —por decirlo con palabras de Clemente Auger— «activista sin pudor»⁴. Dicho de otro modo: si los derechos son límites a las mayorías —y al poder que actúa en su nombre—, un juez que tome en serio su papel de garante de los derechos simplemente no podría limitarse a dar por bueno, sistemáticamente, el criterio de la propia mayoría —o mejor: del poder que actúa en su nombre— acerca del contenido y alcance de dichos derechos. Y si el no limitarse a eso le convierte en juez «activista», el activismo judicial resultaría ser no un vicio, sino una virtud, quizá incluso la virtud por excelencia de la función jurisdiccional en un Estado constitucional. Todo ello puede quedar convenientemente sintetizado en estas palabras de Roberto Bergalli:

* Este trabajo reproduce sustancialmente mi intervención en el seminario «Política y Derecho: una tensión necesaria», organizado por Jueces para la Democracia en julio de 1996 dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense. He conservado el tono propio de una exposición oral, añadiendo tan sólo las oportunas notas y referencias bibliográficas.

¹ Raoul Berger: *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), Harvard U. Press, 1977; Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984.

² R. Bork: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, The Free Press, 1990, págs. 252 y 124-25.

³ A. Scalia J., voto particular (concurrente en parte y discrepante en parte) a *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, 112 S. Ct. 2791 (1992).

⁴ C. Auger: «Valores, principios y preceptos de la Constitución», en *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial vol. XVII, Madrid, CGPJ, 1995, 101-118, pág. 114.

«El papel del juez puede ser definido como aquel de quien tiene como tarea principal la de defender los derechos de los individuos, de las minorías, de los potenciales abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan. [...] Ante la debilidad de las formas clásicas de la representación liberal, [...] el protagonismo judicial de los últimos años no puede ser visto como una tentativa de 'gobierno de los jueces' ni como una 'politización de la justicia', sino, antes bien, como un soporte de la democracia representativa y un elemento corrector de los demás poderes constitucionales»⁵.

Como es fácil de imaginar, lo que acabo de mostrarles no son más que las conclusiones o *puntos de llegada* de cada una de estas posturas rivales. Pero para evaluar sus méritos respectivos hay que someter a examen sus premisas, sus puntos de partida. Cada una de las dos es el producto no sólo de concepciones diferenciadas acerca de qué ha de entenderse por «Estado de Derecho» o de cómo concebir la relación entre democracia y derechos, sino incluso, en un plano anterior, de distintas concepciones acerca del modo en que se desenvuelven los procesos de interpretación y aplicación de normas; y aun, si se me apura, acerca del concepto mismo de norma y del modo en que distintas clases de normas gobiernan las conductas.

Mi propósito no es otro que el de someter a examen esos presupuestos teóricos que están detrás tanto de la censura del activismo judicial como de su vindicación. Pero antes, permítanme una observación: a fin de estimular la discusión, me atrevería a advertirles del peligro que representaría extraer conclusiones apresuradas respecto al asunto que nos ocupa a partir, meramente, de la identidad de los autores que he traído a colación para ilustrar cada una de las posturas en liza. Bork y Scalia son conservadores notorios —si se quiere, casi reaccionarios—, pero me animo a sugerirles que, antes de arrojar un poco de luz sobre una discusión en la que tantas cosas se mezclan y en la que suele uno encontrarse con no poca confusión conceptual, no asocien demasiado rápidamente conservadurismo y recelo ante el activismo judicial.

Dejando pues, por así decirlo, nuestro juicio en suspenso, creo que el análisis debe comenzar trayendo a la memoria el modelo de función jurisdiccional que es inherente a la concepción clásica del Estado de Derecho liberal. Como se trata de ideas bien conocidas, las resumiré en forma muy comprimida; pero, entre ellas, seleccionaré después algunos problemas que creo que merecen una reflexión más detenida.

El modelo clásico de Estado de Derecho tiene su eje en la idea de imperio de la ley, es decir, en la apuesta —por decirlo con la terminología que, desde Platón, recorre el pensamiento occidental— por un «gobierno de las leyes» frente a un «gobierno de los hombres»⁶. Naturalmente, esa apuesta no es gratuita, sino que cuenta con una fundamentación

valorativa enormemente sólida. Por decirlo brevemente, el imperio de la ley es una condición de posibilidad de la autonomía individual: si las decisiones del poder son arbitrarias, en el sentido de erráticas e impredecibles, entonces la información que para formar planes de vida necesita un individuo acerca de las consecuencias previsibles de sus acciones queda inevitablemente mermada⁷. En esas condiciones, como dice Rawls, «los límites de nuestras libertades son inciertos» y la «libertad queda restringida por el miedo razonable a ejercerla»⁸.

Como sabemos, ese ideal normativo del imperio de la ley, valioso en tanto que condición de posibilidad de la autonomía individual, se materializa en una serie de exigencias en cuanto al modo en que ha de estar configurado el derecho desde el punto de vista formal. En primer lugar, y no me parece trivial recordarlo, el derecho no puede ser lo que Raz ha llamado un «sistema de absoluta discreción»⁹, sino que debe ser un conjunto de normas, cuya identificación como derecho dependa sólo de haber sido emitidas por una autoridad reconocida en el ámbito de su competencia, es decir, de la concurrencia de circunstancias estrictamente fácticas, y no de consideraciones valorativas controvertibles. Esas normas, además, deben ajustarse en su estructura al ideal que Fuller denominó «moralidad interna del derecho»¹⁰: han de ser generales y abstractas, prospectivas, razonablemente estables, públicas y tan claras como sea posible (en cualquier caso, no deliberadamente vagas, abiertas o indeterminadas). Y por fin, los procedimientos de aplicación de estas normas han de estar configurados de manera que se respeten ciertas exigencias institucionales (sin las cuales, en la práctica, no servirían de mucho todos los rasgos formales que se acaban de reseñar): separación de poderes, control jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones de la administración y aseguramiento de las condiciones básicas de imparcialidad en el proceso.

Sin duda puede afirmarse, y desde luego se ha hecho, que el ideal del Estado de Derecho encierra *más cosas* que este concepto de imperio o supremacía de la ley: que también exige al legislador cierta forma específica de legitimidad de origen (democrática) e incluso cierta forma específica de legitimidad de ejercicio, es decir, ciertas exigencias respecto al contenido, y no ya respecto a la forma o estructuración de las leyes que promulga (el respeto de un cierto catálogo de derechos básicos, concebido con mayor o menor amplitud). Pero no deseo ahora entrar a discutir si *hoy* debemos defender conceptos más o menos robustos de Estado de Derecho. Para mis propósitos basta con que quede claro que la idea de imperio de la ley —esto es, el primado del principio de estricta legalidad y el nutrido conjunto de exigencias en que se despliega—, es un ingrediente *necesario* de la concepción tradicional del Estado de Derecho. E incluso, si nos ceñimos a su

⁵ R. Bergalli: «Protagonismo judicial y representatividad política», en *Doxa* 15-16 (1994) 423-445, págs. 439 y 443.

⁶ Cfr. *Las Leyes* 715 d.

⁷ Cfr. Francisco Laporta, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, 15-16 (1994) 133-145.

⁸ John Rawls: *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard U. Press, 1971, pág. 239.

⁹ Joseph Raz: *Razón práctica y normas* (t. cast. de J. Ruiz Manero), Madrid, CEC, 1991, págs. 158-162.

¹⁰ Lon Fuller: *The Morality of Law*, New Haven, Yale U. Press, 1964; 2ª ed. rev., 1969.

manifestación liberal decimonónica europea, se puede decir que también fue un ingrediente *suficiente*: no sólo por su convivencia con evidentes limitaciones al sufragio, sino porque, en ausencia de constituciones rígidas, dotadas de catálogos de derechos que definan las condiciones de validez desde el punto de vista material de la legislación y en las que se instaure un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, son evidentemente éstas las que cuentan con la última palabra para trazar el contorno de lo que no queda entregado a la libertad privada (es decir, desde el punto de vista del ciudadano, el contorno preciso de todo lo que no puede hacer; desde el punto de vista de la administración, el contorno preciso de todo lo que está habilitada para hacer).

El modelo de función jurisdiccional que encaja con esta concepción del imperio de la ley es bien conocido. La idea central, naturalmente, es que la sentencia no debe ser más que una particularización de la ley para el caso concreto. Y lo que ello implica es que la supremacía de la ley se traduce para el juez en dos imperativos fundamentales. En primer lugar, pesaría sobre él el deber de motivar su decisión precisando escrupulosamente el precepto legal aplicable al caso, lo que equivale a decir que queda excluida, en tanto que motivación admisible, cualquier apelación a un criterio de decisión externo al sistema de fuentes que dibuja la propia ley.

Y en segundo lugar —y diciéndolo desde la mentalidad propia de la época—, aceptar verdaderamente la supremacía de la ley querría decir para el juez (al menos, en el momento de la génesis de este modelo) limitarse a aplicarla absteniéndose de interpretarla. Hoy nos puede parecer obvio que no hay aplicación posible sin interpretación previa, de la clase que sea¹¹. Pero aquella vieja idea se puede traducir sin esfuerzo a términos que, sean o no aceptables, sí resultan perfectamente inteligibles. Lo que en realidad se estaba postulando, como de manera transparente escribió Lardizábal, es que «si la ley es clara y terminante [...], entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente»¹². Aplicar una ley «clara y terminante» sin interpretarla querría decir entonces aplicarla según una interpretación literal. E «interpretar la ley» equivaldría o bien a determinar el sentido de una ley que

no es «clara y terminante», o bien, ante una ley que sí lo es, a atribuirle un sentido que se aparta del que literalmente tiene porque éste le parece al juez «duro y contra equidad».

Lo que se le niega al juez en el modelo clásico del Estado de Derecho liberal —al menos, en sus comienzos— es legitimidad para «interpretar la ley» en cualquiera de estos dos últimos sentidos. Si la ley no es «clara y terminante», es decir, si no ha previsto con exactitud la solución para el caso planteado en un proceso, el único que contaría con legitimidad para aclararla sería el legislador: es la solución de la Constitución de Cádiz de 1812, que asigna la tarea de aplicar las leyes a los Tribunales y la de *interpretarlas* a las Cortes; y la de la Ley francesa de 1790 sobre la Organización del Poder Judicial, que creó la institución del *référé législatif*. Y cuando sí es «clara y terminante», entonces no le quedaría al juez —como desde mediados del XIX venía diciendo el segundo párrafo del artículo 2 CP (y sigue diciendo hoy el art. 4.3 del nuevo CP)— sino aplicarla de forma «rigurosa», quedando reservada la posibilidad de mitigar el resultado «duro y contra equidad» de esa aplicación rigurosa de la ley únicamente al ejecutivo por la vía del indulto¹³.

Partiendo de esos postulados —es decir, una vez aceptada la supremacía de la ley en los sentidos indicados—, el razonamiento judicial quedaría configurado como una simple inferencia deductiva¹⁴, esto es, como una operación estrictamente cognoscitiva. Si para el legislador vale la máxima *auctoritas, non veritas, facit legem*, para el juez valdría la inversa: *veritas, non auctoritas, facit iudicium*. Eso es sin duda lo que se quiere decir en *El Federalista* —n.º 78— cuando se afirma que el poder judicial «no tiene fuerza ni voluntad, sino solamente juicio»¹⁵; o lo que quería expresar Montesquieu al escribir que «el poder de juzgar [...] se convierte, por así decirlo, en invisible y nulo»¹⁶.

Esta concepción cognoscitivista y deductivista de la jurisdicción es necesaria, en cualquier caso, para que la compleja arquitectura de las relaciones entre los poderes del Estado no quede cerrada en falso. En el modelo clásico del Estado de Derecho los jueces de última instancia son realmente el vigilante no vigilado: cuando se desarrolla la jurisdicción constitucional, son los jueces constitucionales los que controlan la sujeción del legislador a la Constitución; los

¹¹ Vid., en cambio, una sofisticada defensa de la idea de que en sentido estricto sólo procede la interpretación ante los casos difíciles en Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

¹² Manuel de Lardizábal y Uribe: *Discurso sobre las penas, contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, J. Ibarra impr., 1782 (reeditado, con est. prel. de J. Antón Oneca, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, XXII (1966) n.º 174, págs. 592-747, por donde se cita); cap. II, pár. 41, pág. 664.

¹³ Vid. Enrique Bacigalupo, «La 'rigurosa aplicación de la ley' según el artículo 2º CP», en *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial XVII, Madrid, C.G.P.J., 1995, págs. 37-55.

¹⁴ Cfr. F. Laporta, «Imperio de la ley...», cit., pág. 144. En realidad, incluso en los casos fáciles, el conjunto de operaciones mentales que realiza el juez no se agota nunca en una mera inferencia deductiva. En particular, no tiene nada que ver con la lógica la operación de *subsuncción individual* que le lleva a establecer que el caso individual que juzga constituye un supuesto del

caso genérico al que se refiere la norma que aplica. Como dice Marmor, la lógica tiene que ver con las relaciones entre proposiciones —o, sin entrar ahora en el espinoso problema del modo en que en ese caso serían posibles dichas relaciones, entre normas—, es decir, entre *entidades lingüísticas*, no con las relaciones entre el lenguaje y el mundo: cfr. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, cit., pág. 128. Por supuesto, una vez realizada la calificación jurídica correspondiente están ya dadas las premisas de las que ciertamente se *deduce* la conclusión del razonamiento judicial; pero eso no sucede sólo con los casos fáciles, sino también con muchos de los reputados difíciles (p. ej., con los que se consideran como tales en razón de la vaguedad del lenguaje legal).

¹⁵ J. Madison, A. Hamilton y J. Jay: *The Federalist*, n.º 78 [Hamilton] (se cita por la ed. de Mortimer J. Adler en *Great Books of the Western World*: vol. XL, Londres/Chicago, Encyclopaedia Britannica y University of Chicago Press, 2ª ed. 1990, pág. 230).

¹⁶ Montesquieu: *De l'Esprit des lois*, libro XI, cap. 6, en *Oeuvres Complètes* (prefacio de G. Vedel, presentación y notas de D. Oster), Paris, Ed. du Seuil, 1964, pág. 587.

jueces de lo contencioso-administrativo controlan la sujeción de la administración a la ley; y los jueces de casación —o cualesquiera otros que decidan en última instancia en diferentes clases de procesos— controlan la legalidad de las decisiones del resto de los jueces. La concepción cognoscitivista y deductivista de la jurisdicción simplemente nos ahorraría el trabajo de tener que aportar alguna otra clase de argumento justificador de este particular diseño del sistema de relaciones entre instituciones.

Pero no deseo aburrirles deteniéndome más en ideas sobradamente conocidas. Sólo he querido recordarlas para que tengamos presente el trasfondo a partir del cual debemos empezar a discutir los problemas que nos interesan. Y, entre ellos, creo que el más importante es este: el ideal clásico del imperio de la ley, tal y como ha quedado descrito, impone *en primer lugar* obligaciones muy precisas *al legislador*; y sólo en segundo lugar, y precisamente porque se presupone que antes el legislador habrá cumplido las suyas, al juez. O dicho de otro modo: si se exige al juez que se ajuste al modelo de función jurisdiccional que se acaba de describir, es porque se supone que el legislador ha puesto en sus manos la clase de material normativo con el que le resultará posible hacerlo. Este es un punto fundamental, que creo que justifica un pequeño rodeo por caminos que para muchos serán familiares y que sólo aparentemente nos alejarán por un momento de la cuestión que nos ocupa.

Una norma de conducta general y abstracta prescribe cierta clase de acciones a una clase de individuos en una clase de situaciones. Es usual, desde Frege, diferenciar dos dimensiones del significado de los términos que designan clases: su *extensión* o *denotación* (el conjunto de objetos particulares a los que el término se aplica) y su *intensión* o *connotación* (el conjunto de propiedades que han de concurrir en un objeto particular para considerarlo incluido en la extensión o denotación del término). Como es fácil comprender, la denotación de un término está determinada por su connotación. En la filosofía del lenguaje contemporánea —y dejando ahora al margen complicaciones que no nos interesan, como la de si existen clases naturales¹⁷— se da por sentado que todos los términos de clase, en el límite, tienen una denotación abierta o indeterminada, puesto que no es posible especificar de antemano el conjunto exacto de propiedades que, con carácter de condiciones necesarias y suficientes, integran su connotación. Ello viene dado, simplemente, porque la connotación de cada término es un producto *convencional*, es decir, dependiente del uso que hace de él una comunidad de hablantes; y nuestras convenciones lingüísticas no son tan precisas o pormenorizadas como para dejar resuelta de antemano cualquier duda posible acerca de la determinación exacta de su denotación. A esto es a lo que nos referimos al hablar de la «textura abierta del len-

guaje» o de la vaguedad —como mínimo— potencial de los términos de clase.

Ahora bien, decir que, en el límite, todos los términos son (al menos potencialmente) vagos no equivale en modo alguno a decir que todos son *igualmente* vagos. Dicho de otro modo: si llamamos «zona de penumbra» al conjunto —a su vez borroso— de objetos de los que no sabríamos decir con certeza si están incluidos o excluidos de la denotación de un término, éste será tanto más vago cuanto mayor sea su zona de penumbra. Finalmente, las propiedades que connotan algunos términos —como «héroe» o «canalla»— pueden no ser de carácter estrictamente empírico, sino *valorativo*, en cuyo caso la determinación de su denotación no depende sólo de las reglas semánticas convencionalmente vigentes en la comunidad, sino de la aceptación de ciertos juicios de valor. En este sentido, podemos adoptar la terminología propuesta recientemente por Schauer¹⁸ y decir que un término posee «*autonomía semántica*» cuando la determinación de su denotación depende *sólo* de las reglas semánticas convencionalmente vigentes (porque las propiedades que connota son de carácter estrictamente empírico, y no valorativo); y que carece de ella en caso contrario.

Ahora podemos decir, con palabras de Ferrajoli, que el ideal clásico del imperio de la ley implica antes que cualquier otra cosa una *regla de formación del lenguaje legal*¹⁹, es decir, un conjunto de exigencias al legislador acerca del modo en que deben quedar configuradas las normas que dicta. Esas exigencias son fundamentalmente dos: debe utilizar términos que posean autonomía semántica; y, entre ellos, los que tengan el menor grado de vaguedad posible (aun sabiendo que ésta, en última instancia, es ineliminable). No cuesta mucho esfuerzo reconocer en la norma que cumpla estos requisitos a la «ley clara y terminante» de la que nos hablaban las viejas palabras de Lardizábal. Y me parece igualmente claro que el modelo cognoscitivista y deductivista de jurisdicción que corresponde al modelo clásico de Estado de Derecho sólo puede realizarse *respecto del conjunto de casos comprendidos en el núcleo no vago de normas formuladas con los requisitos antedichos*. Si entendemos provisionalmente, prescindiendo por ahora de mayores precisiones conceptuales, que la distinción entre «reglas» y «principios» —como especies del género común «norma»— tiene que ver de algún modo, por lo menos en parte, con la satisfacción o no de estos requisitos, podríamos decir, con Scalia, que el *rule of law* requiere un *law of rules*²⁰: que el ideal clásico del imperio de la ley —y el modelo cognoscitivista y deductivista de jurisdicción que es su corolario— requiere un derecho compuesto sólo de ese tipo específico de normas que serían las reglas.

Hay entonces dos problemas que saltan a la vista de inmediato. El primero, que el ideal descrito es, en

¹⁷ Cfr. Hilary Putnam: «Meaning and Reference», en *Journal of Philosophy*, 70 (1973) 699-711; Saul Kripke, *Naming and Necessity*, Oxford, Blackwell, 1980.

¹⁸ Frederick Schauer: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, págs. 53 ss

¹⁹ Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (t. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero), Madrid, Trotta, 1995, pág. 121.

²⁰ Cfr. A. Scalia: «The Rule of Law as a Law of Rules», en *University of Chicago Law Review* 56 (1969) 1175-1188.

sentido estricto, inalcanzable. Esta es la conclusión ineludible de admitir que autonomía semántica no equivale en modo alguno a ausencia de vaguedad. Incluso el legislador más ajustado a las exigencias descritas tiene que reconocer que el juez llamado a aplicar las normas que dicte se las verá en ocasiones con supuestos que caen en la zona de penumbra de los términos con que las formuló; y el modelo cognoscitivista y deductivista de jurisdicción simplemente no vale para esos casos. Pero esta circunstancia, no patológica, sino estrictamente fisiológica cuando se emplean lenguajes naturales, no tiene por qué provocar especiales problemas de justificación dentro del ideal clásico del Estado de Derecho. Es cierto que en esos supuestos intersticiales el juez se verá investido de un poder de decisión que en principio parece un cuerpo extraño dentro del sistema de relaciones entre poderes propio del Estado de Derecho. Pero, como escribió Hart²¹, la justificación de ese poder intersticial no es muy difícil si éste se considera como el precio a pagar para evitar los inconvenientes, probadamente mayores, de cualquier método alternativo de toma de decisiones en esas circunstancias, como podría ser el primigenio sistema de remisión al legislativo de las dudas interpretativas, que, no por casualidad, tan corta vida tuvo.

El segundo problema viene dado no porque el ideal, en puridad, sea inalcanzable, sino porque históricamente se puede constatar que los legisladores reales siempre se han quedado a una distancia de él mayor que la que era estrictamente inevitable. Dicho de un modo más claro: en mayor o menor medida, siempre se han dictado normas formuladas con términos carentes de autonomía semántica o, aun dotados de ella, notablemente vagos. De ese modo quedan abiertos espacios suplementarios para el poder de decisión del juez, pero en este caso, estrictamente evitables. Eso sí, evitables por el legislador, no por el propio juez, al que simplemente le vienen dados.

En cualquiera de esos dos casos me parece que un hipotético reproche al juez por su «activismo» carecería del más mínimo sentido, puesto que decir que alguien se ha extralimitado en su función implica la presuposición de que podría haber evitado hacer lo que hizo. Por eso me parece claro que, cuando desde la defensa del ideal clásico del imperio de la ley se denuncia y censura el activismo judicial, se está pensando en un tercer supuesto. El único, por cierto, en que el modo de proceder del juez sería evitable y en el que evitarlo depende de él. Y este tercer supuesto nos conduce además hacia algunas cuestiones centrales —por lo demás, sumamente discutidas en la teoría del derecho actual— que tienen que ver con el modo en que las normas gobiernan las conductas y con el papel específico de las reglas en los razonamientos prácticos.

Por decirlo brevemente, y sirviéndome una vez más del viejo texto de Lardizábal que cité anteriormente, el supuesto al que ahora me refiero es el del juez que teniendo ante sí una «ley clara y terminan-

te» no la sigue literalmente porque su aplicación al caso que enjuicia le parece «dura y contra equidad». Es decir, dada una norma formulada en términos que poseen autonomía semántica, y dado un caso que inequívocamente —según las convenciones semánticas vigentes— está comprendido en la zona clara de aplicación de la norma, este tercer supuesto es el del juez que introduce en ella una excepción no prevista atendiendo a consideraciones valorativas; algo que, naturalmente, *podía evitar hacer*. En los dos supuestos anteriores el juez tendría ante sí «casos *jurídicamente* difíciles», casos en los que el derecho vigente no dictaba una solución inequívoca y en los que, consiguientemente, el ideal fundamental del «sometimiento del juez a la ley» resultaba en realidad vacío. En este tercer supuesto, por el contrario, el juez tendría ante sí un caso *jurídicamente* fácil, pero que él vería como *moralmente* difícil. Jurídicamente fácil, porque el derecho dicta inequívocamente una solución para el caso y porque, en consecuencia, el razonamiento judicial podría efectivamente ajustarse al ideal deductivista. Y moralmente difícil, porque desde el punto de vista del juez se produciría un conflicto entre las exigencias de «justicia del caso concreto», tal y como él las percibe, y aquellas otras, *también de naturaleza moral* (puesto que tendrían que ver con el aseguramiento de bienes como la certeza, la previsibilidad, etc.), que respaldan su sometimiento a la ley.

Quizá alguien se pregunte por qué habría que tildar *necesariamente* al juez de «activista» en este tercer caso (entendiendo en este momento que se trata de una calificación peyorativa que encierra el reproche de haber vulnerado el ideal del imperio de la ley). Podría alegarse, por ejemplo, que esas consideraciones valorativas que llevan al juez a buscar la «justicia del caso concreto» excepcionando la regla aplicable no tienen por qué ser *las suyas personales*; que bien pueden ser las que en realidad corresponden a la verdadera intención del legislador, o las que «dan sentido a» o «están implícitas en» el derecho legislado en su conjunto (incluso si el propio juez, personalmente, no las comparte). Y en ese caso, ¿no habría que pensar que la verdadera fidelidad, la fidelidad inteligente al ideal del imperio de la ley sería más bien ésta, y no la representada por una miope aplicación literalista?

La respuesta a esta crítica hipotética puede servirnos para introducir algunas ideas que me parecen capitales y que, a mi entender, han encontrado su formulación más clara en la obra de Schauer²². Es una obviedad decir que quien dicta normas lo hace guiado por un propósito: tratar de conseguir que las conductas de los destinatarios se ajusten a cierto ideal que le parece deseable. Expresar ese ideal, sin embargo, coloca al legislador ante una opción dilemática. La primera posibilidad de que dispone consiste en formular su directiva diciendo simplemente que debe realizarse el propósito buscado: por ejemplo, que no se considere penalmente responsable a quien no tenga la madurez suficiente para discernir realmente el alcance de sus actos.

²¹ Cfr. H.L.A. Hart, «Postscript» (ed. por P.A. Bulloch y J. Raz) a *The Concept of Law*, 2.ª ed., 1994, pág. 275.

²² Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., págs. 128-134, 149-155, 158-162, 229-233.

Pero legislar de este modo tiene dos inconvenientes. Uno, evidente, para los ciudadanos, que quedan en una flagrante situación de inseguridad. Y otro —que es el que ahora me interesa resaltar— para el propio legislador: porque habiendo legislado así, la identificación en concreto de los casos que satisfacen el propósito buscado no va a depender de su propio juicio al respecto, sino que queda librada por completo al juicio del llamado a aplicar la norma (que puede coincidir sólo parcialmente con el suyo). Es decir, este modo de legislar implica una pérdida de control por parte del legislador, una traslación de autoridad desde el emisor de la norma hacia su aplicador.

Para evitar ese resultado puede formular su directiva de otro modo. Puede intentar formar una clase de casos cuya extensión sea *lo más parecida posible* al conjunto ideal de supuestos en los que se realizaría perfectamente el propósito buscado, y para pertenecer a la cual haya de concurrir una propiedad cuya identificación no dependa, precisamente, del juicio *de otro* (del aplicador) acerca de si queda o no realmente satisfecho en cada caso aquel propósito: puede prescribir, por ejemplo, que sólo se considere responsables penalmente a quienes hayan cumplido dieciocho años. Esta forma alternativa de legislar tiene también sus costes desde el punto de vista del propio legislador: porque éste ha de ser consciente de que, habiendo formulado su directiva de ese modo, habrá inevitablemente algunos casos en que sea aplicable y en los que sin embargo su cumplimiento no promueva el propósito realmente buscado; y a la inversa, casos que caigan fuera del ámbito de aplicación de la norma y en los que, sin embargo, hacer lo que ésta exige sí promovería su propósito.

En la teoría del derecho contemporánea se ha explicado de varias maneras distintas en qué consiste la diferencia entre *principios* y *reglas* en tanto que especies del género común «norma»²³. Pero me animaría a sugerir, al menos a los efectos que aquí interesan y sin mayor afán de precisión, que denominemos «principios» a las directivas que dicta el legislador según la primera de las opciones que acabo de mencionar y «reglas» a las que dicta con arreglo a la segunda. Los principios, entonces, serían normas que prescriben que se realicen ciertos valores, mientras que las reglas serían normas que modalizan deónticamente acciones determinadas descritas en términos que poseen autonomía semántica. Los principios no aclaran qué acciones en concreto materializarían o frustrarían aquellos valores; las reglas no aclaran qué valores se realizan al ejecutarse la acción que prescriben. Un derecho compuesto sólo de principios daría lugar a lo que Schauer denomina una «jurisprudencia de razones»²⁴, en la que la solución de cada caso exigiría siempre la concreción y ponderación de todos los valores en juego, con resultados imprevisibles de antemano. En un derecho compuesto sólo de reglas,

en cambio, éstas pueden ser aplicadas en forma «opaca», es decir, pueden controlar la decisión en cada caso concreto en que resultan aplicables, incluso cuando hacer lo que la regla exija no coincida con lo que exigiría su propósito o justificación subyacente.

Pues bien, para optar por un procedimiento u otro el legislador debe *comparar sus costes* respectivos: si elige el primero, el coste en merma de seguridad y en aplicaciones posibles del principio según un criterio de fondo no coincidente con el suyo; si elige el segundo, el coste en aplicaciones e inaplicaciones estrictas de la regla que no sirven al propósito real buscado; y elegir, como es natural, el que a su juicio resulte menor. Ahora bien, si esto es así, me parece que hay una idea fundamental que debe ser enfáticamente subrayada: si se acepta que es el legislador, y sólo él, quien cuenta con la autoridad para realizar ese balance, entonces la solución que finalmente adopte debe *aceptarse en sus propios términos*: no porque ello no vaya a conducir a veces a decisiones indeseables (nótese bien: que el propio legislador reconocería como indeseables); sino porque se respeta su criterio acerca de cuál, entre dos series alternativas de posibles decisiones indeseables, es globalmente menos dañina.

Todo ello, me parece, nos brinda la réplica a esa crítica hipotética que pasaba por sostener que la fidelidad inteligente al imperio de la ley no sólo no excluiría, sino que requeriría aplicar las reglas, no según su formulación «clara y terminante», sino según las consideraciones valorativas que cabe presumir que animaron su promulgación. Si el ideal clásico del imperio de la ley exige un «derecho de reglas», exige además que en el momento de su aplicación éstas sean tratadas realmente como tales, es decir, como prescripciones «opacas» respecto a su justificación subyacente.

Creo que ahora tenemos ya a la vista todos los elementos necesarios para recapitular de qué modo quedarían dibujadas las relaciones entre imperio de la ley y jurisdicción en el modelo clásico de Estado de Derecho. En primer lugar, el ideal clásico de imperio de la ley requiere un derecho de reglas, por cuanto un derecho de principios daría lugar a un modelo de jurisdicción sobre la pauta de la «jurisprudencia de razones» que frustraría el propósito primario de servir de condición de posibilidad de la autonomía individual. En segundo lugar, incluso en un derecho de reglas hay inevitablemente espacios de indeterminación, en los que es irrealizable el modelo de jurisdicción cognoscitivista y deductivista: pero el poder de decisión que ejerce el juez en esos espacios no puede ser tildado peyorativamente como «activismo»; y puede justificarse como el precio a pagar para evitar los inconvenientes más graves de mecanismos de decisión alternativos. En tercer lugar, en los espacios claramente determinados por las reglas debe regir el principio del sometimiento estricto del juez a la ley: no porque ello carezca de

²³ Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I; Luis Prieto, *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC, 1992, Id. «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Jueces*

para la Democracia. Información y debate, 26 (1996) 41-49

²⁴ F. Schauer: «The Jurisprudence of Reasons (reviewing Law's Empire, by R. Dworkin)», en *Michigan Law Review*, 85 (1987) 847-870.

costes (en forma de aplicaciones o no aplicaciones de la regla que frustran su propósito), sino, de nuevo, para evitar los costes —que se presumen mayores— que involucraría el mecanismo de decisión alternativo (y la acusación de «activismo» equivaldría a la de desconocimiento de esta exigencia).

Por último, quizá no esté de más resaltar que toda esta perspectiva encaja perfectamente con el modo en que se concibe la diferencia entre casos fáciles y difíciles desde el punto de vista de las mejores versiones de la teoría del derecho positivista, como por ejemplo la de Hart: los casos fáciles serían aquellos que cuentan con una solución predeterminada y en los que la decisión sigue la pauta de un razonamiento deductivo, circunstancias ambas que no concurrirían en los casos difíciles. Y la base de la distinción entre unos y otros sería de naturaleza *estrictamente lingüística*: se entiende que lo que hace al derecho determinado o indeterminado en relación con un caso concreto —dejando al margen cuestiones que ahora interesan menos, como la existencia de lagunas o de antinomias irresolubles— es la ubicación de éste en la zona clara o en la zona de penumbra de los términos con que se han formulado las reglas, lo que en cualquier caso viene dado por las convenciones semánticas vigentes, y de ninguna manera por cualquier clase de consideración valorativa.

Ahora bien, todo este modelo de imperio de la ley y de función jurisdiccional está siendo objeto en los últimos tiempos de una seria impugnación. Esa impugnación adopta dos formas principales. La primera, que realmente me parece poco prometedora, sostiene en esencia que las reglas no controlan (ni pueden controlar) *en ningún caso* las conductas del modo que ha quedado descrito. Y ello no por un problema específico de las reglas de conducta, sino por un problema del lenguaje en el que las reglas se expresan; más exactamente, porque una comprensión diferente de cómo funcionan las reglas del lenguaje debería llevarnos a una comprensión diferente de cómo operan las reglas de conducta que se expresan en ese lenguaje. Quienes han desarrollado esta forma de crítica (fundamentalmente autores ligados al movimiento *Critical Legal Studies*²⁵) se apoyan en determinadas interpretaciones de las tesis de Wittgenstein acerca del problema del seguimiento de reglas²⁶. Creo que no es éste el momento de examinar a fondo esas interpretaciones —por cierto, sumamente discutidas— ni de introducirnos por los tortuosos vericuetos de las teorías del significado²⁷. Sólo diré, simplificando probablemente en extremo, que esta forma de crítica conduce a la conclusión sorprendente de que en el plano estrictamente lingüístico *no hay de antemano casos claros* de aplicación de una regla, de que *nunca* sería posible decir *a priori* si una regla es o no aplicable a un caso determinado: sólo podría decirse una vez que se constatará que su aplicación suscita el acuerdo ge-

neral, con lo cual la afirmación hecha de antemano de que un caso «*está realmente*» gobernado por la regla sería el producto de una comprensión defectuosa de la relación entre las palabras y sus significados. Esta tesis nos conduce a una a mi juicio inaceptable concepción de las palabras no como portadoras relativamente acontextuales de significados, sino como meros contenedores vacíos a las que simplemente «se atribuyen» significados en cada una de sus ocasiones concretas de uso. Una concepción que, tomada realmente en serio, convertiría al acto mismo de legislar en un empeño vano.

Hay en cambio una segunda línea de crítica que sí me parece que debe ser tomada en serio. Para poner en tela de juicio el modelo de imperio de la ley y de función jurisdiccional propio de la concepción clásica del Estado de Derecho no hace falta dudar de la capacidad genérica de las reglas para gobernar las conductas: basta con reparar en que el derecho actual, en un Estado constitucional, *no es un «derecho sólo de reglas»*. Si debería o no serlo, es una cuestión extraordinariamente compleja —quizá con más ramificaciones de las que se sospechan— que aquí no me propongo abordar. Pero lo cierto es que *no lo es*.

El derecho, en un Estado de Derecho constitucional, hace explícitas él mismo *en forma de principios* sus condiciones sustanciales de justificación, convirtiéndolas por un lado en requisitos de validez de la legislación y, por otro, en criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento (como establece, en nuestro caso, el art. 5 LOPJ). Ello altera decisivamente el ideal clásico del imperio de la ley y obliga, a mi entender, a replantear el sentido de la diferencia entre casos fáciles y casos difíciles (o, si se quiere, el sentido en el que cabe decir que el derecho, o una parte de él, es un *derecho determinado* antes del momento de su interpretación y aplicación).

La idea clave es que un principio puede requerir que un caso, comprendido inequívocamente en la zona de clara aplicabilidad de una regla —según las convenciones semánticas vigentes—, sea resuelto de un modo diferente al dispuesto por aquella. Los principios pueden justificar excepciones a las reglas: pero entonces, si no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio —porque éste puede concurrir en muchos de esos casos con otros principios, y no contamos con una jerarquización u ordenación estricta de los mismos que defina su peso respectivo—, entonces tampoco podemos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones obligadas a la regla, lo que es tanto como decir que no podemos determinar de antemano en qué casos la regla es aplicable. Por supuesto habrá una infinidad de casos de aplicación de reglas que nos parezcan «fáciles» y que se resolverán como tales. Pero lo importante es entender en virtud de qué los concebiríamos como fáciles: los conceptuaríamos así porque no acerta-

²⁵ Vid. Juan A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996 (especialmente, en relación con el problema aludido, cap. IV.6).

²⁶ Fundamentalmente, en la interpretación de Kripke: vid. Saul Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Blackwell, 1982.

²⁷ Me he ocupado con detenimiento de este problema en «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», ponencia presentada en agosto de 1996 en el Seminario Internacional de Teoría del Derecho de Vaquerías (Argentina).

ríamos a ver ninguna razón de principio para dejar de aplicar la solución prevista por la regla, lo que, desde luego, es una cuestión de índole *valorativa*, no lingüística. Y lo que esto implica es que la argumentación basada en principios no sólo entraría en juego para resolver los casos que, por razones lingüísticas, nos vendrían ya conceptuados como «difíciles», sino que también gobierna —aunque sea negativamente— los casos que reputamos fáciles. En ellos, como ha escrito Zagrebelsky, el argumento por principios sólo «parece ausente porque opera silenciosa e inadvertidamente»²⁸.

¿Quiere ello decir que en un Estado de Derecho constitucional la jurisdicción no puede adoptar más forma que la de una «jurisprudencia de razones», en la que las reglas no serían más que puntos de partida ilimitadamente moldeables a la luz de un conjunto de principios abiertos y sin jerarquizar que, por tanto, constreñirían debilísimamente al aplicador del derecho? ¿Acaso hemos de concluir que los jueces son, en el Estado constitucional, los «señores del derecho»²⁹?

A mi juicio hay dos razones fundamentales para sostener que esa sería una conclusión excesiva. En primer lugar, un derecho de principios y reglas no equivale sin más a un hipotético derecho sólo de principios: en un derecho de principios y reglas la solución prevista por la regla goza de una presunción *prima facie* de aplicabilidad que sólo puede ser desvirtuada en un caso concreto mediante una argumentación basada en principios (esto es: vale «salvo principio en contrario»), lo cual dota a las reglas de una fuerza en la justificación de decisiones, si no irrefragable, tampoco despreciable.

Y en segundo lugar, el derecho de un Estado constitucional no sólo incorpora principios que actúan como parámetros de justificación del *contenido* material de la acción de los poderes públicos, sino también principios formales como los de certeza y seguridad jurídica o de naturaleza institucional como los relativos a la división de poderes y funciones dentro del Estado, es decir, relativos a la atribución de espacios de autoridad. Y, salvo que se esté dispuesto a afirmar que el peso en la argumentación de este último tipo de principios debe ser *nulo*, habrá que reconocer que las razones para excepcionar una regla basadas en principios sustantivos tienen que ser contrapesadas —y en ocasiones serán superadas— por las razones para aplicar estrictamente la regla basada en el principio de seguridad o en los relativos a la división de poderes y funciones. Y ahora me parece que podríamos definir con algo más de precisión qué habría que entender por juez «activista» en el Estado constitucional de Derecho: aquel que ignorara o subestimara el peso de esta última clase de principios, convirtiendo en «ju-

risprudencia de razones» pura la forma más compleja de jurisdicción que conviene a un derecho de reglas y principios sustantivos e institucionales.

Creo que la reflexión sobre estos últimos —los principios institucionales— nos devuelve al punto en el que comenzó mi exposición. Si a estas alturas lo recuerdan, comencé presentando dos visiones contrapuestas acerca del papel que corresponde al juez en un Estado de Derecho, que, en el fondo, no eran sino otras tantas derivaciones de dos modos contrapuestos de concebir la relación entre democracia y derechos. También les apunté, sin embargo, que no asociaran demasiado a prisa conservadurismo y recelo ante el activismo judicial. No dispongo ahora de tiempo para abordar con detenimiento el complejísimo problema de la relación entre democracia y derechos, pero sí me gustaría, tan sólo, dejar apuntadas un par de ideas que a mi juicio abonan una concepción de las relaciones institucionales entre los poderes del Estado capaz de sustentar un principio fuerte de deferencia del juez constitucional ante el poder legislativo al enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y del juez contencioso-administrativo ante la administración a la hora de enjuiciar (como «administrador negativo») la legalidad de sus actuaciones.

Aquella idea de que el juez debe ser «activista sin pudor» en el mundo de las garantías implica no sólo —lo que sería difícilmente discutible— que el juez debe hacer valer las leyes frente a las ilegalidades manifiestas del poder, sino también que cuando no está claro el alcance de dichas garantías —en la constitución o en la ley—, el punto de vista al respecto del juez —constitucional o contencioso-administrativo— prevalece sobre el punto de vista distinto del legislador o de la administración. La justificación usual de esa idea radica, por decirlo con las palabras de Cass Sunstein, en la convicción de que «aquellos que están limitados por el derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación», por la misma razón que «los zorros no pueden guardar las casas de las gallinas»³⁰.

El argumento, sin embargo, se me antoja menos fuerte de lo que parece. En primer lugar, me parece discutible su propia coherencia interna. Porque si el juez acepta que los derechos que tenemos no son los que determinaría una concepción ideal de la justicia, sino los seleccionados por una decisión democrática originaria —la constituyente—, entonces creo que no está claro —a pesar de esfuerzos como los de Ackerman³¹, o los de Zagrebelsky³², por diferenciar la calidad del momento constitucional de la del momento legislativo— por qué no ha de ser también una decisión democrática la que concrete su contenido y delimite relaciones de prioridad entre ellos.

Y en segundo lugar, me parece que el ideal mismo de los derechos invoca el respeto a la capaci-

²⁸ Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (t. cast. de Marina Gascón; epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995, pág. 145. La misma idea es expresada por Alexy cuando escribe que «quien afirma que una decisión es clara, da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias»: R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (t. cast. de M. Atienza e I. Espejo), Madrid, CEC, 1989, pág. 29.

²⁹ La expresión es de Zagrebelsky, *op. cit.*, pág. 150.

³⁰ Cass Sunstein: *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge (Mass.), Harvard U. Press, 1990, pág. 224.

³¹ Vid. Bruce Ackerman, *We The People. Vol. I: Foundations*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press, 1991.

³² G. Zagrebelsky, *op. cit.*, págs. 115-116.

dad de los individuos ordinarios para gobernar sus vidas en términos que respeten la igual capacidad de los demás. Sería curioso que de esas ideas subyacentes no se siguiera *absolutamente nada* en lo referente al modo mejor de tomar decisiones colectivas que zanjen nuestros desacuerdos prácticos acerca del contenido y alcance de esos mismos derechos. El ideal de los derechos representa a las personas como agentes que eligen y que conciben que su propia dignidad reside en poder hacerlo en condiciones que puedan ser asumidas como de auto-gobierno. Y no veo qué otra cosa puede significar auto-gobierno en una comunidad si no es participación en términos de igualdad en la elaboración de las decisiones públicas. Creo que no carece de fundamento, por tanto, la idea de que las mismas justificaciones profundas que animan el ideal de los derechos favorecen un método determinado de

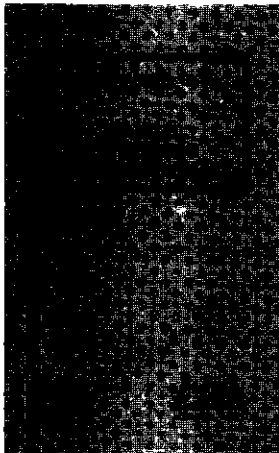
toma de decisiones colectivas acerca de su contenido y alcance: el método de la representación democrática³³.

Por eso, quizá, deberíamos someter a revisión algunas ideas usuales acerca del sentido político de las críticas al activismo judicial. Pienso que haríamos bien en no olvidar estas palabras:

«El cándido ciudadano tiene que confesar que si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que nos afectan a todos ha de ser fijada irrevocablemente por las decisiones de la Corte Suprema [...], el pueblo habrá dejado de gobernarse a sí mismo, al haber puesto en la práctica su gobierno en las manos de ese eminente Tribunal».

Y también haríamos bien en no olvidar quién las escribió. No fue Robert Bork, ni Antonin Scalia. Fue Abraham Lincoln³⁴.

MARCIAL PONS



MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

BONDA MAHOFER VOGELZ
HESSE/HEYDE
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 puertas de la Constitución, y sus aportaciones están marcadas por la exigencia de contribuir tanto a que se cobre conciencia de los fundamentos como a que se afiance 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 Pina*. 1. Constitución y Derecho Constitucional, *Conrado Hesse*. 2. Integración europea y

Ley Fundamental, *Mastrique* 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 Benda*. 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 Denninger*. 10. El Estado social de Derecho, *Ernesto Benda*. 11. Ley Fundamental y orden económico, *Juan-I. Pappier*. 12. El régimen federal de la Ley Fundamental, *Juan J. Vogel*. 13. Significado del *Bundesrat*, *Dieter Posser*. 14. La Legislación, *Erico Bülow*. 15. La jurisdicción, *Wolfgang Heyde*. 16. La Jurisdicción Constitucional, *Helmut Simon*. Apéndice: Ley Fundamental de Bonn.

84-7248-338-X
Madrid, 1990 - XL + 900 págs.
Materia: Constitucional
15.000 pts.

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

³³ Para un desarrollo pormenorizado —y que me parece particularmente convincente— de esta idea, vid. Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993) 18-51.

³⁴ Cfr. A. Lincoln, «First Inaugural Address» (4 de marzo de 1861), en E. Fehrenbacher (ed.), *Abraham Lincoln: Speeches and Writings 1859-1865*, Nueva York, The Library of America, 1989, pág. 221.

La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal

Carmen LAMARCA PEREZ

I. UNA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y SOCIAL PARALELA: LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Quizás en pocos capítulos del Derecho penal el legislador se haya mostrado más atento a los cambios de mentalidad y de costumbres sociales como en este de la sexualidad. Las reformas del Código penal, tímidamente iniciadas con la Ley 22/1978 de supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento, culminaron con la introducida por la LO 3/1989, de 21 junio, que supuso un giro copernicano sobre una tradición punitiva anclada en una moral decimonónica y desigualitaria: la equiparación o igualación de los sujetos activo y pasivo del delito; la admisión de que el acceso carnal pueda realizarse tanto por vía vaginal como anal o bucal; el reconocimiento de que la introducción de objetos constituye una agresión sexual; y, en especial, la nueva rúbrica, delitos contra la libertad sexual frente a la de delitos contra la honestidad, parecía acreditar que, cuando menos en esta materia, la vieja escisión entre Derecho y sociedad, entre normatividad jurídica y normalidad social, quedaba en gran medida superada.

Pero las perspectivas de reforma no se habían agotado. Como es sabido, los sucesivos proyectos de nuevo Código Penal, textos de 1980 y 1983, sirvieron de base para la modificación de 1989 y, en esta misma línea, aunque con ligeras modificaciones, iba asimismo encaminado el Anteproyecto de 1992. Sin embargo, la última de las propuestas, el Proyecto de Código penal de 1994, hoy nuevo Código penal de 1995, nos sorprende de nuevo ofreciendo una regulación de los delitos contra la libertad sexual que, a mi juicio, y aun con las deficiencias y los problemas que a continuación veremos, resulta francamente positiva, pues parece encaminada a poner definitivamente el acento de la incriminación de esta clase de conductas en la forma de doblegar la voluntad de la víctima, más que en el concreto comportamiento sexual llevado a cabo; esto es, la reforma responde a la idea de que el Código penal debe proteger ante todo la libertad de de-

cisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí. De este modo, el legislador parece haber escuchado las voces críticas que, desde hace tiempo, denunciaban la función de estos tipos penales, destinados a reforzar con el uso de la fuerza estatal las prescripciones de determinados Códigos éticos relativos a la virtud privada; algo que hoy debe considerarse incompatible con el modelo constitucional, basado en el respeto a la libertad y, por cierto, también en la no confesionalidad del Estado¹.

Desde estas premisas, quizás hubiera sido más acertado que los delitos contra la libertad sexual quedaran incluidos entre los delitos contra la libertad en general, constituyendo un capítulo específico de los mismos. Pero el legislador ha optado por el mantenimiento de un título propio², dividido en seis capítulos, que, eso sí, presenta significativas modificaciones con respecto a la legislación anterior; destacan, por ejemplo, la acertada desaparición del tipo de raptó, la creación de un tipo específico de acoso sexual y la regulación de los delitos relativos a la prostitución que, en la línea secularizadora antes señalada, reduce los supuestos de incriminación a la imposición coactiva o por abuso, así como a la protección de menores, despenalizando las figuras de proxenetismo y rufianismo como venía solicitando la doctrina³. Con todo, son quizás los nuevos tipos de agresiones y abusos los que, además de presentar importantes modificaciones, pueden plantear mayores problemas de interpretación y a ellos dedicaremos la mayor parte de nuestro análisis.

II. AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

1. Algunas cuestiones comunes

a) *Una reforma aparentemente lingüística: la denominación agresiones y abusos*

La primera novedad afecta incluso a la terminología: las antiguas denominaciones de «violación» y «estupro» han sido sustituidas, respectivamente, por

¹ Sobre las relaciones entre moral y Derecho en el ámbito de los delitos sexuales vid., especialmente, Díez Ripolles, J. L., *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, 1981 y la doctrina citada por el mismo. Un reciente análisis de la legislación española ya derogada en Boix Reig, J., «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en *Mujer y Derecho penal*, V. La Torre (coord.), Valencia 1995, págs. 11 y ss.

² Si los delitos contra la libertad sexual se conciben, como parece hacer el nuevo Código, como atentados específicos a la libertad, nada justifica a mi juicio el mantenimiento de un título propio; por ello, me parece acertada la propuesta de Díez Ripolles,

si bien, creo que entonces el capítulo debiera rubricarse atendiendo al elemento específico que los singulariza o diferencia de las demás conductas contra la libertad y que, dada la unidad de bien jurídico protegido, no puede ser otro que el contenido sexual de las acciones típicas. *El derecho penal ante el sexo*, citado, págs. 218 y ss.

³ Vid. Díez Ripolles, J.L., *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, 1985, pág. 175; Orts Berenguer, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1995, pág. 311 y Carbonell Mateu, J.C., «Los delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código penal de 1994», en *Mujer y Derecho penal*, citado, pág. 96.

las de «agresión» y «abuso». Sin embargo, que la reforma sea lingüística no supone que resulte meramente ornamental, pues, al margen de la fuerza simbólica de las palabras, los nuevos enunciados expresan mucho mejor el bien jurídico que ante todo se pretende tutelar.

De entrada, conviene precisar que seguramente nunca existió una perfecta correspondencia entre el significado vulgar de violación y su definición jurídica. En efecto, si por violación debe entenderse el acceso carnal violento de hombre con mujer y, si se quiere, en la actualidad también la penetración anal violenta con sujeto pasivo hombre, lo cierto es que el Código ampliaba esa noción incluyendo, de un lado, la penetración sexual por otras vías y, de otro, el acceso con persona privada de sentido, abusando de su enajenación o menor de doce años de edad; esto es, incluía como violación supuestos donde no puede existir una expresa voluntad contraria de la víctima o hay un consentimiento otorgado cuando se carece de capacidad para ello, que constituirían los llamados casos de violación presunta.

Las agresiones, en cambio, como su denominación sugiere, son siempre comportamientos basados en la violencia o la intimidación; desde luego, con un contenido o finalidad sexual que en todo caso sirve para modular la respuesta penal, pero donde ese contenido o finalidad viene a añadirse a lo que constituye lo fundamental del reproche: la lesión ilegítima de la libertad. De este modo, la conducta consistente en acceso carnal o, lo que es lo mismo, lo que tradicionalmente se entendía por violación, ha dejado de constituir la figura principal del grupo normativo para pasar a ser, sencillamente, una forma más, eso sí, una de las más graves, de vulnerar el derecho a la libre determinación de la mujer o del hombre en el ámbito sexual.

En cuanto a la denominación estupro, tampoco cabe registrar un uso social preciso de este término, que en su sentido más estricto significa el «acceso carnal con doncella logrado con abuso de confianza o engaño». Superada la tradición histórica que ponía el acento de la incriminación en la virginidad de la víctima, creo que, también en este caso, la expresión abuso del nuevo Código resulta más aconsejable para los supuestos en que no media violencia ni intimidación. Abusar es, según el Diccionario de la Lengua, hacer un mal uso o un uso injusto, impropio o indebido, e incluso en referencia al aspecto sexual se recoge expresamente la acepción de «hacer objeto de trato deshonesto a una persona débil o inexperta», que permite designar los casos de acceso a la práctica sexual mediante el engaño o prevalimiento típicos de esta figura.

⁴ Montalvo, P., «Los delitos contra la libertad sexual en el nuevo Código penal», en *Revista Tapia* núm. 85, diciembre 1995, pág. 72.

⁵ La finalidad de procreación es irrelevante tanto en el supuesto de agresiones como de abusos, pues únicamente se requiere que el dolo abarque, en las condiciones de los respectivos tipos, la realización de la conducta de acceso carnal; cuando la mencionada finalidad concorra, sin embargo, por medio de reproducción asistida y sin el consentimiento de la mujer será de aplicación lo previsto en el artículo 162.1.º relativo a la manipulación genética, que constituye otra de las novedades del Código penal de 1995.

No creo que haya razón para temer, como hace alguna autora, que el término «abuso» propicie una interpretación menos garantista en aquellas relaciones, como el matrimonio u otras de análoga afectividad, que presuntamente generarían una especie de derecho sexual del marido respecto de la esposa y viceversa⁴. No existe tal derecho y por ello, desde el punto de vista penal, el grado de abuso requerido no es distinto en función del tipo de relación entre los sujetos. No cabe descartar, sin embargo, aunque hoy parezca poco probable, supuestos de error por la creencia de ejercicio de un derecho en aquellos casos en que el matrimonio religioso, como es el caso del católico (canon 1055), declara como uno de sus fines esenciales la generación de la prole⁵; supuestos en los que, desde luego, el error no sería a mi juicio relevante si media violencia o intimidación para conseguir la relación sexual⁶.

b) *La equiparación del acceso carnal y la penetración por vía anal o bucal e introducción de objetos*

Junto a la terminología, también la descripción de la conducta típica presenta algunas novedades. Lógicamente, el comportamiento más gravemente sancionado sigue siendo el acceso carnal, al que se equipara la penetración anal y bucal, así como la introducción de objetos, modalidad esta última que en el antiguo Código merecía una pena inferior a la prevista para la violación. Si ya en su día la equiparación de la vía bucal a la anal y vaginal fue conflictiva, e incluso censurada por un amplio sector de la doctrina⁷, imagino que añadir a estos casos la modalidad de introducción de objetos recibirá en breve las mayores críticas.

En mi opinión, sin embargo, y recordando una vez más cuál es el sentido de la reforma, creo que resulta francamente artificial distinguir entre penetración vaginal, anal, bucal o introducción de objetos, pues en todos los casos la mujer o el hombre pueden sentir igualmente vulnerada su libertad sexual y en el mismo grado o intensidad. Quizás sólo la educación sexual recibida durante generaciones, vinculada fundamentalmente a la moral católica y al peligro de embarazo en el caso de sujeto pasivo mujer, pueda explicar que siempre se haya considerado que la forma más grave de agredir la libertad sexual consiste en la penetración vaginal de órgano sexual; pero no cabe olvidar que la penetración anal y especialmente la introducción de objetos son modalidades que pueden comportar un mayor peligro para

⁶ En igual sentido Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, pág. 68-69.

⁷ Así, entre otros, Alonso de Escamilla, A., «El delito de violación: la conducta típica», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLII, fasc. II, 1989, pág. 589; Bajo Fernández, M., *La actualización del Código penal de 1989*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, pág. 33; Muñoz Conde, F., «Los delitos contra la libertad sexual», en *Estudios Penales y Criminológicos* XIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1990, págs. 282 y ss., y Díez Ripolles, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, págs. 55 y ss.

la integridad física y, en el caso de la penetración bucal, al riesgo claro de transmisión de enfermedades, se añade que quizás constituya el comportamiento de carácter más degradante o vejatorio⁸.

En relación con el acceso carnal, parece que el nuevo Código reserva esta denominación para referirse exclusivamente a la penetración de órgano sexual masculino por vía vaginal, es decir, se utiliza la expresión en su sentido estricto. No hay que olvidar, sin embargo, que dicha expresión ya suscitó ciertos problemas en la legislación anterior al entender un sector de la doctrina que vetaba la posibilidad de que el delito pudiera ser cometido por una mujer, por cuanto el acceso carnal exigirla que fuese el hombre quien realice por sí mismo y materialmente la conducta de penetración sexual⁹. Esta restricción, que ya anteriormente podía considerarse salvable¹⁰, parece hoy definitivamente descartada, pues la nueva redacción ya no habla de «tener acceso carnal...», sugiriendo una conducta siempre unidireccional del hombre hacia la mujer, sino que la agresión se cualifica cuando «consiste en acceso carnal...», lo que comprende tanto la acción de penetrar como de hacerse penetrar por órgano sexual masculino, consiguiendo en suma el acoplamiento de órganos sexuales¹¹. Por lo demás, esta misma cuestión puede también plantearse en la segunda de las modalidades, penetración bucal o anal¹², donde, por cierto, la utilización del término penetración también parece requerir que la introducción por alguna de estas vías lo sea exclusivamente de órgano sexual masculino.

La tercera de las agresiones sexuales previstas, la introducción de objetos, plantea la duda tanto de cuáles han de ser los medios comisivos como, asimismo, de cuáles son las vías por las que deben ser introducidos para constituir la acción típica. Por lo que se refiere a la primera, parece que ha de tratarse de instrumentos o cosas, esto es, de cuerpos sólidos, lo que excluye la penetración de partes del cuerpo como dedos o lengua¹³; en general, se ha puesto de manifiesto que los objetos deben resultar semejantes en tamaño y forma al órgano sexual masculino del que tratan de ser un sustitutivo¹⁴, sin que quepa descartar el uso de instrumentos a los

que el sujeto activo atribuya un significado sexual.

En cuanto a las vías de acceso, desde que en 1989 el legislador reconoce que la introducción de objetos constituye una agresión sexual, la doctrina ha venido descartando una interpretación amplia que permitiera incluir la penetración por cualquier cavidad del cuerpo humano, limitando de este modo el hecho típico a la introducción por vía vaginal, anal o bucal¹⁵. La cuestión creo que no ofrece dudas en la regulación del nuevo Código, pues si los tipos agravados de agresiones y abusos se reservan, en los casos de penetración de órgano sexual masculino, para la vía vaginal, anal y bucal, ampliar a otras cavidades la introducción de objetos constituiría una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad. Es más, la nueva regulación pudiera también propiciar una interpretación aún más restrictiva pues, al describir el comportamiento sexual agravado como «acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal», cabría entender que la introducción de objetos queda limitada a la vía vaginal, mientras que las vías anal y bucal exigirían necesariamente la introducción de órgano sexual masculino dada la expresa utilización del término penetración en estos casos.

A mi juicio, sin embargo, esta última interpretación no debe prosperar pues, al menos en el supuesto de introducción anal de objetos, la conducta resulta de igual desvalor que la realizada por vía vaginal e incluso pudiera sostenerse que implica un mayor riesgo lesivo; y ello al margen de que se produciría una grave discriminación en aquellos casos de sujeto pasivo hombre, para los que la acción típica de agresión cualificada quedaría limitada a la penetración de órgano sexual. Admitido pues que la introducción anal de objetos debe integrar la acción típica, ninguna razón formal existe entonces para excluir la introducción bucal, si bien, ciertamente, este supuesto resulta mucho más discutible porque puede resultar difícil acreditar el inequívoco contenido sexual de la conducta¹⁶; por ello, con mayor rigor que en los otros casos, habrá que constatar aquí la objetiva connotación sexual del instrumento utilizado o el contexto de acciones eróticas en el que se realiza la conducta de introducción.

⁸ En este mismo sentido con respecto a la penetración bucal García García, A., «Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código penal», en *Poder Judicial* núm. 28, 1992, pág. 124. Cuestión distinta será la evidente dificultad de prueba por lo que, si bien no comparto la tesis de Muñoz Conde que exige para la consumación llegar a la *inmisio seminis*, lo cierto es que por lo general únicamente en los supuestos en que ésta se produzca resultará posible probar el hecho típico. «Los delitos contra la libertad sexual», citado, pág. 283.

⁹ En este sentido vid. Bajo Fernández, M., «La actualización del Código penal de 1989», citado, pág. 33-34 y, críticamente por atentar al principio de igualdad, Muñoz Conde, F., «Los delitos contra la libertad sexual», citado, págs. 280-281.

¹⁰ Díez Ripolles, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», citado, págs. 52-53. Como el propio autor indica es evidente que el acto material de la penetración puede realizarlo la mujer.

¹¹ La expresión es de Boix-Orts, quienes ponen de manifiesto que la conducta no consiste así en penetrar sino en lograr el acoplamiento de los órganos sexuales, lo que puede realizarse con independencia del sexo del sujeto activo. *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pág. 143.

¹² Frente a lo señalado para los casos de acceso carnal, Orts

mantiene que en los supuestos de penetración anal o bucal sólo puede ser sujeto activo un hombre, excluyendo la acción de hacerse penetrar por estas vías. «Abusos y agresiones en el Proyecto de 1994», citado, pág. 28. A mi juicio, sin embargo, no cabe establecer esta diferencia pues, aunque el legislador haya utilizado distintas denominaciones para referirse a la penetración vaginal, anal y bucal, ha desvalorado de igual modo todas las conductas

¹³ En este sentido, y con respecto al antiguo tipo de agresiones sexuales del artículo 430, las STS de 26 de noviembre de 1991 y 14 de febrero de 1994. Suárez, ha señalado que cabe, sin embargo, la introducción de animales o parte del cuerpo de los mismos, que tienen, a efectos penales, la consideración de objetos. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 104.

¹⁴ En este sentido, vid. Orts, E., *Delitos contra la libertad...*, citado, pág. 182 y Suárez, C., *El delito de agresiones...*, citado, pág. 103.

¹⁵ Vid., por todos, Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, pág. 181-182.

¹⁶ Un resumen de los criterios utilizados por la doctrina en este caso en Suárez, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, citado, págs. 105 y 106.

De cualquier modo, parece que la redacción de la conducta típica no ha sido muy afortunada y hubiera sido deseable que el precepto, de un lado, describiera con mayor exactitud los comportamientos que pretende abarcar y, de otro, que huyera de términos de interpretación polémica. Así, creo que hubiese resultado mucho más sencillo definir la conducta como «penetración por órgano sexual o introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal». De este modo, se solucionarían los problemas antes comentados, incluyendo claramente la introducción de objetos por vía bucal, como parece ser la voluntad del legislador¹⁷; y, asimismo, al evitar la referencia expresa al acceso carnal, no habría ya lugar a la discusión sobre el sujeto activo suscitada por la redacción del antiguo tipo de violación.

c) *La igualación de los sujetos*

Siguiendo los pasos de la reforma de 1989, el nuevo Código parte de la igualdad entre hombre y mujer, por lo que tanto uno como otra pueden ser sujeto activo y pasivo del delito. La previsión contó en su día con el general aplauso doctrinal, si bien no faltaron voces críticas que, desde una óptica feminista, subrayaron que «que la violación es un delito que comete un género contra otro», es decir, que comete el género masculino contra el femenino, tratándose de «un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad»¹⁸. La idea es, en definitiva, que conseguir una igualdad «legal» donde no existe una igualdad «real» no puede considerarse precisamente como una victoria para las mujeres. Aunque el argumento no carece de buenas razones, creo que en este caso no desvirtúa lo acertado de la igualación legal.

En primer lugar, aunque es constatable empíricamente que son los hombres los que, casi de modo exclusivo, ejercen la violencia sexual, no es menos cierto que la ejercen no sólo, aunque sí mayoritariamente, contra las mujeres, sino también contra los mismos hombres, lo que indica que la igualación, al menos de los sujetos pasivos, no resulta en modo alguno una medida arbitraria.

Por otro lado, cabe hablar en efecto de un ejercicio del poder a través del sexo, pero este ejercicio no es tampoco privativo del género masculino; lo que ocurre es que las mujeres, que indiscutiblemente también lo ejercen, no suelen recurrir a la violencia. De cualquier forma, tampoco es cierto que el género femenino excluya siempre el uso de medios violentos, especialmente si la víctima es también mujer, y, en todo caso, cabe el empleo de otras formas como el engaño o el prevalimiento, es decir, de acceso a la sexualidad mediante abuso. Relegar la igualación jurídica a estos últimos casos, es decir a los tipos de abusos sexuales, basándose en el único dato de que la mujer no realiza habitualmente es-

tas conductas en su modalidad violenta, parece poco sostenible desde un punto de vista jurídico y, por lo demás, lo mismo podría predicarse de otros tipos penales.

En definitiva, resulta correcta, en mi opinión, la igualación que realiza el Código penal también con respecto a los sujetos activos en los delitos contra la libertad sexual porque de lo que se trata es de que la norma, general y abstracta, no discrimine en función del sexo de los sujetos y ello independientemente de a quién se aplique con preferencia casi absoluta. No hay que olvidar, por otra parte, que al equiparar la introducción de objetos a la penetración vaginal, anal o bucal en los tipos agravados, ya no resulta siempre necesario que la conducta sexual consista en la introducción del órgano sexual masculino como sucedía en el antiguo tipo de violación. Sea como fuere, parece que desde el propio Derecho se contribuye a desterrar la idea de que la agresión sexual es una conducta privativa del género masculino.

Ahora bien, establecida la necesidad o conveniencia de la igualación, el problema será si en la práctica es posible que llegue a obtener plena virtualidad, esto es, si es posible que el hombre y la mujer puedan ser, en efecto, tanto sujeto activo como pasivo de estas conductas. La cuestión, como es sabido, se plantea con respecto a las conductas más graves de penetración vaginal, anal y bucal en los supuestos de relaciones heterosexuales cuando el sujeto activo es mujer y el pasivo hombre, así como en las homosexuales cuando ambos sujetos son mujer.

En la primera de las hipótesis, mujer contra hombre, como ya he señalado, creo que debe quedar fuera de toda duda que también forma parte de la conducta típica el hecho de obligar o abusar del sujeto pasivo para conseguir una penetración vaginal, anal o bucal y, aunque por razones físicas será difícil la consumación en los tipos de agresiones sexuales, no cabe descartar de plano estos supuestos; así, por ejemplo, en casos de violencia con sujeto pasivo previamente inmovilizado o, más claramente, si media intimidación. No existen, por tanto, obstáculos para que la mujer pueda ser sujeto activo del delito y, como señala Orts, hora es ya de superar la tradicional concepción de la mujer como ser meramente pasivo en la sexualidad, que es la idea que late tras la interpretación que le niega esta cualidad¹⁹.

En cuanto al segundo de los casos, relación homosexual femenina, resulta ahora perfectamente viable pero, eso sí, lógicamente sólo a través de la modalidad que consiste en la introducción de objetos, de modo que otro género de prácticas sexuales, tanto violentas como de abuso, deberán integrarse en el tipo básico que, como veremos, puede llegar a ser sancionado con una pena igual o superior al agravado si concurren determinadas circunstancias, por lo que ya no cabe alegar desprotección frente a las agresiones sexuales realizadas por y sobre mujeres.

¹⁷ En igual sentido Orts, E., «Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994», en *Mujer y Derecho penal*, citado, pág. 27.

¹⁸ Larrauri, E., «...y el Derecho penal de las mujeres», en *Mu-*

jerres, Derecho penal y criminología, (E. Larrauri comp.), Siglo XXI, Madrid, 1994, pág. 96 y cit. 4.

¹⁹ «Delitos contra la libertad sexual», citado, pág. 63.

2. Los tipos de agresiones sexuales

El tipo básico de agresiones sexuales, contemplado en el artículo 178 del nuevo Código penal, sanciona con una pena de prisión de uno a cuatro años las conductas atentatorias contra la libertad sexual²⁰ por medio de violencia o intimidación, es decir, con vis física o psíquica; como ya sabemos, el tipo se agrava, según lo previsto en el artículo 179, cuando la conducta consista en acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos, elevándose la pena a prisión de seis a doce años; sanción que resulta notoriamente inferior a la en otro tiempo prevista para el tipo de violación e inferior, asimismo, a la actualmente establecida para el tipo de homicidio, que tiene una duración de diez a quince años, por lo que, de entrada, queda establecida la superioridad del bien jurídico vida frente al bien libertad sexual.

Lo que define, pues, a los vigentes tipos de agresiones es el modo de ejecución de la conducta, por medio de violencia o intimidación, a diferencia del criterio del viejo Código donde estas circunstancias constituían sólo uno de los supuestos típicos de la violación y de las agresiones sexuales. Por otra parte, la redacción actual, que utiliza el término violencia en lugar del tradicional de fuerza, me parece también preferible y ello por cuanto ya existe una consolidada jurisprudencia, proveniente de la interpretación de los tipos de apoderamiento, que vincula el concepto fuerza a la ejercida sobre las cosas, reservando el de violencia a la vis física practicada sobre las personas.

Muy resumidamente, puesto que se trata de conceptos ya perfilados por nuestra jurisprudencia aunque no exentos de interpretaciones polémicas²¹, la violencia ha de ser de entidad necesaria para lograr doblegar la voluntad del sujeto pasivo según las circunstancias de cada caso²², sin que sea exigible por parte de la víctima una resistencia heroica. En muchos supuestos, como señala Gimbernat, la inicial violencia puede terminar generando intimidación cuando se amenaza a la víctima con seguir ejercien-

do la vis física demostrada, lo que, no obstante, supondrá generalmente la calificación del hecho como agresión violenta²³, por el contrario, cuando la violencia se practique sobre un tercero, será constitutiva de intimidación.

Por otra parte, no existe tampoco ningún obstáculo a que la violencia sea ejercida por persona distinta de quien lleva a cabo la conducta sexual; me refiero al clásico supuesto en que una persona sujeta a la víctima y es otra quien realiza el acceso carnal²⁴, pero también a aquellos casos en que un tercero aprovecha sexualmente la situación de absoluta indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo como consecuencia de una violencia previamente ejecutada, con fines sexuales o de otro tipo. Más polémicas resultan, sin embargo, las situaciones en que la absoluta incapacidad de resistencia de la víctima no proviene de la violencia ejercida por otra persona sino de causas naturales, lo que se ejemplifica tradicionalmente, con los casos de parálisis completa o inmovilización accidental. A mi juicio, también en estos supuestos nos encontramos ante el tipo de agresiones si la víctima puede expresar claramente su oposición a la conducta sexual²⁵, pero no así cuando de ningún modo resulta posible esta exteriorización, bien por hallarse desmayada, profundamente dormida o, en definitiva, en situación de privación de sentido; circunstancia que, como más adelante veremos, da lugar ahora a la aplicación de los tipos de abuso, pues lo que existe en realidad es una presunción sobre la falta de consentimiento que no puede ser equiparada, como sucedía en la legislación anterior, a la manifiesta voluntad contraria de la víctima.

En cuanto a la intimidación, el temor que se infunde ha de ser asimismo de entidad suficiente o determinante para que el sujeto pasivo consienta la realización de la conducta sexual. Por ello, me parece muy rigorista la antigua propuesta de Gimbernat que limitaba la amenaza relevante a aquella que lo fuese de un hecho que constituyera delito de igual o mayor gravedad o que, en todo caso, atentase contra la vida o la integridad²⁶. Ciertamente, debe

²⁰ En cuanto a las modalidades comisivas entendemos que, de igual modo que sucedía en la legislación anterior, se requiere la realización de actos de inequívoca finalidad sexual que impliquen contacto corporal, bien del sujeto activo sobre el pasivo, bien obligando a realizar a este último los actos sobre su propio cuerpo o el del actor o también sobre el de un tercero. Vid, por todos, Suárez, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, citado, págs. 73 y ss.

²¹ Vid., Cugat, M., «La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 20, 1993, págs. 73 y ss.

²² Entiendo por ello que deben calificarse de agresión aquellos casos en los que el sujeto activo no necesita usar una violencia extrema por hallarse la víctima en situación de indefensión o agotamiento; así, por ejemplo, por haber sufrido una agresión anterior, hallarse parcialmente inmovilizada, etc.

²³ Gimbernat, E., «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, págs. 179-180. Por su parte, Suárez, *El delito de agresiones sexuales...*, cit., pág. 126, señala que habría que establecer en cada caso si ha sido la violencia o la intimidación lo que ha determinado la voluntad de la víctima. En realidad, es irrelevante a efectos de calificar el hecho como agresión sexual que se logre doblegar la voluntad por medio de violencia o de intimidación,

pero en la práctica cuando el sujeto activo no haga uso de medios específicos de intimidación como armas etc., sólo acreditan- do la inicial vis física podrá probarse el hecho típico.

²⁴ En este caso, la jurisprudencia y un sector doctrinal señalan que la conducta del que ejerce la violencia sujetando a la víctima debe calificarse como cooperación necesaria. A mi juicio, constituye más bien un supuesto de coautoría pues cada sujeto realiza una parte de la conducta típica, que consiste no sólo en el comportamiento sexual sino en realizarlo precisamente por medio de violencia.

²⁵ Una posición similar a la aquí mantenida valorando los distintos supuestos que pueden plantearse y su diversidad de tratamiento en Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, págs. 84 y ss. Por el contrario, otros autores, al menos respecto de la legislación anterior, señalan que en estos casos existe una auténtica laguna legal, pues sólo desde una interpretación análoga prohibida puede sostenerse que el sujeto activo realice en estos casos un tipo violento. Vid., por todos, González Rus, J. J., *La violación en el Código penal español*, Granada 1982, págs. 378 y Diez Ripolles, J. L., «Las últimas reformas...», citado, pág. 61.

²⁶ «Sobre algunos aspectos del delito de violación...», citado, págs. 184 y ss. Un resumen de las críticas a la propuesta de Gimbernat puede verse en Suárez, C., *El delito de agresiones sexuales...*, citado, págs. 171 y ss.

realizarse en este punto una interpretación lo más estricta posible, pero que tenga también en cuenta las circunstancias del hecho y quizás, muy singularmente, las que concurren en el sujeto pasivo siempre que sean abarcadas por el dolo del autor²⁷.

Pues bien, a partir de los tipos básico y agravado de agresiones, y también como absoluta novedad en esta materia, el artículo 180 del Código de 1995 establece una serie de circunstancias cuya concurrencia aumenta la pena que, en el caso del tipo agravado, puede incluso superar a la prevista para el delito de homicidio²⁸. Estas circunstancias son las siguientes:

En primer lugar, agrava la responsabilidad criminal que «la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», circunstancia cuyo precedente puede situarse en el inciso final del antiguo artículo 430 que calificaba las agresiones sexuales cuando «se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», pero cuyo ámbito de aplicación resulta ahora mucho más restringido. De un lado, la restricción afecta a la intensidad o gravedad del ataque por cuanto se ha prescindido, inexplicablemente, de los medios o modos brutales para limitar el reproche sólo a los casos en los que se vulnera la dignidad de la víctima²⁹; de otro, la degradación o vejación debe ir referida a la violencia o intimidación, esto es, a los medios o formas empleadas, bien para el lograr el doblegamiento de la voluntad³⁰, bien para causar daños innecesarios, pero el tenor literal parece excluir que pueda ser aplicada a los modos de realización de las conductas sexuales, lo que resulta ciertamente discutible³¹.

La segunda de las circunstancias, consistente en que «los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo», hace referencia a los casos de violencia sexual colectiva y venía siendo reclamada generalmente por la doctrina dada la gravedad de este tipo de actuaciones ya que, amén de un mayor riesgo lesivo, suponen una clara disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, lo que, hasta ahora, sólo había dado lugar a la ocasional aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad³². Por otra parte, la circunstancia de

la actuación en grupo requiere el acuerdo previo o simultáneo para realizar la agresión sexual pero, como señala Orts, no es necesario que todos realicen la conducta sexual, aunque sí deben haber participado en la agresión³³.

Es asimismo circunstancia cualificadora que la víctima sea «persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». Sin duda, tienen cabida aquí los casos de minoría de edad de la víctima, pero también las agresiones a personas de avanzada edad, algo que no contemplaba la normativa precedente, pese a que su desvalimiento es similar al de los menores o incluso en ocasiones de mayor entidad al tratarse de una conducta violenta; en todo caso, parece que lo relevante es este desvalimiento y no la edad concreta que pueda tener el sujeto pasivo. En cuanto a la vulnerabilidad por razón de enfermedad o por encontrarse en determinadas situaciones, no hay que perder de vista que la agravación se construye sobre la base de una agresión violenta, es decir que, frente a lo previsto en algún caso por la regulación anterior, esta circunstancia puede agravar el hecho pero no lo convierte en agresión si la víctima especialmente vulnerable consiente la conducta, aunque se trate de un consentimiento viciado o para cuyo otorgamiento se carece de capacidad. Por otra parte, si la persona ha quedado en situación de especial vulnerabilidad precisamente por el ejercicio de violencia con fines sexuales, tampoco cabe, a mi juicio, aplicar la agravación pues lo veta el principio *non bis in idem*; tal es el caso, por ejemplo, en que el sujeto activo deja sin conocimiento a la víctima para tener acceso carnal con ella.

Señala Orts, por su parte, que aquí podrían entenderse ubicados también aquellos casos en que la víctima se halla imposibilitada para rechazar la violencia que se ejerce sobre ella³⁴, lo que sólo resultará posible si previamente hemos calificado estas conductas como agresiones y no como abusos³⁵. En realidad, es precisamente en estos supuestos cuando me parece que no tiene cabida la aplicación de la agravante, pues la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, su estado de absoluta indefensión, es precisamente lo que permite calificar el hecho como agresión.

²⁷ Así, por ejemplo, cuando el autor sabe que la víctima padece una fortísima claustrofobia y amenaza con encerrarla en un lugar muy reducido.

²⁸ Frente a la pena de prisión de 10 a 15 años que establece el artículo 138 para el tipo de homicidio, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos y concorra alguna de estas circunstancias la pena será de doce a quince años, que se impondrá en su mitad superior si el número de circunstancias se eleva a dos o más.

²⁹ Los supuestos que afectan a la gravedad del ataque no pueden ser tampoco incardinados en la circunstancia 5.º, que hace referencia a la utilización de medios peligrosos susceptibles de producir muerte o lesiones. En todo caso, los daños a la integridad física que vayan más allá de la violencia necesaria para la realización del tipo de agresión darán lugar al correspondiente concurso de delitos.

³⁰ Señala Orts, «Abusos y agresiones sexuales...», citado, pág. 47, que los medios comisivos «han de ser objetivamente degradantes para la víctima». Coincidió en que el concepto de degradación o vejación ha de ser lo más objetivo posible, concretándose bien en el tipo de medio empleado, bien en el modo o forma de utilizarlo. Sin embargo, desde una óptica subjetiva, también puede considerarse aquello que es degradante o vejatorio

en la perspectiva cultural de la víctima, pero sólo si es conocido y aprovechado por el sujeto activo.

³¹ La realización de una conducta sexual contra la voluntad del sujeto resulta por lo general humillante en sí misma y en particular en aquellos casos de penetración bucal o introducción de objetos, por lo que, ciertamente, la aplicación en estos casos de la circunstancia cualificadora supondría vulnerar el principio *non bis in idem*. Con todo, tampoco son de descartar supuestos en los que la propia acción sexual, al margen de la violencia o intimidación utilizadas, se realiza de un modo particularmente degradante o vejatorio, lo que, a mi juicio, debería ser también objeto del reproche penal.

³² Lógicamente, la aplicación del abuso de superioridad resulta ahora incompatible, por lo que quedará reducido a los supuestos de actuación de dos personas y, en todo caso, no podrá ser apreciada si existe un reparto de papeles entre ambas para la aplicación de la violencia y la realización de la conducta sexual.

³³ «Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994», citado, pág. 47.

³⁴ «Abusos y agresiones...», citado, pág. 44.

³⁵ Como veremos más adelante también los tipos de abuso tienen prevista, en el artículo 182.1.º una circunstancia similar

En cuarto lugar, cualifica la agresión sexual que «el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima», circunstancia que me parece especialmente desafortunada cuando se parte de la base de una conducta violenta o intimidante a la que el parentesco no añade ningún desvalor; si el sentido de la agravación ha sido destacar la posibilidad de que la violencia o intimidación resulte más eficaz en estos ámbitos familiares, donde ciertamente la víctima puede hallarse en una situación de mayor indefensión, bastaba sin duda con la anteriormente comentada causa de agravación por especial vulnerabilidad del sujeto pasivo. Por ello, creo que la exigencia de que el sujeto activo se prevalezca de su relación de parentesco debe ser entendida en el sentido de que el sujeto se prevalezca de su situación de superioridad originada por el parentesco, pues de otra forma cabe que, en la práctica, se produzca una aplicación meramente objetiva de la circunstancia, lo que no dejaría de tener, contra el sentido general de la reforma, una cierta carga moralizante.

La última de las circunstancias que agravan las agresiones sexuales hace referencia a que «el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150», lo que será de aplicación tanto con respecto a los medios utilizados³⁶ para ejercer la violencia física que requiere el tipo, como en la realización de las concretas conductas sexuales y, especialmente, en el caso de introducción de objetos. Se requiere, pues, constatar la peligrosidad objetiva de los instrumentos utilizados pero, asimismo, es preciso tener muy en cuenta las características físicas del sujeto pasivo, especialmente si se trata de personas de corta edad, y, en todo caso, no basta con la mera exhibición de estos medios sino que habrá que hacer uso de los mismos como expresamente requiere el precepto³⁷. Finalmente, la circunstancia aclara que la pena se impondrá sin perjuicio de la que pudiera corresponder en caso de muerte o lesiones, previsión que realmente no resultaba necesaria pues la agravación no requiere que se produzca ningún resultado, sino que se concibe como un tipo de peligro.

3. Los tipos de abuso sexual

Mayor complejidad que las agresiones presentan los tipos de abuso sexual que, como veremos, requieren en muchos casos un notable esfuerzo interpretativo. En ellos se contienen, básicamente, aque-

llos comportamientos, antes denominados de estupro, que se caracterizan por la realización de conductas de contenido sexual sin hacer uso de violencia o intimidación. A partir de aquí, el Código distingue entre abusos realizados sin consentimiento, aquellos en los que se declara irrelevante o se presume su inexistencia y, por último, los casos de prevalimiento o engaño donde la prestación del consentimiento se halla viciada.

En cuanto al primero de los supuestos, el artículo 181,1º sanciona, con una pena de multa de doce a veinticuatro meses, la realización de actos que atenten contra la libertad sexual cuando éstos se realicen sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento; siguiendo el ejemplo de las agresiones, la pena se eleva a prisión de cuatro a diez años cuando la conducta consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, según lo previsto en el primer párrafo del artículo 182. Con todo, el principal problema que plantea este tipo básico es precisamente el de su posibilidad fáctica, pues en verdad resulta difícilmente concebible que la conducta sexual objeto del reproche se lleve a cabo sin forzar la voluntad de la víctima y que, al propio tiempo, no se ejecute sobre sujeto pasivo menor de edad, privado de sentido o abusando de su trastorno mental, supuestos para los que el artículo 181,2º reserva una penalidad diferente.

Orts sugiere que este tipo básico, que en definitiva parece concebido para acoger los contactos corporales más leves, pudiera estar destinado a los pequeños abusos que en ocasiones se producen en las aglomeraciones o de un modo sorpresivo³⁸. Creo, sin embargo, que tales supuestos tendrían mejor acomodo en la falta de vejación injusta prevista por el artículo 620,2º y ello, no sólo porque la conducta afecta aquí, fundamentalmente, a la dignidad de la víctima, sino porque su menor entidad³⁹ haría que resultara desproporcionado sancionar estos casos con una pena mayor que los de abuso por prevalimiento que se conciben como un tipo privilegiado. Naturalmente, el tipo resulta aún menos imaginable en su forma agravada, pues sin violencia ni intimidación y sin consentimiento no parece posible que un abuso pueda consistir en penetración vaginal, anal, bucal o en introducción de objetos.

Desde luego, cabe defender que tanto el tipo básico como el agravado se han creado para acoger los polémicos supuestos en que la víctima, que está consciente y por lo tanto puede manifestar su oposición a la conducta, padece, sin embargo, una absoluta incapacidad de resistencia derivada de causas naturales, lo que aprovecha el autor para llevar a cabo la conducta sexual sin violencia ni intima-

³⁶ La referencia expresa al uso de medios excluye, a mi juicio, el caso de transmisión sexual por el sujeto activo de una grave enfermedad con peligro para la vida o para la integridad en el sentido de los artículos 149 y 150 del CP. Si se produce esa transmisión con dolo directo o eventual existirá un concurso ideal de delitos entre la agresión y el homicidio o asesinato, concurso que será real en el supuesto de que la muerte sea debida a un contagio por imprudencia.

³⁷ Por ello, cuando los medios peligrosos se emplean para lograr la intimidación, la aplicación de la circunstancia agravante constituiría, a mi juicio, una clara vulneración del principio *non bis in idem* y, así, por ejemplo, si el autor exhibe un arma o in-

cluso realiza un disparo al aire para amenazar a la víctima. La aclaración, que pudiera parecer obvia, no lo resulta tanto si tenemos en cuenta la reiterada doctrina de nuestros tribunales en los casos de apoderamiento con violencia, donde resulta habitual que la mera exhibición del arma, que ya ha servido para calificar la conducta como robo, dé lugar, asimismo, a la aplicación de la agravación específica por uso de armas.

³⁸ «Abusos y agresiones...», citado, págs. 39-40.

³⁹ El abuso sexual, en estos casos, constituye una conducta instantánea a partir de la cual la falta de consentimiento de la víctima determinará que si el sujeto activo quiere seguir actuando habrá de hacerlo mediante violencia o amenaza.

ción. No obstante, y como ya he señalado, me parece francamente artificial distinguir estas situaciones de aquellas en que la incapacidad para resistir se deriva de la violencia ejercida por un tercero⁴⁰. Pero es que, además, dicha interpretación produciría una grave distorsión valorativa pues cuando los abusos, al menos los de carácter más leve, se realizaran sobre sujetos con incapacidad de resistencia, se sancionarían con una pena inferior a los ejecutados sobre persona privada de sentido, supuestos estos últimos que, aunque similares, creo que en ningún caso deben merecer un mayor reproche por cuanto no se realizan con la expresa oposición de la víctima, sino bajo la presunción de que ésta no hubiera prestado su consentimiento⁴¹. En todo caso, al no existir en la actualidad una diferencia tan excesiva de penalidad entre los tipos de agresiones y abusos⁴², el problema de calificación de la conducta resulta ahora de menor entidad que el que se planteaba en la legislación anterior.

En segundo lugar, el número 2 del artículo 181 considera en todo caso abusos no consentidos los que se ejecuten sobre menores de doce años, personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, supuestos que, como es sabido, se equiparaban en la legislación anterior a las agresiones por fuerza o intimidación o a la propia violación. Ahora bien, si considerar estos casos como abusos es una medida acertada, no cabe decir lo mismo sobre su regulación, pues sólo en el tipo básico, esto es, cuando los abusos son más leves, la pena realmente se eleva; cuando la conducta consista, sin embargo, en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la sanción que corresponde aplicar es, según lo previsto por el artículo 182, exactamente la misma, lo que resulta, cuando menos, incoherente. De este modo, realizar tocamientos lascivos a menores de doce años se sanciona con una pena más grave que si el sujeto pasivo es mayor de esa edad, lo que no deja de tener su sentido, pero si la acción consiste, por ejemplo, en tener acceso carnal con ese menor no se realiza, sin embargo, un mayor reproche⁴³.

En cuanto a las concretas circunstancias que con-

templa el artículo 181, 2º, su similitud con las previstas por la legislación anterior hace que pocas novedades puedan registrarse en esta materia, lo que no obsta para que nos detengamos en algunas cuestiones especialmente polémicas. En primer lugar, el concepto de minoría de edad de doce años se refiere, como antaño, a una edad cronológica y no mental, donde se presume, *iuris et de iure*, la incapacidad para consentir de la víctima. Existe una antigua polémica acerca de cuál es el bien jurídico protegido, al negarse que los menores puedan ser titulares del derecho a la libertad sexual por su incapacidad para comprender el significado y trascendencia de estas conductas; con acierto se ha señalado que lo que se protege en estos casos es la llamada indemnidad o intangibilidad sexual de los menores, concepto que, en definitiva, puede ser concebido como el derecho a desarrollar libremente el sentido de la sexualidad⁴⁴. Por lo demás, la única cuestión que merece resaltarse es que la regulación de la imprudencia que ofrece el nuevo Código penal, el llamado sistema de *numerus clausus*, ha venido a solventar los problemas que se planteaban cuando se producía un error vencible sobre la edad del sujeto pasivo, dado que no está expresamente previsto un tipo de abusos imprudentes.

La privación de sentido alude, como es sabido, a supuestos donde el sujeto pasivo se encuentra en estado de total o parcial inconsciencia por hallarse desmayado, narcotizado, o, en definitiva, en una situación donde no puede manifestar libremente su oposición a la conducta sexual; a diferencia del caso anterior, no se declara aquí la irrelevancia del consentimiento sino que se establece una presunción sobre la falta del mismo, lo que quiere decir que resulta posible probar su existencia⁴⁵. Adviértase que la redacción del precepto, «personas que se hallen privadas de sentido», sugiere que dicha privación tenga su origen en causas naturales o en la actuación de la propia víctima o de un tercero, pero quedarían excluidos aquellos supuestos en que es el propio autor quien ha causado ese estado, que deberían ser calificados como agresiones violentas⁴⁶.

Según creo, ésta es, en efecto, la interpretación que debe prevalecer cuando la situación de priva-

⁴⁰ Existe, en efecto, general acuerdo en señalar que si el autor aprovecha que la víctima ha sido previamente inmovilizada por un tercero la conducta de acceso carnal debe ser calificada como agresión, del mismo modo que si, simultáneamente a la acción sexual, es un tercero quien la sujeta; pero si la inmovilización de la víctima es debida a la parálisis que padece o a una causa accidental, se afirma entonces que la calificación como agresión constituye una interpretación analógica cuando, en realidad, en ninguno de estos casos el ejecutor de la conducta sexual practica ningún género de violencia. En mi opinión, y salvo cuando la violencia se aplica por un tercero simultáneamente al ejercicio por otro de la acción sexual, en los demás supuestos, es decir, cuando la violencia fue ejercida por un tercero con carácter previo y cuando la víctima se halla por cualquier circunstancia inmovilizada, la solución debe ser idéntica.

⁴¹ La distorsión señalada no se produce, sin embargo, con respecto al tipo agravado previsto en el artículo 182 que, como veremos, tiene prevista para ambos casos la misma pena.

⁴² En realidad, la mayor diferencia se aprecia en el tipo básico, que en el caso de las agresiones tiene prevista pena de prisión, mientras que en los abusos la sanción es de multa. En los tipos agravados, sin embargo, la pena es siempre privativa de libertad y tiene una duración de seis a doce años para las agresiones y de cuatro a diez para los abusos.

⁴³ Quizás lo que aquí se pretendió, sencillamente, es que en estos casos la pena fuera siempre privativa de libertad, lo que no ocurre en los abusos leves sin consentimiento para los que se prevé pena de multa; el amplio margen de extensión de la pena del tipo agravado, prisión de cuatro a diez años, permitirá, por su parte, que los tribunales puedan tener en cuenta las diversas situaciones previstas por los números 1 y 2 del artículo 181.

⁴⁴ En un sentido similar Díez Ripolles, con quien comparto la opinión de que resultaba superflua la alusión a la indemnidad que muchos Proyectos de Código penal habían introducido junto a la libertad sexual y que, finalmente, no ha prosperado. *La protección de la libertad sexual*, citado, pág. 29.

⁴⁵ Se suele poner como ejemplo paradigmático los casos en que la propia víctima ingiere alcohol para deshinibirse ante la conducta sexual.

⁴⁶ La actual redacción no difiere, en realidad, de la prevista por el antiguo artículo 429,2.º, que habla sido interpretado por la doctrina señalando que resultaba indiferente que la situación de privación de sentido la hubiera provocado el autor o que éste se limitara a aprovecharse de la misma, interpretación que entonces no planteaba problemas en la práctica al estar equiparados estos casos a la violación por fuerza o intimidación. Vid., por todos, Orts, *Delitos contra la libertad sexual*, citado, págs. 99-100

ción de sentido ha sido provocada violentamente por el propio autor con la finalidad de ejecutar la conducta sexual; es evidente que resultaría absurdo que se calificaran de agresión los casos de violencia donde la víctima no llega a perder el sentido e integran, sin embargo, el tipo más leve de abuso aquellos en los que se logra por los mismos medios que ésta quede inconsciente⁴⁷. Mayores dudas se plantean, sin embargo, cuando el sujeto activo provoca el estado de inconsciencia de la víctima utilizando medios no violentos como, por ejemplo, suministrándole un somnífero; entonces, creo que debe preferirse la calificación de abuso, pues no debe resultar irrelevante que el autor, pudiendo elegir, excluya el uso de medios que suponen un mayor riesgo lesivo.

La tercera de las hipótesis, que la conducta sexual se realice abusando del trastorno mental del sujeto pasivo, resulta, en principio, similar a la contemplada por la legislación precedente, que aludía al «abuso de enajenación»; ambos supuestos hacen referencia a que la víctima padezca una grave alteración psíquica que le impida apreciar el significado de la acción sexual a la que accede⁴⁸. No obstante, a diferencia del concepto de enajenación, el trastorno tiene un carácter mucho más amplio y ello no sólo por cuanto no se requiere que la alteración tenga un carácter permanente, sino porque, además, según reiterada jurisprudencia, no es necesario un origen patológico o morboso, sino que el trastorno puede deberse a motivos de índole emocional o afectivos⁴⁹ y, en todo caso, resulta indiferente que las causas del mismo sean internas o externas al sujeto pasivo⁵⁰.

Precisamente, por la amplitud con que doctrina y jurisprudencia conciben tradicionalmente el concepto de trastorno mental, debe propugnarse aquí una interpretación lo más rigurosa posible y, sobre todo, que atienda a la necesaria conexión entre la alteración y el concreto tipo de conductas, pues no todo enfermo mental o persona trastornada debe tener limitado su derecho a la sexualidad⁵¹. En esta orientación, y como ya sucedía desde la reforma del Código penal de 1989, creo que se encamina el requisito de que el sujeto activo ha de aprovecharse del estado de la víctima para conseguir realizar la conducta sexual, lo que supone que no basta con la existencia objetiva de esa alteración sino que el

autor ha de conocer, y ese conocimiento es lo que debe determinar su actuación, que la víctima no es capaz de comprender el significado de la conducta sexual en el momento en que ésta tiene lugar.

Por último, el nuevo Código contempla también los tradicionales supuestos de abusos sexuales por prevalimiento o engaño, donde se considera que el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo se halla viciado. El primero de los casos, cuando la aceptación se obtiene «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima», constituye, según el artículo 181,3º, un tipo privilegiado de los abusos no consentidos y se sanciona con una pena de multa de seis a doce meses; la pena será de prisión de uno a seis años cuando la conducta consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, a tenor de lo previsto en el artículo 182. Como en el llamado estupro de prevalimiento de la regulación anterior, se requiere que el sujeto activo se encuentre con respecto al pasivo en una situación de superioridad⁵², situación que puede tener su origen en múltiples causas, como la dependencia económica, las relaciones docentes, de amistad, de vecindad, etc., pero que también puede provenir del estado de desamparo o de inmadurez en que se halla la víctima⁵³; en todo caso, la existencia objetiva de esta situación de superioridad no resulta suficiente sino que, además, el autor debe prevalerse de ella, esto es, debe ser consciente de la influencia que ejerce sobre el sujeto pasivo y aprovechar ésta para sus fines sexuales, lo que supone, igualmente, la necesidad de constatar que la víctima ha consentido la realización de la conducta por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella.

Pero en el abuso por prevalimiento se registra, además, una auténtica novedad consistente en que ya no existe ninguna limitación basada en la edad del sujeto pasivo; como es sabido, hasta la actualidad la conducta sólo resultaba típica si la víctima tenía una edad comprendida entre los doce y dieciocho años. La supresión de ese límite, que ya había sido solicitada por la doctrina⁵⁴, me parece acertada porque, en definitiva, se trata de casos de consentimiento viciado donde el sujeto, aunque pueda ser mayor de edad, no decide libremente; es más, cabe pensar que, en muchos supuestos, las relaciones o situaciones de superioridad, especialmente las de índole laboral o económica, se darán con prefe-

⁴⁷ En contra Orts, quien sigue señalando que es indiferente que el autor aproveche el estado de la víctima o lo produzca precisamente para yacer con ella, «Abusos y agresiones en el Proyecto de 1994», citado, pág. 31.

⁴⁸ El sujeto pasivo debe hallarse en situación de inimputabilidad en el sentido que requiere la eximente 20,1.º del Código penal, que declara irresponsable al que «a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

⁴⁹ Así, por ejemplo, cuando la víctima se encuentre en un estado de miedo intenso no provocado sino aprovechado por el autor. Por otra parte, habrá casos de trastorno mental, como los causados por embriaguez plena, que podrán ser ubicados tanto en este supuesto como en el de privación de sentido. Algún autor, como Muñoz Conde, habían ya estimado que los casos de trastorno mental transitorio estaban comprendidos en el término enajenación previsto por el derogado Código desde la reforma de 1989; *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 396.

⁵⁰ Vid., por todas, las STS de 26 de enero y 25 de septiembre de 1981.

⁵¹ Vid. Díez Ripolles, J. L., *La protección de la libertad sexual*, citado, pág. 49.

⁵² El derogado artículo 434 aludía, en realidad, a una superioridad «originada por cualquier tipo de relación o situación»; la exclusiva utilización por el nuevo tipo del término «situación» no supone, a mi juicio, una restricción de los posibles supuestos, dado que esa situación de superioridad puede o no tener su origen en una previa relación, pero no excluye la misma.

⁵³ Sobre la variedad de circunstancias que pueden originar una situación de superioridad véase la jurisprudencia citada por Orts en *Delitos contra la libertad sexual*, citado, págs. 231 y ss.

⁵⁴ En este sentido, Díez Ripolles, J. L., *La protección...* citado, págs. 98-99, quien se refiere a los casos que pueden darse en hospitales, prisiones, etc., o entre las personas mayores de edad sometidas a internamiento y los encargados de su custodia.

rencia entre sujetos mayores de edad, cuya anterior desprotección ha venido a paliar esta reforma⁵⁵.

La exclusión del límite de edad, no se ha producido, sin embargo, en el tipo abuso por engaño⁵⁶, supuesto que sigue recogiendo el Código⁵⁷ a pesar de las críticas que siempre ha venido recibiendo por parte de la doctrina. En realidad, y como señala Orts, esta conducta, que en su día dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales, tiene hoy escasa aplicación⁵⁸, y ello por cuanto en la realidad social de nuestros días el medio que generalmente fue admitido como más idóneo, la promesa de matrimonio, no siempre resulta ahora constitutivo de engaño suficiente incluso en los límites de edad de doce a dieciséis años que establece la norma. Ultimamente, se han venido admitiendo otras formas de engaño en las que no encuentro ninguna razón para limitar la edad del sujeto pasivo; así, el fingimiento de estado civil o la simulación de matrimonio, e incluso cabe pensar en supuestos de falsas promesas, como la adjudicación de un puesto de trabajo, aunque la jurisprudencia ha negado expresamente la relevancia del incumplimiento de una promesa pecuniaria⁵⁹. Con todo, lo que en realidad puede ocurrir en muchos casos es que el engaño o supuesto engaño encubra una posición de prevalimiento, dado que la posibilidad de ofrecimiento coloca al sujeto activo en una posición de superioridad que determina o explica el consentimiento de la víctima. Por ello, y salvo cuando se produzca ese efectivo prevalimiento⁶⁰, creo que la legislación penal debería abandonar definitivamente su preocupación por el abuso sexual obtenido mediante engaño.

Finalmente, y del mismo modo que en el caso de las agresiones, el párrafo 2º del artículo 182 prevé dos circunstancias cuya concurrencia eleva la pena en su mitad superior cuando los abusos no consentidos o por prevalimiento consistan en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. La primera de ellas, que recoge los antiguos supuestos de estupro-incesto, requiere que el hecho se cometa «prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima». Frente a lo previsto por la legislación anterior, se contemplan aquí las relaciones de parentesco tanto adoptivas como consanguíneas, incluyéndose asimismo entre los sujetos activos al descendiente. Ahora bien, el

problema reside en que la agravación no opera automáticamente, esto es, por el mero hecho de la existencia del parentesco, sino que se exige prevalecerse de esa relación, lo que puede plantear algún conflicto con el tipo de abuso del artículo 181,3º, que sólo cabrá superar si se acepta que el prevalimiento por parentesco es un concepto distinto al prevalimiento por superioridad⁶¹.

La segunda de las circunstancias, idéntica a la prevista para las agresiones, agrava la pena «cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación»; además de lo que ya hemos comentado con anterioridad, en los casos de abuso se plantea la cuestión específica de si cabe su aplicación cuando el sujeto pasivo es un menor de doce años, pues esta circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por la norma para describir el hecho típico. Quizás, como indica Orts, cabría distinguir aquí si la relación ha sido o no consentida por el menor y sólo en el segundo supuesto, más grave obviamente por afectar en mayor medida al desarrollo sexual, podría aplicarse la circunstancia sin vulnerar el principio *non bis in idem*⁶².

III. EL ACOSO SEXUAL

Junto a la regulación de las agresiones y abusos, la otra gran novedad del nuevo Código penal consiste en haber tipificado expresamente el acoso sexual, algo que venía solicitando la opinión pública y un sector de la doctrina penal⁶³. Ahora bien, si en líneas generales los tipos examinados merecen un juicio positivo, no cabe decir lo mismo del que ahora comentamos, cuyo antecedente es el llamado delito de sollicitación sexual por autoridad o funcionario público, también previsto en los artículos 443 y ss. del Código de 1995. Se trata, en mi opinión, de una conducta perfectamente subsumible en el delito de amenazas condicionales, que presenta graves dificultades de prueba y no pocos problemas de interpretación.

En primer lugar, hay que aclarar que la conducta prevista por el artículo 184 consiste en solicitar, y no en obtener, favores sexuales, y que si estos favores se obtienen, esto es, si se pasa de las palabras a los hechos, habrá que aplicar el correspondiente tipo de abuso de prevalimiento; de este modo, el con-

⁵⁵ Por lo demás, ello resulta coherente con la tipificación de la conducta de acoso sexual que, también sin límite de edad, sanciona la mera sollicitación de favores sexuales, pues no tendría sentido que la ley penal contemplara la conducta más leve y declarara atípica la efectiva realización del comportamiento sexual que se solicita.

⁵⁶ En contra de la opinión que, en relación con el viejo Código, realizara González Rus, J. J., *La violación en el Código penal español*, Universidad de Granada, 1982, págs. 318.

⁵⁷ Según el artículo 183, «El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Cuando el abuso consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis meses a tres años».

⁵⁸ Orts, E., *Delitos contra la libertad sexual*, citado, pág. 247.

⁵⁹ Vid. la STS de 8 de mayo de 1973.

⁶⁰ De nuevo aquí se produce una distorsión en la penalidad al comparar los abusos por prevalimiento y por engaño pues, en el

tipo básico, la pena prevista para el engaño resulta superior, pero cuando la conducta consiste en penetración vaginal, anal, bucal o introducción de objetos, se sancionan más gravemente los casos de abuso por prevalimiento.

⁶¹ Orts requiere, sin embargo, que el sujeto abuse de la superioridad que le confiere su relación parental pero entonces creo que su aplicación sólo cabe en los supuestos de abuso sin consentimiento del artículo 181, 1.º y 2.º pues, de otro modo, se vulneraría el principio *non bis in idem*. A mi juicio, lo que quizás haya querido el legislador es excluir la aplicación automática de la agravación por el mero hecho del parentesco cuando entre los sujetos no hay relaciones de convivencia o dependencia, pero, si este es el caso, creo que el precepto debiera haberlo reflejado expresamente, eludiendo cualquier interpretación extensiva.

⁶² Orts, E., «Abusos y agresiones...», citado, pág. 36. En todo caso, si la falta de consentimiento determina el uso de violencia o intimidación el hecho será calificado como agresión.

⁶³ En este sentido, De Vega Ruiz, J. A., «El acoso sexual como delito autónomo», Colex, Madrid, 1991.

cepto legal de acoso presenta un significado algo más restringido que el vulgar o coloquial, que, según creo, también comprende aquellas acciones consistentes en reiterados contactos corporales leves y sorprendidos⁶⁴. Desde luego, los favores de contenido sexual que se demandan pueden ser de cualquier naturaleza, esto es, tanto consistentes en acceso carnal, penetración anal o bucal, como en otras conductas más leves, y tener como destinatarios al propio solicitante o a un tercero. Naturalmente, resulta indiferente el sexo de los sujetos que intervienen en el hecho típico.

Pero no basta con la mera petición de favores sexuales para calificar la conducta como acoso; el precepto requiere, además, que el sujeto activo, prevaliéndose de la situación de superioridad en que se encuentra, anuncie a la víctima la causación de un mal si se opone a sus deseos; ello significa, entonces, que resulta indiferente la reiteración o persistencia en la solicitud sexual, esto es, lo que propiamente sugiere la palabra acoso, si éste, de modo tácito o expreso, no va acompañado de la correspondiente amenaza. Por tanto, el tipo se configura como un supuesto específico y privilegiado de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito⁶⁵. En cuanto a la situación de superioridad que da lugar al prevalimiento, supone que entre los sujetos ha de mediar una relación que coloque al activo en condiciones de llevar a cabo el mal anunciado, lo que, realmente, sólo resultará posible si se ostenta una posición de jerarquía o ventaja. No obstante, y frente a lo previsto en los casos de abuso, cualquier situación de superioridad no podrá dar lugar a la aplicación del tipo de acoso, sino que ésta debe tener su origen, exclusivamente, en una relación laboral o docente, o que genere expectativas análogas a las que nacen de dichas relaciones⁶⁶.

El anuncio de un mal, por su parte, debe revestir los caracteres de seriedad y verosimilitud de cualquier amenaza, esto es, resultar creíble para la víctima, debiendo, además, estar el sujeto activo en condiciones de poder realizarla⁶⁷. Pero, más concretamente, el mal con que se amenaza ha de consistir en negarle al sujeto pasivo las «legítimas expectativas» que pueda tener en el ámbito de las relaciones ya señaladas⁶⁸, concepto que no resulta sencillo de determinar. Según creo, por expectativa debe entenderse el logro de aquellas prestaciones, mejoras o intereses a que da lugar la relación de que se trate y así, en el ámbito docente, la expecti-

va por excelencia para el alumno es conseguir superar la asignatura, pero en el campo laboral, además de la consecución o mantenimiento en el puesto de trabajo, el aumento de sueldo o el cambio de destino, entre otros, pueden tener igualmente ese carácter. Ahora bien, el problema se complica cuando se añade el requisito de que estas expectativas deberán ser legítimas, lo que pudiera ser interpretado en el sentido de que el sujeto pasivo debe tener derecho a la misma o, lo que es lo mismo, que su concesión debe ajustarse a los cauces regulares, excluyendo aquellas adjudicaciones que están en el ámbito de lo discrecional, al menos de lo que suele denominarse discrecionalidad técnica; interpretación que no sólo restringiría notablemente el ámbito de aplicación del precepto sino que incluso haría perder al mismo su sentido⁶⁹. Desde luego, lo que el término sí parece excluir son aspiraciones ilícitas o aquellas que no sean debidas en el ámbito de la relación. Por otra parte, se ha señalado que, dada la redacción del precepto, el anuncio de un bien o de una recompensa, resultará atípico⁷⁰, pero no cabe desconocer que, en muchos casos, el ofrecimiento expreso de un bien no es más que una formulación verbal equivalente al anuncio de un mal; de este modo, tan típica resulta, a mi juicio, la solicitud sexual bajo amenaza de despido como el mismo requerimiento con el ofrecimiento de continuar en un puesto de trabajo cuya duración se ha agotado pero cuya prórroga constituye una expectativa legítima; tan reprochable parece amenazar con el suspenso como solicitar a cambio del aprobado.

Finalmente, el artículo 184 plantea numerosos problemas concursales, cuya solución requiere también un cierto esfuerzo interpretativo. En primer lugar, y en el llamado concurso de leyes, el precepto se halla en relación de especialidad con respecto a las amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito, resultando, sin embargo, de aplicación subsidiaria respecto de los tipos previstos en los artículos 443 y 444 sobre sollicitación por autoridad o funcionario público. El problema se plantea, sin embargo, cuando la condición se cumple y el sujeto pasivo accede a las relaciones sexuales requeridas, pues cabe preguntarse si el tipo de abuso de prevalimiento en que se incurre absorbe o no al inicial acoso o si, por el contrario, nos encontramos ante un caso de concurso de delitos. A mi juicio, no existe una total identidad entre las figuras previstas por los artículos 181,3º y 184 que permita la consunción

⁶⁴ De hecho estas conductas quedaban comprendidas en el concepto de acoso que proponía penalizar De Vega Ruiz, para quien la sollicitación sexual debía ir acompañada de «gestos, expresiones, tocamientos y otros actos inequívocos». *El acoso sexual...*, citado, pág. 50. A mi juicio, sin embargo, esta figura hubiera sido difícilmente separable de la tentativa de abusos y de la falta de vejación injusta del artículo 620,2.º

⁶⁵ El privilegio, que resulta inexplicable, se produce porque, a tenor de lo previsto en el artículo 171 del Código penal, la amenaza de un mal no constitutivo de delito realizada con cualquier otra condición que no sea de índole sexual será sancionada con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

⁶⁶ En el mismo sentido Orts, E., «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al Código penal de 1995*, T.S. Vives coord., vol. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 953.

⁶⁷ Entiendo que es indiferente que sea el propio sujeto activo o un tercero a instancias de éste quien pueda cumplirla.

⁶⁸ Lo que excluye que la amenaza pueda llegar a ser constitutiva de la intimidación que daría lugar, de acceder a la petición, a un delito de agresión sexual.

⁶⁹ Es indiferente por ello, a mi juicio, que el alumno merezca o no el suspenso o que al trabajador se le haya agotado la duración de su contrato, porque el motivo de la sanción reside en la ilicitud de la condición impuesta. Cuestión distinta será que, en estos casos, resulte más difícil probar que el suspenso o el despido están motivados por la negativa a la sollicitación sexual.

⁷⁰ Orts, E., «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al Código penal de 1995*, citado, pág. 951; el mismo autor pone de relieve la excepción en el caso de resolución favorable de una pretensión por autoridad o funcionario público, que dará lugar a la aplicación del artículo 443, lo que puede ocurrir especialmente en el ámbito docente.

de este último, pues, si bien es cierto que en ambos casos el sujeto activo se prevalece de su situación de superioridad⁷¹, no es menos cierto que en el tipo de acoso, además, se requiere el anuncio de la causación de un mal, conducta que quedaría sin reproche si aceptamos la tesis del concurso de leyes; ello, unido a que en los tipos de sollicitación sexual por funcionario se excluye claramente dicho criterio⁷², nos lleva a pronunciarnos en favor de la existencia de un concurso ideal de delitos entre ambos preceptos, que estarán por tanto en relación de medio a fin⁷³.

IV. LA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La última de las cuestiones que también ha sido objeto de una importante reforma hace referencia a la perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual que, tradicionalmente, han requerido para su persecución denuncia por parte de la víctima⁷⁴ o, en el caso del menor o incapaz, de sus ascendientes, representante legal o del Ministerio Fiscal. El carácter privado de los delitos sexuales ha constituido siempre una cuestión polémica sobre la que la doctrina mayoritaria se ha mostrado generalmente cautelosa y ello por la diversidad de intereses que pueden hallarse implicados⁷⁵.

De un lado, resulta indudable que si la criminalización de este tipo de conductas no responde ya a otro motivo que la defensa de la libertad, no se comprende bien por qué únicamente aquí debe el Estado renunciar a su persecución, de modo particular en los casos más graves de acceso a la sexualidad por medio de violencia o intimidación; junto a ello, es asimismo constatable que el carácter privado resta al delito eficacia por cuanto las presiones que se ejercen sobre la víctima, bien por su entorno familiar o social, bien por el propio sujeto activo, determinan que, en muchas ocasiones, la conducta quede impune.

Pero frente a ese interés colectivo, un cierto sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que en la defensa de la libertad, cuando va referida al ámbito

sexual, debe tenerse en cuenta que resultan también afectados, en mayor medida que en otros casos, valores como la intimidad o la dignidad humanas, que forman parte integrante del propio concepto de libertad sexual. Desde esta perspectiva, señala Díez Ripolles que el objeto de protección en esta clase de delitos está unido a contenidos «personalísimos de autorrealización personal», que pudieran resultar lesionados por las consecuencias de una perseguibilidad de oficio incluso más que por la propia acción típica⁷⁶.

Pues bien, si hasta hoy habían prevalecido los argumentos de carácter más individualista, otorgando a la víctima el pleno dominio sobre la persecución del delito, el nuevo Código penal ha modificado sensiblemente esa situación al declarar, en su artículo 191, que «para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abuso sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada⁷⁷, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia». La reforma, que también en este punto resulta a mi juicio acertada, supone pues que, por vez primera, existe la posibilidad de que el Fiscal, y no sólo la víctima, pueda iniciar la persecución de estos delitos. Bien es cierto que, cuando el Ministerio público sustituya al agraviado⁷⁸, se requiere también expresamente que aquél, mediante un juicio de ponderación motivado, establezca la prevalencia de los intereses en conflicto, lo que supone que el legislador no ha sido del todo insensible a las peculiaridades que presenta la protección de la libertad sexual⁷⁹.

Finalmente, y ampliando los supuestos de la regulación anterior, establece el nuevo texto que «cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal», si bien ahora no se requiere que el representante público realice ponderación alguna de los intereses que pudieran concurrir en el caso, lo que ciertamente no se comprende muy bien, pues también aquí pueden existir legítimos intereses para no iniciar el procedimiento, en especial cuando la víctima, mayor de edad, no se encuentra en condiciones de realizar la denuncia.

⁷¹ En favor del criterio de la absorción se ha pronunciado Orts utilizando precisamente este criterio. Obra citada en nota anterior, pág. 956.

⁷² Según el artículo 445 las penas por el delito de sollicitación sexual se impondrán sin perjuicio de las que corresponda aplicar por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

⁷³ Esta solución permite además evitar la incongruencia que se produciría en los casos en que la conducta sexual a la que se accede constituyese un abuso del tipo básico que tiene prevista la misma pena que el acoso sexual.

⁷⁴ Excepto en los supuestos de exhibicionismo y provocación sexual, así como en los delitos relativos a la prostitución, que eran perseguibles de oficio.

⁷⁵ Un resumen de las distintas posturas doctrinales en Díez Ripolles, J. L., *La protección de la libertad sexual*, citado, págs. 191 y ss.

⁷⁶ *La protección...*, citado, pág. 192.

⁷⁷ La expresión «será precisa denuncia de la persona agraviada...» no excluye, a mi juicio, la posibilidad de que la víctima pueda presentar querrela pues, en definitiva, tanto la denuncia como la querrela son formas de iniciar el procedimiento poniendo en conocimiento de la autoridad la noticia «crimínis».

⁷⁸ Orts mantiene, sin embargo, que el representante legal o el Ministerio Fiscal sólo pueden intervenir cuando la persona agraviada no está en condiciones de interponer la denuncia, y ello a pesar de que el segundo párrafo del artículo 191 prevé expresamente estos casos aludiendo a las personas desvalidas. «Delitos contra la libertad sexual», en *Comentarios al Código penal de 1995*, citado, pág. 974.

⁷⁹ A mi juicio, la denuncia publica a la persecución de estas conductas debe limitarse a los casos menos graves que no hayan supuesto hacer uso de violencia o intimidación.

La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente

Maximiliano Adolfo RUSCONI

1. EL PROBLEMA

La teoría de la imputación objetiva, de acuerdo al desarrollo de los últimos veinticinco años, ha producido, probablemente, una verdadera revolución hermenéutica en el nivel de la fundamentación del injusto del sistema del hecho punible.

El simple interrogante por la conducta prohibida y su realización en el «caso de punibilidad» ha culminado en la actualidad en un juicio de tremenda complejidad y de innumerables ingresos metodológicos. Ese juicio, por lo demás, reafirma o por el contrario pone en crisis, ante cada caso en concreto, los propios límites del derecho penal y manifiesta con indudable nitidez hasta donde está dispuesto a ingresar el Poder Penal del Estado en la vida de cada ser humano¹.

La definición de la conducta prohibida no se contenta en la actualidad con el mero análisis «fáctico» de lo que fue realizado, sino que exige, hoy como nunca, ampliar el campo visual e incluir consideraciones acerca del «rol» del autor, acerca del establecimiento social de niveles de riesgo aceptados, tolerados, o exigidos, acerca de los «deberes de autoprotección» de la víctima², acerca de la participación de terceros —que hoy definen de modo protagónico incluso el injusto penal—, acerca de la confianza razonable en el comportamiento correcto del otro participante de la «escena del ilícito» y acerca de qué hubiera pasado con una actuación correcta del autor.

Algo de esto se quiere decir cuando se define el problema de la ilicitud como una cuestión que refleja un conglomerado «comunicacional».

De un modo u otro lo que está sucediendo reside en una recepción mucho menos burda o más fina del conflicto social por parte de las categorías del sistema del hecho punible que, hasta este momento, habían hecho de la abstracción un mandato científico y se habían desprendido de un conjunto de datos considerados insustanciales para el problema de la imputación y que hoy otorgan una nueva concep-

ción sobre la forma en que se realiza el proceso de subsunción de caso a la norma.

«Lo que fue realizado» hoy no sólo se define con los datos que aporta la realidad sino que recibe adecuado contorno del sistema normativo. El suceso se configura desde la valoración jurídico penal. Posiblemente esta sea la única consecuencia útil de la vieja opción por un concepto de acción «jurídico penal» frente a uno «naturalista».

Ello evidencia, una vez más, un divorcio, quizá temporáneo, de la dogmática penal del «ideal científico del positivismo» y con ello el abandono del método meramente deductivo.

Por ello no debe llamar la atención que en la reflexión sobre puntuales problemas que surgen de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva aparezca como necesario culminar la discusión con una toma de partido sobre el verdadero alcance de algún principio político-criminal que se encuentra, en verdad, «por fuera» del sistema del hecho punible³.

Por ejemplo, en el análisis de alguna cuestión que trataremos, tendremos que evaluar *la real vigencia del principio «in dubio pro reo»*.

Ahora bien, aquí nos ocuparemos de reflexionar sobre uno de las cuestiones que generan más inconvenientes a la hora de definir si el riesgo creado por el agente se ha manifestado en la producción del resultado. Más concretamente: *el problema reside en saber si en la definición del injusto debe darse alguna importancia al hecho de que aún realizando el agente una conducta conforme a derecho —sin violar ningún deber de cuidado— el resultado se hubiera producido igual*. Dentro de esta problemática general, debería atenderse a los matices que generan los cambios de índice de probabilidad en cada caso.

El conocido caso del ciclista servirá, nuevamente, para ejemplificar el tema teórico que comenzamos a abordar: *Un conductor adelanta a un ciclista sin respetar la separación definida normativamente con tal suerte que el ciclista es atropellado. Luego se demuestra que, debido al estado de embriaguez del ci-*

¹ Es absolutamente cierto que este «enriquecimiento» de la definición del ilícito por parte de la teoría de la imputación objetiva se ha manifestado más intensamente en el ámbito del delito imprudente, del cual pretende trasladar a los demás ámbitos gran parte de las precisiones político-criminales. Esto muchas veces no es aceptado por algunos juristas que observan con recelo una tendencia que es caracterizada, a mi criterio en forma arriesgada, como un intento objetivizador del ilícito doloso, ámbito sagrado del finalismo tradicional. De allí que se advierta en términos muy gráficos sobre la «traicionera procedencia de la dogmática de la imprudencia». Ver, Eberhard Struensee, «Acerca de la le-

gitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo», trad. de Fabricio Guariglia, en *El Derecho Penal Hoy*, Libro homenaje a David Baigún, Ed. del Puerto, Bs. As., 1996, págs. 251 y ss

² Ver, sobre esta cuestión, Maximiliano Rusconi, «Comportamiento de la víctima y definición del ilícito», *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, 1996, en prensa.

³ Ver, Enrique Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 16. También, sobre este tópico ver, Rusconi, Maximiliano: *Sistema del hecho punible y política criminal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

clista, era muy probable que el resultado se hubiera producido de todos modos.

No será este el lugar para proponer una solución acabada del tema «más debatido de la postguerra» como lo ha calificado Claus Roxin, sin embargo se pretende, justamente, reflexionar sobre él en «clave político criminal».

La importancia de la cuestión ha estado bien definida, en los últimos años, por Martínez Escamilla:

«Realmente, de la mano de este grupo de casos se plantea, a veces no de manera consciente, el problema nuclear de esta segunda parte de la imputación objetiva: la necesidad o no de un nexo específico entre lesión del deber de cuidado y resultado, el si basta que el resultado previsible se haya causado por una conducta imprudente o es necesario algo más para que el sujeto responda por consumación»⁴.

2. LA TESIS DE QUE LE OTORGA RELEVANCIA AL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO

Según esta tesis se afirma que quien causa imprudentemente un resultado típico no responderá si no se demuestra con certeza o con probabilidad cercana a ella que, de haber actuado prudentemente, el resultado se hubiera evitado.

El argumento base es el siguiente: *el nexo necesario entre conducta disvaliosa y producción del resultado tiene que constatar que el riesgo creado con la acción imprudente ha incidido en la producción de ese resultado.* Si se afirma que, actuando prudentemente, el resultado se hubiera producido igual quiere decir que el riesgo de la acción «no ha empeorado las cosas»⁵.

Uno de los pocos autores que ha profundizado en la justificación de esta teoría es Ulsenheimer. Según este autor los deberes de diligencia tienen por finalidad preponderante la evitación de resultados típicos. Si se demuestra en el caso concreto que, aun respetando la norma el resultado se produce, entonces es claro que la norma, en ese caso concreto, no cumple ningún *efecto protector*. Según el autor alemán, cuando, por las circunstancias especiales del caso concreto, la norma no esté cumpliendo su efecto protector, la lesión del deber de cuidado es irrelevante⁶.

Para el caso que el procedimiento hipotético presente dudas acerca de la desaparición del resultado típico esta teoría acude al principio del *in dubio pro reo* para negar el ilícito.

3. LAS CRITICAS A LA TESIS DE LA RELEVANCIA

Según Martínez Escamilla:

«El gran número de seguidores con que cuenta esta doctrina parece deberse, más que a su corrección, al he-

cho de que, ante un problema tan complejo, la teoría tradicional ofrece una solución clara, una fórmula familiar y no demasiados problemas de fundamentación dogmática»⁷.

Esta afirmación de la autora española como preámbulo a su postura crítica es, por lo menos, algo sorprendente. En principio, una tesis que «ante un problema tan complejo» ofrece una solución clara, a través de una fórmula familiar y escapa de un conjunto demasiado grande de problemas de fundamentación dogmática, ha dado, según mi criterio, grandes pasos en el camino del logro de la corrección. Estos tópicos no son elementos que puedan ser argumentados como puntos «en contra» de la teoría, sino, más bien, buenas razones para sostenerla. Sin embargo, pasemos a analizar las «verdaderas» críticas que ha recibido la tesis:

1. En relación con la fundamentación propuesta por Ulsenheimer, Martínez Escamilla opina que el hecho de que la norma no sea eficaz en el caso concreto para la protección del bien jurídico no dice nada acerca de por qué razón no se puede castigar; más aún, detiene su argumentación crítica en los casos de riesgo permitido. Aparentemente se quiere demostrar que la combinación de la tesis criticada con la aceptación del criterio del riesgo permitido lleva a resultados insostenibles:

«Si el comportamiento imprudente pertenece a una actividad peligrosa permitida, por ejemplo, una operación que, aun realizada conforme a la *lex artis*, conlleva un 15 por 100 de posibilidades de resultado letal, jamás podrá asegurarse que el resultado no se hubiera producido con el comportamiento prudente, dado que este es peligroso, por lo que siempre habría que absolver, a pesar de la causalización imprudente del resultado»⁸.

Sin embargo, la crítica se basa en una incorrecta evaluación del problema. La respuesta al caso planteado requiere que el intérprete se detenga a reflexionar por un momento sobre la «construcción» de un comportamiento alternativo que lleve a la correcta solución del caso. La construcción de este comportamiento alternativo deberá tomar en cuenta el contexto riesgoso de modo que en los casos en los cuales la intervención quirúrgica correcta no asegure la evitación del resultado el sujeto no podrá ser responsable del resultado disvalioso. Pero, ello, a diferencia de lo que opina la autora española, no tiene ninguna vinculación con el porcentaje de riesgo aparente y en abstracto que posea un tipo genérico de operaciones o, la intervención en particular que se analiza, *ex-ante*.

Que una operación peligrosa conlleve un 15 o un 20 por 100 de posibilidades de resultado letal, no impide, de ningún modo, que se pueda afirmar, *ex-post*, que si el accionar del cirujano no hubiera violado el deber objetivo de cuidado con certeza el resultado no se hubiera producido. La afirmación contraria se debe a no advertir correctamente estos dos planos temporales y sus distintas consecuencias dogmáticas. Lo que sí podrá suceder usualmente es

⁴ Margarita Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 193 y ss.

⁵ Enrique Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, págs. 368.

⁶ Para una exposición del pensamiento de Ulsenheimer, ver Martínez Escamilla, *cit.*, págs. 198 y ss.

⁷ Martínez Escamilla, *ob. cit.*, pág. 200.

⁸ *Ob. cit.*, pág. 200.

que el grado de riesgo, aumente el margen del riesgo permitido y con ello anule la presencia en el modelo de imputación de una «violación del deber objetivo de cuidado», pero, obviamente, si ello sucede no tiene sentido preguntarnos por el comportamiento alternativo conforme a derecho y sus eventuales consecuencias.

2. Otro de los puntos críticos reside en la utilización de la fórmula de la «*conditio sine qua non*» para la constatación del vínculo existente entre acción riesgosa y resultado.

En primer lugar, se afirma que su utilización debe generar escepticismo debido a que no se ve claro por qué razón una fórmula que ya ha fracasado en la averiguación de la causalidad va a rendir nuevos y buenos frutos.

Al mismo tiempo se sostiene una crítica que, para los seguidores de la «*conditio sine qua non*» es bien conocida: se afirma que este proceder no nos dice nada acerca de lo realmente sucedido, sino que «juega» sobre una mera hipótesis, algo que nunca sucedió.

Por último, y entrando ahora en un tema realmente complejo, las críticas apuntan al delicado problema de si este proceder debe atender al resultado *en su concreta configuración* o, por el contrario, al resultado *tal y como está descrito en el tipo penal, es decir, con ese nivel de generalidad*. En realidad la crítica apunta a la ausencia de una decisión expresa, en este punto, de parte de los sostenedores de la teoría de la relevancia.

Sin embargo, detrás de todas estas críticas, se encuentra la calificación como insostenibles de los resultados a los que llega esta teoría desde el punto de vista político-criminal. Martínez Escamilla, retoma una crítica muy difundida y que iremos desarrollando en detalle:

«la imposibilidad no sólo práctica, sino también ya en un plano teórico, de probar con seguridad en muchos casos que el resultado no se hubiera producido con el comportamiento correcto.⁹»

3. Una línea crítica muy intensa ha provenido originalmente del desarrollo de la teoría de la elevación del riesgo realizado por Claus Roxin en el ámbito, particularmente, del sistema de imputación del delito imprudente¹⁰. Roxin, parte de criticar la, por él llamada, «teoría del nexo», a partir de las distintas variantes, marcando dos dimensiones susceptibles de fuertes ataques teóricos, según Roxin esa teoría: a) no da una «fundamentación consistente», y b) sus resultados plantean «algunas dudas».

⁹ *La imputación objetiva...*, cit., pág. 205.

¹⁰ Claus Roxin, «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», publicado en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976, págs. 156 y ss.

¹¹ Caso resuelto por el Tribunal Supremo del Reich en 1929. «El acusado había comprado a una firma comercial china pelos de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección. Cuatro trabajadoras resultaron contagiadas por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran

En relación con la remarcada ausencia de fundamentación, Roxin sostiene que la teoría criticada no explica las razones por las cuales hay que exigir cierto nexo entre acción descuidada y resultado y, en todo caso, por qué razón ese nexo falta en los casos utilizados para demostrar la virtuosidad de la teoría (caso del ciclista, caso de los pelos de cabra¹¹, caso del farmacéutico¹² etc.). Según el autor alemán las soluciones ofrecidas sólo están basadas en un fuerte sentimiento jurídico que, en un conjunto de casos, aconseja o, directamente exige, la no punibilidad.

«Se siente que es injusto que alguien sea castigado por una infracción de cuidado aunque el resultado también se hubiera producido con una conducta adecuada. Pues bien, el sentimiento de justicia raras veces se equivoca completamente; pero solo puede basar una teoría sin más fundamentación si la fórmula en la que se plasma garantiza resultados correctos siempre que es aplicado. Y aquí no ocurre eso»¹³.

En cuanto a los «resultados incorrectos» se sostiene que:

a) Existe cierta dificultad práctica, sobre la que luego volveremos, «en el hecho de que la mayoría de las veces no es seguro en absoluto que el resultado no se hubiera producido con una conducta conforme a lo ordenado. Por regla general sólo se puede indicar la mayor o menos posibilidad de ello. Y cuanto menos probable sea que se hubiera producido el resultado aun con una conducta irreprochable, tanto menos convencerá la absolucón al sentimiento jurídico»¹⁴.

Debido a que «si la relación requerida entre imprudencia y resultado en un elemento fundamentador de la responsabilidad, es evidente que tiene que ser probada, es decir, tiene que haber completa seguridad de que concurre para poder condenar»¹⁵. Según Roxin tal comprobación sumada a la vigencia del «in dubio pro reo» confirma que a la teoría del nexo:

«sólo le cabe la elección entre un resultado insostenible teóricamente o un resultado insostenible en la práctica. Sólo puede optar por una de estas dos posibilidades: O bien absuelve a quien actúa infringiendo el cuidado debido, pese a que el resultado presumiblemente se hubiera evitado con una conducta conforme a lo ordenado; solución que desde su punto de partida es la única teóricamente posible, pero que materialmente es sumamente injusta. O bien le condena, cosa que la mayoría considera justa, pero que teóricamente y desde el punto de vista de esa teoría no se puede fundamentar sino como una inadmisibles presunción de culpabilidad»¹⁶.

realmente libres de gérmenes». Citado en Roxin, «Infracción del deber...», cit., pág. 150.

¹² Caso del año 1887. «Un farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Y se pudo averiguar que el médico, si se le hubiera preguntado, si hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina». Citado en Roxin, «Infracción al deber...», cit., pág. 149.

¹³ Roxin, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 159.

¹⁴ Roxin, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 159.

¹⁵ Roxin, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 160.

¹⁶ Roxin, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 160 y s.

b) En segundo lugar Roxín, reacciona contra la racionalidad de la solución misma, incluso en casos de certeza:

«aunque se dejen a un lado los cursos causales dudosos y se parta sólo de casos en los que con una probabilidad rayana en la seguridad se hubiera producido igualmente el resultado aunque la actuación fuera cuidadosa, la impunidad general del agente no parece siempre el resultado correcto... imaginemos lo ocurrido de modo que el conductor del camión, por ir totalmente desatento, sencillamente hubiera atropellado por detrás al ciclista. ¿Acaso debe prescindirse aquí del castigo por homicidio imprudente sólo porque se constate que en un adelantamiento conforme a lo ordenado el ciclista, por su parte, se hubiera lanzado contra el camión a consecuencia de una reacción de cortocircuito y hubiera resultado muerto?»¹⁷.

c) Sin embargo, la crítica recién reseñada no le hace perder de vista a Roxín que todavía queda por responder la pregunta fundamental, es decir:

«¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una causación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente?»¹⁸.

Para decirlo más claro, el autor alemán objeta la teoría del nexo como teoría de la relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho, pero sigue pensando que: a) infracción del deber de cuidado, y b) producción del resultado, no son suficientes para la adecuación típica.

A la pregunta formulada, Roxín contenta con el siguiente procedimiento:

«Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia debe ser absuelto»¹⁹.

En el caso del ciclista que citamos al principio la solución reside en considerar, entonces, que no hay violación del deber objetivo de cuidado. Debido a que el nivel de riesgo de colisión depende del estado de embriaguez del ciclista y no de la infracción de la distancia ordenada para el traspaso.

«En caso de que se pueda afirmar de modo general que algunos ciclistas cuando van bebidos reaccionan al adelantarse los camiones de tal modo que se lanzan ciegamente contra éstos, y si además se puede constatar que

para esa reacción y sus consecuencias es totalmente irrelevante que el conductor mantenga una distancia de 75 cm, que está prohibida, o una separación de 1 m, que está permitida, el hecho de que el conductor adelante dejando una distancia de 75 cm, no se puede considerar como una lesión del deber de cuidado... ni, por tanto como imprudente con respecto a ese concreto resultado de muerte»²⁰.

La solución ofrecida por Roxín no difiere en verdad demasiado de la aplicación de la llamada «teoría del nexo», salvo en la elección terminológica. Sucede que en los casos en los cuales el comportamiento alternativo conforme a derecho no hubiera evitado el resultado, no hay ninguna «elevación del riesgo»²¹. Que esta ausencia de elevación del riesgo se ubique físicamente en el marco de la infracción del deber objetivo de cuidado o que forme parte de un eventual nexo de imputación, no modifica demasiado las cosas. De un modo u otro la comprobación de la elevación del riesgo tiene que manifestarse en el caso concreto. Y, en uno y otro caso, la cuestión fundamental sigue siendo la comparación de los efectos de la acción real, con las eventuales consecuencias de una acción «creada» por el intérprete sólo a efectos de evaluar normativamente el curso causal analizado²².

4. Otra crítica que merece ser atendida es aquella que formula Günter Jakobs. Según Jakobs no suena muy convincente que una «relación real» sea descrita adecuadamente mediante la utilización de una hipótesis.

«debería ser palmario que es errónea la fórmula habitualmente usada según la cual un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando éste no habría tenido lugar sin el comportamiento. No resulta comprensible... cómo una relación real puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión de una hipótesis. Esto rige aquí al igual que en los demás ámbitos. A modo de ejemplo: el verdadero amor hacia alguien no se manifiesta en que esa persona, sin ser otra, no sería amada»²³.

Sin embargo, a nuestro criterio ello se asemeja más a un argumento de efecto que a una crítica reflexiva. Por lo demás la utilización repetida de la idea en los autores que se han ocupado de la temática se parece a una alternativa «para abrir el fuego» y, rápidamente proceder a dar argumentos de fuerza.

En primer lugar, no se trata de describir adecuadamente un hecho real... por lo menos ese no es el fin último. Si lo fuera, sería razonable dejar de convocar al sistema de imputación de la teoría del delito para ello, que como disciplina de reconstrucción histórica o de trabajo empírico deja mucho que desear.

se produjere» y que «en este caso, el incremento del riesgo equivale a su creación», se corresponde con una interpretación incorrecta del funcionamiento sistemático de la teoría. No se afirman las razones por las cuales «creación», es igual a «elevación». Con este criterio los clásicos supuestos de disminución del riesgo también podrían ser considerados como lo contrario, es decir, como una elevación de ese mismo riesgo, debido a que quien es responsable del riesgo menor, del preferible, también ha creado un riesgo. Ver, F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 265.

²³ Jakobs, Günter, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 112.

¹⁷ Roxín, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 161.

¹⁸ Roxín, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 167.

¹⁹ Roxín, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 167 y s.

²⁰ Roxín, Claus, «Infracción del deber...», cit., pág. 168.

²¹ Evidentemente las conclusiones diversas a que llega Roxín en algunos casos se vincula con las hipótesis de falta de certeza acerca de ese riesgo. La tendencia en el autor alemán es pasar por encima del principio del «favor rei».

²² Es por eso que la opinión de Muñoz Conde-García Arán en el sentido de que la «teoría de la imputación objetiva» en el caso del ciclista «considera que el resultado puede ser también imputado, siempre que se demuestre que la acción imprudente supuso un incremento notable del riesgo normal de que el resultado

Se trata, por el contrario de determinar ciertas características de una acción sólo a efectos de legitimar la imputación de un resultado disvalioso²⁴. Ello sólo puede realizarse a través de un «standar» que está brindado por la conducta considerada correcta, aquella del hombre prudente, que no infringe el deber objetivo de cuidado, que se encuentra dentro de los límites del riesgo permitido, etc.

Ahora bien, sucede que —en cada caso concreto— esa conducta correcta con la cual comparar la incorrecta no existe y nunca existirá. Esa es la dificultad ¡insuperable!

Sin embargo, existe otra crítica planteada por Günter Jakobs que debe provocar mayor reflexión. Según este autor:

«las conclusiones obtenidas a través de una operación con hipótesis suelen ser arbitrarias, pues por regla general se dispone de varias modalidades alternativas de comportamiento permitido con sus respectivas y distintas consecuencias, de modo que el resultado puede ser manipulado a través de la selección de un determinado comportamiento de ese arsenal...» «un automovilista no respeta el semáforo en rojo y dos kilómetros más allá, un peatón cae de tal forma delante de su vehículo que —de modo inevitable— el automovilista no puede frenar a tiempo. Cuál es el comportamiento alternativo conforme a Derecho? Haber parado en el semáforo? En tal caso, se salva el peatón, pero sólo en la medida en que no esté permitido elevar la velocidad después del semáforo hasta quedar compensada la diferencia temporal; en tal caso, el accidente se produciría de igual modo. Sin embargo, también constituiría un comportamiento adecuado a Derecho que el automovilista hubiere pasado el semáforo en el período anterior en el que estaba en verde y después hubiese hecho un breve descanso y de nuevo se produciría el accidente. También sería conforme a derecho escoger una calle secundaria para aparecer en el lugar del accidente al mismo tiempo con las consecuencias conocidas»²⁵.

La crítica de Jakobs merece ciertos comentarios. En primer lugar es evidente que lo que hace el autor alemán es introducir, en forma —a nuestro criterio— inoportuna, el conocido juicio de imputación que la dogmática le debe a la teoría del ámbito de protección de la norma. Así, especula con situaciones hipotéticas que se sitúan «por fuera» del alcance protector (definido político-criminalmente) de la norma. Con ello se da un salto al vacío o se pretende que ese sea el único futuro de la tesis que da importancia al comportamiento alternativo conforme a derecho.

De ese modo, la cantidad de comportamientos conforme al derecho que hubieran producido de todos modos el resultado y la cantidad de comporta-

mientos alternativos que lo hubieran evitado estarían sólo limitadas por la imaginación de cada intérprete.

Si el cuadro de situación no pudiera salirse de esta definición estaría claro que la imputación se hubiera transformado en un verdadero caos sólo destinado a divertir a algunos juristas.

Pero, felizmente, existen otras alternativas. Una de ellas —que aquí proponemos— consiste en autolimitarnos en el ejercicio de la imaginación, limitar nuestra creatividad y reducir la cantidad de datos modificables por el intérprete. ¿De qué modo? Pues bien, se trata de concentrarnos en los datos que significan algo relevante para el juicio de imputación, aquellos que han elevado el riesgo o que aportan el elemento central para la afirmación de que la conducta ha violado el deber objetivo de cuidado y que el resultado debe atribuirse a esa violación.

Para ello debemos construir la historia hipotética con *todos* los datos del hecho *real* sólo que sustituyendo el sector de la conducta que se ha ubicado «del lado prohibido» de la franja del riesgo permitido. La única *diferencia específica* entre conducta real e hipotética conforme a derecho, reside en la inexistencia, en la segunda, de la acción violatoria del deber objetivo de cuidado. La historia, en lo que no tiene de incidencia normativa *ex-post*, no debe modificarse.

4. A FAVOR DE LA RELEVANCIA DEL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO

A estas alturas podemos decir que no existen demasiados argumentos como para sostener sólidamente la no relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho²⁶. Al contrario, pareciera que una reflexión sobre el sentido y fin del derecho penal en una sociedad organizada del modo más pacífico posible, recomienda profundizar la búsqueda de nuevos límites al protagonismo que ha adquirido el control formal punitivo de las conductas en la planificación de nuestra convivencia²⁷.

La imputación objetiva se ha transformado en un rico espacio de reflexión en este sentido, quizá porque permite como ningún otro el ingreso de consideraciones de política criminal. Una representación del fin del derecho penal en «frecuencia» político-criminal no podría escapar de reconocer que en estos casos el respeto a la norma como tal no mejora

²⁴ Para argumentar con el ejemplo «sentimental» de Jakobs, podríamos decir que a menudo, en el ámbito de una relación de pareja, una conducta de una de las dos personas es analizada bajo el prisma de la actuación hipotética de «un buen amante», «un buen marido», etc. Si la conducta sale triunfante de esta comparación, podríamos decir que el conflicto, en parte, está superado.

²⁵ Jakobs, *La imputación...*, *op. cit.*, pág. 112.

²⁶ Según Juan Bustos Ramírez, en el ámbito de los delitos culposos, el criterio de los «procesos hipotéticos» mantiene toda su fuerza explicativa para la imputación: «Esto es, si la lesión o puesta en peligro concreta se hubiese producido igualmente, en el caso que la situación típica hubiere sido cuidadosa objetivamente conforme al ámbito de relación, ciertamente tal lesión o puesta

en peligro no se puede imputar a esa situación típica». Juan Bustos Ramírez, «Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas», en *La Imputación objetiva*, Juan Bustos Ramírez-Elena Larrauri, Temis, 1990, pág. 33.

²⁷ La naturaleza «misteriosa» de tal conexión se esclarece si se repara en que el deber de cuidado solamente existe en tanto cumple una finalidad de protección. La acción cuidadosa solamente es debida allí donde es útil desde el punto de vista de la salvaguarda del bien jurídico. Quien no observa un cuidado que hubiera sido ineficaz e inútil no infringe deber alguno y, en consecuencia, el resultado no pueda reprochársele. Ver, M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 479.

la situación de los bienes jurídicos. Ello debe alcanzar como para no convocar al sistema penal a cumplir un papel que no tiene ninguna justificación o explicación funcional²⁸. El derecho penal debe intervenir sólo en los casos en los cuales este «efecto protector» acompañe el devenir del caso. Ello se corresponde perfectamente con el «espíritu» político criminal que ha acompañado al legislador a la hora de establecer como condición objetiva de punibilidad a la producción del resultado en el delito culposo. Así como las infracciones del deber objetivo de cuidado que no producen un resultado disvalioso no son objeto de interés para el derecho penal, del mismo modo sucede con aquella violación del deber de cuidado que no puede ser vinculada, en el aspecto normativo que es relevante, a ese resultado disvalioso. La opinión contraria se encuentra demasiado influida por la percepción de que las cosas, en definitiva, «no han salido bien». En cierta medida recuerda, como ya se ha afirmado, al estilo de razonamiento del «*versari in re illicita*»: *el agente estaba allí, realizando un comportamiento incorrecto, cuando sucedió todo* (!).

5. LA MEDICION DE LA EFICACIA HIPOTETICA DEL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO EN LA EVITACION DEL RESULTADO

Obviamente la aceptación, en general, del pensamiento hipotético en la definición del ilícito no resuelve por sí misma todos los problemas, sino que, por el contrario, plantea otros nuevos en relación con el alcance de esta especie de «criterio negativo de la

²⁸ Absolutamente clara es la opinión de Wolfgang Frisch: «concretamente si el ordenamiento jurídico tolera determinados tipos de comportamiento bajo determinadas condiciones (por ejemplo, el adelantamiento con la observancia de una distancia mínima, los tratamientos médicos con la observancia de determinadas reglas de la *lex artis*) y aún observando tales requisitos pueden verificarse menoscabos de la índole del resultado típico, ello significa que el ordenamiento jurídico, frente a semejantes apariciones residuales del resultado (imaginables bajo determinadas condiciones inusuales), no garantiza ninguna protección (*item* más: no puede garantizarla). Falta entonces la creación de un riesgo desaprobado en relación con tal resultado; este remanente de riesgos está integrado por riesgos residuales no abarcados por el ámbito de protección de la norma (de conducta) y por ende típicamente irrelevantes. Quien actúa crea un riesgo desaprobado en este tipo de casos desde una perspectiva *ex ante*, sólo en la medida en que sea preciso contar con que concurren aquellas circunstancias, en relación con las cuales, siempre otorga protección la observancia de la norma. En resumen: la norma ofrece protección exclusivamente frente a un círculo delimitado de posibles cursos causales; de manera que su vulneración supondrá un riesgo desaprobado si y sólo si comporta uno de los cursos causales circunscriptos; no lo supondrá, en cambio, en relación con aquellos cursos causales, cuya irrupción no puede ser evitada mediante la observancia de la norma». Wolfgang Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. bajo la coordinación de Ventura Püschel, Ed. Colex, Madrid, 1995, pág. 111.

²⁹ No se nos escapa, ciertamente, que nunca ha estado demasiado claro que es lo que garantiza este principio frente a un caso concreto y en que «lugar» del sistema penal es que se manifiesta más nítidamente. Según Julio B. B. Maier: «Su contenido, al menos para el derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acu-

tipicidad». Entre estos problemas se encuentra la definición del grado de probabilidad que debe caracterizar al juicio sobre la evitabilidad del resultado disvalioso a través del comportamiento alternativo correcto.

Existen, en este marco las siguientes alternativas:

1. Que, con certeza, la actuación acorde con el derecho del autor no hubiera cambiado las cosas.
2. Que, con probabilidad rayana en la certeza la actuación alternativa no hubiera modificado la suerte del bien jurídico.
3. Que existen posibilidades equivalentes (50 por 100 para cada opción, por así decirlo) de que el comportamiento alternativo hubiera evitado el resultado o que no lo hubiera evitado.
4. Que, con probabilidad rayana en la certeza la actuación alternativa hubiera evitado el resultado disvalioso.
5. Y, por último, que con certeza el comportamiento hipotético hubiera significado la evitación del resultado.

No entran en juego aquí las dificultades procesales para ubicar el caso juzgado en alguna de estas cinco «ofertas» porcentuales de probabilidad, sino simplemente la estipulación de cual debe ser el criterio normativo que debe guiar al juez en el camino lógico de imputación.

Ahora bien, la determinación de esta cuestión no debe independizarse de un criterio hermenéutico que ha tenido siempre tanta importancia teórica y ha sido tan «vistoso», como casi ninguna manifestación práctica en la definición del ilícito y su exclusión: el «in dubio pro reo»²⁹.

El principio de que toda duda debe guiar la resolución de los casos a favor del imputado obliga a considerar que cualquier estipulación menor a la cer-

sado. Precisamente la falta de certeza respresenta la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aún la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución». *Derecho Procesal Penal, T. 1 Fundamentos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pág. 495.

Parece claro que la responsabilidad sobre la relación de correspondencia entre el suceso histórico y la calificación de certeza sobre determinada reconstrucción de ese suceso, que desemboca en la convicción jurisdiccional de que algo ha sucedido de tal modo se encuentra más en el ámbito del Derecho Procesal Penal y la estipulación de reglas (también la libre valoración de la prueba es una «regla») para *construir «la verdad»*. En este nivel se encuentra el conocido problema del concepto de verdad que utiliza el derecho penal y su capacidad para reconstruir históricamente. Sobre esta cuestión, ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razon. Teoría del garantismo penal*. Trad. del original de P. Andrés Ibáñez, A. R. Miguel, J. C. B. Mohino, J. T. Basoco, R. C. Bandrés, Ed. Trota, Madrid, 1995, pág. 33 y ss.

Aquí el sistema del hecho punible recibe la cuestión ya definida en un ámbito político criminal anterior o por lo menos distinto. Si corresponde al «espacio de juego» de la teoría del delito el de otorgar una u otra consecuencia a las diferentes alternativas cognitivas (duda o certeza).

Nuevamente, según Julio B. J. Maier: «...el aforismo *in dubio pro reo* representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (CN,18), cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia (o una decisión definitiva comparable), pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena, exigencia que se refiere meramente a los hechos y que no soluciona problemas de interpretación jurídica, ni prohíbe ningún método de interpretación de la ley penal, mientras se lleve a cabo *intra legem*», op. cit, pág. 505.

teza se encuentra inhibida de fundar alguna decisión vinculada con la punibilidad, como la propia determinación del ilícito³⁰.

En este sentido sólo el razonamiento expresado en la opción 5) puede legítimamente completar el cuadro de imputación objetiva en la fundamentación del ilícito.

Ya, el 1 por 100 de posibilidad de que la acción conforme a derecho no hubiera cambiado la lesión del bien jurídico, implica una duda acerca de uno de los elementos fundantes de la ilicitud y con ello se habilita la vigencia jurídica del principio de «favor rei».

En ocasiones, llama la atención que algunos autores pretendan reconocer la vigencia del principio citado y, luego, cuando los costos de la admisión de este paradigma de un derecho penal respetuoso del estado de derecho aparecen como muy altos, entonces cambian súbitamente de rumbo. Para demostrar estos «virajes» transcribiremos un extenso pero ilustrativo párrafo de Reyes Alvarado:

«Exigir como requisito para negar la imputación objetiva que la conducta alternativa conforme a derecho hubiera evitado el resultado “con probabilidad rayana en la certeza”, supone en la práctica una inversión de la carga de la prueba y en consecuencia una considerable limitación al principio general de que toda duda debe ser resuelta en favor del sindicado; de esta manera, si dentro del proceso penal no se pudiera demostrar con “probabilidad rayana en la certeza” si la muerte del ciclista ebrio se hubiera producido aun cuando el conductor hubiese efectuado la maniobra de sobrepaso en forma reglamentaria, el acusado debería ser condenado justamente por no estar demostrado “con una probabilidad rayana en la certeza” que el resultado no se debió a su conducta imprudente, es decir, por no estar probada su inocencia.

Esto desde luego, prescindiendo de cualquier consideración sobre la vaguedad misma de un concepto que como el de “probabilidad rayana en la certeza” admitiría las más variadas interpretaciones»³¹.

Aquí el jurista colombiano manifiesta, como vimos, una enérgica defensa del «in dubio pro reo», sin embargo, en el párrafo siguiente, asistimos a un fuerte «viraje» de su posición. Así afirma Reyes Alvarado:

«Por el contrario, admitir como fundamento para excluir la imputación objetiva cualquier probabilidad de que el resultado igualmente se hubiera producido de haberse com-

portado el autor conforme a derecho, es renunciar en la práctica a todo juicio de responsabilidad, pues estando claro que nunca puede saberse con certeza el desarrollo de un curso causal hipotético, siempre existirá por lo menos una pequeña probabilidad de que el resultado también se hubiera producido con conducta conforme a derecho, y en consecuencia siempre se podría negar la imputación objetiva».

En primer lugar, la afirmación de que «uno nunca sabe como se hubieran producido las cosas en un curso hipotético» o cualquier otra parecida, tan repetida como poco profunda, es más efectista que real, olvida, como hemos destacado más arriba, que en este caso nos encontramos con un «montaje escénico» totalmente controlado por el intérprete y, en estas condiciones, son imaginables numerosos casos en los cuales sí existe certeza en la comprobación jurídica del caso. Por ejemplo, si en el momento exacto en el cual el sujeto que conduce el camión hizo impacto con el ciclista ebrio, hubiera pasado a una distancia mayor en 20 centímetros hacia la izquierda, justo como lo exige la regla de tránsito infringida, el intérprete podría tener la certeza —por lo menos en el marco del juego de las reglas de imputación— de que el impacto no hubiera existido y, por lo tanto, ese comportamiento (el exigido) hubiera evitado el resultado disvalioso. Otros cambios hipotéticos en la escena descrita no tienen, ni deben tener, ninguna relevancia normativa. Es por eso que la afirmación de que se renuncia así a todo juicio de responsabilidad no es, de ningún modo, correcta. Sólo hay que recordar que ese juicio requiere la certeza y no otra cosa.

Pero, de un modo u otro, se viola tanto el «in dubio pro reo» si el juicio de imputación se basa en un 10 por 100 de probabilidad, como si se estructura sobre un 90 por 100. Se trata de que, como bien lo afirma Reyes en el párrafo «feliz», toda duda (del tamaño o porcentaje que sea) debe ser resuelta a favor del imputado³².

Las afirmaciones contrarias recientes son algo así, como la afirmación de que «se debe respetar el in dubio pro reo», pero «no tanto». Como si el respeto a una garantía del Estado de derecho pudiera ser graduable y el Estado estar autorizado a «violiar un poco» algunas exigencias republicanas.

³⁰ En forma contraria resuelve la cuestión, Claus Roxin, en *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, T. 1, *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, pág. 242 y ss, parágrafo 11, n.º 72. Roxin excluye la imputación: «cuando el comportamiento alternativo adecuado a derecho habría conducido con seguridad al mismo resultado, porque entonces la transgresión del riesgo permitido no se ha realizado en el desarrollo del suceso que efectivamente tuvo lugar. En cambio, en el caso del ejemplo (el autor se refiere al caso del ciclista descrito de modo que se podría afirmar que probablemente el resultado se hubiera producido igualmente con el comportamiento correcto), se debe sostener la imputación... porque un conducir correcto, no con seguridad, es cierto, pero si posiblemente habría salvado la vida del ciclista; es decir, porque la transgresión del riesgo permitido a través de la no observancia de la distancia lateral elevó de manera jurídicamente relevante la chance de un accidente mortal». Ver la cita del pensamiento de Claus Roxin, en el marco de un análisis mucho más completo, en Fernando Córdoba, «Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus

Roxin», en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ed. Ad-Hoc, n.º 1/2, Bs. As., 1996, pág. 132.

³¹ Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.
³² En contra, Bacigalupo, E., *Manual...*, cit, pág. 369: «Hay...diversidad de opiniones respecto de si el juicio sobre la no producción del resultado requiere que se afirme la *posibilidad o seguridad* de la misma. Desde nuestro punto de vista es suficiente con que la acción ajustada al deber de cuidado hubiera impedido *posiblemente* la producción del resultado». Verdaderamente muy confuso Diego Manuel Luzón Peña, en *Introducción a la teoría general del delito*, Ed. UCA, Managua, Nicaragua, 1995, pág. 113: «Por cierto que será preciso que haya seguridad o al menos una gran posibilidad de que el resultado también se produciría con la conducta correcta para poder afirmar, con certeza o en virtud del *in dubio pro reo*, que el resultado no es precisamente la realización del peligro inherente a la acción incorrecta sin que baste una cierta posibilidad de que también lo hubiera causado la conducta correcta». En el esquema de Luzón la vigencia real del *in dubio pro reo* no está demostrada.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Dificultades para la aplicación del sistema de cuantificación legal de daños a las personas de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)

Angel Luis HURTADO ADRIAN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que lleva por rúbrica, «Modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor», no sólo cambia esta denominación a una normativa, que era la que desde el Texto Refundido, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, se había utilizado en este ámbito, por la nueva denominación de «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», ni tampoco se limita a realizar una serie de modificaciones en la normativa anterior, como se dice en la propia Disposición Adicional, sino que introduce innovaciones en el Capítulo I del Título I (art. 1), dedicado al tratamiento general de la Responsabilidad Civil en el ámbito del tráfico rodado que, por las razones que se irán exponiendo, son difícilmente compatibles con una serie de principios asentados en este sector del ordenamiento jurídico, llegando incluso a chocar con alguna de las intenciones que se proclaman en la propia Exposición de Motivos, como cuando se refiere a la idea de ofrecer una mejor protección, tanto del asegurado como del tercero perjudicado en el ámbito del seguro de responsabilidad civil; lo cual no se compagina bien con su artículo 1.2, desde el momento que en el mismo se ha pretendido encorsetar, mediante una baremización cerrada y vinculante, la cuantificación de los daños y perjuicios que se causen a un tercero como consecuencia de un hecho de la circulación.

En una primera aproximación al tema, la nueva regulación de la responsabilidad civil en sede de circulación viaria, tal y como se acoge en el artículo 1, puede ofrecer problemas de constitucionalidad.

Sin embargo, no necesariamente esos problemas de constitucionalidad que plantea el artículo 1 y el Anexo que lo complementa, deben ser resueltos expulsándolos del ordenamiento jurídico, pues si el mismo permite, dentro de una interpretación sistemática, una lectura compatible con la Constitución, deberán ser conservados.

Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional en una

doctrina que reitera en su conocida Sentencia 186/1990, de 15 de noviembre, dictada por el Pleno, en la que, con cita de otras, se nos recuerda, en el Fundamento Jurídico Séptimo, que el propio intérprete de la Constitución ha venido manteniendo que «las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y de conformidad con la Constitución (SSTC 34/1983 y 67/1984), por lo que sólo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación (entre otras, SSTC 93/1984, 115/1987 y 105/1988)».

Si de la anterior enseñanza se debe hacer uso, sin duda con mayor razón conviene traerla a colación en la materia que abordamos, pues el tema de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y su cobertura por medio de seguros, tiene una incipiente regulación legal que no siempre responde a otra sistemática que no sea la de atender a la coyuntura de un momento concreto, lo que frecuentemente ha llevado aparejado polémicas interpretativas de la norma, por lo que si el legislador, en algún aspecto, no fuere congruente con otros principios asentados en el ordenamiento jurídico, deberá ser reconducido a su cauce mediante una interpretación integradora de la norma en cuestión.

Con todo, es indudable que la cuantificación introducida por la Ley 30/1995 es cuestionable, y no tanto por cuanto introduzca un sistema para la evaluación de los daños y perjuicios, sino porque dicho baremo fija unos topes máximos indemnizatorios que, además, son vinculantes para el órgano que tiene que valorar esos daños y perjuicios, lo cual, por ser así, lo primero que induce a pensar es que se está dando un trato discriminatorio para las víctimas en los accidentes de tráfico, en comparación con otras víctimas que sufran, también, daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual (pensemos en los daños y perjuicios derivados de actuaciones realizadas por médicos, arquitectos, abogados y otros profesionales), con vulneración, por tanto, del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, sin que aparentemente haya razón para ello,

pues, de haberla, lo mínimo que debería haber hecho el legislador al introducir unas limitaciones indemnizatorias tan importantes sería haber dado alguna explicación al respecto.

Sin embargo, nada se dice al respecto en la Exposición de Motivos de la Ley, que se limita a poner de manifiesto la instauración e imposición de un sistema indemnizatorio de cuantificación legal, sin exponer algún argumento razonable en apoyo de dicha limitación indemnizatoria, por lo que si no lo ha hecho así el legislador, no resultaría aventurado presumir que no tenía razones de peso para establecer un sistema indemnizatorio tasado.

Pero es que, además, el sistema indemnizatorio de cuantificación legal, desde el momento que limita las facultades de arbitrio judicial en orden a la valoración de los daños y perjuicios, va a hacer superfluo, en buena medida, el deber de motivar las sentencias que impone el artículo 120.3 de la Constitución Española, y consiguientemente va a afectar al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1, y ello porque, por más que se den las explicaciones que el órgano jurisdiccional estime procedentes para entender que procede una indemnización en una cuantía determinada, todo su esfuerzo resultará baldío puesto que no podrá superar unos topes, aún cuando tenga razones para superarlos, lo cual, obviamente, planteará severas dudas en cuanto al grado de tutela judicial obtenida, y si ésta es plena, ya que la misma habrá quedado cercenada por un tope legal.

II. EL CONTRATO DE SEGURO Y LA NUEVA REGULACION LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A) Relaciones Internas entre asegurador y asegurado

El precepto más controvertido de la Ley se contiene en el apartado 2 del artículo 1, en cuanto establece que los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, «se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley».

Como anteriormente se señaló, el legislador no explica en forma alguna, ni justifica la necesidad de incorporar la presente disposición a nuestro derecho de daños y ello contribuye a crear problemas para su aplicación.

El primero de ellos, deriva de que la indemnización a satisfacer, en la mayor parte de las ocasiones, se va a hacer efectiva por una entidad aseguradora en virtud de un contrato de seguro voluntario que la misma tendrá concertado con un asegurado, esto es, con un seguro de responsabilidad civil generalmente de cobertura ilimitada.

Así las cosas, tal planteamiento nos llevará a preguntarnos cómo se puede compaginar esa cláusula de cobertura ilimitada de la responsabilidad civil con una limitación de la misma a los topes legales.

Si consideramos que la indemnización no puede superar las cuantías del anexo, por más que ello sea

alegando que de esa manera se respeta el dictado de la Ley, estaríamos permitiendo que se vulnerase un principio básico de la contratación cual es el «pacta sunt servanda», recogido en el artículo 1091 del Código Civil, cuando establece que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos», y con ello, igualmente, otra disposición legal. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Primera de 10 de enero de 1989, cuando afirma que al ser la póliza la ley del contrato de seguro, hay que estar a lo que de ella se deduzca a efectos indemnizatorios.

En efecto, el contrato de seguro es un contrato que, aún cuando pueda surtir efectos a favor de un tercero, es bilateral, de manera que cada una de las partes ha de cumplir con las prestaciones que, según las estipulaciones pactadas en la póliza le correspondan; como decíamos, ello no es sino consecuencia del mencionado principio «pacta sunt servanda» y por tal razón, si la entidad aseguradora, llegado el momento de tener que hacer frente a una responsabilidad civil, satisface la indemnización dentro de unos límites, estará incumpliendo su prestación, porque la misma, salvo pacto en contrario, no está sujeta a límite contractual alguno.

Es decir, que son las estipulaciones pactadas en las pólizas las que, como en todo contrato, vinculan a las partes contratantes, por lo tanto también al asegurador, y el riesgo futuro, cuando se concrete, lo que hace es convertir al damnificado en acreedor de la prestación que debe satisfacer ese asegurador y en los términos que se pactó.

Ciertamente, entre perjudicado y asegurador no hay vínculo contractual, pero ello no quita para dejar de considerar que el contrato es la fuente de la obligación para este último, quien a tenor de lo que se comprometió ha de cumplirlo, cuando igualmente lo cumple la otra parte contratante, es decir, el asegurado.

Por lo tanto, si el asegurado abona la prima en la cuantía pactada y, en base a esa cuota, se asume por la entidad aseguradora hacer frente a una responsabilidad civil de manera ilimitada, no parece coherente con el principio de bilateralidad contractual que luego el asegurador abone una indemnización menor a la cobertura que se había comprometido a satisfacer, en contraprestación a la prima percibida. Esto es, desde el momento en que, en función de la prima pactada, se fija el alcance de la cobertura y puesto que ambos extremos deben formar parte del contenido de la póliza del contrato, como indica el artículo 8 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, los términos pactados se han de respetar, puesto que de reducir su prestación una de las partes, sin que lo haga la otra, se produciría un desequilibrio contrario al principio de reciprocidad de las prestaciones, esencial a cualquier pacto bilateral, y que para el caso del contrato de seguro se recoge en los artículos 1 y 73 de la Ley 50/1980.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha manifestado en una línea que es idónea para mantener la postura que se viene exponiendo, en Sentencia de 3 de mayo de 1988, en la que, con cita de otras sentencias, se recuerda que es doctrina reiterada de la Sala «el que, naciendo la obligación indemnizatoria

de la compañía aseguradora, cual aquí ocurre, del seguro voluntario, y por tanto no del delito, sino del contrato, su obligación de cobertura del riesgo y, en consecuencia, de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios que le han sido causados por el asegurado y conductor del vehículo, está incardinada en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, con los límites establecidos en la Ley y en el contrato».

De lo transcrito son dos los puntos a destacar; por un lado, para poner de relieve algo que, aunque pudiese estar claro, no conviene perder de vista, como es que la fuente de la obligación para la Entidad aseguradora no es el hecho ilícito del que deriva la obligación de indemnizar, sino el contrato de seguro con las cláusulas y estipulaciones en el mismo contenidas; y por otro lado, que la obligación de cobertura de la Entidad aseguradora se encuentra sujeta, junto a los límites legales, a los que resulten del propio contrato, por lo que si la cláusula de cobertura de responsabilidad es ilimitada, en esos términos deberá responder el asegurador.

B) El contrato de seguro frente al tercero

Si para aplicar las cuantías indemnizatorias introducidas por la Ley 30/1995 surgen dificultades después de lo dicho hasta ahora, más las habrá si el seguro lo contemplamos desde el punto de vista del beneficiario, respecto de quien el contrato tiene las características de las llamadas estipulaciones en favor de tercero, las cuales, por traer una definición al uso, diremos, siguiendo a Castan Tobeñas, que constituyen «aquél vínculo que se da cuando se estipula que una de las partes contratantes realizará una prestación en provecho de un tercero extraño a la conclusión del contrato y que no esté representado en él, pero que a virtud de esta estipulación queda incorporado al contrato como acreedor de esa prestación».

Se trata de una figura a consecuencia de la cual un tercero, que es totalmente ajeno a un contrato realizado entre otros, adquiere el derecho a una prestación, que surge de ese ajeno contrato, convirtiéndose por ello, como titular que es de un derecho para él creado, en acreedor de un derecho propio, por cuya razón está legitimado para exigir del contratante obligado el cumplimiento de la prestación a que se comprometió.

Así se reconoce en el párrafo 2.º del artículo 1257 del Código Civil, en el que se dice que «si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».

Los efectos indicados se producen a favor del beneficiario del contrato de seguro, pues del pacto entre asegurado y asegurador surge un derecho del primero a exigir del asegurador la indemnización, que tiene su origen en el incierto evento asegurado, en los términos pactados en el contrato de seguro. Bien es cierto que ese tercero beneficiario no está nominalmente individualizado en el momento de la conclusión del contrato, sino que su determinación se produce cuando ocurre ese evento incierto, si es que se da, pero ello no altera la esencia del contrato en

favor de tercero, ya que no habiendo exigido el legislador que éste se encuentre determinado desde el primer momento, nada impide que se pueda concretar después, siendo lo fundamental, no su determinación exacta inicial, sino su determinabilidad posterior por referencia a una circunstancia precisa.

En el ámbito de la circulación de vehículos de motor, será cuando se produzca el hecho de la circulación que da derecho a indemnización, cuando quedará determinado el beneficiario/perjudicado, quien desde ese momento podrá exigir el cumplimiento de la prestación en los términos que a su favor quedó estipulada en el contrato de seguro. Y lo dicho no cambia porque el párrafo 2.º del artículo 1257 del Código Civil, exija, como requisito de eficacia del contrato en favor del tercero, la aceptación por parte de éste, ya que dicho presupuesto no es un obstáculo insalvable, si se concibe tal aceptación a modo de una condición suspensiva, como no puede ser de otra manera en el ámbito del contrato de seguro al que venimos refiriéndonos, en el que, si no es posible, como se indicaba, la determinación inicial del acreedor de la prestación, por esa razón tampoco será posible que esa aceptación se produzca sino a partir del momento posterior en que quede determinado dicho acreedor, quién con la mera reclamación de la prestación habrá mostrado su decisión de aceptar el contenido de lo a su favor estipulado.

Con las indicaciones que se han expuesto sobre la contratación en favor de tercero, y la condición que, como tal tercero beneficiario, tiene en el contrato de seguro quien resulta perjudicado por el hecho de la circulación que da derecho a la indemnización, lo que se pretende poner de relieve, una vez más, es el problema que plantea la aplicación de la Ley 30/1995 al fijar límites a un derecho indemnizatorio surgido a favor de un tercero perjudicado por un hecho de la circulación, cuando éste, en virtud del contrato de seguro, del que resulta beneficiario frente a la entidad aseguradora, tiene derecho sin límites a la indemnización, cuando sea ilimitada la cobertura de la responsabilidad civil; y es que el aceptar sin más la aplicación automática de dicha Ley por el hecho de haber entrado en vigor, lleva aparejado una restricción de derechos, que plantea problemas de derecho transitorio, y que, desde luego, es difícilmente compatible con el espíritu que guió al legislador cuando redactó las Disposiciones Transitorias del Código Civil, entre las cuales se encuentra (véase la Disposición Transitoria 2.ª) el principio de validez y eficacia de los actos y contratos concertados bajo el régimen de la Ley vigente en el momento de su celebración.

Las consideraciones formuladas nos inducen a pensar que no debe darse una aplicación automática de las cuantías y topes indemnizatorios introducidos en la Ley 30/1995, por el mero hecho de su entrada en vigor, pues de hacerlo así implicaría, por un lado, una colisión con el principio «pacta sunt servanda», y por otro lado, sería a costa de dotarla de un efecto retroactivo en perjuicio de unos derechos ganados con arreglo a una Ley vigente en el momento de establecerse, que no se justificaría ni siquiera invocando que la Ley tiene carácter imperativo, pues si la misma lo tiene, no lo tienen menos las disposiciones contenidas en la Ley 50/1980, de Contrato de Segu-

ro, como el artículo 2 de la misma dispone, por cuya razón, si los límites indemnizatorios pactados son unos, esos serán los que deberán ser respetados, porque tanto del artículo 1 como del 73 de propia Ley 50/1980 así se podría deducir. De esta manera, no se quiebran derechos consolidados con arreglo a una normativa vigente anterior, y si la nueva Ley tiene ese carácter imperativo, el mismo deberá proyectarse hacia el futuro, como no puede ser de otro modo a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil.

Por lo tanto, los problemas que surgen como consecuencia del enfrentamiento entre las normas a que venimos haciendo referencia, podrían salvarse mediante el sistema de respetar las cláusulas y condiciones estipuladas en los contratos de seguro en los términos que estén pactados y, en lo sucesivo, mediante una adaptación del contenido de los nuevos contratos a lo prevenido en la Ley 30/1995, solución que entendemos como más aceptable, tanto por razones de seguridad jurídica, como porque con ella se consigue una mejor protección del tercero perjudicado.

III. RESPONSABILIDAD POR CULPA Y RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el fundamento de la responsabilidad extracontractual (*neminem laedere*), cristaliza en el principio de que no hay responsabilidad sin culpa. Y que el Derecho moderno complementa con el axioma de que no puede haber daño derivado de un riesgo previsto sin su justa indemnización, esto es, la existencia de responsabilidades sin culpa.

La doctrina jurídica tradicional aparece así en los textos codificados dominada por el principio de culpa. El causante del daño sólo estará obligado a su reparación cuando su actuación u omisión se vea teñida por culpa o negligencia (véase nuestro artículo 1902 del Código Civil o el 109 y 116 del nuevo Código Penal de 1995). Principio básico culpabilista que conlleva una idea individualista y moralizante de la responsabilidad. Se es responsable en tanto en cuanto se es culpable del daño ocasionado.

Con el desarrollo de la técnica, avance del maquinismo y generalización del tráfico se van a aumentar significativamente las posibilidades de producción de daños y su intensidad, lo cual va a determinar la imputación del daño, a pesar de que el agente causante del mismo no haya actuado de forma culpable. Por tal razón, ante la existencia de un elevado riesgo de daños, determinado por instalaciones, explotaciones o medios de locomoción, se comprende sin especial dificultad que el específico riesgo de daños se imponga al que explota esas instalaciones, utiliza esos medios de locomoción o almacena ciertas mercancías, puesto que podría dominarlos, obtiene un beneficio de su explotación o utilización y, además, puede asegurar los daños que pueda ocasionar como un coste más de la actividad. Como señala Lorenz, el principio subyacente es de la imputación de un determinado riesgo de daños al que lo ha creado.

Se evoluciona, por tanto, de una concepción individualista del derecho de daños a una noción social

de los daños y perjuicios, regida por el principio *pro damnato*. Así, la teoría del riesgo va a incidir sobre la responsabilidad culposa, objetivizándola a través de mecanismos, bien procesales (presunción de culpa con inversión de la carga probatoria), bien sustantivos (exigencia de la diligencia que corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar/necesidad de agotamiento de la diligencia debida).

Por otro lado, va a influir en la promulgación de nuevas leyes superadoras del principio culpabilístico, en aquellos ámbitos de mayor peligrosidad, inspiradas en principios de responsabilidad objetiva o de responsabilidad cuasiobjetiva o atenuada. Tendencia que se inicia con la legislación de accidentes de trabajo y que continúa con la Ley de Navegación Aérea, Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, Ley de Energía Nuclear, Ley de Caza, y que llega, incluso, al régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (Ley 30/1992, de 26 de noviembre —LRJAP/PAC—).

En todo caso, no se debe olvidar que en esta materia ha sido la ley la que ha mitigado las consecuencias que de dicha responsabilidad por riesgo puedan derivarse para el agente causante del daño no culpable, estableciendo, por un lado, la necesidad de aseguramiento obligatorio para tales actividades y, por otro lado, la limitación cuantitativa de las indemnizaciones. Sin embargo, el legislador español viene a quebrar esta tendencia con la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, al instaurar un sistema legal de valoración y cuantificación de los daños y perjuicios, que pretendidamente quiere afectar al régimen general de toda responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, trascendiendo de esa forma de su ámbito jurídico natural del seguro obligatorio; y que, a mayor abundamiento, persigue la finalidad de desplazar y sustituir completamente la responsabilidad por culpa de la responsabilidad por riesgo. En definitiva, se ha pretendido con la nueva regulación eliminar de un sector del ordenamiento jurídico (responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor) el criterio de imputación subjetivo y sustituirlo por un criterio de imputación basado en el riesgo, pero a su vez marcado con un importante matiz culpabilístico, al admitir la concurrencia, eso sí sólo para el perjudicado, de una conducta culposa, de graduable intensidad que puede dar lugar bien a la completa exoneración de responsabilidad para el conductor, bien a una moderación de la responsabilidad y consiguiente reducción de la indemnización para el perjudicado.

En todo caso, interesa resaltar aquí que en los supuestos de colisión de vehículos, esto es, cuando se hayan puesto en marcha dos mecanismos generadores de sendos riesgos, no basta con la relación física existente entre el riesgo creado y la realidad del daño, pues de admitirse la suficiencia de una mera relación causal física, nos llevaría a admitir una responsabilidad por el resultado.

En tal sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 1994 (ponente señor Santos Briz), afirma que «...no se puede considerar aisladamente la mera sucesión causal física de los acontecimientos, y que esa mera relación

causal o sucesión causal de acontecimientos es indiferente a la responsabilidad si no lleva consigo imputabilidad para alguien». Y más adelante precisa, citando otra Sentencia de 8 de noviembre de 1990, «que la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse que haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños».

Como vemos el Tribunal Supremo avisa de los peligros que conlleva el justificar la responsabilidad por riesgo en la simple causalidad material, olvidándonos con facilidad de los principios de imputabilidad, con lo que nos acercaríamos a las ya preteridas responsabilidades por el resultado.

Asimismo, debemos precisar que la responsabilidad por riesgo debe ceder en aquellos supuestos de culpa exclusiva de la víctima. Así lo viene reiterando la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias, como las de 11 de febrero de 1992, 8 de marzo de 1994 y, las más reciente de 27 de noviembre de 1995, cuando afirma que en materia de culpa extracontractual derivada de circulación de vehículos de motor, la aplicabilidad de la doctrina del riesgo —al igual que la de la inversión de la carga de la prueba— queda totalmente excluida cuando aparece probada la culpa exclusiva de la víctima.

IV. LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

A) Alcance de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995

Tal como reza la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la justificación de dicho texto legal hay que buscarla en la necesidad de adaptar a nuestro ordenamiento jurídico, las directivas aprobadas por la Unión Europea pendientes de incorporar y fundamentalmente las terceras directivas en seguros distintos al de vida y en seguros de vida que regulan la autorización administrativa única.

Y dentro de nuestro campo de interés, en especial la Tercera Directiva 90/232/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

Y que se traduce en lo siguiente:

- Únicamente quedan excluidos de cobertura por el seguro obligatorio, los daños personales del conductor.
- La prima única que se satisface en todas las pólizas del seguro obligatorio, da cobertura en todo el territorio del espacio económico europeo.
- En ningún caso puede condicionarse el pago de la indemnización por el seguro obligatorio a la demostración de que el responsable no puede satisfacerla.
- Que las personas implicadas en el accidente

puedan conocer en el plazo más breve posible la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del causante.

- Que en caso de controversia entre el organismo de garantía y el asegurador de la responsabilidad civil, con respecto a quien deba indemnizar a la víctima, se determine legalmente a quien corresponde dicha obligación.

Como es de ver todas las antedichas cuestiones afectan al ámbito material y territorial del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria y no afectan ni se refieren, en absoluto, al régimen general de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el legislador estatal va a aprovechar la inercia comunitaria para añadir otras modificaciones; entre ellas la relativa al régimen general de la responsabilidad civil en el ámbito del tráfico rodado. Y así nos lo dice en la Exposición de Motivos de la Ley, en la que se limita a indicar que se va a recoger (sin dar explicación alguna de por qué razón añada tal innovación, como más arriba apuntábamos) un sistema legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles como consecuencia de la responsabilidad civil en que se incurre con motivo de la circulación de vehículos de motor. Sistema indemnizatorio que se impone con independencia de la existencia o no de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y que se articula a través de un cuadro de importes por conceptos indemnizables. Añadiendo, que dicho sistema constituye, por tanto, una cuantificación legal del daño causado a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal (hoy artículo 116 del nuevo Código Penal de 1995).

Esta afirmación, sin embargo, queda huérfana de reflejo expreso en el propio articulado de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro y se resiente de la desaparición de una Disposición Adicional del Anteproyecto de la Ley de Supervisión, consistente en añadir al artículo 1902 del Código Civil un segundo párrafo cuyo contenido establecía que: «La reparación del daño causado a las personas por el conductor de un vehículo de motor con motivo de la circulación se ajustará a los criterios y límites fijados en el artículo 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor».

En consecuencia, pensamos que la Exposición de Motivos de la Ley no puede alterar ni derogar el régimen general de responsabilidad establecido en el Código Civil. Así como tampoco puede aceptarse que el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, contenido en el «Anexo» de la Ley, constituya una cuantificación legal del daño causado a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, o en su caso, el que derive de aplicar el artículo 116 del Código Penal.

Y ello por varias razones. La primera y fundamental, porque estamos ante dos clases distintas de responsabilidad, como ya hemos visto anteriormente, que responden a principios jurídicos distintos y que tienen diferente naturaleza jurídica, responsabilidad subjetiva y responsabilidad por riesgo.

La segunda, es consecuencia de la anterior, e implica que no se puede desarrollar legislativamente ni

complementar el artículo 1902 del Código Civil, con lo establecido por una Ley que regula la responsabilidad por riesgo y su aseguramiento.

Y por último, sólo precisar que desde el punto de vista de técnica legislativa resulta evidente que se produce, como poco, una cierta disfuncionalidad al tratar de modificar o completar el Código Civil con una Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, lo que conlleva una cierta idea de confusión sobre dos institutos jurídicos diferentes, por un lado, la responsabilidad, y por otro, el seguro, que evidentemente pertenecen a ramas distintas del saber y ordenamiento jurídico, cuales son el Derecho civil y el mercantil.

En tal sentido el Pleno del Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de la Ley de 22 de diciembre de 1994 (antecedente de la Ley 30/1995) postula la necesidad de un máximo respeto para la «sedes materiae» de cada institución. Y añade: «...De esta suerte no resulta correcto modificar, por ejemplo, el Código Civil en una disposición legal de naturaleza administrativa, no sólo porque se altera la sede material, propia del Derecho Privado, sino, además, porque puede desconocerse la competencia de determinados organismos, como la Comisión General de Codificación, o del Departamento Ministerial correspondiente, sea para la elaboración inicial, o para la propuesta de Anteproyecto». Matizando el supremo órgano consultivo que si bien la modificación formal del artículo 1902 del Código Civil ha desaparecido, tras el informe del Consejo General del Poder Judicial, la alteración material subsiste como limitación de la responsabilidad civil derivada del uso del automóvil. Y continúa diciendo que «... El sentido de la observación del Pleno de este Consejo no afecta al fondo de la modificación propuesta, sobre el que en estos momentos no se pronuncia. Concierno al procedimiento que se pretende seguir para modificar un principio tan central y arraigado en el Ordenamiento, cual es el consagrado en el artículo 1902 del CC, sobre responsabilidad patrimonial ilimitada por los daños causados». Para rematar la cuestión con lo siguiente «...El respeto, antes aludido, a las "sedes materiae", y su consecuencia "ratione competentiae", vedaría seguir esta vía de modificación. La introducción del principio de limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva por riesgo, ni tiene conexión alguna con la "supervisión" administrativa de los seguros privados, ni, en rigor, es materia propia, ni menos exclusiva, del derecho de seguros. Es una cuestión sustantiva de responsabilidad civil que debería tener un planteamiento legislativo nítido, frontal y autónomo».

B) Criterios de imputación

La nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, mantiene el distinto régimen de responsabilidad para los daños a las personas (antes, daños corporales) y para los daños a los bienes (antes, daños materiales).

El artículo 1.1 de la Ley establece expresamente como criterio de imputación el riesgo creado por la conducción de vehículos a motor, tanto para los daños causados a las personas como en los bienes.

Y, a continuación, se desdice estableciendo una responsabilidad objetiva atenuada por la conducta o la negligencia exclusiva del perjudicado (que confunde con la víctima) o por la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, para el supuesto de daños a las personas. Siendo de resaltar en este punto la sustitución del término «culpa» por el de «conducta», concepto no técnico que conlleva la posibilidad de que una conducta o actuación no culpable de la víctima se transforme en causa exoneradora de la responsabilidad del conductor que ha movilizó el riesgo.

En el caso de daños a los bienes, imputa la responsabilidad al conductor que resulte civilmente responsable de conformidad con el artículo 1902 y siguientes del Código Civil, o con el artículo 19 del Código Penal (ahora, artículo 116 del Código Penal). Por lo tanto, se trata de un criterio de imputación subjetiva, derivado de ilícito penal o civil. Responsabilidad por culpa que contradice el aserto inicial del párrafo primero de responsabilidad por riesgo.

Vemos, como antes anticipábamos, que la responsabilidad civil por daños corporales que regula el artículo 1 de la nueva Ley responde al criterio de responsabilidad civil objetiva atenuada dentro del ámbito de la responsabilidad por riesgo, lo que comportaría que el régimen general de responsabilidad por culpa, ya sea por la vía del artículo 1902 del Código Civil o del artículo 116 del Código Penal, debería de quedar al margen de la misma. En consecuencia, la responsabilidad civil que regula la Ley 30/1995, desplegaría su eficacia cuando no existiese una conducta culposa del conductor causante de los daños y perjuicios, que no se debe confundir con la responsabilidad por culpa del artículo 1902, puesto que los criterios de imputación de ambas normas, repetimos una vez más, tienen naturaleza jurídica diferente.

De esta manera, se han hecho extensivos al régimen general de la responsabilidad civil en materia de circulación, los criterios que ya existían en el ámbito de la responsabilidad civil para el seguro obligatorio, y tan es así, que el artículo 2.1 de la Ley, que se refiere a la responsabilidad civil que ha de cubrir este seguro, lo hace por vía de remisión al artículo 1, en el que se recogen las disposiciones generales de la misma. Ahora bien, en realidad, ese sistema de cobertura de responsabilidad es doble, pues, por un lado, en lo referente a la derivada de daños corporales se mantiene un régimen de responsabilidad objetiva, aunque sea atenuada, mientras que para los daños materiales rige el principio de responsabilidad por culpa subjetiva.

Lo que ha sucedido con ello, es que al haberse asumido para el régimen general de responsabilidad civil el criterio que orientaba el régimen de responsabilidad civil en el ámbito del seguro obligatorio, se ha producido un efecto que pudiera ser distinto al pretendido, puesto que cuando se causen daños en las personas mediando culpa subjetiva, el criterio de responsabilidad objetiva seguido por la Ley se verá superado y, por ello, deberán entrar en juego los preceptos citados del Código Civil y Código Penal, quedando relegada la responsabilidad establecida en la nueva Ley a una responsabilidad residual para cuando no conste o medie culpa del agente.

Consecuencia de lo que se viene diciendo, llega-

mos a la conclusión de que, en el fondo, el legislador ha creado para la cobertura de la responsabilidad civil por riesgo dos niveles; en un primer grado, hasta los límites del seguro obligatorio, y en otro segundo, hasta las cuantías que se establecen en el baremo de cuantificación introducido por la nueva Ley, quedando al margen y por encima de ellos, hasta la plena «restitutio in integrum», cuando mediante responsabilidad por culpa, el régimen general y distinto del Código Civil.

Tal solución es la que parece más coherente con el principio de culpabilidad y, además, si se enfoca la cuestión de otra manera, y contemplando la responsabilidad a cubrir desde el punto de vista del agente causante del daño, se podrían dar resultados tan desequilibrados, como el premio que, en última instancia, supondría para el más negligente y descuidado de los conductores de vehículo de motor, que el resultado lesivo producido por su temeraria manera de conducir, tuviera idéntico tratamiento legal a efectos indemnizatorios, que el resultado lesivo que se derivase de una acción realizada por el más diligente de los conductores, quien pese a todo, tuviese la desgracia de causar un mal a otra persona.

Por lo demás, la solución apuntada es compatible con el régimen del contrato de seguro y ello, porque, si admitimos que el legislador ha permitido un doble nivel de aseguramiento para los casos de responsabilidad por riesgo, el uno alcanzaría a cubrir hasta los límites del seguro obligatorio, mientras que el segundo llegaría hasta las cuantías que se permiten en la Ley 30/1995. Con el consiguiente paralelismo en las primas a satisfacer, que se deberán fijar en cada contrato en atención a los límites de cobertura garantizados; por lo tanto, prima menor para aseguramiento obligatorio, prima mayor para la responsabilidad tasada de la Ley 30/1995 y, por encima de ambas, la prima para la cobertura de la responsabilidad civil por culpa subjetiva.

Para finalizar este apartado, tan sólo nos queda llamar la atención acerca del tratamiento que se da en la nueva Ley a los inimputables. El punto 2 del apartado primero del anexo dispone que «se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo».

Resulta de todo punto inaceptable que en un Estado social (artículo 1.1 de la Constitución Española), en que los poderes públicos deben asegurar, como uno de los principios rectores de la política social, la protección de los menores (artículo 39.4 de la Constitución), que el legislador deje sin indemnización alguna, e incluso sin derecho al abono de los gastos de asistencia médica y hospitalaria, al menor cuya conducta, que puede ser no culpable, pueda dar lugar a la producción de un siniestro. Es más, pues, a no ser que acudamos a una interpretación correctora del precepto, se le hace de peor condición que a los imputables, ya que la conducta del inimputable, aunque no sea imprudente, se equipara a la culpa de la víctima.

En todo caso, la desprotección instaurada tiene una mayor significación y gravedad por cuanto la misma se efectúa en una norma que consagra el

principio de responsabilidad por riesgo, y se predica con plena eficacia para el ámbito del aseguramiento obligatorio.

C) La reparación de los daños y perjuicios

El daño se configura como presupuesto imprescindible a la hora de hablar de cualquier clase de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, tanto culposa como por riesgo.

En tal sentido, donde no hay interés no hay acción, y para poder ejercitar una acción de resarcimiento debe haberse producido, con anterioridad, un menoscabo, una aminoración patrimonial o extrapatrimonial en la esfera del interés del tercero.

Podrá concurrir la responsabilidad con culpa o con riesgo, pero nunca existirá responsabilidad sin daño. Y además, dicho daño será inmune a las distintas formas de responsabilidad de las que, dicho daño, pueda derivarse.

En cuanto a las clases de daños resultantes de un acto que dé lugar a responsabilidad, podemos sintetizarlos en el daño patrimonial o material y en el daño extrapatrimonial o moral.

Señala Estevill que bien patrimonial es aquél que reúne los caracteres de exterioridad, valorabilidad pecuniaria y que satisfagan una necesidad económica.

Y para de De Cupis, patrimonial es cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material, y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero, idóneo para la satisfacción de una necesidad económica.

Ahora bien, dentro del ámbito de los daños patrimoniales, la doctrina legal y científica viene distinguiendo el *damnum emergens* y el *lucrum cesans*. Y así, para Estevill la noción y diferenciación del daño positivo y ganancia perdida se extrae de la contemplación del evento perjudicial, a la vez que de los efectos que produce. Si dicho suceso sustrae de la esfera del perjudicado los bienes o derechos que éste poseía se habrá producido un caso de daño emergente. En cuanto aquél impida que nuevos elementos o nuevas utilidades se adquieran y disfruten por el perjudicado se estará ante una situación de lucro cesante.

Lo confirma el artículo 1106 del Código Civil al establecer que «la indemnización de los daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». Precepto relativo al derecho de daños que resulta aplicable tanto a los daños contractuales como extracontractuales. Por lo tanto, ambos aspectos, es decir, daño emergente y lucro cesante, han de ser contemplados si queremos reponer al perjudicado en la situación en la que se encontraría de no haberle causado el «*damnum*». Esto es, si queremos alcanzar el principio de indemnidad que preside el derecho de daños.

La Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, también regula el seguro de lucro cesante y lo define señalando que mediante el mismo el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido al-

canzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato (artículo 63 LCS).

Sin embargo, no podemos ignorar las dificultades que plantea la determinación y valoración del lucro cesante en cada caso. Y ya lo presentía el propio Tribunal Supremo (STS de 22 de junio de 1967), cuando afirmaba que «el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante...».

En cuanto a la otra gran clase de daños, los daños morales, nos dice De Angel Yagüez que son los inflingidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales.

Y para Ruggiero el daño no patrimonial o moral es aquel que no produce directa o indirectamente una alteración patrimonial, sino que ocasiona perturbaciones injustas en el estado anímico de una persona (dolor moral y dolores físicos).

En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen y aceptan que los daños morales puedan ser objeto de reparación. Se ha pasado, por tanto, de una inicial negación de la posibilidad de su resarcimiento, llegándose a decir que era inmoral aceptar dinero por los daños sufridos en valores no patrimoniales, a su efectiva reparación por vía compensatoria. Como dice Santos Briz, en relación con los daños morales, la palabra «indemnización» ha de tener el sentido de «satisfacción» al ofendido.

La progresión de nuestra jurisprudencia en orden a la reparación del daño moral tiene su punto de arranque en la Sentencia de 6 de diciembre de 1912, sobre protección del honor de la mujer, y debe resaltarse la Sentencia de 7 de febrero de 1962 que declaró «que en los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede cumplir aquí su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado,

la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral».

Y más recientemente, en la Sentencia de 25 de junio de 1984 el Tribunal Supremo afirma que «Así, actualmente, predomina la idea de “daño moral” representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del “*lucrum cesans*” y/o “*damnum emergens*”, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

Para finalizar este apartado y a fin de completar la presente exposición, queremos referirnos a la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 14 de marzo de 1975, relativa a la reparación de daños en caso de lesiones corporales y muerte, y que establece como postulados fundamentales los siguientes:

Primero.—El principio de la «*restitutio in integrum*», por el que se intenta restablecer a la víctima a una situación tan similar como sea posible a la que poseía en el momento anterior al accidente.

Segundo.—El desglose de la indemnización por partidas razonadas en función del perjuicio y evitando la concesión de una cuantía global, que prácticamente imposibilita su crítica y revisión.

Distinguiendo, la Resolución de 1975, entre perjuicios económicos y perjuicios no económicos.

Como *perjuicios económicos* reconoce los siguientes:

- Los gastos ocasionados a la víctima, antes o después de la consolidación (momento en que la víctima se encuentra en un estado ya no susceptible de mejora); en tal sentido, los gastos médicos y paramédicos, de asistencia técnica y de necesidad de una tercera persona.
- Los gastos relativos al trabajo doméstico que la víctima no puede realizar por sí misma, pero que va a generar en su entorno un trabajo suplementario e incluso la necesidad de contratar un auxiliar para la realización de dichas tareas.
- La falta de ganancia, correspondiente a las pérdidas de salario u otros ingresos profesionales, antes y después de la consolidación.

Como *perjuicios no económicos* distingue:

- El incremento de esfuerzo para obtener en el trabajo el mismo resultado que antes del accidente.
- El perjuicio estético.
- Los dolores físicos.
- Los padecimientos psíquicos (por ejemplo, malestar, sentimiento de inferioridad, disminución

de los placeres de la vida, insomnio, etc.).

— Los padecimientos psíquicos de las personas más próximas.

Pues bien, sin olvidar que la valoración del daño a la persona es, quizás, la cuestión más problemática y ardua que se puede presentar en sede de responsabilidad civil, puesto que concurren factores de justicia material, política legislativa y de seguridad y técnica jurídica, en el apartado siguiente intentaremos analizar si el sistema de valoración del daño establecido por el nuevo texto legal da respuesta y sirve para alcanzar la reparación íntegra de los daños ocasionados a las personas por la conducción de vehículos automóviles.

D) El sistema para la valoración de los daños y perjuicios

Con anterioridad nos hemos referido al apartado 2 del artículo 1.º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el cual dispone que «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley».

Al margen de lo dicho más arriba sobre este apartado, desde otro punto de vista, entraremos a examinar si la indemnización cuantificada en los términos que establece el precepto, en relación con el Anexo de la Ley, asegura la total indemnidad de los daños y perjuicios ocasionados a que se refiere el número 7 del apartado primero de dicho anexo.

Vaya por delante que no vamos a intentar, aquí, abordar una revisión crítica puntual y desmenuzada del sistema de valoración legal, caso por caso, sino que pretendemos, modestamente, realizar una consideración global y general del sistema en orden a verificar si el mismo da respuesta y permite la reparación total de los daños y perjuicios, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, causados en accidente de circulación automovilística. A tal fin veamos la explicación que del sistema ofrece el anexo legal en su apartado segundo:

a) *Indemnizaciones por muerte (tablas I y II)*

— *Tabla I*

Se dice que comprende la cuantificación de los daños morales y de los daños patrimoniales básicos. Atendiéndose para ello al número de los perjudicados y su relación con la víctima, así como a la edad de la propia víctima.

A nuestro modo de ver y entender se opera así la primera incoherencia del sistema. Frente a lo establecido en el apartado 2 del artículo 1 de la propia Ley que distingue entre daños patrimoniales y daños morales, la tabla I, como luego la tabla III para las lesiones permanentes, globaliza en una cantidad única a tanto alzado, daños de distinta naturaleza, sin que se pueda discernir con alguna garantía de certeza qué parte de la indemnización repara el daño

patrimonial (según, el legislador, básico) y que parte intenta compensar el daño moral padecido.

Es decir, se incurre en el error que se quiere corregir; ahora no es el órgano jurisdiccional el que otorga una indemnización a tanto alzado, sin desglosar conceptos y cuantías; ahora es la propia Ley la que cuantifica la indemnización de forma global, rígida, vinculante y sin posibilidad de discriminación. No sabemos por tanto que se quiere indemnizar, pues en un afán totalizador se confunden daños de distinta naturaleza que impiden saber cuanto corresponde al daño patrimonial cuanto al daño moral, y cuyo reparto, necesariamente, será distinto según el grupo en que se incardinan los posibles perjudicados.

Se ignora la Resolución 75/7 del Consejo de Europa en orden al desglose de la indemnización por partidas, y se cercena la posibilidad de revisión y control.

Resultando inoperante la previsión del artículo 115 del Código Penal, en cuanto exige a los jueces y tribunales que establezcan razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, en relación con los artículos 110 y 113 del mismo texto que distinguen entre perjuicios «materiales» y «morales».

— *Tabla II*

Describe los criterios a ponderar para fijar los restantes daños y perjuicios ocasionados, así como los elementos correctores de los mismos.

Tales daños y perjuicios son fijados mediante porcentajes de aumento o disminución sobre las cuantías fijadas en la tabla I y que son satisfechos separadamente.

En tal sentido se contemplan: perjuicios económicos, circunstancias familiares especiales, fallecimiento de ambos padres y víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente. Y como factor corrector de reducción la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente.

El factor de corrección de aumento relativo a los perjuicios económicos, es resuelto de una manera inadecuada e insuficiente, puesto que dicho factor se calcula a partir de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal. Porcentaje de incremento que puede alcanzar el 75 por 100 de la indemnización básica obtenida con la tabla I. Y que se gradúa proporcionalmente con una correlativa escala de ingresos.

Fórmula basada en ingresos que no tiene nada que ver con la adecuada reparación que merece la ganancia dejada de percibir o lucro cesante y que hace ilusorio su resarcimiento, puesto que el incremento de la indemnización se opera sobre la llamada indemnización básica.

b) *Indemnizaciones por lesiones permanentes (tablas III, IV y VI)*

— *Tablas III y VI*

Se corresponden, para las lesiones permanentes, con la tabla I para la muerte. En la tabla VI se describen las secuelas y se establece su puntuación valorativa.

En la tabla III se establecen las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales), y se otorgan valores económicos (en pesetas) a los puntos en atención a la edad de la víctima.

Sin entrar en la polémica de la discusión que se

ha planteado desde el punto de vista médico sobre los criterios de puntuación de la tabla VI, damos por reproducido aquí lo dicho anteriormente para la tabla I.

— *Tabla IV*

Establece los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes. En tal sentido se reconocen como factores de aumento los siguientes: perjuicios económicos; daños morales complementarios; lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima (permanente parcial/total/absoluta); grandes inválidos (necesidad de ayuda de otra persona/adecuación de vivienda/perjuicios morales de familiares); embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente; elementos correctores del apartado primero 7 (según circunstancias) y adecuación del vehículo propio.

Como factor de reducción (según circunstancias) se contemplan los elementos correctores del apartado primero 7 del anexo, en concreto, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final.

Sin dejar de reconocer que esta tabla es más completa que la correlativa para caso de muerte, tenemos que hacerle la misma crítica que antes realizamos para la tabla II, fundamentalmente referida a la imposibilidad de reparar los perjuicios económicos a través de un aumento porcentual de la indemnización básica en base a los ingresos netos de la víctima por trabajo personal.

c) *Indemnizaciones por incapacidades temporales*
— *Tabla V*

Se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla.

Creemos que es con diferencia la tabla más desafortunada de las previstas por el sistema. Para empezar se corrige y matiza la sanidad del lesionado y se circunscribe la misma a los días de baja. Item más, se establece un límite temporal a la incapacidad del lesionado que no podrá exceder de 18 meses.

Parece que se estuviera regulando un seguro de accidentes, un seguro de enfermedad público o privado o bien el seguro obligatorio del automóvil, pero no es así, ya que se está pretendiendo establecer la indemnización por incapacidad temporal derivada de un delito imprudente, de un ilícito civil o de un evento derivado del riesgo de la circulación.

Sin entrar a comentar la cicatería extrema de las cuantías de indemnización diaria, la indemnización básica prevista parece contemplar exclusivamente el daño moral, aunque se refiera que están *también* incluidos los daños morales.

En cuanto a los factores de corrección, los perjuicios económicos se vuelven a contemplar, como en todas las tablas, desde el punto de vista de un porcentaje de aumento de la indemnización básica, teniendo en cuenta los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, por lo que se hace acreedora de la misma crítica. Así, se aplicarán incrementos en la indemnización, de forma automática

e indiscriminada, a personas con determinados ingresos económicos que no sufren lucro cesante alguno (trabajadores por cuenta ajena, funcionarios, etc.) y, por otro lado, se dejará de indemnizar, o se indemnizará formal e insuficientemente, a víctimas que sí han dejado de percibir ganancias (trabajadores por cuenta propia, profesionales liberales, etc.).

E) **Conclusión final**

Se puede afirmar que el sistema de valoración que incorpora la Ley 30/1995, no permite la adecuada y ponderada reparación del daño patrimonial efectivamente causado, y no asegura la total indemnidad de los daños y perjuicios como se afirma en el punto 7 del apartado primero de su anexo, que se queda en mera declaración formal carente de reflejo en las tablas indemnizatorias. Afirmandose lo que lo luego se niega, esto es, el principio de resarcimiento integral (SSTS, entre otras, de 7 de febrero de 1980, 25 de mayo de 1988 y 3 de febrero y 5 de abril de 1989).

Y se podría concluir que su inicial declaración enunciadora de un principio de total indemnidad de los daños y perjuicios causados, no trasciende más allá de su mera formulación y parece quedarse en un sistema de valoración del daño moral, que debe ser igual para todas las víctimas, y *que debe ser atendido desde la perspectiva de un juicio de equidad*, pero que no alcanza al resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos *que debe quedar condicionado a un juicio de prueba*, atendidas las circunstancias del caso concreto.

En todo caso, y dejando a un lado las dudas relativas a la constitucionalidad de la nueva legislación, el sistema de valoración introducido por la Ley 30/1995, entra en colisión con el principio de libre discrecionalidad judicial a la hora de establecer los daños y perjuicios, única manera de otorgar la plena tutela judicial mediante la concesión de la real indemnización procedente en cada caso. Pensemos, por ejemplo, en la incapacidad temporal que exceda de 18 meses, que se queda sin reparación; o, en materia de lesiones permanentes, aquellas secuelas no contempladas expresamente en el anexo legal (numerus clausus) que quedarían sin indemnización.

Todo lo cual choca frontalmente con una jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo (Salas 1.^a y 2.^a), que concibe el seguro voluntario —ilimitado— de responsabilidad civil, como un instrumento de plena protección del tercero perjudicado, en su condición de tercero beneficiario del contrato y cuya finalidad es lograr la plena indemnidad de las víctimas de la circulación automovilística.

BIBLIOGRAFIA

- Angel Yagüez, R: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Civitas. Madrid 1993.
Caballero Gea, J. A.: *Las Responsabilidades Penal y Civil dimanantes del accidente de circulación*. Dykinson. Madrid, 1994.
Castan Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus. Madrid, 1974.
Larenz, Karl: *Derecho Justo*. Civitas. Madrid, 1985.
Pascual Estevill, L.: *Derecho de Daños*. Bosch. Barcelona, 1995.

INTERNACIONAL

Nacimiento, pasión y muerte del código procesal penal italiano de 1989

Francesco CASCINI
Giuseppe CASCINI

1. EL NACIMIENTO DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

La República italiana ha necesitado más de 40 años para darse un código procesal penal diverso del heredado del fascismo, que se remontaba a 1930 y llevaba la firma de Alfredo Rocco y Benito Mussolini. Las vicisitudes legislativas que condujeron a la aprobación del nuevo código se iniciaron a partir del nacimiento de la República (junio de 1946), con la presentación de varios proyectos de ley, que permanecieron todos en el papel a causa de las dificultades creadas por las fuerzas políticas ligadas a la cultura del viejo código.

Por otra parte, en 1978, el Gobierno, sobre la base de una ley de delegación aprobada por el Parlamento en 1974, llegó a preparar un proyecto definitivo de código, que, sin embargo, no fue promulgado porque su planteamiento normativo contrastaba con la legislación antiterrorista que se estaba produciendo en aquellos momentos. El discurso fue retomado tras la fase de la emergencia y, finalmente, después de la aprobación de una nueva ley de delegación en febrero de 1987, el 24 de octubre de 1989 entró en vigor el nuevo código procesal penal.

El modelo en el que se inspira es, tendencialmente, de tipo acusatorio, caracterizado por la neta separación de las fases procesales (investigación y juicio) y de los papeles de acusador y de juez por la vía de la (tendencial) formación de la prueba en el juicio oral.

En el viejo código el ministerio público, órgano de la acusación, ejercía también funciones jurisdiccionales: tenía poderes coercitivos de la libertad personal del imputado y las investigaciones que realizaba gozaban de plena eficacia probatoria en el juicio.

A la figura del ministerio público se superponía la del juez de instrucción que desempeñaba, con evidente contradicción, el papel de investigador y de garante de los derechos del imputado. Hasta finales de los años 60, de la actividad instructora del fiscal o del juez instructor estaba totalmente excluida la defensa, que no fue admitida hasta los primeros años 70, a raíz de una serie de intervenciones de la Corte constitucional y de algunas modificaciones

aprobadas por el Parlamento. Tales innovaciones de tipo garantista, desordenadamente injertadas en un planteamiento de tipo inquisitivo, habían creado un sistema de «garantismo inquisitivo», cuyo resultado fue incidir negativamente sobre la eficacia de la investigación sin ofrecer, en cambio, garantías efectivas al imputado. En efecto, no obstante las reformas de tipo garantista, permanecía como elemento de caracterización inquisitiva del proceso un método de adquisición de la prueba ajeno al principio de contradicción. La prueba era asumida unilateralmente por el magistrado investigador (ministerio público o juez de instrucción) y la intervención de la defensa se producía sólo en la fase de valoración del material probatorio, ya adquirido.

2. EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Antes de abordar el planteamiento del código procesal penal de 1989 hay que hacer una advertencia.

En apenas seis años de vida, el nuevo código ha sido profundamente modificado por intervenciones normativas y decisiones de la Corte constitucional, hasta el punto de transformar sus presupuestos iniciales. Todo ello a lo largo de una serie de vicisitudes muy interesantes que afectan a las cuestiones fundamentales del proceso penal.

Con la esperanza de hacer más fácil el seguimiento de esas vicisitudes se ha preferido comenzar con una descripción del planteamiento inicial del código, solo apuntando únicamente aquellas modificaciones que no han incidido de manera significativa en el sistema y cuya indicación se considera esencial para la economía del discurso, dejando para la última parte la descripción de las transformaciones más importantes.

2.1. La investigación preliminar

2.1.1. *El papel del ministerio público*

El ministerio público era una figura, si se quiere,

marginal en el proceso del código de 1930. En efecto, la fase sumarial, en la mayoría de los casos, estaba, en manos del juez de instrucción, cuyos poderes de acción y de iniciativa eran amplísimos.

El fuerte poder de iniciativa del juez de instrucción se justificaba en el sistema anterior a la entrada en vigor de la Constitución, con el argumento de que antes de 1948 el ministerio público italiano dependía directamente del poder ejecutivo.

Con la Constitución de 1948, en cambio, se eliminó la separación entre ambas magistraturas. En la actualidad, el sistema de acceso es único, único el Consejo Superior de la Magistratura, única la carrera, mientras el paso de las funciones de enjuiciamiento a las de investigación y acusación (y viceversa) resulta posible en cualquier momento a solicitud del interesado y es casi automático. En lo sustancial, los fiscales disfrutaban de las mismas garantías que los jueces.

El alto grado de independencia del ministerio fiscal, íntimamente unido al principio de obligatoriedad de la acción penal (expresamente previsto en la Constitución), ha permitido llevar a cabo una reforma en la que el ministerio público asumió un papel central.

2.1.2. *Poderes de impulso y de control del ministerio público*

El ministerio fiscal es el *dominus* de la fase de las investigaciones preliminares, en la que la defensa tiene un papel absolutamente marginal. En esta fase está encomendada al ministerio público una doble función: de control y de impulso de la actividad de la policía judicial.

En el planteamiento original, el código imponía a la policía judicial la obligación de comunicar al ministerio fiscal las noticias de delito en el plazo de cuarenta y ocho horas. Se trataba de una novedad de notable relieve, en cuanto hacía posible un control efectivo de la policía por parte de la autoridad judicial. En el sistema anterior, en cambio, la policía judicial podía hacer llegar las noticias de delito a la autoridad judicial con mucho retraso, lo que hacía imposible todo control sobre el desarrollo efectivo de las investigaciones, con una sustancial elusión del principio de obligatoriedad de la acción penal. No es una casualidad que los mandos policiales se opusieran a esta previsión, con la alegación capciosa

¹ Esta innovación, no obstante, conlleva el riesgo no desdeñable representado por el posible deslizamiento de los fiscales hacia la mentalidad de la policía judicial; es decir, el riesgo de que los fiscales, empeñados día a día en la actividad de investigación, en estrecho contacto con los órganos de la policía judicial, puedan acabar por compartir o avalar métodos y prácticas no conformes con la ley, abdicando de su propio papel garantista de control en nombre de una pretendida prevalencia de los fines sobre los medios.

Este peligro se hace visible con claridad en la observación de algunas prácticas y existe el riesgo de que pudiera llegar a convertirse en un fácil argumento para quienes —y en Italia son tantos—, de buena o mala fe, querrían separar al ministerio público del orden judicial y reducir su independencia. Argumento totalmente falaz, pues la patología debe ser neutralizada y no asumida como regla, pero la mar de insidioso.

de una objetiva imposibilidad de respetar un plazo tan riguroso y pidiendo a grandes voces su eliminación. Con la reforma de 1992 (de la que se hablará con mayor amplitud) se optó por una solución de compromiso, estableciendo la obligación de la transmisión de la noticia *sin dilación*.

Recibida la noticia de delito, el fiscal puede asumir de inmediato la *dirección* de la investigación, delegando la realización de actuaciones en la policía judicial. Desde este momento, las investigaciones deberán producirse en el ámbito de las directivas impartidas por el ministerio público, que es el titular del poder de investigación y dispone de la policía judicial.

Por otra parte, el código ha previsto fuertes limitaciones al poder de iniciativa de la policía judicial. Esta puede proceder por propia iniciativa a la *intervención* del cuerpo del delito y de las cosas necesarias para la determinación del hecho, pero deberá dar cuenta, en el plazo de 48 horas, al fiscal, el cual dentro de las siguientes 48 horas podrá convalidar la medida o disponer la restitución de las cosas.

Sólo en hipótesis marginales puede la policía llevar a cabo por su iniciativa *registros*, en todo caso sujetos a convalidación en los mismos términos que los secuestros.

La *detención en flagrante delito* debe comunicarse inmediatamente al ministerio público, que podrá disponer la libertad del detenido.

Así, pues, el ordenamiento atribuye al fiscal un papel de fuerte garantía y de control de la legalidad de las actuaciones de la policía.

La atribución al ministerio público del poder de dirección de las investigaciones ha tenido como consecuencia un aumento de la efectividad del principio de obligatoriedad de la acción penal. En efecto, en la realización de investigaciones delegadas, la policía judicial ha podido «beneficiarse» del estatuto de independencia del fiscal, sustrayéndose en buena medida al poder de control de los superiores en el orden jerárquico de la organización policial y, en último término, del ejecutivo.

Esta diversa situación es seguramente una de las razones de la expansión e incisividad de las investigaciones en materia de corrupción política y administrativa que tanto eco han tenido en Italia y en el mundo. En estas investigaciones ha desempeñado un papel determinante la actividad de impulso de las fiscalías, que de hecho ha cerrado el paso a cualquier intento de ralentizar o desactivar aquéllas¹.

De aquí se deriva la necesidad de reforzar, en el plano normativo y en el cultural, el papel de garantía del fiscal, como razón primordial de su independencia y de su integración en el orden judicial.

Desde esta perspectiva tiene mucho interés la posición recientemente adoptada por el Consejo Superior de la Magistratura, al informar una proposición de ley de separación de las carreras de fiscal y de juez. El Consejo ha insistido con vigor en la necesidad de mantener la unidad de las carreras, señalando como valor la difusión, también en el órgano de la acusación, de la «cultura de la jurisdicción», pero, al mismo tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir modificaciones normativas adecuadas para hacer efectiva esa difusión, como, por ejemplo, la previsión de un término máximo de permanencia en la misma función.

2.1.3. **Secreto de las investigaciones preliminares y términos para su realización**

Se ha señalado como elemento caracterizador del planteamiento originario de la reforma la neta separación de fases (investigación y juicio) y la regla de la (tendencial) inutilizabilidad en el juicio oral de los materiales recogidos por el ministerio público en el curso de la investigación.

La investigación preliminar, en el diseño original, estaba, así, destinada casi exclusivamente a la búsqueda de las *fuentes* de prueba (en la terminología utilizada por el legislador). Tal planteamiento permitió a este último invertir la regla en lo relativo al secreto de la investigación. En efecto, en el sistema antes vigente, dado el carácter «instructorio» de la fase de investigación, estaba prevista, a título de garantía, la obligación de comunicación inmediata del inicio de la investigación al afectado por ella. En el nuevo sistema, en cambio, la fase preliminar es (casi) totalmente secreta y no existe ninguna obligación² de dar noticia de la investigación al investigado. Esta obligación surge sólo en el caso de la realización de los actos descritos como de «preconstitución de la prueba» (como registros, embargos), que, por su naturaleza, comportan la adquisición, en la fase de investigación, de elementos utilizables como prueba en el juicio. Además, como es obvio, existe una obligación de información de garantía en el caso en que se haya de proceder al interrogatorio de la persona investigada.

El nuevo código prevé, pues, una investigación secreta, libre de vínculos formales, dirigida personalmente por el ministerio público. Pero el legislador ha entendido que tal libertad de movimientos del fiscal debía ser limitada de algún modo. Por eso se ha previsto un tiempo máximo de seis meses para la realización de las investigaciones. Puede prorrogarse dos veces hasta un máximo de dieciocho meses, pero al concluir el término inicial, debe comunicarse la existencia de la investigación al investigado. De este modo, la investigación secreta no puede durar más de seis meses. Y en caso de realización de actos de investigación fuera de ese límite, se prevé como sanción la inutilizabilidad de los materiales recogidos una vez transcurrido aquel término.

Esta es una de las disposiciones más controvertidas del nuevo proceso. Muchos piensan que dieciocho meses es muy poco tiempo para la realización de cualquier investigación. Por lo demás, se añade, el código no prevé ningún término para la celebración del juicio, por lo que esa previsión es garantía de una investigación breve pero no de un proceso breve.

La razón histórica de esa previsión hay que buscarla en los tiempos bíblicos que caracterizaban a

la instrucción de los sumarios en el marco del código precedente. Sin embargo, es cierto que la solución adoptada peca de cierta ingenuidad, pues las investigaciones sobre fenómenos complejos necesitan con frecuencia mucho más tiempo. Por el momento la única solución, una vez más de carácter excepcional, ha sido ampliar el término máximo de las investigaciones sobre delitos de criminalidad organizada hasta veinticuatro meses (sin comunicación de las prórrogas al investigado).

2.1.4. **El juez de las investigaciones preliminares**

La eliminación de la confusión entre poder investigador y poder decisor que caracterizó al código fascista (piénsese, por ejemplo, en el pretor, que desarrollaba las investigaciones y procedía a continuación a realizar el juicio); junto a la creación de una fase preliminar al juicio oral, dominada por el órgano investigador, y tendencialmente orientada a determinar si se dan las condiciones para el ejercicio de la acción penal (art. 326), ha impulsado inevitablemente al legislador de 1988 a la creación de un órgano tercero e imparcial para que se ocupe, por un lado, del control de la actividad desarrollada por el ministerio público y, en particular, del ejercicio obligatorio de la acción penal (art. 112 de la Constitución), y competente, por otra parte, para conocer de los incidentes que eventualmente pueden plantearse en el curso de las investigaciones preliminares (adopción de medidas cautelares, por ejemplo).

De ahí la creación del juez de las investigaciones preliminares (gip), absolutamente nuevo —no sólo en la experiencia italiana—, esencialmente dedicado a la salvaguardia de los valores cuya presencia en el proceso penal impone la Constitución, como la obligatoriedad de la acción penal (art. 112) y la reserva de jurisdicción en materia de libertad personal (art. 13).

Antes de entrar en el análisis de estas últimas actividades que, junto a la negociación (*patteggiamento*) y a la celebración del procedimiento abreviado —en los que el gip actúa con funciones de juez monocrático sobre la responsabilidad penal—, constituyen las tareas más importantes y delicadas de las que le están encomendadas, parece oportuno reseñar los supuestos que durante las investigaciones preliminares son de competencia del gip:

— *Archivo*. El ministerio público, una vez recibida la *notitia criminis* tiene la obligación de anotarla en el registro de las personas sujetas a investigación, si se conoce el autor del hecho; a partir del momento en que se da cumplimiento a esta formalidad comienzan a correr los términos dentro de los cuales el ministerio público debe dirigir sus solicitudes al juez.

² Incluso el legislador ha introducido, a través de una reforma de agosto de 1995, una prohibición de comunicación de la pendencia de la investigación al sometido a la misma. Esta reforma, ciertamente singular, responde, sobre todo, al interés de los partidos de centro-derecha, que en los últimos años han seguido una línea «garantista» frente a lo que definen como «el exceso de poder de los magistrados». En este caso, se ha afirmado que la comunicación al investigado (en el código: información de garantía)

era utilizada por los magistrados investigadores con finalidades políticas, es decir, como instrumento para perjudicar a los políticos. El «garantismo» de la derecha italiana, que los más perversos consideran consecuencia directa de las vicisitudes judiciales en las que se encuentra implicado el líder del mayor partido, sus familiares y colaboradores, es uno de los fenómenos políticamente más interesantes de la reciente historia italiana pero aquí, por desgracia, sólo puede ser apuntado.

Si el órgano investigador entiende que cuenta con los elementos idóneos para sostener la acusación en juicio (art. 125, normas de actuación del código procesal penal) a propósito de una fundada noticia de delito, ejercerá la acción penal en alguna de las formas permitidas (solicitud de envío a juicio al gip o elección de procedimientos alternativos).

Si, por el contrario, la noticia de delito resulta infundada, o bien los elementos recogidos en el curso de la investigación no sirven para sostener la acusación en juicio, el ministerio público dirige al gip solicitud de archivo. En este caso, el gip puede: a) disponer el archivo; b) convocar a una audiencia —que es necesaria cuando la parte perjudicada formule oposición al archivo—, al final de la cual decidirá si acuerda o rechaza éste.

El rechazo por el gip de la solicitud de archivo puede ir acompañado de la indicación al ministerio público de otras investigaciones a realizar, o bien del requerimiento de que formule la imputación en el término de diez días. En este último caso, es el juez quien se hace cargo —si bien indirectamente— del ejercicio obligatorio de la acción penal.

— *Incidente probatorio*. Permite, ya durante la fase de las investigaciones preliminares, la práctica de pruebas que no podría dejarse para el juicio oral. Se trata de un instrumento excepcional, en cuanto representa una derogación de los principios de oralidad e inmediatez. En efecto, en caso de incidente probatorio, el juez del enjuiciamiento podrá utilizar para la decisión una prueba recogida en la fase precedente por otro juez.

La excepción se ha estimado justificada por la necesidad de anticipar en algunos casos a la fase de las investigaciones la realización de un acto que no es susceptible de aplazarse hasta la fase del juicio (piénsese, por todos, en el supuesto del testigo gravemente enfermo y a punto de morir).

La admisión del incidente probatorio, a petición del ministerio público o de la defensa, corresponde al gip, que es quien asume la prueba, con la intervención contradictoria de las partes y según las reglas de formación de la prueba en el juicio oral.

— *Audiencia preliminar*. No está prevista en el procedimiento ante el pretor, en el que es el fiscal quien emite directamente el decreto de citación a juicio. Tiene por objeto hacer posible el control sobre la corrección del ejercicio de la acción penal por parte del gip —que en esta fase recibe la denominación de juez de la audiencia preliminar—. La función del juez en esta audiencia es verificar, a través de la contradicción de las partes, el fundamento de la petición de apertura del juicio formulada por el fiscal. El juicio tiene lugar en el estado actual del procedimiento, con la atribución de un excepcional poder de integración probatoria cuando la adquisición de nuevos elementos sea decisiva para optar entre el sobreseimiento y el envío a juicio.

En el sistema originario, el poder del gip de disponer el sobreseimiento libre del imputado estaba limitado al caso en que, al final de la audiencia, resultase evidente la no existencia del hecho, que el mismo no está previsto como delito, la presencia de una causa de no punibilidad o la extinción del delito. La necesidad de la evidencia de la falta de funda-

mento de la acusación para que pueda acordarse el sobreseimiento, fue incluida en el artículo 425 del código procesal porque el legislador pretendía evitar cualquier condicionamiento del juez del juicio oral, que en buena lógica acusatoria debe permanecer «puro» —es decir no contaminado por la adopción de ninguna decisión precedente— en relación con la acusación, y quería restringir el control de la audiencia preliminar a los casos de evidente inutilidad del proceso. En este sentido, la audiencia preliminar —aún pudiendo concluir con un sobreseimiento libre— era considerada por la doctrina como un filtro *de procesal* y no *de fondo*. La idea, aunque estimable en principio, ha producido resultados totalmente insatisfactorios. De hecho, la audiencia preliminar ha sido considerada por todos los actores del proceso una fase «inútil», predispuesta exclusivamente para la celebración de procedimientos alternativos (por lo demás, como se verá, bastante rara) y destinada indefectiblemente a concluir con la solicitud de apertura del juicio formulada por el fiscal (los casos de sobreseimiento en audiencia preliminar son poquísimos). No era un resultado que pudiera darse por descontado. En efecto, algunos gip han interpretado de modo diverso su propio papel de filtro, valorizando mucho el primer momento de contradicción representado por la fase de la audiencia preliminar, pidiendo a las partes un plantamiento de los temas de prueba, estimulando la utilización de los procedimientos alternativos, a menudo previa adquisición de nuevos materiales.

Los inconvenientes descritos impulsaron en 1993 al legislador a eliminar el término «evidente» del artículo 425 del código, permitiendo así al juez de la audiencia un control más incisivo sobre el fundamento del ejercicio de la acción penal y sobre la utilidad del juicio oral.

3. LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS

Una de las mayores novedades del nuevo sistema procesal es la introducción de los llamados procedimientos alternativos y, en particular, del juicio abreviado y de la aplicación de la pena a solicitud (negociación). Son institutos completamente nuevos, no sólo en la legislación italiana, y que tienen cierto parentesco con los difundidos hace ya tiempo en los ordenamientos del *common law*, en particular la *summary* inglesa y el *plea bargaining* estadounidense). Con ellos se ha pretendido injertar en un ordenamiento de constitución rígida y fundado en el principio de legalidad procedimientos propios de ordenamientos inspirados en tradiciones y principios muy diferentes.

En esto ha jugado mucho el equívoco, presente en alguna cultura jurídica italiana, que establece una estrecha relación —cuando no una relación necesaria— entre modelo procesal acusatorio y ordenamientos de *common law*, confiriendo apodicticamente carácter científico a un dato puramente descriptivo que tiene origen y razones diversas. De aquí el intento de adaptación al sistema italiano de instituciones de resolución alternativa del procedimiento. Intento, hay que decirlo, seriamente malogrado.

— *Negociación*. El artículo 444 del código procesal brinda al imputado la posibilidad de solicitar, en la fase de las investigaciones preliminares y hasta el momento de la apertura del juicio oral, la aplicación de una pena, prevista para el delito y siempre que, reducida hasta en un tercio, no sea superior a dos años. Si el ministerio público presta su asentimiento a la petición del imputado, el juez (el gip o el juez del juicio) «dicta sentencia imponiendo la pena solicitada». En tal caso no se da lugar al proceso y la sentencia es recurrible sólo en casación. La sentencia de aplicación de pena «está equiparada a un pronunciamiento condenatorio». El juez tiene un poder de control muy limitado sobre la petición del imputado, en tanto que reducido a verificar exclusivamente la corrección de la calificación jurídica del hecho y de la aplicación de las circunstancias y sólo puede absolver al imputado si, en el estado de la causa, llegase a apreciar la inexistencia del hecho, que el mismo no hubiera sido realizado por el imputado o la concurrencia de una causa de no procedibilidad o de extinción del delito. La doctrina³ evidenció inmediatamente la manifiesta contradicción de esta institución con la Constitución. En efecto, parece difícilmente refutable que con la negociación se aplica una pena sin determinación de responsabilidad, con clara violación del principio *nulla poena sine crimine* codificado en el artículo 25 de la Constitución. La imposibilidad de que el juez absuelva al imputado —o de rechazar su petición— en presencia de una prueba insuficiente o contradictoria, hace que la única justificación de la aplicación (y ejecución) de una pena sea esa solicitud, lo que implica un quebrantamiento evidente del principio de indisponibilidad de la libertad personal. Salta a la vista que en la institución de la negociación, de hecho, la solicitud del imputado asume el valor de *prueba legal* sólo superable en presencia de la prueba positiva de la inocencia del mismo.

Como consecuencia de esto, el asunto fue llevado inmediatamente a la Corte constitucional. La fuerte presión política en apoyo de los procedimientos alternativos, cuyo mantenimiento era considerado condición esencial para el buen funcionamiento del proceso, tuvo un peso determinante sobre la decisión de la Corte. Con una sentencia muy discutible —oscura y contradictoria en los puntos más delicados⁴— la Corte «salvó» la negociación, con una corrección sólo marginal. La institución ha sido considerada conforme a la Constitución, pero la Corte ha introducido la posibilidad de que el juez rechace la petición cuando estime que la pena indicada no es «congrua» y por ello no se adecua a la finalidad reeducativa que debe cumplir. Decisión ésta también extremadamente débil, puesto que la Corte tendría que haberse interrogado sobre la «congruencia» de una pena reducida en un tercio sólo por razones procesales.

³ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero Bandrés), Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 746 y siguientes.

⁴ En particular la Corte (sentencia n.º 313 de 1990), aunque negando valor de confesión a la solicitud de negociación, afirma que «el imputado que solicita negociar no niega sustancialmente su

— *Juicio abreviado*. Durante la audiencia preliminar el imputado puede pedir que se le juzgue por el procedimiento abreviado. Si el fiscal accede a la solicitud, el gip decide sobre la responsabilidad del imputado por el delito que se le atribuye, sobre la base de lo instruido en el curso de las investigaciones preliminares. En el caso de condena la pena se reduce en un tercio. Sin embargo, el juez puede rechazar la petición de juicio abreviado, cuando estime que es imposible decidir en el estado actual de los autos por considerar incompleto el material de conocimiento adquirido.

También la doctrina se ha pronunciado críticamente sobre este procedimiento alternativo⁵. En particular, produce perplejidad, también en este caso, la reducción procesal de la pena. Además, parece censurable la conversión de garantías fundamentales, como las reglas sobre la formación de la prueba, en posible objeto de negociación entre las partes. En efecto, de ese modo, por un lado, se consideran las garantías del justo proceso como derechos disponibles, por otra, se abren espacios para *tratos subterráneos* con el fiscal, sumamente peligrosos para la legalidad de la actuación de la acusación pública (el ministerio público podría verse tentado a tratar de obtener el consentimiento para la abreviación del trámite —que, recuérdese, comporta una reducción de pena de un tercio— a cambio, por ejemplo, de una colaboración del imputado).

También el juicio abreviado fue cuestionado ante la Corte constitucional, que en este caso, con una serie de decisiones, ha modificado sustancialmente el instituto. Las principales objeciones de inconstitucionalidad tenían que ver con el carácter no controlable de la facultad del fiscal de negar el consenso a la abreviación del procedimiento, privando así al imputado de la posibilidad de beneficiarse del descuento en la pena. Con las primeras sentencias (66/1990 y 81/1991), la Corte ha impuesto al fiscal la obligación de explicitar las razones de su negativa a consentir la abreviación del procedimiento y ha señalado como único parámetro la posibilidad de decidir el juicio en el estado actual de las actuaciones (es decir, el mismo parámetro sobre cuya base el gip admite o rechaza la solicitud de juicio abreviado) y ha atribuido al juez del juicio oral el poder de controlar la congruencia de la motivación de la negativa del fiscal. Por tanto, después de estas sentencias, en caso de rechazo de la propuesta de consenso por parte del fiscal, deberá producirse el juicio oral, pero el juez, al final del mismo, deberá verificar si el disenso de aquél estaba justificado, sobre la base de la posibilidad de decidir el juicio en el estado de los autos. Cuando el disenso aparezca injustificado, el juez aplicará, en caso de condena, una reducción de un tercio de la pena impuesta. Con posterioridad (sentencia 23/1992) el control del juez del juicio oral ha sido extendido a la decisión del gip

propiamente responsable». Una crítica rigurosa de esta sentencia de la Corte puede verse en Paolo Ferrua, *Studi sul processo penale, II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Turín, 1992.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit.; Paolo Ferrua, *Studi sul processo...*, cit.

desestimatoria de la petición de juicio abreviado. También en este supuesto, al concluir el juicio, el juez podrá aplicar la reducción de pena.

Más recientemente, la Corte ha tenido que revisar parcialmente su propia interpretación. En la sentencia 92/1992 ha llegado a la conclusión de que «la posibilidad de decidir en el estado actual de los autos» no es un parámetro idóneo para garantizar la paridad de tratamiento, en cuanto tal posibilidad de decidir depende exclusivamente de que las investigaciones preliminares sea más o menos completas, quedando por tanto a expensas de decisiones discrecionales e incontrolables del ministerio público. Por otra parte, aun consciente de la insanable inconstitucionalidad del instituto, la Corte ha preferido no intervenir con una sentencia aditiva o manipulativa, y ha invitado al legislador a actuar con urgencia para reconducirlo a la legalidad constitucional. Invitación reiterada en sucesivas sentencias, pero desatendida siempre.

4. EL JUICIO ORAL

El sistema procesal, tal como ha sido descrito, debía tener en el juicio oral, como momento central y garantizado de la reconstrucción del hecho y de verificación de la hipótesis acusatoria, su más elevada expresión de garantismo. La formación de la prueba por las partes, en pie de igualdad, en el juicio contradictorio, ante un juez tercero e imparcial, era la novedad más saliente del nuevo modelo procesal, caracterizándolo intensamente como modelo acusatorio.

En el sistema originario, la regla fundamental era la (tendencial) inutilizabilidad de las adquisiciones de la fase preliminar.

En el diseño del legislador la oralidad, la inmediación y la contradicción de las partes en la formación de la prueba tendrían que haber sustituido al simulacro procesal en que se había convertido el juicio oral durante la vigencia del código fascista, sistema en el cual el juez se limitaba a examinar las actuaciones del juez instructor y/o del fiscal en la fase instructora y emitía su decisión sobre la base de una reconstrucción de los hechos ya realizada previamente. El papel de la defensa, en aquel sistema, aparecía reducido a una confrontación sobre la prueba ya formada, quedando excluida la defensa de la fase de formación de la prueba.

— *Los autos del juicio oral.* La separación de las fases y de las funciones de investigación y juicio buscada por el legislador de 1988 está representada, incluso plásticamente, por la regla de la «duplicidad de autos». En efecto, después de la audiencia preliminar, el juez deberá proceder a la formación de los autos para el juicio, incluyendo en ellos sólo algunas de las actuaciones de la fase preliminar, y, en particular, en lo relativo a las pruebas, sólo la documentación de las consideradas «irrepetibles» (es, por ejemplo, el caso de las entradas y registros). La regla de la no utilizabilidad de lo adquirido en la fase preliminar se ve así reforzada por un sistema que tiende a privar al juez del juicio incluso el «conocimiento» de aquellas actuaciones. Sobre el contenido de los autos del juicio, las partes pueden

intervenir pidiendo la extracción o la inclusión de actuaciones en la fase preliminar del juicio. La importancia, incluso en el plano simbólico, del régimen de «duplicidad de autos» habría, quizá, aconsejado prestar una mayor atención a la formación de los autos del juicio, haciendo de ella una fase contradictoria, anterior, por ejemplo, a la conclusión de la audiencia preliminar. En este sentido se orientan algunas propuestas de reforma presentadas en la última legislatura.

— *El derecho a la prueba.* Suele definirse al nuevo modelo procesal como «oceso de partes». Y, en efecto, se ha confiado casi enteramente a las partes el poder de impulso en materia probatoria. En la fase preliminar del juicio las partes indican los hechos que pretenden probar y piden la admisión de las pruebas. El juez tiene poderes muy limitados sobre la petición de las partes, pudiendo rechazar sus peticiones sólo en el caso de pruebas prohibidas por la ley o cuando se trate de aquellas manifestamente superfluas o irrelevantes. El poder de las partes en materia de admisión de prueba tiene, no obstante, un límite general en la delimitación del objeto de la misma (art. 187), que el legislador ha restringido a los hechos base de la imputación y a la cuantificación de la pena, evitando así peligrosas extensiones del *thema probandum*.

Son pues las partes las que deben proporcionar al juez el material sobre el que ha de decidir.

En fin, hay que señalar que la prueba testifical debe ser solicitada, so pena de preclusión, al menos siete días antes del señalado para la vista, con indicación de las circunstancias sobre las que ha de versar el examen. Transcurrido ese término, sin embargo, las partes tienen derecho a la citación de testigos para hacer contraprueba sobre las circunstancias señaladas por las otras partes. Para la admisión de las demás pruebas, la jurisprudencia dominante, incluso a falta de una norma específica, se orienta en el sentido de señalar como momento límite el del comienzo del juicio oral.

— *El juicio oral.* Pero a las partes les corresponde algo más que la indicación del material utilizable para la decisión. En efecto, acusación y defensa son los protagonistas de la fase de formación de la prueba. Esta fase tiene una detallada disciplina en el código, en particular por lo que se refiere a las pruebas orales (de testigos, peritos, imputado por delitos conexo, imputados). La parte que las ha propuesto procede al examen directo. A continuación las demás partes pueden formular preguntas. Después de éstas la parte proponente puede, a su vez, repreguntar. El interrogatorio debe consistir en preguntas sobre hechos específicos; están prohibidas las preguntas «nocivas», es decir las que puedan perjudicar a la sinceridad de las respuestas; están además prohibidas, pero sólo en el examen directo, las preguntas «sugestivas», es decir, dirigidas a inducir las respuestas.

Una regulación semejante, en la que las técnicas de examen y contraexamen (la llamada *cross examination*) juegan un papel importantísimo en la formación de la prueba, habría merecido mayor atención de parte de los operadores. Sin embargo, salvo raras excepciones, ha faltado —tanto en los abogados como en los fiscales— la formación de una

cultura y de una técnica del examen contradictorio, de la misma forma que han faltado posibilidades de formación en la técnica del interrogatorio cruzado. Esta «pereza» cultural de los operadores es seguramente una de las causas de la crisis del nuevo proceso: en efecto, una mala conducción del interrogatorio cruzado, no sólo impide captar las ventajas del procedimiento contradictorio como método de formación de la prueba, sino que, además, acentúa los inconvenientes.

— *El papel del juez.* En la formación del material utilizable para la decisión, el código prevé, no obstante, también una participación del juez: el presidente del tribunal (incluso a petición de alguno de sus componentes) puede formular preguntas a testigos, peritos y asesores ya interrogados. La intervención del juez hace entrar de nuevo en el juego a las partes, que tienen derecho a ser ellas quienes concluyan el interrogatorio (art. 506).

Además, el juez puede disponer, al final del trámite de instrucción para el juicio, la asunción de nuevos medios de prueba «si resulta absolutamente necesario» (art. 507). La interpretación de esta norma, y en particular el señalamiento de los límites del poder de integración probatoria por parte del juez, ha sido objeto de amplio debate en la doctrina y en la jurisprudencia, debate que ha terminado por extenderse a los nudos fundamentales del modelo procesal introducido en 1989. El carácter necesariamente sintético de este trabajo no permite profundizar en los términos de ese debate e impone una esquematización de las distintas posiciones.

La mayor parte de la doctrina se ha mostrado desde el principio favorable a una interpretación restrictiva de la norma, con acentuación del elemento de la «absoluta necesidad» de la adquisición de nuevas pruebas a los fines de la decisión. En este sentido era clarísima la exposición de motivos del código. Esta es la línea sobre la que se ha movido en una primera fase la jurisprudencia de casación, que, por ejemplo, ha excluido en algunas sentencias la posibilidad de que el juez pudiera disponer la adquisición de las pruebas indicadas fuera de término por las partes. Tal interpretación tenía apoyo, no sólo en el dato literal y en los trabajos preparatorios, sino también en una lectura sistemática de nuevo proceso, en el que la formación de la prueba está confiada íntegramente a las partes en trámite contradictorio y el juez tiene un papel neutral: de la regla del derecho a la prueba de las partes procesales, se extrae como corolario una regla de «disponibilidad» de la prueba por las partes del proceso.

Esta interpretación ha suscitado fuertes objeciones de carácter constitucional. Un principio de disponibilidad de la prueba comporta necesariamente también la disponibilidad del objeto del proceso, lo que entra en colisión con el principio de obligatoriedad de la acción penal. En un plano más general, se añade, una acentuación de la neutralidad del juez determina una inadmisibles «indiferencia» por el resultado del proceso, que de este modo pasa de ser instrumento de determinación de la «verdad» a convertirse en un juego de habilidad en el que vence no quien tiene razón, sino el que juega mejor.

Es claro que detrás de cada una de tales posiciones en la materia hay una cultura diversa —o, si se

quiere, una diversa ideología— del proceso penal. Y no es una casualidad que sobre esta norma se hayan producido, casi al mismo tiempo, dos pronunciamientos, uno de las secciones unidas de la Corte de casación y una de la Corte constitucional, que aunque indicando una línea interpretativa sustancialmente común, evidencian, en el curso de la argumentación, una marcada diferencia cultural. En efecto, las secciones unidas, si bien optan por una interpretación de la norma más extensiva que la originaria (previendo, por ejemplo, la posibilidad de admisión de pruebas cuando haya decaído el derecho de las partes) han demostrado adhesión al principio de imparcialidad del juez, esforzándose en señalar los límites del poder de integración probatoria. En particular, la Corte ha aclarado que la integración probatoria puede ser utilizada sólo para completar el cuadro probatorio dentro de las hipótesis formuladas por las partes y ha excluido que el juez pueda perseguir con este instrumento «una hipótesis reconstructiva propia» (Casación, secciones unidas, 6 de noviembre de 1992, Martín).

La Corte constitucional (sentencia 111/1993, de 26 de marzo), en cambio, no obstante haber llegado a conclusiones análogas, ha seguido una línea argumentativa en la que se evidencia un fuerte prejuicio cultural frente al modelo procesal de tipo acusatorio. Tal decisión, por lo demás, guarda relación con otras de las que se hablará enseguida y con las que la Corte, de hecho, ha transformado el proceso penal de 1889.

— *Lecturas. Utilizabilidad de las investigaciones preliminares en el sistema originario.* Ya se ha dicho que en el modelo originario la (tendencial) inutilizabilidad de los materiales recogidos en la fase preliminar, era una regla fundamental. Obviamente, esta regla valía de manera particular para las pruebas llamadas orales (declaraciones testificales, interrogatorios), para las que el código preveía una detallada disciplina de las excepciones posibles, con una graduación del grado de utilizabilidad.

La primera excepción, totalmente razonable, era la contenida en el artículo 512, que preveía la posibilidad de dar lectura (y de usar para la decisión) las actuaciones del ministerio público cuando «por hechos o circunstancias imprevisibles, se hubiera hecho imposible la repetición». Ninguna posibilidad de utilizar los atestados de la policía judicial, ni las actuaciones del fiscal cuando hubiera podido preverse la imposibilidad de repetición, puesto que en este caso el fiscal debería haber instado el incidente probatorio.

La segunda excepción hacía referencia a la declaración prestada por los testigos en la fase preliminar (art. 500). Podía darse lectura de tales declaraciones sólo para contrastar, en todo o en parte, la deposición efectuada en el juicio oral. La lectura con ese fin hacía posible la incorporación de aquéllas a los autos del juicio oral, si bien las declaraciones prestadas en la fase preliminar sólo podían ser utilizadas para evaluar la credibilidad del testimonio, pero no como prueba.

La tercera excepción tenía que ver con las declaraciones del imputado en la fase preliminar (arts. 503 y 513): era posible dar lectura de tales declaraciones para oponer su contenido al de la declara-

ración prestada en el acto del juicio. En este caso, cuando las declaraciones se habían prestado ante la policía judicial, sólo podían utilizarse para valorar la credibilidad, mientras que las declaraciones prestadas ante el fiscal o el juez de las investigaciones preliminares se incorporaban a los autos del juicio y podían ser utilizadas para la decisión. La misma previsión regía para las declaraciones del imputado contumaz, ausente o que se negase a responder, prestadas ante el fiscal o el juez de las investigaciones preliminares. Diverso era el tratamiento de las declaraciones de imputados en un proceso conexo o vinculado. El código prevé que estas personas presten declaración asistidas por su defensor y puedan hacer uso de la facultad de no responder (art. 210). En el artículo 513 estaba prevista la posibilidad de leer y utilizar las declaraciones de los imputados en un procedimiento conexo, sólo en el caso de que fuera imposible lograr su presencia.

Finalmente, la posibilidad de unir por testimonio las pruebas de otros procedimientos, estaba sujeta a una disciplina muy rigurosa (art. 238): en el caso de un proceso penal, la incorporación sólo era posible de mediar el consenso de las partes y sólo de las pruebas practicadas en el juicio o en incidente probatorio. Tratándose de un proceso civil, la incorporación sólo estaba permitida cuando hubiera recaído sentencia firme. De la documentación de pruebas no utilizables, tratándose de actuaciones del fiscal, podía hacerse uso para contrastar la declaración del juicio.

Nada de toda esta disciplina sigue en pie, como veremos, tras las intervenciones de la Corte constitucional y del legislador de junio de 1992.

5. LA LIBERTAD PERSONAL

En el plano teórico, puede decirse que una de las mayores conquistas de cultura jurídica del legislador de 1988 es un sistema cautelar dotado de las mayores garantías, de acuerdo con la disciplina constitucional. La introducción de la exigencia de rígidos presupuestos (graves indicios de culpabilidad y exigencias cautelares) necesarios para la adopción de cualquier medida cautelar, junto a la previsión de criterios de valoración en la elección de la medida (proporcionalidad y adecuación), tendrían que haber asegurado una aplicación excepcional de las medidas cautelares personales, desde el presupuesto de que la privación al imputado de su libertad personal antes de la sentencia definitiva de condena —conforme al fundamental principio de presunción de no culpabilidad— debe ser considerada *extrema ratio* en el ámbito de un sistema que preve una graduación de medidas, tanto personales como interdictivas, que permitan obtener la salvaguardia de los intereses procesales sin el sacrificio de la libertad personal del imputado.

El legislador había optado por una indicación analítica de los presupuestos y los criterios para la aplicación de las medidas. De éstos, el principal era la existencia de graves indicios de culpabilidad (en la anterior disciplina bastaba con que fueran «suficientes»).

También debía ser cuidadosa la reconstrucción

del presupuesto de las exigencias cautelares. Colmando el llamado vacío de fines típico del sistema fascista y de la política de la emergencia de los años setenta —donde la prisión preventiva se asociaba automáticamente a algunos títulos de delito, con independencia de la finalidad procesal o extraprocesal de la restricción— el legislador ha querido indicar y describir con detalle las exigencias que legitiman la privación de libertad del imputado. Esto habría debido poner fin a los mecanismos autoritarios e inconstitucionales que convertían en regla la privación de libertad *ante iudicium*, al menos para algunas categorías de delitos. Tres eran las exigencias cautelares previstas por el legislador. No obstante, mientras las dos primeras —peligro de contaminación de las pruebas y peligro de fuga— no plantearon problemas de inserción en el sistema, la necesidad de introducir una tercera exigencia cautelar de naturaleza extraprocesal fue objeto de un debate encendido; por las dudas de constitucionalidad en relación con la presunción de no culpabilidad, que una medida dirigida a tutelar intereses diversos de los estrictamente relativos al proceso podía suscitar en los juristas más atentos. A pesar de las legítimas dudas de constitucionalidad —por lo demás, varias veces superadas por la Corte constitucional— prevaleció al fin el criterio de quienes consideraban imprescindible la introducción de una norma que tutelase a la colectividad y la seguridad pública frente al peligro concreto de reiteración de conductas criminales por parte del imputado; esta orientación ha llevado a la disposición del art. 274 c), en torno a la cual continúan suscitándose problemas de compatibilidad con la Constitución, especialmente con referencia a la parte de la norma que prevé la posibilidad de aplicar medidas cuando exista peligro de que el sometido a investigación cometa otros delitos del mismo título de aquellos por los que se procede.

Cuando se trata de los criterios de selección de las medidas aplicables, también el legislador ha querido ser analítico, casi didáctico. En la elección de la medida el juez debe tener en cuenta (art. 275) la «idoneidad específica de cada una en relación con la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares que en concreto debe satisfacer» (principio de adecuación). «Toda medida debe ser proporcionada a la entidad del hecho y a la sanción que se entiende debe imponerse» (principio de proporcionalidad). Y, en fin, «la prisión provisional sólo puede acordarse cuando resulte inadecuada cualquier otra medida» (de nuevo el principio de adecuación, específicamente referido al carácter de *extrema ratio* de la prisión provisional). También en esta materia se ha registrado, por desgracia, en el curso de pocos años, un fuerte retroceso. Más adelante veremos como la emergencia, una vez más, ha dejado de lado principios que habían sido solemnemente enunciados.

Por lo que se refiere al procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares coercitivas, el esfuerzo el legislador se ha esforzado en crear un mecanismo que garantizase la jurisdiccionalidad de la decisión, atribuyendo al juez de las investigaciones preliminares el poder de aplicar, a petición del fiscal, las medidas cautelares. Todas las decisiones en materia de libertad personal son después recurri-

bles, primero, ante el tribunal y, después, en casa-ción. La decisión del tribunal, además, debe producirse, so pena de extinción de la medida, en el término máximo de diez días.

6. EL IMPACTO DE LA REFORMA

Se ha dicho antes (apartado 2) que en seis años de vida el código procesal penal ha sufrido radicales transformaciones. Se ha tratado de una «contrarreforma» verdadera y propia, que ha afectado a puntos neurálgicos del sistema introducido por el legislador de 1989. El curso normativo-jurisprudencial que ha llevado a tales transformaciones merece particular atención, en cuanto engloba aspectos fundamentales de la historia de la jurisdicción en Italia.

6.1. Las razones de la crisis del proceso penal. Hipertrofia del sistema penal

No obstante la larga fase de gestación de la reforma, el encuentro del nuevo código con la realidad no ha sido fácil. En efecto, seis años de experiencia en su aplicación han puesto de manifiesto notables dificultades de realización de los objetivos del nuevo proceso, tanto en el plano de los valores garantistas que le inspiran como en el de la eficiencia operativa. Las causas de esta dificultad son numerosas.

Una de las principales razones de la crisis del nuevo proceso es seguramente la representada por la hipertrofia del derecho penal italiano. Además de los 734 artículos del código penal, está en vigor en Italia una multitud de leyes especiales que castigan los más variados comportamientos, a menudo con penas irrisorias. Sobre todo en los últimos tres decenios, se ha asistido en el país a una impresionante proliferación de normas incriminadoras. Hasta tal punto que la Corte constitucional, en su sentencia 364/1988, de 24 de marzo, debió hacerse cargo de la imposibilidad objetiva de conocer el sistema penal en su totalidad, declarando la inconstitucionalidad de la norma (art. 5 del código penal) que excluía la posibilidad de invocar como excusa la «ignorancia inevitable» de ésta es causa de justificación. Una sentencia que, como Luigi Ferrajoli ha puesto expresivamente de manifiesto, equivale a la declaración de quiebra del sistema penal.

A menudo, los tipos penales se prestan a controversias interpretativas que se arrastran por los tres grados de la jurisdicción, de los que, por lo demás, las personas condenadas hacen un uso generalizado, para retrasar la ejecución de la pena o como sucede con casi todos los delitos contravencionales, para provocar la prescripción de la infracción. Así sucede que el aparato judicial permanece aprisionado bajo la mole de procesos que acaban en nada o en la aplicación de penas puramente simbólicas, sin ninguna eficacia disuasoria de los comportamientos ilícitos.

En el rigor del viejo código el problema de la hipertrofia del derecho penal se había *resuelto* gracias a la dilatación de la fase instructora y al periódico recurso a los expedientes de clemencia. De hecho, la

mayor parte de los procedimientos quedaba simplemente aparcada en espera de las inevitables amnistías, producidas regularmente cada cuatro o cinco años.

Esta situación ha determinado una grave crisis del principio de efectividad del sistema penal y de la función general preventiva de la pena.

Paradójicamente, es la propia ineffectividad del sistema penal lo que ha favorecido su anómala expansión: la quiebra del principio según el cual a toda violación sigue, al menos como regla, una sanción, ha inducido a la clase dirigente italiana (por lo demás corrupta y clientelar) a transferir al sistema penal una multitud de microviolaciones. De este modo, la obligación de asegurar el respeto de la legalidad en amplios sectores de la vida social se ha desplazado al orden judicial, pero, al mismo tiempo, la incorregible ineffectividad del sistema ha permitido asegurar a dilatados estratos sociales que vivían en la ilegalidad una sustancial impunidad. Son emblemáticas al respecto, las vicisitudes del las ilegalidades en materia de construcción y la evasión fiscal. Para ambos tipos de conductas están previstas severas sanciones penales. Sin embargo, las dos clases de delincuencia aludidas son los males más generalizados en Italia, mientras condonaciones y amnistías han permitido siempre a los constructores sin escrúpulos y a los evasores fiscales salirse con la suya.

A todo esto debe añadirse, sobre todo en la última fase de crisis de legitimación de la clase política italiana, la creciente difusión del uso simbólico del derecho penal. La cada vez más evidente incapacidad de resolver los problemas del país, ha llevado a la clase política a utilizar de manera demagógica el instrumento de la sanción penal. La difusión del consumo de estupefacientes, los incendios forestales veraniegos, la violencia en los estadios, para todos los problemas, la única respuesta es la exasperación de las penas y la creación de nuevas figuras de delito.

La sustancial ineffectividad de la pena, se veía por otra parte compensada con el uso masivo y generalizado de la prisión provisional contra la criminalidad organizada y la microcriminalidad difusa.

Con excesivo optimismo, el legislador de 1989 quiso ver en el recurso masivo a los «procedimientos alternativos» —en particular a la negociación y al juicio abreviado— la solución al problema de la sobrecarga de los órganos judiciales. En efecto, en los trabajos preparatorios se lee que el buen funcionamiento del proceso habría estado asegurado mediante la resolución del 80 o el 90 por ciento de los procesos por el cauce de los procedimientos alternativos. Sin embargo, la práctica ha desmentido de manera clamorosa esa previsión, llegando incluso a invertirla: el porcentaje de los procesos así tratados no ha superado el 20 por ciento.

Pero la fijación por el nuevo código de términos rigurosos para la conclusión de la fase de las investigaciones preliminares y la promesa solemne del legislador de no hacer uso de los expedientes de clemencia —que se concretó en una reforma de la Constitución por la que se requiere una mayoría de dos tercios para la aprobación de leyes de amnistía— ha impedido el recurso a los métodos empleados durante la vigencia del viejo código.

La imposibilidad sobrevenida de guardar *en el armario* la gran mayoría de los autos ha hecho explotar el problema: un número enorme de procedimientos ha desembocado en la fase del juicio, retrasando sobremanera el momento de su celebración. Hoy, en la Pretura de Roma, las investigaciones se concluyen en el tiempo de seis meses, previsto por el código, pero la vista pública no podrá iniciarse antes de tres años, a causa de la sobrecarga que pesa sobre los órganos de enjuiciamiento.

Es evidente que un retraso de dimensiones semejantes no puede dejar de incidir sobre el buen funcionamiento de un proceso tendencialmente «oral», en el que el carácter inmediato del juicio es condición esencial e irrenunciable.

La inspiración «garantista» del nuevo proceso había inducido además al legislador a limitar drásticamente el uso de la prisión provisional (*carcerazione preventiva*) —rebautizada como «*custodia cautelare*»— y a fijar como regla la de la libertad del acusado durante el proceso (véase lo que se ha dicho antes).

Pero, he aquí que al dejar de producirse la *compensación* derivada de la generalizada aplicación de la prisión provisional, ha emergido con toda su fuerza el problema de la ineficacia de la sanción penal.

Tales resultados no eran imprevisibles y, en efecto, habían sido anticipados por cuantos invocaban e invocan la necesidad de una inmediata y radical reforma del derecho penal sustancial.

Pero la clase dirigente italiana, cuya crisis de legitimación se inició precisamente en los primeros años de aplicación del código, no tenía ni la fuerza ni la capacidad de emprender reformas *de estructura* y ha preferido incidir en el planteamiento del nuevo proceso, introduciendo modificaciones radicales en materia de formación de la prueba y de prisión provisional.

Y así es como el legislador, ante la dificultad de reducir los tiempos del enjuiciamiento para hacer efectivo el principio de oralidad y de la formación contradictoria de la prueba con intervención de las partes, no ha encontrado nada mejor que hacer que eliminar tales principios, reconociendo pleno valor probatorio a las adquisiciones de la fase preliminar, y reformar íntegramente el instituto de la prisión provisional, restableciendo de hecho la regla de la privación de libertad del acusado durante el proceso.

6.2. El papel de la magistratura y de la Corte constitucional

En la *contrarreforma* del proceso penal, la magistratura y la Corte constitucional han desempeñado un papel determinante.

Hay que decir de inmediato que antes de la entrada en vigor del código la mayoría de la magistratura italiana no se había mostrado particularmente favorable a la reforma. Sólo Magistratura Democrática había participado activamente en el debate sobre la misma y manifestado una adhesión explícita al modelo procesal que se estaba proyectando. Aun cuando, con la perspectiva *ex post*, pueda, quizá, decirse que tal adhesión era más bien la de algunos dirigentes (algunos de los cuales habían participado

directamente en la elaboración del código) que de la asociación en su conjunto. El hecho es que, poco después de la entrada en vigor del nuevo proceso, se formó casi espontáneamente un movimiento de magistrados, de extracción cultural diversa, en torno a una política bien definida: la restauración del sistema procesal antes vigente.

Al mismo tiempo, se ha asistido a un singular fenómeno de *huida de la interpretación*. Tal vez por pereza intelectual, por miedo a lo nuevo, o por hostilidad cultural a la reforma, lo cierto es que la magistratura italiana no sólo no se esforzó, en la actividad cotidiana de interpretación y aplicación, en hacer efectiva la reforma, sino que inició una verdadera y propia acción de boicoteo. Un ejemplo puede ser suficientemente explicativo.

Gran parte de la legislación italiana vigente procede de la época anterior a la entrada en vigor de la Constitución, y buena parte de ella, a comenzar por el código penal, se debe al período fascista. No obstante esto, el recurso a la Corte constitucional por parte de los jueces italianos para denunciar la contradicción de las normas con la Constitución no ha sido nunca muy frecuente, hasta el punto de que seguramente están vigentes todavía normas en contraste con aquélla, como los delitos de sospecha y muchos delitos de opinión. Pues bien, después de la entrada en vigor del nuevo código procesal se inició una serie impresionante de denuncias de ilegitimidad constitucional de las nuevas normas. Podría decirse que no hay norma del nuevo proceso que no haya sido objeto de sospecha de violación de la Constitución. La gran mayoría de los recursos carecía claramente de fundamento, puesto que casi todos los problemas suscitados podían tener solución por vía interpretativa. Pero el hecho de que, frente a diversas posibles interpretaciones, los jueces eligieran siempre la más irracional y se dirigieran a la Corte en solicitud de declaración de la ilegitimidad de la norma, es sintomático de una actitud cultural negativa frente a la reforma.

Y, en efecto, es la Corte constitucional la que dió comienzo al proceso de *contrarreforma* del nuevo código.

6.3. Anamorfosis del proceso acusatorio

Vayamos al análisis de la *contrarreforma*.

6.3.1 Las decisiones de la Corte constitucional

— *Deposición indirecta de oficiales y agentes de policía judicial*. Comienza la Corte con una sentencia aparentemente marginal (la n.º 24/1992, de 31 de enero), pero que en realidad es la palanca con la que, después, poco a poco, se han ido removiendo los principios fundamentales del nuevo proceso. Con el artículo 195,4.º del código procesal penal el legislador había introducido, para los oficiales y agentes de policía, la prohibición de deponer sobre las declaraciones obtenidas de testigo en el curso de las investigaciones preliminares. Norma completamente racional, en tanto que dirigida a evitar arti-

ficiosas evasiones de la regla de inutilizabilidad del material recogido en la fase preliminar y perfectamente coherente con la que prohíbe al fiscal asumir la condición de testigo. Pues bien, la Corte, entendiendo que con esta norma se habría introducido una «injustificada disparidad de trato» entre policía judicial y ciudadano común, la declaró inconstitucional por violación del principio de igualdad (artículo 3 de la Constitución). Fue, es evidente, el primer paso hacia la demolición de la regla de la formación de la prueba en el juicio: los atestados de las declaraciones prestadas ante la policía judicial y al fiscal en la fase preliminar no son utilizables para la decisión, pero, con la intervención de la Corte, las declaraciones prestadas ante la policía pueden entrar a formar parte del material utilizable a través del mecanismo del testimonio indirecto.

— *Lectura de las declaraciones prestadas en las investigaciones preliminares (arts. 500 y 513)*. De nuevo la Corte constitucional. Con dos sentencias (las de n.º 254 y 255 del 3 de junio de 1992) declaró no conformes a la Constitución en cuanto «irrazonables» la norma que no permitía utilizar para la decisión los atestados de las declaraciones prestadas por testigos en la fase preliminar y utilizadas para contrastar la credibilidad de las prestadas en el juicio y la norma que no permitía utilizar para la decisión las declaraciones prestadas en la fase preliminar por el imputado de delito conexo que en el juicio hiciese uso del derecho a no responder. En ambas sentencias, el *iter* argumentativo de la Corte resulta muy discutible: con gran desenvoltura, incluso conceptual, la Corte afirma que es función del proceso la averiguación de la verdad y que las normas que limitan el «saber» del juez son «irrazonables» y, por tanto, no conformes con la Constitución. La doctrina ha criticado duramente tales decisiones. Con ellas, se ha dicho, la Corte da la espalda a un debate doctrinal de años sobre la función del proceso y sobre la «verdad» y, en sustancia, ha *constitucionalizado* un modelo procesal de tipo inquisitivo. Además, ha suscitado fuertes críticas el recurso al parámetro de la «racionalidad»: hasta ese momento la Corte había recurrido a él sólo como clave de lectura del principio de igualdad (art. 3 de la Constitución) para censurar normas que introducían «irrazonables» disparidades de tratamiento. Por vez primera tal parámetro resulta utilizado de modo *absoluto*, es decir, desvinculado de la valoración en orden a las consecuencias de una norma, en términos de negación o reducción de derechos. De este modo, el parámetro constitucional se hace vago, evanescente, difícilmente inscribible en una norma o en un principio constitucional. En efecto, la «racionalidad» tiene más que ver con la esfera de la oportunidad política que con la de la validez constitucional de una ley.

6.3.2. *El decreto-ley de junio de 1992*

Inmediatamente después de las sentencias de la Corte, intervino el gobierno con el decreto-ley 306/1992, de 8 de junio.

Son momentos inmediatamente posteriores al gravísimo atentado mafioso que costó la vida a Giovanni Falcone, magistrado símbolo de la lucha con-

tra la mafia, a su mujer y a tres hombres de su escolta. El país estaba profundamente conmocionado. La coalición de gobierno salía derrotada de las elecciones de abril, es el inicio de una grave crisis de legitimación, que explotará enseguida con la implicación de sus más autorizados exponentes en las investigaciones de corrupción.

En este contexto se produce la enésima «vuelta de tuerca» en materia procesal: la única respuesta que la clase política es capaz de dar a la violencia mafiosa es, una vez más, un giro de cariz emergencial con una contracción de las garantías del proceso penal.

— *Autos de otros procedimientos (art. 238)*. La regla de la imposibilidad de utilizar actuaciones de otros procedimientos resulta invertida: es posible incorporar la documentación de la prueba practicada en otros procedimientos, si hubiera sido obtenida en un incidente probatorio o en el juicio oral. Mediando el consenso de las partes, puede llevarse a la causa testimonio de las declaraciones prestadas en el curso de las investigaciones preliminares de otros procedimientos. De este modo, el juicio contradictorio queda reducido a pura forma: el hecho de que una prueba haya sido obtenida contradictoriamente basta para hacerla transferible a otra causa, sin que importe quienes fueron las partes de aquel juicio y si la parte frente a la que se pretende utilizar dicha prueba había participado en él. Con la excepción de los procesos de mafia (véase más adelante) sigue en pie, no obstante, el derecho de las partes a pedir el interrogatorio de la persona de cuyas declaraciones se trate.

La autorización a utilizar —con el consenso de las partes— el testimonio de las investigaciones preliminares de otros procedimientos es del todo irracional si se piensa que no son utilizables, ni siquiera con el consenso de las partes, los autos de las investigaciones preliminares del mismo procedimiento.

— *Doble vía para los procesos de mafia (términos; derecho a la prueba)*. Las disposiciones más relevantes de la reforma de junio de 1992, tienen que ver, no obstante, sólo con los procesos de mafia, para los que se ha consagrado un auténtico régimen procesal diferenciado (la llamada doble vía). En efecto, las investigaciones preliminares por los delitos de mafia podrán durar hasta dos años y no deberá hacerse ninguna notificación de la prórroga al investigado. Además, queda sin efecto (art. 190 bis) el derecho a interrogar a los testigos o a los imputados por delito conexo cuyas declaraciones —prestadas en un incidente probatorio o en otro procedimiento— hayan sido obtenidas en el juicio oral. Se trata de una modificación de ruptura, en cuando la inmensa mayoría de los procesos por delitos de mafia se funda casi exclusivamente en declaraciones de los colaboradores de la justicia (los llamados *pentiti*), que adquieren necesariamente la condición de imputados por delito conexo. Por consiguiente, en estos procesos, la prueba oral y el juicio contradictorio prácticamente desaparecen y a la defensa le queda únicamente el derecho a contrainterrogar a los testigos de la acusación, es decir, el único instrumento para una defensa efectiva en procesos en

los que la prueba se apoya casi exclusivamente en la credibilidad del colaborador.

— *Prisión provisional.* También la intervención del legislador de 1992 en el tema de la prisión provisional ha comportado rupturas. A través de la modificación del artículo 275, se ha introducido, para algunas categorías de delitos, un verdadero y propio sistema cautelar: la regla de la *extrema ratio* se ha visto invertida y para los imputados de estos delitos «se aplica la prisión provisional, salvo que aparezcan elementos de los que resulte la inexistencia de exigencias cautelares». Así, pues, para no aplicar la prisión provisional es necesaria la prueba positiva de la ausencia de exigencias cautelares, y se sustrae al juez toda valoración de la proporcionalidad y la adecuación, valoración efectuada con carácter general y abstracto por el legislador. Esta norma ha sido modificada posteriormente, en agosto de 1995, limitando la *cuasi obligatoriedad* de la prisión provisional a los delitos de mafia.

— *Informaciones falsas al fiscal (art. 371 bis).* El derecho penal sustancial se ha visto afectado por una ulterior reforma, con la introducción de un delito de informaciones falsas al ministerio público. En efecto, definiendo como persona informada sobre los hechos, y no como testigo, al llamado a prestar declaración ante el fiscal, el legislador había querido privar de relevancia penal al comportamiento de quien hiciera declaraciones falsas al ministerio público, puesto que el código penal, no modificado en este punto, sólo prevenía el delito de falso testimonio. Los motivos de la opción del legislador de 1988 eran muy claros y se encuentran bien explicitados en los trabajos preparatorios. En el plano teórico se observaba que la norma penal sobre el falso testimonio responde al propósito de tutelar la genuinidad de la prueba; la formación de ésta se produce exclusivamente en la fase del juicio, mientras las actividades del fiscal tienen una finalidad exclusivamente investigadora; para la protección de las investigaciones el código penal prevé el delito de encubrimiento (*favoreggiamento*), que se comete por el que «ayuda a alguien a eludir las investigaciones», hipótesis que puede producirse también con con declaraciones falsas o reticentes. De este modo, las declaraciones falsas o reticentes en la fase de las investigaciones preliminares sólo habrían tenido relevancia penal de haber resultado aptas para atentar contra la investigación, mientras, en caso contrario, la falsedad de las declaraciones sólo habría sido relevante si la persona, una vez adquirida la condición de testigo, hubiera repetido las declaraciones falsas, atentando así a la genuinidad en la formación de la prueba. En el plano práctico, en cambio, se había considerado que la amenaza de la sanción penal en caso de declaraciones falsas al fiscal podría, paradójicamente, transformarse en un factor de riesgo para la genuina formación de la prueba. El ordenamiento italiano prevé la extinción del delito de falso testimonio en el caso de retractación. El hecho de que el testigo, en el momento de prestar declaración en el juicio, estuviera ya sometido a la amenaza de la sanción penal por las declaraciones prestadas ante el fiscal y con la posibilidad de extinguir el delito modificando su propia versión, podía entonces convertirse en un riesgo para la genuinidad de la declaración.

Sin embargo, estas razones han sido muy pronto completamente olvidadas. De diversas procedencias, y en particular de la magistratura, se han alzado voces con la exigencia de disponer una sanción penal para la hipótesis de prestación de declaraciones falsas ante el ministerio público, incluso alegando, no se sabe si por ignorancia o por mala fe, como laguna legal la ausencia de un tipo penal. Con puntualidad, el legislador de junio de 1992 ha acogido tales solicitudes, introduciendo en el código penal un artículo 371 bis, con el que se prevé el delito de informaciones falsas al ministerio público. Los primeros casos de aplicación de la norma han puesto en evidencia numerosos riesgos, en particular por la fuerte presión que la misma permite ejercer —incluso involuntariamente y de buena fe— sobre las personas a quienes se oye en declaración; sobre todo en los casos en los que, según una interpretación, ciertamente ligera, de las normas relativas a la detención en flagrancia, el declarante ha sido esposado y trasladado a la cárcel para ser más tarde oído de nuevo en circunstancias menos confortables.

7. CONCLUSION

Esta es la situación en junio de 1996. Del proceso penal de 1989 queda ya bien poco. Después de la destrucción de aquel modelo, la doctrina se pregunta por las actuaciones posibles. Es unánime la opinión de que el sistema procesal alumbrado por las intervenciones de la Corte constitucional y por el legislador de 1992 es por completo desequilibrado e incoherente; e incluso los enemigos del código de 1989 concuerdan en la necesidad de una mejor regulación de los mecanismos de adquisición de la prueba. No cabe aquí dar cuenta analíticamente de las diversas propuestas de modificación en este campo. Sólo se puede decir que la mayor parte de la doctrina parece orientarse hacia un modelo en el que resulte asegurada la formación contradictoria de la prueba, pero con anticipación del momento de su formación a la fase de las investigaciones preliminares. En efecto, se hace notar que la principal dificultad viene dada por el vínculo derivado de las decisiones de la Corte constitucional, decisiones que, en teoría, no permiten la recuperación de las normas declaradas no conformes con la Constitución. De ahí la propuesta de anticipar la formación de la prueba en régimen contradictorio a la fase de las investigaciones preliminares mediante la extensión del instituto del incidente probatorio. De este modo, se dice, las objeciones de la Corte sobre la «dispersión del saber» quedarían superadas, mientras sería posible recuperar la participación de la defensa en la formación de la prueba. Es cierto, no obstante, que tal sistema implicaría una renuncia a la oralidad y a la intermediación que también se consideran elementos esenciales del justo proceso.

En todo caso, la recuperación de un proceso garantizado no podrá no ser acompañada de una seria y radical reforma del derecho penal sustancial. La esperanza es que la nueva coalición de centro-izquierda, ganadora de las elecciones de abril de 1996, pueda llevar a una recuperación de la racionalidad en la intervención reformadora.

(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez)

Proceso de paz y administración de justicia en El Salvador

Felipe VILLAVICENCIO TERREROS

1. LA VERIFICACION ACTIVA

Los acuerdos de paz en El Salvador sobre el tema judicial fueron escasos y de muy difícil manejo¹. Influyó a esta situación la falta de teorización de las posiciones (críticas sin propuestas), la indiferencia de los operadores del sistema, la inhibición de los técnicos y el matiz político del tema judicial.

En este contexto, la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) desarrolló la verificación activa² de los derechos humanos en materia de administración de justicia. Producto de esta tarea de verificación se pudo obtener y hacer del conocimiento de las autoridades salvadoreñas y de la nueva Corte Suprema, un listado de autoridades judiciales a quienes se imputaba por parte de la comunidad salvadoreña serias inconductas funcionales³. Posteriormente, la ONUSAL desarrolló tareas de fortalecimiento institucional⁴ para luego derivar en la formulación de propuestas de asistencia técnica.

Posteriormente, ante el retiro de ONUSAL, la reducción de la capacidad operativa que implicó la creación de MINUSAL (Misión de las Naciones Unidas en El Salvador) impidió proseguir con la tarea de «verificación activa» limitándose a la «observación» de la evolución del tema judicial y al seguimiento de los proyectos de asistencia técnica. Al mismo tiempo, se observa una persistente desconfianza ciudadana en el sistema judicial⁵.

Si bien se registran algunos avances⁶, en general, las reformas introducidas al sistema judicial producto de los acuerdos de paz son insuficientes. Así, la no modificación de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia dejando intacto su poder sobre

jueces y magistrados afecta directamente a la independencia judicial. A ello se agrega la insuficiencia en la conformación del Consejo Nacional de la Judicatura, la falta de autonomía financiera y de atribuciones para incidir en el gobierno judicial. La característica de la evolución del tema judicial ha sido la lentitud en la elaboración y ejecución de propuestas de reformas constitucionales y legales que superen estas limitaciones.

2. LA NUEVA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ninguno de los miembros de la Corte Suprema anterior dimitieron (como lo recomendaba la Comisión de la Verdad) y fue sólo a mediados de 1994 que la Asamblea Legislativa eligió por consenso a una nueva Corte Suprema de Justicia integrada por destacados y representativos juristas, caracterizada por su profesionalismo, independencia política y mayor pluralismo que la anterior. Inmediatamente después de asumir el cargo, los magistrados de la Corte Suprema expresaron su intención de proceder a la revisión y reestructuración del aparato administrativo y a la depuración del Órgano Judicial, como pasos previos a la profundización de la reforma judicial que requiere la realización de acciones de muy diverso orden.

En enero de 1995 la Corte Suprema de Justicia hizo público sus propósitos⁷: modernizar el sistema judicial, erradicar la corrupción, capacitar a los funcionarios judiciales, evitar la retardación de justicia, poner fin a la impunidad. La Corte reconoció la sobrecarga de asuntos administrativos que la aqueja y se propuso realizar la labor de depuración respetando las reglas del debido proceso analizando las eva-

¹ Vid. Acuerdos de El Salvador: en el camino de la paz. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas-ONUSAL, junio 1992. El experto independiente Nikken en su tercer informe se refería a los «límites relativamente poco ambiciosos de las reformas judiciales incluidas en los acuerdos de paz» (Documento E/CN.4/1995/88 de 13 enero de 1995, pág. 18).

² Esta denominación fue usada para identificar al proceso de recepción de denuncias, calificación, investigación e informe de violaciones de derechos humanos que implicó un amplio despliegue de observadores de las Naciones Unidas en todo el territorio salvadoreño. En este marco, se otorgó un lugar relevante al derecho al debido proceso legal. Vid. ONUSAL, división de derechos humanos: ONUSAL como mecanismo de verificación activa en materia de derechos humanos, s/f., San Salvador. Vid. también los informes del director de esta división.

³ El 25 de agosto de 1994, ONUSAL entregó al presidente de la nueva Corte Suprema de Justicia un «Listado de magistrados de cámara, jueces de primera instancia y jueces de paz con imputaciones de inconducta funcional» (un magistrado, 27 jueces de primera instancia y 25 jueces de paz), algunos de los cuales fueron considerados en evaluaciones del Consejo Nacional de la Judicatura y sancionados con posterioridad.

⁴ Con recursos propios y en el marco del proyecto interinstitucional ONUSAL-PDH «perfeccionamiento de los medios de protección de los derechos humanos y el debido proceso» financiado por la Unión Europea (UE) y desarrollado durante el año 1994.

⁵ A principios de 1995, una encuesta de opinión elaborada por el Instituto Universitario de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, registra un 39,7 por 100 de opinión que expresa ninguna confianza en el sistema de justicia (Boletín de Prensa Año X, núm. 2, 28 enero-5 febrero 1995, pág. 4). A fines del mismo año, otra encuesta registra un 58,3 por 100 de opinión en el sentido que el sistema de justicia no contribuye adecuadamente a combatir la delincuencia (idem. Boletín de Prensa Año XI, núm. 1, 2-9 diciembre 1995, pág. 5).

⁶ Por ejemplo, en lo jurisdiccional, la Sentencia del 13 de junio de 1995 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que declara inconstitucional el Decreto número 5 del Concejo Municipal de la ciudad de San Salvador, de fecha 31 de mayo de 1994 que contiene la «Ordenanza reguladora de marchas y manifestaciones celebradas en calles, avenidas y aceras de la ciudad de San Salvador».

⁷ Comunicado de la Corte Suprema de Justicia, La Prensa Gráfica 30 enero 1995, pág. 45-A.

luaciones del Consejo Nacional de la Judicatura. Todo ello tomando en cuenta las sugerencias y señalamientos planteadas por organismos nacionales e internacionales como los contenidos en el informe de la Comisión de la Verdad y el Grupo Conjunto sobre la impunidad y la existencia de grupos armados ilegales con motivación política.

La Comisión de la Verdad recomendaba aprovechar la asignación presupuestaria para la justicia prevista en la Constitución para crear nuevos tribunales y para mejorar la situación salarial de los jueces. Durante la etapa del cumplimiento de los acuerdos de paz fueron creados diferentes tribunales y se mejoraron los sueldos de los magistrados y jueces. En cuanto a los salarios, también se registraron aumentos habiéndose previsto nuevas mejoras para 1996.

3. LA ALTA CONCENTRACION DE FUNCIONES DE LA CORTE

Resulta cada vez más evidente el problema estructural de alta concentración de funciones de la Corte Suprema. La nueva Corte ha reconocido la sobrecarga de asuntos administrativos que sufre. Sin embargo, la Corte aún se encuentra en una etapa de estudio de propuestas a través de su ciclo de Conferencias Justicia y Sociedad sin que hasta el momento exista algún proyecto de ley que regule este delicado tema y sea sometido a la consulta pública e interinstitucional.

La Comisión de la Verdad recomendaba que los jueces no deberían ser nombrados y removidos por la Corte Suprema de Justicia sino por un Consejo Nacional de la Judicatura. A pesar de las recomendaciones, el nombramiento y remoción de jueces sigue hasta el momento, en manos de la Corte Suprema de Justicia, sin que se vislumbre una reforma constitucional que admita este cambio de competencia.

También la autorización para el ejercicio de la profesión de abogado o notario y la suspensión o sanción a dichos profesionales deberían ser funciones atribuidas a un ente especial independiente y no a la Corte Suprema de Justicia. Un nuevo acuerdo de reforma del artículo 190 de la Constitución que data del 27 de junio de 1996 crea el Consejo Nacional de la Abogacía y Notariado encontrándose en proceso de ratificación⁸. Sin embargo, algunos han hecho público su oposición a este Consejo por considerarlo otro «elefante blanco». Existen opiniones en el sentido que esta atribución debería pasar al Consejo Nacional de la Judicatura.

4. LA LENTITUD DEL LLAMADO PROCESO DE DEPURACION JUDICIAL

Desde abril de 1995 viene funcionando el Depar-

tamento de Investigaciones Judiciales (DIJ) dirigido a la denominada depuración del Organismo Judicial. En junio, la Corte Suprema de Justicia aprobó su Reglamento de funciones señalándole entre sus atribuciones la calificación de denuncias contra jueces y magistrados siendo el presidente de la Corte quien decide sobre la procedencia o improcedencia. El DIJ practica inspecciones y visitas y las diligencias que se encuentran en estado de resolución final son elevadas a la Presidencia para la resolución correspondiente. Además, el DIJ sirve de enlace entre la CSJ el público y los medios de comunicación social en lo relativo a sus funciones.

Sin embargo, en la realidad el DIJ se ve seriamente restringido en su operatividad debido a carencias de personal, transporte, seguridad, local que impiden desarrollar con mayor eficacia su labor. También se necesita que se descentralice el departamento abriéndose oficinas en locales judiciales del interior del país.

Desde octubre de 1994 hasta marzo de 1995, la Corte Suprema había destituido a un magistrado de segunda instancia, cuatro jueces de primera instancia y un juez de paz. Posterior a la segunda evaluación del Consejo Nacional de la Judicatura a los jueces de primera instancia (informe de junio de 1995), la Corte Suprema de Justicia, entre agosto de 1995 y enero de 1996, ha removido de sus cargos a diez jueces de primera instancia y un juez de paz. Entre octubre de 1994 y noviembre de 1995, la Corte también ha dictado sanciones de suspensión a cuatro jueces de primera instancia y cuatro jueces de paz. En total, se registran diecisiete funcionarios destituidos, ocho suspendidos y uno exonerado de responsabilidad. Esta cifra se mantiene hasta la actualidad. Por otro lado, los jueces han venido insistiendo en las deficiencias de cumplimiento del debido proceso en el proceso de depuración y que MINUSAL realice una verificación de cada uno de los casos de jueces investigados y sancionados.

Existen ciertas circunstancias que afectan al proceso de depuración como por ejemplo, la duplicación de las funciones de la Corte con el Consejo Nacional de la Judicatura (que también tiene su Unidad de Evaluación) que origina contradicciones en el proceso, las diferencias de criterios para la evaluaciones tanto en la ley del Consejo como en la Ley Orgánica Judicial, etc. Por el momento, no se vislumbra que las contradicciones del proceso de depuración puedan ser superadas a corto plazo.

La primera evaluación realizada por el Consejo a magistrados y jueces del país, data de junio de 1994 y fue criticada por su superficialidad y por los jueces en el sentido que el procedimiento aplicado no ha respetado el debido proceso. El conocimiento del informe de la segunda evaluación del Consejo a los jueces de primera instancia fue negada alegando confidencialidad de los nombres de los jueces. En febrero de 1996, el Consejo Nacional de la Judicatura ha concluido y hecho pública los resultados de una evaluación parcial de los jueces de paz⁹.

⁸ El Consejo estará integrado por cinco miembros propietarios y cinco suplentes, con una duración de tres años pudiendo ser reelectos. Entre sus atribuciones se encuentran las de practicar recibimientos de abogados y notarios, sancionarlos con suspen-

sión y elaborar un código de ética profesional y de aranceles.
⁹ En la que se recomienda la destitución de once jueces de paz y más de treinta suspensiones.

5. EL RETARDAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En abril de 1995, frente a la problemática penitenciaria y al altísimo porcentaje de presos sin condena entre la población penitenciaria, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, creó el Departamento de Reducción de Reos sin condena y se dieron importantes pasos como un censo de la población reclusa con seguimiento de causa, se solicitó a los jueces información mensual sobre sus últimas resoluciones y sobre toda la actividad del juzgado, se realizaran las visita de cárcel tal como lo exige la ley.

En junio, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia suscribió un convenio con la Universidad de El Salvador (UES) sobre cooperación interinstitucional para el diseño y ejecución conjunta de programas que tiendan a la readaptación integral y positiva de la población reclusa y para la viabilidad y seguimiento a los procesos penales de aquellos reos que aún no han obtenido una sentencia definitiva.

Posteriormente, el Departamento ha elaborado su reglamento de funciones que hasta el momento no ha sido aprobado por la Sala y ha emitido informes, en los que ha registrado la grave situación del número y la situación de los presos sin condena y su específica relación con el retardamiento de la administración de justicia. Denuncias específicas y oportunas de este departamento han motivado la intervención conjunta de diferentes instituciones para resolver problemas concretos como el de hacinamiento carcelario.

Sin embargo, el Departamento ha sido dotado con un nuevo local y otros medios, creemos que es otro de los importantes esfuerzos que la Corte debe ponerle mayor interés para el cumplimiento de sus metas frente al retardamiento de la administración de justicia y evitar su burocratización.

Sin duda, el mejor instrumento con el que se podrá contar para la lucha contra el retardamiento de la administración de justicia será la nueva legislación penal, una vez que ésta haya sido aprobada.

Recientemente, el Decreto número 745 de 27 junio de 1996 ratificó la reforma del artículo 17 de la Constitución que establece en su segundo inciso la indemnización por retardación de justicia, precisando que será la ley la que establezca la responsabilidad directa del funcionario y subsidiariamente la del Estado.

6. LA INDEPENDENCIA E INTEGRACION DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

En los acuerdos de paz se convino en redefinir la estructura del Consejo de manera que se asegure su independencia de los órganos del Estado y de los partidos políticos, así como la integración al mismo, no sólo de jueces, sino también de los sectores de la sociedad que no estén directamente conectados con la administración de justicia. También se acordó que será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial. Sin embargo, las reformas a la Ley del Consejo Nacional

de la Judicatura de diciembre de 1992 no satisficieron completamente estas expectativas.

Un factor que afecta la independencia del Consejo frente a la Corte Suprema de Justicia se puede observar al nivel del Presupuesto del Consejo el mismo que elaborará la programación anual de sus ingresos y gastos el cual formara parte del Presupuesto general del Organó Judicial. Los ajustes que la Corte Suprema considere necesarios realizar a la programación se harán en consulta con el Consejo. Creemos que hubiera resultado más conveniente mantener la independencia incluso presupuestal del Consejo en relación a la Corte Suprema, su incorporación al presupuesto general del Organó Judicial y la posibilidad que la Corte Suprema pueda realizar ajustes a la programación no garantiza inconvenientes a nivel de desacuerdos que puedan surgir y que deban ser resueltas a través de la consulta.

El Consejo esta integrado por once concejales. Sin embargo no se ha dado cumplimiento al acuerdo de paz que precisa integrar al Consejo con representantes de otros sectores de la sociedad que no están directamente conectados con el sistema judicial como por ejemplo representantes de organizaciones sociales que también pueden contribuir a la mejora de la administración de justicia del Estado democrático. Este es otro tema que requiere ser analizado al reformarse la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura.

Creemos que algunas deficiencias del sistema de elección se mantienen como por ejemplo el no haberse señalado el procedimiento de elección a nivel de los representantes de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público. También en el caso de los jueces y magistrados la designación por la antigüedad en el cargo no garantiza una democrática elección.

En cuanto a la remoción de los concejales, fue el Decreto 011 (febrero de 1994) el que introdujo reformas a la Ley de Consejo relacionadas a las causas de remoción (incompatibilidad, incapacidad, pérdida de requisitos legales y falta grave de un miembro del consejo), y a las remuneraciones de miembros del Consejo.

La reciente reforma constitucional del inc. tercero del artículo 187 (Decreto 747 de 27 de junio de 1996) establece la atribución de la Asamblea Legislativa para la elección y destitución de concejales con el voto calificado de las dos terceras partes de los diputados electos.

7. FORMACION Y CAPACITACION DEL FUNCIONARIO JUDICIAL

Se registran avances en el desarrollo de la Escuela de Capacitación Judicial pero no se puede decir que haya quedado «asegurado» el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales como se convino en el acuerdo de paz. Es preciso que la reforma de la legislación secundaria perfile de una manera más precisa a la Escuela.

Debe darse la mayor prioridad al adecuado funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, concebida como un centro de estudios, no destina-

do solamente a la formación profesional sino a crear vínculos de solidaridad entre los jueces y coherencia en una visión de conjunto sobre la función judicial en el Estado. Se trata, además de una necesidad a corto plazo, para la preparación de nuevos recursos humanos destinados a incorporarse a los nuevos tribunales y las vacantes producto de la depuración.

Posteriores a las reformas a la Constitución, las reformas a la legislación secundaria han sido insuficientes y en muchos casos superficial o coyuntural. Superficial porque la reforma de 1992 no estableció criterios claros para los procedimientos de selección que sean básicamente uniformes y que impidan manipulaciones por lo difuso y traslativo de los procesos de selección. Coyunturales, como la introducción del artículo 54-A en la ley de la carrera, para la suspensión de funcionarios o empleados judiciales antes o durante el procedimiento para imposición de sanciones en el marco de los reclamos de depuración judicial.

En definitiva, urge una reforma integral de la carrera judicial de manera que se superen las actuales deficiencias en la formación de los jueces a través del establecimiento de un sistema integral, coherente y continuo de capacitación de los funcionarios judiciales. La experiencia de ONUSAL en capacitación a jueces y fiscales en derechos humanos permitió registrar graves deficiencias en los conocimientos normativos, en la capacidad de interpretación y razonamiento jurídicos y en la solvencia académica de los funcionarios. Recientes opiniones de altos funcionarios salvadoreños se han dirigido a atribuir estas deficiencias a la insuficiente formación universitaria.

A todos estos fines, sin duda alguna, la cooperación internacional puede mantener y desarrollar un rol de soporte eficaz. Pero el recurso externo no debe sustituir la iniciativa y la responsabilidad de las instituciones nacionales.

8. JUSTICIA Y CRIMEN ORGANIZADO

El Grupo Conjunto para la Investigación de Grupos Armados Ilegales con Motivación Política en El Salvador formuló diferentes recomendaciones relacionadas con la impunidad en el campo de la delincuencia organizada algunas de las cuales estaban dirigidas específicamente al sistema judicial y suponen reformas legales que dada su naturaleza, tienen directa relación con la Corte Suprema de Justicia.

Estas recomendaciones son las siguientes: a) re-

¹⁰ Las conclusiones del «Seminario sobre medidas político criminales contra el crimen organizado» auspiciado por MINUSAL y organizado por la Corte Suprema, fueron analizadas en la segunda fase de la Conferencia Nacional «Justicia y Sociedad» de la Corte Suprema, la misma que contó con una encuesta de opinión entre los participantes (20-21 septiembre 1995).

¹¹ En materia de hábeas corpus el proyecto propone la supresión de la institución del juez ejecutor, establece el principio de contradicción al prever la directa intervención de las partes en la audiencia oral y además, se enfatiza la necesidad de prescindir de requisitos formales durante el proceso. Su campo de aplica-

ción incluye al denominado *hábeas corpus* clásico y se introduce el *hábeas corpus* correctivo cuyo fin es impedir tratos indebidos a las personas detenidas legalmente en función a las normas internas e internacionales. En cuanto a la competencia funcional ésta sigue siendo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema y de las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital. Para los supuestos de desaparición de personas se prevé un procedimiento diferenciado en el que el Tribunal deberá adoptar todas las medidas de investigación tendientes a determinar el paradero o destino del favorecido. En definitiva, se trata de un proyecto que busca agilizar el actual procedimiento.

formas legales necesarias a los efectos de dotar de un procedimiento especial a aquellas causas donde se ventilen hechos delictivos tanto con supuesta motivación política, como vinculados al crimen organizado; b) nombramiento de jueces designados o específicos para conocer de este tipo de causas. Esta solución puede viabilizarse mediante la reforma de la ley Orgánica Judicial, la ley del Consejo Nacional de la Judicatura y la Ley de la Carrera Judicial; c) dictar una legislación premial transitoria que permita la exención o reducción de la responsabilidad penal, a cambio de importante información debidamente comprobada que aporte elementos sustanciales para la detección y captura de autores materiales y, especialmente, intelectuales de hechos criminales a los que se refiere dicho informe. Incluso se precisaba la posibilidad que la autoridad podría disponer el cambio de identidad, apoyo material y la salida a otro país de la persona o personas involucradas.

La Corte Suprema ha desarrollado con el auspicio de MINUSAL actividades de consulta pública con representantes de los sectores involucrados, la misma que ha arrojado bastante luz sobre las soluciones que se podrían implementar¹⁰.

9. HABEAS CORPUS Y AMPARO

La verificación activa de ONUSAL demostró la ineficiencia del hábeas corpus y el amparo en su aplicación práctica y se propusieron modificaciones sustantivas recomendadas a la justicia constitucional. En la actualidad, la Corte ha elaborado un anteproyecto de ley que ha sometido a consulta pública en 1996, el mismo que contiene importantes modificaciones a la normatividad vigente¹¹.

En este sentido, el Decreto número 743 de 27 de junio de 1996 ha reformado el inciso segundo del artículo 11 de la Constitución en el sentido que la persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier individuo a autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procede cuando cualquier persona autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.

Además, existe un nuevo acuerdo de reforma constitucional de 27 de junio de 1996, relativo al artículo 174, pendiente de ratificación en la Asamblea Legislativa que otorga competencia funcional para conocer del amparo a las Cámaras de segunda instancia y a éstas y a los jueces de primera instancia para conocer del hábeas corpus (como lo recomendó la Comisión de la Verdad) que será regulada en la legislación secundaria.

Este mismo acuerdo plantea la reforma del artículo 247 de la Constitución que precisa que toda persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad amenace con restringir ilegal o arbitrariamente su libertad y a pedir amparo cuando se amenace violar o se violen los otros derecho que le reconoce la Constitución.

10. LA NECESIDAD DE LA APROBACION Y LA EFECTIVIDAD DE LAS REFORMAS LEGALES

Son diferentes las reformas pendientes¹² y su efectividad no está suficientemente garantizada. Por ejemplo, el acuerdo de reforma de 27 de junio de 1996 relativo al texto del artículo 12 de la Constitución implicó mantener la confesión extrajudicial en la legislación salvadoreña limitándose su valor a la asistencia del defensor en la misma¹³. En el caso del derecho de defensa, las modificaciones a los avances legislativos se han visto fundamentadas en problemas de falta de defensores y las nulidades que se originaban.

La Asamblea Legislativa (Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales) está concluyendo el estudio del Código procesal penal y se espera que pronto sea sometido a su pleno concordado que sea con las reformas constitucionales que se ratifiquen. El proyecto contiene disposiciones que cumplen con las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y de la División de Derechos Humanos de ONUSAL, entre las que se encuentran la vigencia de la presunción de inocencia, plazos máximos para la detención, fortalecimiento del derecho de defensa, sis-

tema de información para detenidos a través de un informe a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, reparación material para víctimas de violaciones a los derechos humanos, regulación de la conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, declaración de la imprescriptibilidad de la acción penal para casos de genocidio, violación de leyes y costumbres de la guerra, desaparición forzada, persecución política, ideológica, raza, sexo o religión. Se trata de una reforma integral que contiene muchos novedosos avances legislativos que, sin embargo, ya antes de su aprobación, a empezado a experimentar rechazo por parte de ciertos sectores sociales. Será necesario un apoyo decidido a su puesta en vigencia a fin de superar las dificultades que su implementación pueda traer.

Otras reformas como el código penal, la ley penitenciaria están aún en proceso de estudio en la Asamblea, así como la derogatoria de la obsoleta ley de policía de 1886 y la Ley del Sistema Judicial está aún en proceso de elaboración por parte de la Corte Suprema.

Frente a este proceso, recientemente se promulgó una Ley de emergencia para enfrentar a la criminalidad y al crimen organizado que ha sido acusada de ser inconstitucional sin que hasta el momento la Corte Suprema de Justicia haya resuelto los diferentes recursos de inconstitucionalidad presentada contra ella.

En definitiva, el proceso de reformas impulsado en El Salvador como producto de los acuerdos de paz no ha concluido, y gran parte del trabajo de consolidación de la paz corresponderá realizarlo a la propia comunidad salvadoreña con el apoyo de la cooperación técnica internacional.

¹² Sobre la reforma judicial en El Salvador vid. Ministerio de Justicia: *Fortalecimiento del Estado de derecho*, San Salvador 1993. Lawyers Committee for Human Rights, *The Americas: La revolución negociada de El Salvador. Perspectivas de la reforma judicial*, New York, junio 1993. Popkin, Margaret y cols.: *Justice Delayed*, december 1994, Hemisphere Initiatives, Cambridge. Jack Spence y cols.: *El Salvador. Los acuerdos de paz y la democratización. Situación después de tres años: informe y recomendaciones*, Hemisphere Initiatives, Cambridge, Massachusetts.

¹³ El texto constitucional expresa que «en materia penal constituye prueba la confesión rendida ante autoridad judicial. Podrá apreciarse como prueba la confesión rendida ante autoridad administrativa con asistencia del defensor. Fuera de estos casos, el juez o tribunal podrá apreciar como prueba, la declaración de una persona sobre su participación en un hecho delictivo siempre que como tal, se produzca en circunstancias que garanticen la libre y espontánea expresión de la voluntad del declarante. Todo lo anterior será desarrollado por la ley».

Manifiesto de Ginebra¹

Consejo de Europa, convenio de Roma, acuerdos de Schengen, tratado de Maastricht: a la sombra de esa Europa en construcción, visible, oficial y respetuosa, se esconde otra Europa, más discreta, menos confesable. Es la Europa de los paraísos fiscales que prospera sin vergüenza merced a los capitales a los que presta refugio complaciente. Es también la Europa de los espacios financieros y de las entidades bancarias, donde el secreto se convierte con mucha frecuencia en coartada y tapadera. Esta Europa de las cuentas anónimas y del lavado de dinero se utiliza para reciclar los beneficios de la droga, del terrorismo, de las sectas, de la corrupción y de las actividades mafiosas.

Los circuitos ocultos, ocupados por las organizaciones criminales, se desarrollan cuando se incrementan los intercambios financieros internacionales y las empresas multiplican sus actividades, o cuando trasladan sus domicilios fiscales fuera de las fronteras nacionales. Determinadas personalidades y ciertos partidos políticos se han aprovechado, en ocasiones, de esos mismos circuitos. Por otro lado, las autoridades políticas, de cualquier país, hoy son incapaces para enfrentarse, con claridad y eficacia, a esta Europa en sombras.

En la era de las redes informáticas de internet, del módem y del fax, el dinero de origen fraudulento puede circular a gran velocidad de una cuenta a otra, de un paraíso fiscal a otro, bajo la cobertura de sociedades *off shore*, anónimas, controladas por fiduciarios respetables, generosamente pagados. Después, este dinero es colocado o invertido fuera de todo control. La impunidad está casi asegurada a los defraudadores. La justicia de cada país europeo deberá emplear años para encontrar el rastro del dinero, si ello no llega a resultar imposible dentro del marco legal heredado de una época donde las fronteras tenían todavía un sentido para las personas, los bienes y los capitales.

Para tener una oportunidad de luchar contra una criminalidad que aprovecha las normativas vigentes en los diferentes países europeos, es urgente abolir proteccionismos desfasados en materia policial y judicial. Se hace necesario instaurar un verdadero espacio judicial europeo en cuyo seno los

magistrados puedan, sin otros obstáculos que los del Estado de derecho, indagar e intercambiar informaciones útiles para las investigaciones en marcha.

Pedimos la aplicación efectiva de los acuerdos de Schengen en materia de transmisión directa, entre jueces, de comisiones rogatorias y del resultado de las investigaciones, sin interferencias del poder ejecutivo y sin acudir a la vía diplomática.

Deseamos, en nombre de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la firma de convenios entre países europeos que:

- garanticen el levantamiento del secreto bancario ante solicitudes de auxilio internacional en materia penal que emanen de las autoridades judiciales de los países signatarios, allí donde el secreto pudiese todavía ser invocado;
- permitan a cualquier juez europeo dirigirse directamente a otro juez europeo;
- prevean la transmisión inmediata y directa del resultado de las investigaciones solicitadas por comisión rogatoria, no obstante los recursos internos del Estado requerido;
- incluyan la asistencia administrativa mutua en materia fiscal. Con este propósito, en los países que no lo contemplen, proponemos la creación de un nuevo tipo penal de «defraudación tributaria», para los casos en que el fraude afectase a cantidades de notoria importancia y que se hubiera cometido con empleo de maniobras fraudulentas tendentes a disimular la realidad.

Para ello, llamamos a los Parlamentos y Gobiernos nacionales:

- a ratificar la Convención de Estrasburgo de 8 de noviembre de 1990² relativa al blanqueo, descubrimiento, embargo y confiscación del producto del crimen;
- a revisar la Convención europea de auxilio judicial en materia penal, firmada en Estrasburgo el 20 abril 1959;
- a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de las disposiciones del título VI y del artículo 209 A del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992;
- a elaborar una convención que haga posible la persecución penal de los nacionales res-

¹ Manifiesto suscrito por los jueces y fiscales europeos: Bernard Bertosa, fiscal general de Ginebra, Edmondo Bruti Liberati, fiscal de Milán, ex miembro del CSM, Gherardo Colombo, fiscal de Milán, Benoît Dejemeppe, fiscal de Bruselas, Baltasar Garzón Real, juez central de instrucción de Madrid, Carlos Jiménez Villarejo, jefe de la fiscalía anticorrupción y Renauld Van Ruymbeke, magistrado en Rennes. El llamamiento fue presentado a la

opinión pública en octubre de 1996 y surgió a partir de la elaboración por el periodista francés Denis Robert de un libro de entrevistas con los siete firmantes: *La justice ou le chaos*, ed. Stock, Paris, 1996.

² Convención acordada por los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa, que no se aplica al no haber sido ratificada por los respectivos Parlamentos.

ponsables de actos de corrupción, inculpados por autoridades extranjeras.

Con este llamamiento, deseamos contribuir a construir, en interés de nuestra comunidad, una Europa más justa y más segura, donde el fraude y el crimen no se beneficien de una extensa im-

punidad y donde la corrupción será realmente erradicada.

Está en juego el futuro de la democracia en Europa y la verdadera garantía de los derechos del ciudadano.


(Traducción de Almudena González)

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

APUNTES*

• El Estado mata más blanco

El Estado cuando mata es que mata de verdad. Mata más y más blanco. Mucho más y mucho más blanco. Se lo ha dicho González Gabilondo. Para que la tranquilidad sea definitiva, puesto que «el que sabe sabe».

Como los GAL no mataron casi nada y, además, lo hicieron de una forma técnicamente lamentable, no queda sino convenir que debieron haber actuado por cuenta propia, es decir en régimen de paleoliberal y cumbre iniciativa privada; como cuando ni siquiera había subvenciones.

El argumento es llano, lineal, contundente. Y, por supuesto, mucho más eficaz, por más directo, que el cargado de densa opacidad politológica difundido casi al mismo tiempo en los mismos medios, por voluntariosos subalternos. Estos se han mostrado partidarios de administrar con tiento el adjetivo «estatal», reservándolo sólo para aquellos actos en los que hubiera constancia de implicaciones *orgánicas* de un determinado grado, todavía por precisar.

El discurso ha ganado, por un lado en pragmatismo y por otro en sofisticación. Pero es dudoso que logre cerrar el debate.

En efecto. Aceptar la hipótesis que implica el razonamiento expuesto en primer lugar, llevaría a concluir que la pobre calidad de la ejecución de las distintas secuencias del «incidente» GAL es indicativa de la ausencia de intervención pública digna de tal nombre. Esto, a poco hegeliano que se sea.

Pero el problema está en que es hoy y ahora cuando se discurre y, por ello, en el análisis, no cabe prescindir del caudal de conocimiento que hace posible la perspectiva *ex post*. Y aquí la conclusión sólo puede ser una: si —según el criterio sugerido— la baja calidad del *producto* GAL hubiera de interpretarse como indicio de una débil o escasa participación estatal; lo cierto es que el (núcleo duro del) Estado, con sus pompas y sus obras, ha desplegado una presencia hipertrófica y exuberante, empeñándose afanosamente —y como si la cosa fuera verdaderamente con él— en la estrategia de la justificación/ ocultación, todavía en curso. Basta fijarse en la calidad de los sujetos ¿habrá que recordarlos? y en la naturaleza de las razones: todas y todos inequívocamente *de Estado*. Por algo será.

• Bienaventuranzas

Bienaventurado este país, porque su Constitución no padece más violencia que la producida por las declaraciones de Julio Anguita.

Bienaventurados aquellos de sus políticos cuya conciencia moral y civil no se turba por otras violaciones del «pacto constitucional» que las debidas al molesto cordobés. Bienaventurados, porque ya duermen, aunque no precisamente el sueño de los justos.

Bienaventurados aquellos de sus juristas que —por acción u omisión— rinden culto al secreto y a otras miserias de Estado, pues con tanta cloaca por blanquear siempre tendrán empleo y un plato de sopa caliente en la mesa del *príncipe*.

• ¿Garantía judicial?

La ley reguladora de la videovigilancia policial callejera, siguiendo el perverso precedente de otras leyes del género ha previsto la presencia del presidente del Tribunal superior de justicia de cada comunidad autónoma, en la comisión encargada de informar sobre la autorización de las instalaciones fijas. Como el asunto es delicado y ha despertado muchas y justas suspicacias, el autor del proyecto, en prenda de la calidad constitucional del espíritu que le anima, se ha apresurado a declarar el propósito de contar con la garantía judicial desde el principio. Y ha encontrado eco por asentimiento en alguna opinión dentro de la magistratura.

Ocurre, sin embargo, que la *garantía judicial* no es un atributo personal; no es el fruto de la «unción carismática» que un clásico de la literatura corporativa atribuía a cada juez por el sólo hecho del ingreso en «la carrera» por oposición, sino, el resultado posible de la compleja interacción de toda una serie de factores culturales, orgánicos y procesales que contribuyen a colocar a quien ejerce jurisdicción en la mejor de las situaciones posibles para hacerlo.

Fuera de este marco no hay *juez* que valga, y por eso no lo habrá tampoco en esa comisión, de la que, sin embargo, formará parte un exponente de la jerarquía judicial, cuya equívoca presencia conferirá a las actuaciones de la misma un marchamo propa-

* Sección a cargo de la Redacción.

gandístico de supuesta *judicialidad*. Ello, aparte de confundir a la opinión acerca de la verdadera naturaleza de las correspondientes decisiones, podría (aunque no debiera) condicionar el juicio de los jueces a la hora de valorar la eficacia procesal de los resultados de aquéllas. ¿Quién diría que no es esto precisamente lo que se busca?

• Mejor leer primero

El auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, de 21 de septiembre último, se pronunciaba sobre el valor procesal como indicio, del contenido de los documentos, que se dice procedentes del CESID, incorporados por fotocopia al sumario 15/1995 del Juzgado Central n.º 1. Y, haciendo una ponderación jurídica elemental de los valores en juego, cuestionaba que pudiera quedar «a la entera voluntad del Gobierno, según parece de forma irrevocable, la posibilidad de utilizar como prueba en un proceso algo que esté clasificado como secreto de Estado independientemente de los bienes jurídicos que estén en conflicto; criterio que, por otra parte, está en contra del mantenido en varias resoluciones por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que establecen a este respecto la supremacía de la jurisdicción».

Concluía apuntando la posibilidad de que la prevalencia del derecho a la vida y a la no tortura sobre el secreto de Estado terminase por ser declarada por el Tribunal constitucional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, para estudiantes de derecho, cosa de manual; para ciudadanos sensibles, algo del más común sentido democrático.

No lo vio así el ex presidente González, a cuyo juicio la Audiencia Nacional habría faltado al respeto al Ejecutivo. Y tampoco Almunia, para quien el afrentado había sido el Tribunal de Conflictos.

Ambas opiniones tenían ciertamente poco que ver con el auto y eran fruto seguramente de la lectura apresurada de algún titular de prensa, durante el desayuno de esa mañana.

Otra cosa es lo sucedido con la ex ministra y ¡ay! ex vocal del Consejo General del Poder Judicial (claro que del precedente Consejo), Cristina Alberdi. Desde su punto de vista, la cuestión es de pura y simple disciplina. Vamos, de aplicación de la sanción que castiga «las críticas al Gobierno», a los firmantes del auto.

Leer, lo que se dice leer, Cristina Alberdi tampoco había leído el auto. Algo que saltaba a la vista y no es que sorprenda. Pero lo que sí produce estupor es la exhibición tan despreocupada de semejante sentido cuartelero de la jurisdicción. Es lo que obliga a pensar que en este caso no habría bastado leer el auto. Seguramente, hay que leer mucho más.

• Con el honor no se juega

El general Rodríguez Galindo, el pasado mes de septiembre, leyó una declaración a la prensa proclamando su inocencia en el *caso Lasa y Zabala*, que avaló jurando por su honor. A renglón seguido, el ex

ministro de Justicia e Interior, Juan Alberto Belloch, se sintió en la obligación de recordar públicamente que «para un guardia civil el perder el honor lo es todo» y que «no se puede frivolar ese concepto».

Aunque el ex ministro no fue nada explícito sobre la finalidad de su declaración, las circunstancias en que la misma se hizo parecen sugerir el propósito de reclamar para la palabra del procesado Rodríguez Galindo un plus de credibilidad. Se supone que porque la primera de las «Previsiones generales», de la *Cartilla* de 1845, reza: «El honor ha de ser la principal divisa del guardia civil».

Es como si la palabra de cualquier otro imputado que no contase —como suele ser lo normal— en su estatuto deontológico profesional con una previsión similar, hubiera de gozar de menor crédito e incluso ser posible objeto de frivolidad.

Si se repara en que una proclama como la del general sería impensable, por ejemplo, en un agente del Cuerpo Nacional de Policía, parece lo más razonable concluir que tal particular sentido del honor es una derivación de la condición militar y no de la vertiente «civil» del instituto. En definitiva, que el honor invocado por el polémico imputado es sólo una variante —y nada específica— del honor militar.

Pues bien, no se entiende a qué puede venir, a estas alturas, la advertencia del ex ministro dirigida a una opinión pública que tiene las mejores razones para haber hecho un desmitificador ajuste de cuentas con esa inquietante categoría ideológica; que, además, en nuestra historia se encuentra inescindiblemente asociada a una concepción de lo castrense sin cabida en la cultura constitucional, por fortuna, hoy imperante.

Si existiera alguna duda sobre lo pertinente de esta interpretación, el propio general Rodríguez Galindo habría venido a despejarla con su visita del pasado 11 de octubre a la tumba del dictador en el Valle de los Caídos, realizada, precisamente, como expresión de culto a una concepción de lo militar que tiene allí su emblemático norte y su altar. Un modo de entender lo militar (incluido el honor, su idea-fuerza) que en 1936 viajó desde África en el «Dragon rapide», como antes había sido jinete del caballo de Pavía, sin apearse cuando éste tomó el camino del hemiciclo; en el que, sin duda, volvió a entrar también, de la misma forma abrupta, un aciago 23 de febrero, acompañando a Tejero.

Así, pues, es claro que con ese sentido del honor no se juega. Pero —¡ojo!— jugar con él es descontextualizarlo, sacarlo del Valle de los Caídos, y pretender su compatibilidad con la concepción rigurosamente civil de los valores que dan fundamento a una convivencia democrática que en este país ha habido que construir con tanto esfuerzo.

• El ministro insumiso

Eduardo Serra, con tan buenos motivos para ser discreto, está que no para. Diríase que en vez de la cartera de Defensa le hubieran asignado la de la guerra, y, en particular, la guerra al ordenamiento jurídico. De otro modo sería difícil entender su pretensión de ponerse a la legalidad y a los tribunales *por montera* en el asunto de los papeles del CESID, in-

vitando al ejecutivo a la insumisión frente al derecho y la jurisdicción.

Pero ocurre que su insumisión nada tiene que ver con la de los muchachos a quienes habitualmente se asocia esa actitud y a los que se hace padecedores de una injustificable dureza en la reacción estatal. Los insumisos del Código Penal, en nombre de valores éticos que todavía no han entrado en la normalidad jurídica por el insuficiente desarrollo de ésta, tiran de nuestra pobre realidad hacia cotas más altas de civilización y de cultura. Expresan el *desideratum* de un mundo sin hostilidades y el cuestionamiento radical de la *necesidad* actual de unos ejércitos nacionales, cada vez de más difícil justificación, incluso en términos *realistas*. El *insumiso* Serra, en cambio, apunta y dispara directamente al corazón del Estado de derecho. Postula el desconocimiento de algunos de sus valores centrales, en nombre de supuestas exigencias de seguridad que, desde luego está claro no son las del Estado y si lo fueran nunca del Estado constitucional de derecho.

• Jueces 'made in USA'

El nuevo Herald, de Miami, en su edición del día 4 de septiembre de este año, al dar cuenta de las incidencias de las elecciones para cubrir cargos judiciales, bajo el expresivo título: «Batalla de jueces alcanzó altas temperaturas», recoge, entre otras, las siguientes:

«Quienes respaldan a Steve Leifman, juez del condado de Dade, presentaron una solicitud de información a la Oficina del Administrador de la Corte y se enteraron de que la retadora Myriam Lehr no había sometido una negociación de cargo en ocho años.

»Los que apoyan a Bagley hallaron un informe policial presentado contra Marcus Ambrose por una ex novia, Claudia Jofman, que acusó a Ambrose de obligarla a usar tacón alto y exigirle que usara pantaletas «estilo antiguo». Nunca se presentaron acusaciones.

(...)

»Donna Ballman, candidata a la corte de circuito, atacó a Dannay Crespo con comerciales de televisión que retratan a Crespo como un abogado tramposo que estafó a los contribuyentes durante citas a las cortes. El aviso comercial termina con Ballman recibiendo el apoyo del Sindicato de policías del condado de Dade, el mayor gremio policial del sur de Florida.

»Leifman usó el personaje de dibujos animados Pinocho en un comercial para insinuar que la retadora Lehr, que estaba postulando para jueza a pesar de no haber presidido caso alguno en ocho años, era una mentirosa.

»Lehr contraatacó con una carta que decía que el nombre de Pinocho es una marca registrada de Disney Corp. y que Leifman violaba la ley al utilizarla.

»Mike Samuels se lanzó contra Kevin Emas, juez

del condado y ex abogado defensor, publicando avisos que acusan a Emas de representar a 'mandrines'».

Y así...

• Hoy los 'derechos' adelantan que es una barbaridad

Hasta no hace tanto, era un lugar común muy acreditado que «las ciencias adelantan que es una barbaridad...».

Pues bien, últimamente, aunque el avance incontenible de las ciencias no se haya detenido, lo que se desarrolla a velocidades, que serían de vértigo para el viejo jurista, son los derechos.

Primero fueron, se recordará, los «derechos humanos» de Amedo y Domínguez... al indulto.

Luego fue el derecho del imputado San Cristóbal a un tiempo holgado de telediario en la mejor hora de «la Primera».

Hace apenas unos días, de ser veraces los datos ofrecidos de manera inusualmente conteste por todos los periódicos, el cambio producido en el *voto catalán* del Consejo General del Poder Judicial, en la elección del presidente de la Sala Segunda, estaría relacionado con un encuentro de altísimo nivel por parte de quienes ocupan ese alto plano en el organigrama de los partidos implicados. De ser así, habría otro 'derecho' en el crisol y a punto de ser acuñado. El derecho —del imputado y del no imputado— a intervenir en la formación del propio tribunal.

En todos estos supuestos se da una curiosísima particularidad —para asombro, esta vez, de constitucionalistas y público en general— y es que antes los derechos tenían que abrirse paso frente o contra el poder. Ahora en cambio, los de esta neonata generación (debe ser por lo menos la quinta), reciben, para decirlo con palabras del clásico, «impulso soberano».

Esto va que chuta.

• El síntoma Arzalluz

En una realidad con menos patología social que la del País Vasco, y menos abierta al chantaje en política, insensateces como las (siempre pen)últimas de Arzalluz, tendrían dificultades para encontrar escenario y más aún eco entre quienes se esfuerzan por vivir con racionalidad las relaciones interpersonales. El singular personaje es un profesional en lo de administrar una tensión, que siempre sufren otros. Pero se entiende, porque él vive seguramente la suya propia y no pequeña.

Y es que a Arzalluz hay que comprenderle: debe ser terrible creer cosas como las que cree, por ejemplo, sobre los jueces, y tener que decirlas en castellano. Y peor todavía: pensarse *causa* en política y no pasar de patético *síntoma* de un modo de ser distorsionado de ésta.