

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**J. De Lucas**, Globalización y derechos humanos. **J. M<sup>a</sup> Mena Alvarez**, Reinserción ¿para qué? **G. Hinojo Andrés**, 'Suicidio': barbarismo y perversión. **F. Bello Landrove**, El dolo eventual. **P. L. Zanchetta**, La 'revolución de los poderes'. **N. Cleries Nerín**, Compatibilidades de jueces y magistrados. **M. Gascón Abellán**, El imperio de la ley. **J. Cid Moliné**, Derecho a la reinserción social. **R. Sarazá Jimena**, Ley sobre condiciones generales de contratación. **R. Bergalli**, Principio de legalidad. **I. Montalbán Huertas**, Delitos contra la libertad sexual. **G. Gómez Orfanel**, Jueces y micrófonos. **V. Borraccetti**, Los fiscales antimafia. **E. Larrauri**, Control del delito y castigo en EE.UU. **E. E. Palma González**, Sobre el poder judicial en Chile. **M. Carbonell**, Democracia y derecho penal en México.

**En este número:** Bello Landrove, Federico, fiscal jefe, Audiencia Provincial de Salamanca.  
Bergalli, Roberto, profesor titular de Derecho penal, Universidad Central (Barcelona).  
Borraccetti, Vittorio, fiscal, Direzione Nazionale Antimafia (Italia).  
Carbonell, Miguel, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.  
Cid Moliné, José, profesor titular de Derecho penal, Universidad Autónoma (Bellaterra, Barcelona).  
Cleries Nerín, Nuria, magistrada, Servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial.  
De Lucas, Javier, catedrático de Filosofía del derecho, Universidad de Valencia.  
Gascón Abellán, Marina, profesora titular de Filosofía del derecho, Universidad de Castilla la Mancha.  
Gómez Orfanel, Germán, profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense (Madrid).  
Hinojo Andrés, Gregorio, catedrático de Latín, Universidad de Salamanca.  
Larrauri, Elena, profesora titular de Derecho penal, Universidad Autónoma (Bellaterra, Barcelona).  
Mena Alvarez, José María, fiscal jefe, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.  
Montalbán Huertas, Inmaculada, magistrada (Granada).  
Palma González, Eric Eduardo, profesor de Historia del derecho, Universidad de Talca (Chile).  
Sarazá Jimena, Refael, magistrado (Sevilla).  
Zanchetta, Pier Luigi, fiscal (Turín, Italia).

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

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

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

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID. Suscripciones EDISA, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID.

Precio de este número: 1.250 ptas. (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual: 2.500 ptas. (3 números).

Extranjero: 3.500 ptas.

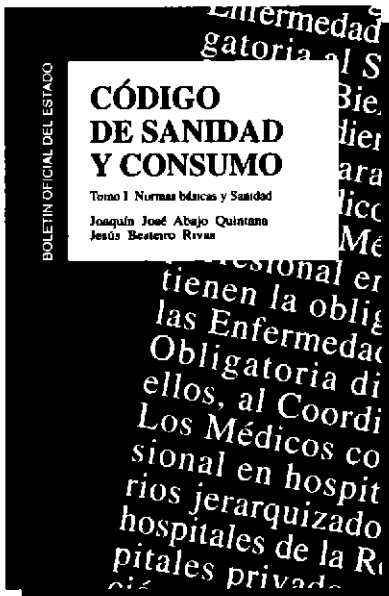
Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

# INDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b>	
— <i>La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)</i> , Javier de Lucas .....	3
— <i>Reinserción, ¿para qué?</i> , José María Mena Álvarez .....	10
— <i>“Suicidio”: barbarismo y perversión</i> , Gregorio Hinojo Andrés .....	12
— <i>El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)</i> , Federico Bello Landrove .....	14
— <i>La “revolución de los poderes”. Preguntas de hoy a los revolucionarios franceses del XVIII</i> , Pier Luigi Zanchetta.....	17
— <i>Sobre el sistema de compatibilidades de jueces y magistrados</i> , Nuria Cleries Nerín.....	22
<b>Estudios</b>	
— <i>El imperio de la ley. Motivos para el desencanto</i> , Marina Gascón Abellán.....	25
— <i>Derecho a la reinserción social. (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)</i> , José Cid Moliné .....	36
— <i>La ley sobre condiciones generales de contratación</i> , Rafael Sarazá Jimena.....	50
— <i>Principio de legalidad: fundamento de la modernidad</i> , Roberto Bergalli.....	58
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b>	
— <i>Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)</i> , María Inmaculada Montalbán Huertas ....	65
<b>Internacional</b>	
— <i>Jueces y micrófonos. La experiencia alemana</i> , Germán Gómez Orfanel .....	71
— <i>Los fiscales antimafia</i> , Vittorio Borraccetti.....	78
— <i>Control del delito y castigo en Estados Unidos</i> , Elena Larrauri.....	85
— <i>Sobre la intervención del poder judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973</i> , Eric Eduardo Palma González .....	89
— <i>Democracia y derecho penal en México</i> , Miguel Carbonell .....	93
<b>Apuntes</b>	
— <i>El turno de Aznar</i> .....	99
— <i>¿Jueces con fecha de caducidad?</i> .....	99
— <i>Injusticia informativa</i> .....	99
— <i>Propuesta de reflexión</i> .....	100
— <i>El ministerio pierde los papeles</i> .....	100
— <i>Los ‘plomos’ de la justicia</i> .....	101

# Ediciones del Boletín Oficial del Estado

# BOE

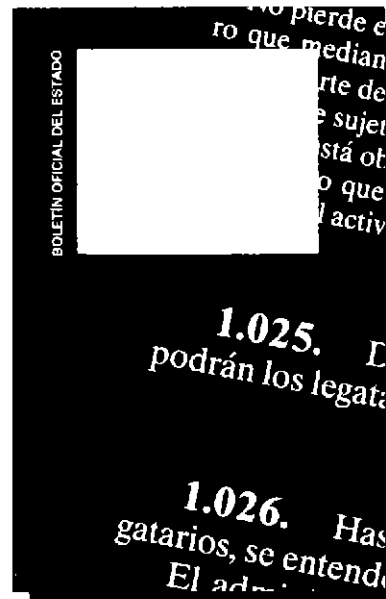


## CÓDIGO DE SANIDAD Y CONSUMO

Edición a cargo de  
JOAQUÍN JOSÉ ABAJO  
QUINTANA y JESÚS  
BESTEIRO RIVAS

1ª edición (abril 1996,  
actualizada  
a abril 1997)  
2 volúmenes, 6.600  
páginas  
ISBN: 84-340-0949-8

Edición conjunta  
en papel y CD-ROM  
PVP: 37.000 pesetas



## CÓDIGO CIVIL Y JURISPRUDENCIA CONCORDADA

Edición a cargo de  
ÓSCAR MORENO GIL

1ª edición (enero 1996)  
2.336 páginas  
ISBN: 84-340-0847-5

PVP: 18.600 pesetas



## LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA DE MADRID 1 (1997)

Coedición: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID Y EL BOLETÍN  
OFICIAL DEL ESTADO con la colaboración del Consejo General del  
Notariado y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España.

326 páginas

ISBN: 84-340-0954-4

PVP: 2.700 pesetas

LA LIBRERÍA DEL BOE  
Trafalgar, 27. 28010 MADRID  
Teléfono: 91 538 21 11  
Fax: 91 538 21 21  
E-Mail: clientes@com.boe.es

## La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)

Javier DE LUCAS

### LA RETORICA DE LA GLOBALIZACION Y EL 50 ANIVERSARIO DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Entre las trampas que encierra el discurso de la globalización, puestas de manifiesto en no pocos trabajos, como los de Martin y Schuman (98), Beck (98), Estefanía (97), Ramonet (97), etc., no es la menos importante la que pretende la identidad entre globalización y universalización. El modelo liberal, soporte del proceso de globalización del mercado y de la construcción de un mundo global como corresponde a este fin de la historia marcado por el cierre del siglo corto, sería también el apoyo fundamental sobre el que se asentaría el progreso en la universalización de los derechos humanos. En un año como este del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos, ese sofisma es cada vez presentado con más frecuencia.

Quisiera comenzar recordando que globalización no es universalización, en el sentido en el que, en mi opinión, cabe hablar de universalismo, esto es, como ideal de emancipación humana, y en ese sentido como progreso moral. Es más, podría decirse que el modelo de la globalización es incompatible con el proyecto de la universalidad del mismo modo o por razones muy similares (si se permite la analogía, que no es tan impropia como pudiera parecer a primera vista) a las que nos permiten decir que la lógica del mercado cuya extensión global es el emblema del proyecto globalizador es incompatible con la lógica de los derechos universales de los seres humanos. Entiendo por modelo de globalización como han señalado todos los estudiosos del problema (podría mencionarse a sociólogos como Giddens, Castells o Navarro, economistas como Petrella o Estefanía, politólogos como Ramonet o Naïr<sup>1</sup>), el concepto específico de globalización que comienza a utilizarse en la segunda mitad de los ochenta, desde las concepciones ortodoxas del neoliberalismo económico que sostiene que la lógica del capital, que sería la del mercado y la tecnología, impone necesariamente un orden global caracterizado por la libre circulación del capital (más que de cualquier mercancía) y el desarrollo de los elementos institucionales propios del libre mercado, que tiene como consecuencia una redefinición del

Estado y sus funciones. Los rasgos más característicos, además de este último, serían: expansión del comercio multilateral, internacionalización y libre circulación de los mercados financieros y de la inversión extranjera, sociedad de la información y de la comunicación, mercado de trabajo mundial.

Si señalo esa contradicción entre globalización y universalidad es porque creo que la presentación de la globalización en esos términos es una usurpación del ideal universalista propio de la Ilustración. Quizá, para ser más precisos, habría que señalar que uno y otro proyecto son hijos de la modernidad, pero la *globalización* corresponde más bien a la imposición del modelo de modernización capitalista entrevisto por Weber (es decir, al *progreso en el sentido socioeconómico*, instrumental) mientras que el *universalismo* (para entendernos, el *progreso moral*) por el que —ingenua y en algunos casos, etnocéntricamente, lo que constituye uno de los grandes déficit del proyecto ilustrado— apostaban los iluministas es el gran perdedor con la victoria de la globalización. Añadiré que precisamente porque la globalización no sigue el mandato de la universalización sino que lo usurpa, como se advierte a propósito de los sujetos de los derechos y sobre todo con ocasión del recorte de los mismos, pues los derechos económicos, sociales y culturales son cada vez más enunciados abiertamente como mercancías, y no como auténticos derechos.

A esa retórica se ha de añadir la que de suyo ha ido produciéndose con motivo del cincuentenario. Cuando ha transcurrido poco más de la tercera parte del año, vienen cumpliéndose casi todos los pronósticos —nada arriesgados, por otra parte— que cabía aventurar a propósito del 50 aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En efecto, hemos podido asistir a alguna reflexión más sensata, como la de la propia Alta Comisionada, Mary Robinson, que no encuentra muchos motivos para congratularse, a la vista de la realidad de su continua violación, a la que no escapa prácticamente ninguno de los Estados miembros de la Organización, y de la impunidad en la que quedan buena parte de esas violaciones, incluso las más terribles, en función de intereses de la geoestrategia política y económica. Al mismo tiempo, en casi todos los Estados y organizaciones internacio-

<sup>1</sup> Cfr. la exposición general de Vaquero 98

nales y a casi todos los niveles de poder, nos abruman con la retórica al uso, llena de vacuas alusiones a la dignidad y a la igualdad, a un humanismo tan bien intencionado como vacío.

En mi opinión, si hay una cuestión interesante en este 50 aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos, es la de elucidar si éstos constituyen todavía un mensaje de carácter emancipatorio o si han perdido esa capacidad y fuerza. ¿A qué propósitos sirve hoy la reivindicación de los derechos humanos? ¿Por qué se habla tan poco hoy de la lucha por los derechos?

## LOS DERECHOS HUMANOS COMO IDEAL EMANCIPATORIO

Insistiré en mi propósito. Si pongo en duda esa fuerza emancipadora no es porque crea que hayamos alcanzado un grado de satisfacción, de garantía de los mismos que haga superflua cualquier reclamación: las estadísticas que nos ofrecen Amnistía Internacional, Worldwatch o, como recogía más arriba, el juicio de la propia Alta Comisionada de las Naciones Unidas son elocuentes a ese respecto. *Las violaciones de hecho de los derechos humanos continúan siendo, en términos globales, la regla y no la excepción.* En ese sentido, lo que hace falta es sumar todas las voces y los ojos posibles a la hora de reclamar y controlar eficazmente su aplicación efectiva para todos los seres humanos<sup>2</sup>. Pero el asunto que me gustaría plantear aquí es muy otro: me refiero a la paradoja de que el aparente triunfo de los derechos humanos, es decir, su unánime aceptación como condición *sine qua non* de legitimidad, que hace que ningún Estado pueda permitirse el lujo de aparentar ignorarlos —desde luego, formalmente—, viene acompañado hoy por la pérdida de su capacidad reivindicativa, crítica, en suma, emancipadora, como proponía más arriba.

En efecto, me parece difícil dejar de reconocer que se ha producido una suerte de integración de los derechos humanos en el discurso hegemónico, convirtiéndose así en herramientas de dominación. En otros términos, en lugar de transformar los supuestos de legitimidad del orden establecido, hoy sucedería lo contrario: los derechos humanos pierden su dimensión crítica y se tornan en soporte de una estrategia de dominación, una estrategia discursiva, funcional al orden global impuesto por el rebautizado como “pensamiento cero” —una expresión más gráfica que la de pensamiento único—, el modelo liberal y aunque pretendidamente universalista en realidad etnocéntrico, que ha secuestrado la tradición de los derechos humanos reduciéndola a la dimensión que le resulta útil. Se trata, por volver a los viejos textos del joven Marx, de “la necesidad práctica, del egoísmo que es el principio de la so-

cialidad burguesa, cuyo Dios es el dinero y que alumbraba en su seno el Estado político...”.

El mayor factor de desactivación de la fuerza emancipadora de los derechos humanos es sin duda el discurso abstracto, liberal y pretendidamente neutro desde el punto de vista ideológico que, so capa de universalismo, se adueña de ellos. Me refiero al envés del universalismo. Es verdad que su mayor aportación liberadora consiste en romper las cadenas que legitimaban la sumisión de los seres humanos en aras del respeto al yugo de una tradición legitimada por el transcurso de los siglos, y en ese sentido es verdad que no hay cultura de los derechos humanos sin ruptura con el carácter sagrado de esta o aquella “identidad” cultural. Pero no es menos cierto que al arrojar el agua sucia, las más de las veces, se echa con ella al niño que había que lavar: en ese discurso se nos habla de seres humanos que, para poder ser reconocidos como sujetos, titulares de los derechos, han de despojarse de las condiciones reales que les permiten existir como tales: del género a la lengua, de la clase o la familia a la tradición cultural. En otras palabras, para obtener el reconocimiento como seres humanos, iguales en dignidad y derechos, han de dejar de ser humanos. De nuevo la clarividencia de Marx en su *Crítica de la cuestión judía*: “el hombre real sólo es reconocido bajo la forma del individuo egoísta, el verdadero hombre es reconocido solamente bajo la forma del sujeto abstracto”. Como se han encargado de denunciar, tras la huella de Marx, un buen número de los defensores del esfuerzo por la emancipación —por citar sólo dos, del MacPherson que ofrece en su *Teoría política del individualismo posesivo* la crítica a los objetivos de dominación subyacentes a ese discurso, al García Calvo que destruye el individualismo ontológico en su *Contra el hombre*—, el único sujeto real que se corresponde con ese ser humano es hoy el sujeto universal del mundo global. Por eso el discurso liberal se empeña en hablar de los seres humanos como individuos —mónadas, denunciaba Marx— y sólo de derechos humanos como libertades individuales, al alcance únicamente de un sector mínimo del Norte que pueden permitirse el lujo de ser mónadas y de pagarse las mercancías en que se han convertido el resto de los derechos, lo que llamábamos derechos sociales.

Pues bien, me parece que a este propósito, lo más interesante que sucede hoy, precisamente en el contexto de la globalización, es el desafío que plantean los flujos migratorios al discurso de los derechos humanos y, por supuesto, a su actual institucionalización. En efecto, la lección más importante que nos ofrece una reflexión que se pretenda mínimamente cuidadosa acerca de la relación entre inmigración y derechos humanos, y más aún en un contexto de euforia por la convergencia europea —que parece haber dejado en segundo término o *ad calendas graecas* otros objetivos como el empleo, por no hablar de la construcción de la UE como un espacio político que satisfaga las condiciones de legitimidad democrática y permita una “ciudadanía europea” que no sea mero elemento de discriminación—, es la confirmación del viejo lema

<sup>2</sup> Y eso supone como primera medida, probablemente, la institucionalización de un Tribunal Penal Internacional permanente, tal y como viene siendo exigido por casi todos los que se ocupan de la cuestión: por poner dos ejemplos, Remiro Brotons 1997, o Ramón Chornet 1998.

# 16.346

## PTAS. NUNCA LE DIERON [TANTO DE SI]

**POR SOLO [16.346] PESETAS AL AÑO: ACCESO  
A INTERNET, CORREO ELECTRONICO Y UN GRAN  
NUMERO SERVICIOS Y PRODUCTOS [On-Line]**

De esta manera tan sencilla, usted accede a todas  
las posibilidades que le ofrece la tecnología  
aplicada a la información jurídica.

### **ACCESO A INTERNET. DURANTE UN AÑO**

Toda la información del mundo, y no sólo jurídico,  
a su disposición. Sin moverse de su despacho, con  
sólo teclear en su ordenador, acceso directo a todas  
las posibilidades de Internet.

### **DIRECCION PRIVADA DE CORREO ELECTRONICO. [E-mail]**

Para comunicarse con cualquier persona del  
mundo que le interese, de la forma más  
rápida, sencilla, confidencial y económica.

**[sunombre@aranzadi.es](mailto:sunombre@aranzadi.es)**

### **UN MUNDO DE INFORMACION, PRODUCTOS Y SERVICIOS [On-Line]**

Sólo necesita una línea de teléfono y un ordenador  
personal con módem; el resto se lo facilita Aranzadi  
a través del Club Aranzadi Interactivo (C.A.I.), donde  
podrá disfrutar de:

Toda la actualidad jurídica (diaria vía [on-line]) •  
Demostraciones de las nuevas Bases de Datos  
Aranzadi [on-line] • Servicio de Documentación  
de Sentencias • Hemeroteca Jurídica • Y mucho  
más.

**ADEMAS, SEMANALMENTE,  
RECIBIRA LA REVISTA  
[ACTUALIDAD  
JURIDICA  
ARANZADI]**



*La tecnología al servicio de la  
experiencia jurídica*

**ARANZADI**  
EDITORIAL

**CAIA**  
CLUB ARANZADI INTERACTIVO



- Por 16.346-I.V.A., deseo suscribirme a A.J.A. + acceso a internet y correo electrónico + pertenecer al Club Aranzadi Interactivo.
- Siendo Suscriptor de Aranzadi, solicito mi derecho a beneficiarme de todas estas ventajas.
- Deseo recibir más información sobre cómo acceder a esta oferta.

Rellene sus datos y envíelo a: **J.Democ.**  
Editorial Aranzadi Citra de Aoliz Km 3,5. 31486 Elcano-Navarra

**Teléfono: 948/297 297 • Fax: 948/330 845-297 200**

Apellidos ..... Nombre .....

Profesion ..... Especialidad.....

Empresa ..... Actividad.....

Domicilio ..... Titulo .....

Fax..... C.P. .... Población .....

Provincia ..... N.I.F./C.I.F. ....

de Ihering que pone en relación directa los derechos humanos con el ideal emancipatorio, sin renunciar a las exigencias concretas: el Derecho no es otra cosa sino lucha por el Derecho, por los derechos.

En efecto, si las libertades públicas y los derechos políticos fueron sobre todo el triunfo de la burguesía frente al poder absoluto, si los derechos sociales fueron en su mayor medida el resultado del empuje del movimiento obrero, de los sindicatos y de los partidos de izquierda, hoy son nuevos los protagonistas de ese proceso social de lucha, de tensión crítica contra al poder establecido y, lo que es no menos importante, frente a las viejas categorías históricas que se resisten a alumbrar otras que den satisfacción a las demandas de esos agentes sociales, empezando por la primera: su reconocimiento como sujetos, como agentes del orden político, económico, cultural, social. Dicho de otra forma, un nuevo sujeto social pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía entendida como fortaleza, por derribar un (pen)último muro, el de la negación de los derechos y aun de la condición de sujeto de derechos a los extranjeros, el de su exclusión del espacio público (relegados sólo a lo privado, cuando no a lo clandestino). Y al hablar de extranjeros habría que decir, mejor, inmigrantes. Porque de eso se trata, de romper la barrera entre los derechos del hombre y los del ciudadano, de adquirir los papeles que permiten participar en la toma de decisiones y en la distribución de los resultados —la riqueza y los derechos— desde su condición, y no pese a ella o, como sucede hoy, renunciando a ella. Hoy son los inmigrantes, como se ha apuntado desde muy diferentes posiciones, quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos. A ellos cabe aplicar el análisis que Arendt dedicara a los refugiados<sup>3</sup>, desprovistos de todo arraigo, obligados a aceptar consecutivamente toda suerte de máscaras para alcanzar la definitiva, el próson que les permita el arraigo. Obligados a probar permanentemente una voluntad de integración que poseen en mayor grado que buena parte de la ciudadanía, al mismo tiempo que se les niegan de hecho los medios para esa integración.

En mi opinión, Balibar<sup>4</sup> ha explicado con acierto el desafío que plantea hoy la transformación de los flujos migratorios en un contexto histórico marcado por dos rasgos aparentemente congruentes, la sociedad globalizada y el discurso universalista de los derechos, dos características que se subrayan particularmente en el caso europeo. En efecto, lo que se pone de manifiesto hoy es la contradicción que alcanza casi los términos de aporía entre el ideal universalista o al menos cosmopolita de los derechos y la ciudadanía como regla de exclusión necesaria (al menos justificada como inevitable) que

se aplica a los inmigrantes. La contradicción debida a la presencia de “grupos crecientes de extranjeros que aparecen tendencialmente, por anticipación y adaptación, como típicos de una sociabilidad y una ciudadanía nuevas, opuestas a lo nacional”. Es la aporía de proclamar el universalismo al tiempo que se apuesta por el *apartheid* respecto a quienes están ya aquí y contribuyen con su trabajo y su cultura a la construcción de un espacio público nuevo, más rico, en el que sin embargo se les niega la presencia en condiciones de igualdad. Porque el problema, como subraya Balibar y es lo que me parece más interesante, es que la ciudadanía que se les niega no es sólo ni sobre todo la ciudadanía como *status*, como título que habilita para el acceso y la garantía de derechos iguales, sino la ciudadanía como capacidad de soberanía, la ciudadanía como titularidad del poder constituyente de una comunidad libre de iguales, como condición de miembro del grupo que define las reglas de juego y los valores comunes y ante todo, *la regla de la ley, del Derecho*. Dicho de otro modo, se trataría de evitar el peligro de rebajar la ciudadanía, más aún, la comunidad política, al papel de simple instrumento para la conservación de unos derechos humanos entendidos como mera contraprestación del ciudadano pasivo, *asegurado* más que seguro, como derechos del individuo aislado, de los que habla ese individualismo no sólo metodológico, sino ontológico e ideológico que se ha convertido en el supuesto básico de ese pensamiento cero que quiere dominar las ciencias sociales y el debate político.

Todo lo anterior exigiría, inevitablemente, una transformación de la ciudadanía hacia una noción abierta, transnacional, en palabras de Balibar, “pasar de la ciudadanía de los europeos a la ciudadanía europea, a la ciudadanía en Europa”, tomar en serio la Europa de los ciudadanos. Exigiría además, me permito sugerir, tomar en serio el pluralismo como elemento constitutivo de la democracia, pero no en su dimensión de libertad autonomía, de “politeísmo de los valores”, para hablar con Weber, sino en el de la comunidad libre de iguales. Y es en ese sentido en el que me parece posible recuperar el ideal emancipatorio, y por eso me parece evidente que la lucha de los inmigrantes por su reconocimiento es la gran apuesta emancipatoria de los derechos humanos hoy, una emancipación que, volviendo otra vez a la paráfrasis de los textos de la cuestión judía en los que se han inspirado largamente estas líneas, no sea sólo emancipación política, sino emancipación humana<sup>5</sup>.

Pero como no pretendo que esta reflexión sea otro brindis al sol, intentaré añadir en la segunda

<sup>3</sup> Como se recordará, Marx formula esa distinción al proponer la primera como “la reducción del hombre, de una parte, a miembro de la sociedad burguesa, al individuo egoísta independiente, y, de otra parte, al ciudadano del estado, a la persona moral”. Esa emancipación le parece insuficiente, pues “sólo cuando el individuo real recobra dentro de sí al ciudadano abstracto y se convierte como hombre individual en ser genérico, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales. cuando ha sabido reconocer y organizar sus fuerzas propias como fuerzas sociales y cuando, por tanto, no desgaja de sí mismo la fuerza social bajo la forma de fuerza política, podemos decir que lleva a cabo la emancipación humana”. Cfr. *Crítica de la cuestión judía*, págs. 343.

<sup>3</sup> Cfr. Arendt, 1995. Sobre ello, De Lucas, 1996, cap.2

<sup>4</sup> Balibar 1995/3, págs 4 y ss.

parte algunas observaciones concretas que permitan avanzar en esa vía de recuperación del carácter emancipador del discurso de los derechos humanos, precisamente a propósito de los desafíos que plantea el reconocimiento de los nuevos flujos migratorios y de los sujetos de los mismos.

## ¿QUE HACER? TRES ELEMENTOS DE CRITICA Y ONCE PROPUESTAS

I) Por supuesto, las medidas acordes con la reflexión antecedente no pueden reducirse al ámbito institucional, jurídico y político, pero las que se sitúan en ese terreno son irrenunciables y aun cabe exigir las en primer término. Lo cierto es que se trataría de invertir en no poca medida, la actual política jurídica dominante en los Estados de la UE, singularmente en Francia, Alemania, Italia y España. Los ejemplos que ofrecen las últimas modificaciones legislativas en aquellos tres países son elocuentes, pero habría que subrayar, por su carácter paradigmático, lo sucedido en la sesión del *Bundestag* del 27 de marzo de 1998, en la que se rechazó por mayoría el proyecto de ley aprobado en el *Bundesrat* (donde la mayoría corresponde a la oposición —SPD y *Die Grünen*—) para mejorar el acceso a la ciudadanía de los inmigrantes.

El marco español, como se ha repetido hasta la saciedad, no es un buen punto de partida para el objetivo que he tratado de apuntar antes. Me limito a recordar ahora que el marco jurídico presidido por la Ley Orgánica de protección de los derechos y libertades de los extranjeros en España —Ley de extranjería— y del que forman parte destacada los sucesivos reglamentos de aplicación y desarrollo de la LO del 85, las Ordenes Ministeriales que regulan los dos procesos de regularización que se han producido hasta la fecha o las que han establecido los sucesivos cupos de trabajo para el acceso de los inmigrantes a nuestro país, así como, en un sentido amplio, las modificaciones en la legislación de refugio y asilo, pese a lo proclamado, no tiene como objetivo fundamental favorecer la estabilidad social y jurídica de los inmigrantes, como lo demuestra la ausencia de garantías de las condiciones de integración social, o el hecho de que ni siquiera reconoce derechos básicos como la reagrupación familiar, ni asegura otros como la tutela judicial efectiva. Las primeras medidas de interés que pueden valorarse positivamente en ese sentido son los procesos de regulación y algunos aspectos del Plan Nacional de integración social de los inmigrantes en el año 94 (entre los que quizá el más interesante era, inicialmente, la creación del Foro, hoy a todas luces desvirtuado), es decir, al final del mandato socialista. Lo cierto es que el reglamento de 1996, presentado como el último esfuerzo posible de estabilidad e integración social de los inmigrantes por el entonces responsable de migraciones R. Aragón<sup>6</sup>, se ha

<sup>6</sup> Que fijaba en términos tan sencillos como engañosos (por simplificadoros) las condiciones de integración de los inmigrantes: así, su aceptación de la democracia como forma de organización, de la limitación de la religión al orden de lo personal, de la igualdad entre hombre y mujer... Cfr. *Migraciones*, número 0,

quedado más que corto. No menos negativa ha sido la decisión del Gobierno del PP de realizar una reforma estructural del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, especialmente sus consecuencias en materia de política social de extranjería e inmigración. Como síntesis de este apretado repaso podríamos recordar que esa política jurídica ha podido ser calificada como "anarquía jurídica" o "xenofobia institucionalizada", que reduce a los inmigrantes al ámbito de un "derecho de recortes", y que parece presidida por tres características que coinciden en el resultado de exclusión:

A) El objetivo dominante de esta política que, por su miopía y parcialidad, difícilmente puede ser considerada una auténtica "política de inmigración" es doble: en primer lugar, policial —el discurso de orden público y seguridad—, y en segundo término laboral —el objetivo de responder a las condiciones coyunturales del mercado de trabajo que se traduce en la única opción de establecimiento de cupos—. Se trata de una política funcional, como han mostrado Van Dijk, Naïr o Giménez, a la función de dominación<sup>7</sup>.

B) Desde el punto de vista técnico, pero también de legitimidad, esas políticas son más que mejorables: están plagadas de elementos de contradicción y de defectos o lagunas que complican considerablemente su aplicación y sobre todo cuyo resultado es el peor desde el punto de vista del Derecho: la inseguridad jurídica y la creación de un estatuto de extranjero/inmigrante en términos de infraciudadano, tanto por lo que se refiere a la titularidad y garantía de los derechos como sobre todo en cuanto miembro de la comunidad política. En realidad, como analizó minuciosamente S. Naïr en el caso francés<sup>8</sup>, rizan el rizo al desestabilizar jurídicamente a los inmigrantes legalmente instalados

C) En suma, como he propuesto en alguna otra ocasión, puede decirse que estas políticas son, al menos potencialmente, un grave peligro, pues política y socialmente resultan perniciosas, ya que se encuentran en rumbo de colisión con exigencias básicas del Estado de Derecho, concretamente, además de lo ya señalado en el apartado anterior, con la universalidad en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, sin los que no es posible

1996, págs. 45 y ss. En contraste, los medios ofertados no pasaban de lo retórico, especialmente en terrenos como sanidad o vivienda. Valga por todos la apelación a un modelo de "escuela intercultural" tan enfatizado como vacío (a contrastar con su concreción por ejemplo en los trabajos de C. Giménez).

<sup>7</sup> En los tres órdenes: 1) El económico, es decir, la funcionalidad para el mercado global de esa mercancía que es el trabajo del inmigrante y para el mercado interno en el que se utiliza como elemento desestabilizador de la mano de obra nacional, amén de las redes que son funcionales para la economía sumergida o clandestina; 2) el cultural, reforzando los mecanismos de identidad apelando a identidades primarias —raza, lengua, nacionalidad, religión— que diferenciarían a los nacionales de los inmigrantes, y 3) el político, esto es, la relegitimación por el mecanismo del miedo, de la seguridad frente a la amenaza y de la discriminación en los derechos que asegura, por contraste con los inmigrantes, un rango superior en la jerarquía de segmentación social incluso a los sectores más castigados por el desmantelamiento del Estado del Bienestar, atectados por el paro, la privación de los derechos sociales y la exclusión.

<sup>8</sup> Se trata de sus conocidos ensayos sobre las leyes Pasqua y Debre.

hablar de seguridad jurídica, y eso empieza por la efectividad de la competencia jurisdiccional en la custodia de los derechos, que no pueden quedar en manos de la administración y de la policía para algunos grupos de sujetos, como sucede con los inmigrantes en lo que se refiere al ejercicio de derechos básicos.

II) A la vista de esas críticas pueden formularse algunas propuestas concretas, sin pretensión de originalidad, y en gran medida inspiradas en la campaña "papeles para todos" que ha surgido como iniciativa de la APDH. Todas ellas tienen en común el reconocimiento de que en este terreno no es posible formular parches que tapen algunos de los vacíos existentes, sino que se trata de reformular las políticas de migración, atentos a los intereses a largo plazo, y no a la coyuntura demagógica de carácter partidista o electoralista. Se trata de cambiar nuestra óptica, nuestra mirada y para ello podríamos comenzar por once medidas más concretas que cabe englobar en tres bloques, el primero orientado a actividades relacionadas con la tarea de sensibilización y toma de conciencia por parte de la sociedad y de sus representantes acerca de los problemas en juego y los otros dos relativos a medidas concretas en el terreno jurídico y político:

1. Ante todo, es preciso *redefinir la imagen de la inmigración* y de los flujos migratorios. Explicar con claridad su significado real y su alcance. Eso puede concretarse en tres actuaciones:

1.1. Comprender la inmigración como hecho social global, en un doble sentido. De un lado, como señalan todas las investigaciones que se realizan en sociología de las migraciones<sup>9</sup>, no tiene sentido plantear la cuestión de la inmigración en términos de un solo país —menos aún desde una perspectiva etnocéntrica—, pues las migraciones transnacionales son un elemento estructural del mundo contemporáneo, que, en ese sentido, como apunta el título de un reciente trabajo, es un mundo desplazado<sup>10</sup>. En segundo lugar, no es posible entender hoy los fenómenos de flujos migratorios sólo con la óptica laboral, como un factor que depende de la coyuntura del mercado, ni tampoco reducido al discurso del orden público, de la seguridad, pues en la actualidad las migraciones no son sólo un fenómeno de trabajo, ni reducibles al carácter de "ejército de reserva de la delincuencia", ni tan siquiera tienen un carácter provisional, sino complejos desplazamientos de población agudizados en no poca medida por factores que derivan de las consecuencias impuestas por el modelo económico de la globalización.

1.2. Dicho lo anterior, se impone, de un lado, analizar rigurosamente la realidad del empleo de los inmigrantes y las características de la estructura ocupacional y de la segmentación del mercado laboral del que los inmigrantes forman parte ineliminablemente, tal y como destacan con acierto los trabajos del colectivo IOE. Por otra parte, es preciso

romper con el pretendido perfil uniforme del inmigrante, también en términos económico-laborales.

1.3. Igualmente, vincular el tratamiento de las migraciones con las políticas de codesarrollo, tal y como ha propuesto en un rapport reciente S.Naïr, que añade algunas medidas concretas y objetivos en este ámbito. A esos efectos, resulta necesaria una política común al menos de nivel regional — europeo — e implicar en las acciones y programas de codesarrollo no sólo a los Estados, sino a las corporaciones locales y regionales/autonómicas y a los agentes sociales, comenzando por los propios inmigrantes, pero asimismo una política decidida por parte de los organismos internacionales, como el FMI o el Banco Mundial. Por supuesto, es claro que no parece coherente con el codesarrollo mantener la actual política sobre la deuda externa y que medidas como las que supone la constitución del AMI son también difícilmente compatibles con ese propósito.

Todo esto no puede hacernos olvidar que, si bien son sobre todo las condiciones estructurales de las sociedades de acogida, junto a las actitudes de la población, las que procuran los fenómenos de segregación y exclusión de los inmigrantes, esas situaciones no se darían sin las políticas institucionales, y por esta razón el segundo bloque de medidas se sitúa en esa perspectiva:

2. Se trata, en segundo término, de poner los medios para asegurar el objetivo de la restauración de las *exigencias del Estado de Derecho y de las exigencias de la legitimidad democrática*, tal y como he tratado de poner de relieve al recordar las líneas de crítica. Hay que abandonar los esquemas simplistas y la mera indignación moral. En ese sentido, podrían considerarse las siguientes cinco reformas de carácter jurídico:

2.1. La igualdad de derechos, que es el contenido concreto de la tan predicada integración, al menos en línea de principio, habría de extenderse a los derechos políticos. Podría empezarse con los derechos políticos en el ámbito municipal y progresivamente extenderlos en el autonómico, nacional y europeo. Ese objetivo ha de reemplazar el caduco discurso de la tolerancia<sup>11</sup>.

2.2. Es inadmisibles continuar con el discurso de la ilegalidad/irregularidad como condición suficiente para negar derechos elementales como el acceso a la salud o a la educación: derechos tan básicos no pueden dejar de estar garantizados para todos los seres humanos, y una falta de carácter administrativo (la ausencia de los "papeles") no es una buena razón para suspender su reconocimiento. Particularmente grave es la exclusión del derecho a asistencia letrada gratuita que padecen los extranjeros ilegales como consecuencia de la ley 1/96, en flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 24.2

<sup>11</sup> Y ello pese a lo que señala en su inteligente artículo L. Hierro (Hierro, 1997), no constituye una contradicción. Una cosa es que en el régimen actual pueda aspirarse a poco más que a un régimen de reciprocidad, y otra es que la no equiparación de los derechos deba sostenerse como propuesta normativa. Por lo demás, lo que resulta manifiestamente insostenible es la ausencia de reconocimiento efectivo a los inmigrantes, por irregulares que sean, como señalaré enseguida, de los derechos reconocidos a todos los seres humanos en sede constitucional.

<sup>9</sup> Cfr. por ejemplo los trabajos de Izquierdo, o del colectivo IOE.

<sup>10</sup> Cfr. Naïr/De Lucas, 1996.

de la Constitución que reconoce ese derecho básico a todos los seres humanos.

2.3. Es necesario desvincular las cuestiones de la residencia y del trabajo, en punto a la expedición de los correspondientes permisos para evitar los mecanismos circulares que en no pocos casos hacen inviable el permiso de residencia y tender a un régimen aún más simplificado que permita la obtención del estatuto de residencia permanente en seis años, como se practica en Canadá o Australia.

2.4. Es preciso el reconocimiento efectivo del derecho de reagrupamiento familiar con extensión de los derechos del titular a los miembros de la familia. En este punto sería necesario evitar que se produzcan los mecanismos actuales que redundan en una doble discriminación de las mujeres inmigrantes por razón de género. En efecto, hoy, en la práctica, la regularización de las mujeres inmigrantes desde la condición de cónyuges, tiene efectos restrictivos, como la dependencia en la situación de la mujer respecto al hombreo su condicionamiento a la renuncia al mercado de trabajo. Los mismos efectos de feminización de los colectivos y de reforzamiento de los estereotipos se han producido como consecuencia de la definición de los contingentes.

2.5. Ha de exigirse el fin de los CIE, en su actual configuración, pues constituyen la institucionalización de una situación administrativa irregular y, sobre todo, en punto a la seguridad jurídica y garantía de derechos, inferior a la que se produce en prisión.

3. Finalmente, es imposible retrasar más el *reconocimiento de los inmigrantes como los sujetos directos del problema*. Ello exige implicarles de modo

directo, individualmente, pero sobre todo a través de sus asociaciones (y no sólo de las ONG) como protagonistas, como agentes sociales primordiales. Sugeriré tres medidas promocionales:

3.1. El fomento del fenómeno asociativo entre los inmigrantes y su representación en los órganos que al menos tienen voz en relación con la política de inmigración es la primera exigencia.

3.2. Además, es preciso la implicación de estas asociaciones en los programas y actividades de co-desarrollo.

3.3. Finalmente, sería conveniente facilitar la personación de esas asociaciones a la hora de la garantía y del ejercicio de la defensa de los derechos humanos de los inmigrantes, en una primera etapa, pues se trata sin duda de una medida provisional, cuya justificación podría asimilarse a las políticas de promoción para compensar la discriminación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Remiro Brotons, A. (1997). *Curso de Derecho Internacional Público*, MacGraw, Madrid, 1997.
- Ramón Chornet, C. (1998). "Sobre la oportunidad de una intervención humanitaria en Argelia", *Página Abierta*, 1998.
- Arendt, H. (1995). *Hombres en tiempos de oscuridad*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Hierro (1998). *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 1998.
- Vaquero (1998). "Ocho tesis sobre la globalización", *Página Abierta*, 83/1998.
- De Lucas, J. (1996). *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria, 1996.
- Balibar, E. (1994). "¿Es posible una ciudadanía europea?", *Revista Internacional de Filosofía Política*, 1994/4.
- Nair/de Lucas (1996). *Le déplacement du monde. Immigration et thématiques identitaires*, Kimé, Paris, 1996.

# Reinserción, ¿para qué?

José María MENA ALVAREZ

El Derecho Penal, y el sistema penal en su conjunto, siempre fue concebido, desde perspectivas progresistas, como expresión e instrumento del poder de los sectores sociales dominantes. Lo clásico era expresarlo con otras palabras, pero el concepto era ese, más o menos. Sigue habiendo sectores sociales dominantes y siguen teniendo poder. Pero la prolongada etapa de convivencia democrática ha ido produciendo un poso de contrapesos y garantías sobre las aristas de aquella esquemática concepción.

En aquel tiempo el análisis del fenómeno de la represión penal conducía al hallazgo en su seno de contradicciones, y era comúnmente aceptado que éstas expresaban la dinámica social. En este marco se encontraba el concepto estratégico del uso alternativo del derecho. Todas las normas vigentes, y particularmente las que contienen garantías y las leyes penales, podían ser aplicadas, *"alternativamente"* a favor de quienes no eran sus beneficiarios teóricos iniciales, y en contra de los sectores sociales dominantes.

Tal era la general aceptación de estos criterios que, cuando se redactó la Constitución, en su artículo 25.2 se dejó plasmada, implícitamente, la idea de que el delincuente que merece pena privativa de libertad comete su delito por causa de su falta de educación o por su ausencia de inserción social, o, por lo menos, en función de su procedencia sociológica de ámbitos en que se manifiestan tales carencias.

Paralelamente, y como fruto simultáneo del mismo discurso, fueron naciendo los conceptos teóricos que germinaron, sucesivamente, en tipos penales llamados *"de cuello blanco"*. Primero eran normas *"ad exhibendum"*, para aquietar nacientes exigencias sociales, y, en ocasiones, aquietar malas conciencias. Luego, fueron normas sólidas, aplicables y aplicadas. Una verdadera normalización democrática homogeneizó los tipos penales antaño denominados *"de cuello blanco"*, en el conjunto de las previsiones del Código Penal, de tal modo que ya hace tiempo que, por fortuna, han dejado de ser conceptos y preceptos *"heroicos"*.

Si el discurso parecía tener dos líneas paralelas, la del origen marginal del delito con su correlativa necesidad de reinserción, y la del delito de *"cuello blanco"*, la progresión de la convivencia democrática ha puesto de manifiesto que las dos líneas se han manifestado como confluyentes.

Cuando los que delinquen desde su posición de ventaja social, económica o política, han llegado al banquillo, se nos ha planteado, en concreto, el problema de la confluencia de las dos líneas del discurso en el siguiente punto: ¿está prevista para ellos la reinserción?

El artículo 25.2 de la Constitución dice que las penas privativas de libertad y las medidas de segu-

ridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social.

Este mandato, que por cierto abarca a todas las medidas de seguridad aunque no sean privativas de libertad, y sin embargo no abarca a las penas de esa índole, contiene tan sólo la necesidad de esa determinada orientación. Ello, como es sabido, no excluye los fines de la pena, de prevención general y especial, ni es contradictorio con sus efectos y consecuencias.

Las penas privativas de libertad que recaigan sobre delinquentes de *"cuello blanco"* estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social. Este mandato taxativo de la Constitución es objeto de matizadas transformaciones, en determinados casos, cuando es objeto de aplicación concreta.

Hay quien opina que aquella orientación no es atendible si el condenado ya tiene educación e inserción social. Ello no obstaría al cumplimiento de la pena, porque, además de su orientación constitucional, e incluso alcanzada esta de antemano, los fines clásicos de la pena subsisten.

Pero hay quien mantiene el criterio según el cual, preexistiendo la educación y la reinserción social, que constituyen la orientación constitucional de la pena privativa de libertad, su ejecución efectiva es superflua.

Llevado el argumento a sus últimas consecuencias, los que gozan de óptima educación y notoria inserción social al tiempo de delinquir no *"precisan"* el correctivo de la pena privativa de libertad.

Unas recientes resoluciones de una Administración Penitenciaria han argumentado de la manera que a continuación se recoge, debidamente traducida, a los efectos de conceder a los condenados el tercer grado inicial de las penas privativas de libertad cuyo cumplimiento definitivo se cifraba en el año 2003.

*"La clasificación (en el tercer grado inicial) ha de tener en cuenta el historial familiar, social y delictivo..."*

*"Concurren cualificadas favorablemente las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria...": "Las variables intervinientes determinan que se pueda aplicar el régimen de tercer grado de tratamiento teniendo en cuenta la capacidad del interno de llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad". "Las características personales y cognitivas del interno y su capacidad de comunicación constituyen elementos valorativos de un alto grado de resocialización".*

*"El interno —se dice en una de las resoluciones comentadas— es una persona adaptada socialmente. Su trayectoria vital se puede considerar normalizada. La sólida formación académica así como las características de su personalidad le han permitido llevar a cabo una carrera profesional en el mundo de la empresa".*

Se ha llegado a consolidar, con el soporte jurisdiccional correspondiente, la tesis de que, en tales condiciones, no es preciso el cumplimiento efectivo de la pena, bastando con la aplicación, desde el inicio de su cumplimiento teórico, del tercer grado penitenciario. Es decir: con buena educación, y acreditada adaptación social, basta con cumplir la pena desde casa.

La Europa sin fronteras ha producido curiosos fenómenos. Uno de ellos es el de la domiciliación de personajes acaudalados en minúsculos Estados de benévolo tratamiento fiscal. Quizás no esté lejano el día en que, junto al domicilio fiscal de adopción, proliferen el domicilio de adopción a efectos penales, si la pena privativa de libertad, por causa de la reinserción, debe cumplirse en el territorio del domicilio. Porque en el territorio de la Administración Penitenciaria antes referida, los delincuentes de *"cuello blanco"* oriundos del país, y los domiciliados *"ad cautelam"* parece que han de hallar una comprensión que, en otras latitudes, todavía no se produce con igual sensibilidad.

Hay quien señala que esta novísima fuente de turismo se podrá ver limitada porque, para entonces, posiblemente el servicio penitenciario se encuentre privatizado, sin duda para reducir costes e incrementar prestaciones. Pero no es razonable pensar que eso signifique ni cambios de criterio de la Administración, ni grave perturbación económica para los *"usuarios"* del servicio.

Se ha opinado, en ocasiones, que todos los condenados a penas privativas de libertad deben ser atendidos con un tratamiento orientado a su reeducación y reinserción social, en todo caso. El argumento parece llevar implícito otro, según el cual el propio delito, y, en concreto, también el de *"cuello blanco"*, expresa un comportamiento antisocial equivalente a ausencia de educación, en el ámbito específico de la convivencia afectado por el delito, o ausencia de inserción social, en el mismo ámbito.

Es conveniente recordar que el artículo 25.2 de la Constitución se refiere simultáneamente a la reeducación y a la reinserción social.

El concepto de reinserción no está definido en la Constitución. El de reeducación sí puede deducirse de la definición del concepto constitucional de educación que contiene el artículo 27.2. *"La educación tendrá por objeto —dice el citado artículo— el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales"*.

La reeducación, a partir de esta definición, parece que debe significar la vuelta al respeto debido a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, respecto del que se habría apartado el delincuente al cometer su delito.

Sin duda, dada la amplitud de los conceptos recogidos en el artículo 25.2, es claro que los bienes

jurídicos protegidos por los tipos penales que contemplan los delitos de *"cuello blanco"*, han sido objeto de la falta de respeto que requiere la educación, o reeducación, correctora.

Otro tanto ocurre con el concepto de reinserción, que, no olvidemos, acompaña al de reeducación en el artículo 25.2.

Salvando la inagotable literatura sobre la reinserción, cabría resumir su concepto, a riesgo, desde luego, de simplismo, como la reintegración del delincuente a una convivencia social ajena a la práctica del delito. Esa convivencia está basada en los principios democráticos, y en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, que son, precisamente, los principios básicos del concepto constitucional de educación.

El delincuente cuyo comportamiento antisocial tiene su origen en la marginalidad, es decir, en la falta de inserción social, merece, tiene derecho a que se le ofrezca la posibilidad de reintegrarse a la convivencia social normal (normal en sentido etimológico, como adecuada a la norma). Sin embargo más bien parece que las expresiones reintegración, o reinserción, no son plenamente acertadas si se considera que, previamente, se ha venido manteniendo que esos delincuentes acceden a la infracción penal desde la marginalidad. Lo correcto, pues, sería reconocer que podemos encontrarnos ante supuestos de inserción, y no de reinserción.

Cuando el joven ladronzuelo vuelve, desde la cárcel, a su pandilla, obviamente contumaz en su marginalidad, generalmente se acepta que su reinserción es problemática. Otro tanto ocurre con todos los demás delincuentes cuya infracción penal nació de un núcleo sociológico permanente, generador de conductas de la misma índole, e incluso de pautas éticas justificadoras de esos comportamientos.

El delincuente de *"cuello blanco"* se encuentra en esa situación. Su vuelta al grupo sociológico de su procedencia, y, con más precisión, su permanencia en el grupo porque en general no llega a salir de él pues no es inquilino frecuente de centros penitenciarios, también debe ser interpretada como un pronóstico negativo de reinserción, o de inserción, en la convivencia social normal.

Por estas razones parece indispensable que, junto con la progresiva, y progresista, presencia de tipos penales que hacen frente a la delincuencia de *"cuello blanco"*, exista una aplicación efectiva del derecho penal que introduzca un verdadero principio de igualdad en el ámbito penitenciario, es decir, el de dar *"tratamiento desigual a los desiguales"*.

En otro caso, los nuevos tipos penales darán trabajo a los tribunales, ocupación a determinados defensores, espacio en los medios de comunicación, y una incontenible sonrisa a los que gozan de inserción y educación orientadas, al parecer, a la impunidad.

# “Suicidio”: barbarismo y perversión

Gregorio HINOJO ANDRES

*A todos aquéllos, algunos amigos buenos,  
que decidieron elegir el día y la hora*

El entrecomillado del término suicidio muestra claramente el propósito de esta breve disquisición filológica, interesada y preocupada por las palabras, por su origen y por su significado, que no pretende emitir juicios de valor ni calificaciones morales sobre la búsqueda voluntaria de la muerte, ni discutir su licitud o su legitimidad. Estas son cuestiones muy arduas y demasiado elevadas para mis pretensiones y mi competencia; como diría el poeta mantuano *non nostrum inter uos tantas componere lites*, “no es nuestro ajustar entre vosotros disputas tan grandes”. Como filólogo y enamorado de la palabra desde hace tiempo me disgusta y me desagrada ese vocablo tan feo, tan perverso y tan “bárbaro”. Exponer su origen y su difusión en las lenguas de nuestro entorno es el objeto de esta glosa. A publicarla me han impulsado las no infrecuentes penas de muerte en vísperas del siglo vigesimoprimeros y las polémicas tan numerosas, algunas de carácter léxico, sobre el fin que para su vida buscó y consiguió el tetrapléjico señor Sampedro.

El término suicidio, común —con las lógicas variantes fonéticas— a muchas lenguas modernas de Europa, deriva de un pretendido término latino *suicidium*, que nunca existió en latín clásico ni en latín tardío y, lo que es más importante, nunca pudo existir. En efecto, los hablantes de la lengua de Roma nunca formaron los compuestos con un primer elemento pronominal, ni con *suus-sui*, ni con ningún otro, como puede comprobarse con la consulta de cualquier diccionario latino, incluso de los más ingentes, o de los modernos soportes informáticos que contienen prácticamente todos los escritos latinos antiguos conservados. Para un conocedor de la lengua del Lacio *suicidium/suicida* sólo podría aludir o sugerir “la matanza del cerdo”, “el matarife”: de *sus-suis* “cerdo”, más el sufijo *-cidium, -cida*, derivados del verbo *caedo* que significa “matar”, “dar muerte”; pero el vocablo nunca existió, ni siquiera para esta designación, porque los romanos pensaban con buena lógica que no eran comparables en absoluto un homicidio y una festiva matanza del cerdo y por ello no podía utilizarse el mismo sufijo para denominar ambos hechos; era y es una palabra impensable, y por tanto bárbara, en la lengua latina, y debería serlo en cualquier lengua románica o neolatina. Si hubiera existido un celoso guardián de la pureza de la latinidad cuando se acuñó el término, hubiera dedicado no un dardo, sino una jabalina a su infeliz nacimiento.

El primer empleo del que tenemos constancia es de Galtiero de San Víctor —probablemente su “creador”— teólogo rigorista y ultramontano, en 1180, en su obra *Contra quatuor labyrinthos Franciae*, calificada por su editor y comentarista de “pamphlet virulent et passionné”, en la que pretende

atacar y desprestigiar a famosos teólogos de su época y, de paso, a los filósofos antiguos, entre ellos a Séneca. Para denigrar y vilipendiar a los que acaban con su vida creó este vocablo con el mismo componente que “homicida”, “fratricida” “parricida”, como si se tratara de acciones similares. Bien fuera por la monstruosidad del término o por el desdoro de este autor, desaparece durante siglos y sólo lo encontramos —si mis investigaciones son exactas y fundadas— a mediados del siglo XVII. Es evidente que la sensibilidad y conciencia lingüística latina de los humanistas del Renacimiento nunca hubieran aceptado este neologismo tan antilatino, tan “bárbaro”.

No se vuelve a encontrar el término hasta la ingente obra del teólogo y moralista J. L. Caramuel, *Theologia moralis fundamentalis*, de 1643, reeditada en Roma en 1656. Los moralistas han sido siempre poco sensibles a la belleza de las palabras y a la corrección lingüística; no se han interesado mucho, según propia confesión, ni por las normas de la gramática ni por los preceptos de Donato. Con esta palabra buscaba resaltar el aspecto criminal de la acción al asociarla con la noción de asesinato —incluida en el sufijo—, y con ello pretendía y conseguía estigmatizar y denostar la muerte voluntaria en la civilización occidental. El autor es consciente de que se trata de un término extraño y por ello siente la necesidad de definirlo: “*Suicida dicitur qui se ipsum interemit*”.

Por las mismas fechas se acuña el término en inglés, en la obra de sir Thomas Browne, *Religio Medici*, escrita en 1636 y publicada en 1642, aunque el *Oxford English Dictionary* data su primera aparición en 1651. La lengua inglesa, con mucha más propensión y facilidad que el latín y las lenguas románicas para la formación de palabras compuestas, presentaba menos inconvenientes y escrúpulos para aceptar el nuevo término. Esta puede ser una explicación racional y lógica de que se acuñara en inglés antes que en otras lenguas, y no la mayor frecuencia del suicidio entre los hablantes de dicha lengua, como alguna vez se ha insinuado. El empleo de la palabra, sin ninguna pretensión de originalidad, en dos obras escritas por las mismas fechas, nos inclina a defender que ya estaba en el ambiente de la época y se utilizaba en discusiones y debates morales y filosóficos de carácter oral, aunque tardó a incorporarse a la lengua escrita; siempre la lengua hablada ha gozado de mayor libertad y se ha adelantado a utilizar y admitir neologismos y barbarismos.

Desde el inglés se difundió a las lenguas continentales, pero se demoró un tanto su aceptación definitiva. En francés fue utilizado por primera vez en 1737 y figura ya en el *Dictionnaire de l'Académie*

de 1762; en castellano fue empleado por Moratín y se incorpora al Diccionario de la Academia en 1817, aunque no aparece todavía en el de *Autoridades*. También en Italia tardó a difundirse y no se incorporó a los diccionarios hasta muy avanzado el siglo XIX.

Los romanos nunca crearon ni pudieron crear este término porque era incompatible con la estructuras y las normas de su lengua, pero tampoco crearon ni buscaron un compuesto posible con *-cidium, -cida*, porque pensaban que la violencia y la crueldad inherentes a estos sufijos no eran aplicables en absoluto a los que buscan acabar con su propia vida, de la que todo hombre es responsable y titular indiscutible. Comprendo perfectamente que desde una ética personal y privada o desde una conciencia estricta y ténera no se acepte la licitud moral del llamado suicidio, pero es innegable que este acto nunca puede ser juzgado ni calificado con la misma dureza y rigor que cualquier destrucción de otra vida humana, que un homicidio, fratricidio o parricidio, términos que sí aceptaron los romanos y acuñaron en su lengua, ni debe ser designado de forma idéntica. A su agramaticalidad el vocablo añade su incorrección e inexactitud

además de su maldad y sus connotaciones de iracundia, de brutalidad para denigrar a los que deciden elegir este destino para su vida, merecedores de un máximo respeto. Muerte voluntaria, expresión muy empleada en el mundo romano, y utilizada como sustituto de "suicidio" en otras lenguas modernas, es una designación objetiva que no muestra ningún juicio de valor ni connotación axiológica sobre este acto de libre decisión humana.

Para concluir quiero manifestar que tampoco me parece del todo afortunado el término "eutanasia"; es una designación, pese a su enorme éxito, contradictoria y antitética —un oximoron como dirían los amantes de las figuras retóricas—, ya que la diosa necrófila nunca es buena ni propicia, sino triste, infausta y funesta, incluso cuando alguien voluntariamente llama a sus puertas; la muerte sólo puede calificarse como un mal menor, deseable únicamente en situaciones límite, física o psíquicamente. Por otra parte, las palabras cargadas de alguna noción y connotación positiva siempre pueden desarrollar funciones apelativas, de propaganda; además de informar y significar pretenden convencer.

#### EDITORIAL TROTTA

Tfno. 34-1-593 90 40  
Sagasta, 33, Madrid, 28004  
F-mail: trotta@infor.net.es  
<http://www.trotta.es>

JÜRGEN HABERMAS  
*Facticidad y validez.*

*Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho  
en términos de teoría del discurso*

PETER HÄBERLE  
*Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia,  
actualidad y futuro del Estado constitucional*

J. RAWLS, R. RORTY, J. F. LYOTARD, A. HELLER,  
J. ELSTER, S. SHUTE Y S. HURLEY  
*De los derechos humanos*

PAOLA CAVALIERI Y PETER SINGER (eds.)  
*El Proyecto «Gran Simio».*  
*La igualdad más allá de la humanidad*

CARLOS MARÍA CÁRCOVA  
*La opacidad del derecho*

JUAN J. BUSTOS Y HERNÁN HORMAZÁBAL  
*Lecciones de derecho penal (vol. 1)*

ANTONIO BAYI OS Y JUAN TERRADILLOS  
*Derecho penal del trabajo (2.ª ed.)*

JUAN RAMÓN CAPELLA  
*Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica  
al estudio del derecho y del estado*

ROSARIO GALLARDO MOYA  
*Democracia sindical interna*

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE  
*La garantía en el Estado constitucional de Derecho*

BARTOLOMÉ CLAVERO  
*Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*

LUIGI FERRAJOLI  
*Derecho y razón (3.ª ed.)*

NICOLA MATTEUCCI  
*Organización del poder y libertad.*  
*Historia del constitucionalismo moderno*

# El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)

Federico BELLO LANDROVE

## 0. TRES CITAS, PARA PRESENTAR ESTE ARTÍCULO

"...Este problema (el del dolo eventual), uno de los más difíciles y a la vez de los prácticamente más importantes de todo el Derecho de castigar" (Mezger).

"El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en las otras dos clases de dolo, porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas" (Jeschek).

"Esta figura jurídica (el dolo eventual), de creación jurisprudencial y, en algún aspecto, doctrinal, ha de medirse con sumo cuidado y aplicarse caso por caso y de manera muy restrictiva" (Tribunal Supremo, sentencia de 15-11-1997, ponente García Ancos).

## 1. ORIGENES DE UN PROBLEMA

Ya sea por razones teóricas, ya por exigencias prácticas, los penalistas han fragmentado el campo de la culpabilidad hasta términos de subdivisiones muy alambicadas. Sucesivas gradaciones e instituciones intermedias han ido complicando el tradicional panorama dicotómico de *dolo* y *culpa*. Sin embargo, el Derecho penal codificado español se ha mantenido al margen de las clasificaciones del dolo, reflejando sólo la complejidad en materia de imprudencia, donde se ha venido viviendo un estado de tripartición, y aún más allá (por ejemplo, imprudencias profesional, temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción reglamentaria, en el Código de 1973 y anteriores; culpas profesional, grave y leve, en el de 1995).

Las clasificaciones (habitualmente, bipartitas) del dolo se han gestado en el Derecho extranjero. No podemos olvidar la influencia carrariana, pero parece claro que la clave en este punto es la *receptión* en España de la dogmática alemana, a partir de los años cuarenta. Baste, como ejemplo, la vigorosa caracterización del *dolo eventual* en el *Tratado de Mezger*<sup>1</sup> y su interesante anotación para el Derecho hispano de la época realizada por Rodríguez Muñoz.

A partir, por tanto, de un problema básicamente importado, se van a formular los primeros esbozos de solución para el Derecho penal español. Durante unos veinte años, de Rodríguez Muñoz a Rodríguez Devesa (por emplear una personificación mnemo-

técnica), la respuesta doctrinal consistió en incluir los supuestos de dolo eventual dentro de la imprudencia temeraria. Se trataba de una solución de emergencia, basada más en razones *pro reo* que técnicas, y que no tenía por qué suponer el trato igual de casos desiguales: para evitarlo estaba la graduación de la dosis penal, facilitada por la amplia discrecionalidad judicial prevista en el artículo 565 del viejo Código penal.

## 2. SITUACION CONTEMPORANEA

Un vuelco total en la situación (cuando menos, en su proyección jurisprudencial) va a producirse en los años setenta. El dolo eventual irá siendo reconocido en nuestro país como una forma *legítima* (aunque no expresamente legal) de dolo y, en consecuencia, su tratamiento se equiparará al del *dolo directo*, incluso en los delitos más graves del elenco punitivo (homicidio, parricidio, asesinato, robo con homicidio...).

Resulta importante constatar que esta evolución interpretativa nada tiene que ver con la regulación legislativa<sup>2</sup>. En España, la regulación del dolo eventual ha ido cambiando, no en las leyes, sino al amparo de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales. Ni siquiera la promulgación de un nuevo Código penal, el de 1995, ha supuesto una respuesta legal, en términos de definición o repercusión punitiva. De hecho, los nuevos artículos 5 y 10 son bastante menos *comprometidos* que los clásicos preceptos 1.3º, 8-8º y 565 del Código de 1973 (éstos hablaban de "intención", "malicia", de lo que se había "propuesto ejecutar" el culpable...).

La falta de respuesta legal expresa al tema, ciertamente clave, del dolo eventual no deja de tener ejemplos señeros, como el alemán<sup>3</sup>. No obstante, los inconvenientes están a la vista: la carencia de definición de esta figura y el silencio legal sobre las cuestiones valorativas que plantea (dicho brevemente, qué tratamiento punitivo debe tener) están en la base de una problemática abrumadora, que puede llegar a perturbar su tratamiento práctico.

<sup>2</sup> Aunque pudiera haberla facilitado la sucesiva desaparición de las aproximaciones al dolo en términos de "malicia", "intención", "...propuesto ejecutar" de los artículos 1.3º, 8-8º y 565 del Código penal de 1963. Tampoco el Código penal alemán ha participado del esfuerzo doctrinal para definir y caracterizar punitivamente el dolo eventual, a diferencia de los Proyectos de reforma de 1962 y Alternativo, y del Código penal austriaco. Véase H.H. Jeschek, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", traducción de la 4ª edición a cargo de J.L. Manzanares Samaniego, edit. Comares, Granada, 1993, págs. 267 a 273.

<sup>3</sup> Véase nota (2). En el mundo germánico, los Derechos penales austriaco y suizo sí contienen regulación explícita del dolo eventual. Los proyectos alemanes de reforma de 1962 y alternativo (1966) también se han incorporado al esfuerzo definitorio del dolo eventual. También tiene referencia expresa al dolo eventual el Código penal portugués.

<sup>1</sup> E. Mezger, "Tratado de Derecho penal", tomo II, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1949, págs. 95 a 97 y 155 a 166. La nota de Rodríguez Muñoz, en las págs. 166 a 171. Curiosamente, pasa por ser el *padre* del dolo eventual el teólogo y jurista español del siglo XVI, Diego de Covarrubias.

En efecto, la aparente unanimidad en sede de dolo eventual está derivando hacia una indiscutible crisis del modelo igualitario (dolo directo = dolo eventual), en su tratamiento práctico. Voces relevantes, incluso desde el Tribunal Supremo<sup>4</sup>, empiezan a calificar al dolo eventual de institución de aplicación restrictiva y hasta excepcional, condicionada, no sólo por la existencia de delitos en los que el dolo directo resulte consustancial, sino por exigencias de prueba que otrora se hubieran considerado desmesuradas para esta forma menor del dolo.

### 3. PROS Y CONTRAS DEL DOLO EVENTUAL COMO PURO DOLO

La evolución del tratamiento jurisprudencial del dolo eventual en España no creo que sea una mera cuestión de modas interpretativas, sino principalmente de utilidad práctica. Reflexionando a este respecto, pienso que la equiparación del dolo directo y el eventual (o, dicho de otro modo, la aparente inexistencia práctica de subdivisiones en el dolo) puede responder, cuando menos, a estas dos conveniencias o necesidades prácticas:

— *Una respuesta fácil a complejos problemas probatorios.* El dolo eventual aparece como una especie culpabilística de cierre, ante la dificultad de probar el dolo ante los Tribunales. Si tanto da, en general, el dolo directo como el eventual, la carga de la prueba del dolo experimenta un razonable alivio.

— *Una pena justa para casos de dolo eventual próximos a los de dolo directo.* El espacio del dolo eventual linda, por arriba, con el dolo directo y, por abajo, con la culpa con previsión (tradicionalmente tenida por grave o temeraria). En los casos-límite por arriba (del que fue paradigma el caso *Bultó*<sup>5</sup>), la equiparación punitiva de ambas clases de dolo, el directo y el eventual, está casi del todo justificada.

Pero, al lado de estas ventajas, la equiparación punitiva de las dos clases de dolo se ha presentado como muy negativa. Creo que también los argumentos contrarios a la misma pueden presentarse en dos epígrafes ampliamente comprensivos:

— *Una definición conflictiva.* Me refiero a la que tiene que separar claramente los casos de dolo eventual de sus limítrofes de imprudencia (culpa con previsión o representación). Lo cierto es que tales criterios diferenciales son todo menos unánimes y precisos (se manejan, principalmente, tres, y con notables diferencias de matiz<sup>6</sup>), de suerte que

padece el principio de legalidad, salvo que se trate de supuestos perfectamente subsumibles en cualquiera de los criterios al uso (o, si se quiere, en el criterio ecléctico u omnicompreensivo, que resulta de *refundir* en uno solo los dos o tres más manejados).

— *Infracciones de principios y defectos axiológicos.* Si la equiparación del dolo directo y el eventual daba resultados justos en los casos de éste limítrofes con aquél, es obvio que los da injustos, no sólo en los de dolo fronterizo con la culpa, sino también en los supuestos de tipo medio, que son los más numerosos y que han de servir de piedra de toque para la bondad de la teoría.

Por otra parte, una equiparación fundada en decisiones jurisprudenciales sin claro apoyo legal parece infringir el principio de legalidad. En la medida en que la equiparación se hace con el dolo directo, no ya con la culpa grave, la infracción se extiende al principio *pro reo*, cada vez más consolidado en la interpretación de las normas penales<sup>7</sup>.

### 4. SUPERACION DE LA ACTUAL SITUACION ESPAÑOLA

No creo que esté nadie satisfecho con la actual situación española, consistente en dar al dolo eventual un tratamiento generalmente análogo al del dolo directo, por una pura decisión jurisprudencial, aunque hasta ahora apoyada en la mayoría de la doctrina. Pero a esta coyuntura parece haberse llegado por motivos prácticos al margen de pruritos doctrinales exóticos. Conviene que nos preguntemos: ¿no hay formas menos injustas e imprecisas de conseguir los mismos objetivos? Yo así lo creo.

— El dolo eventual merece un tratamiento punitivo más severo que la culpa, pero menos que el dolo directo. Las gradaciones de la culpabilidad no deben resolverse en términos de equiparación, sino de dosimetría penal. El Código penal de 1995, con amplios márgenes penales y para la discrecionalidad judicial (en particular, en la regla 1ª del artículo 66), se presta a fijar *ex lege* unos topes penales del dolo eventual intermedios entre los del dolo directo y los de la culpa grave.

— La carga de la prueba del dolo (directo y eventual) no tiene porque aliviarse equiparando los efectos de ambas clases del mismo. Las tendencias a fijar, en materia de culpabilidad, módulos objetivos e inferencias de los hechos simplifican razona-

(Puerta), 13-6-1997 (Martín Pallín) y la que cité en la nota 4, de 15-11-1997 (García Ancos). Para un más detenido estudio de las diversas teorías definitorias del dolo eventual, vid. G. Jakobs, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", traducción de Cuervo Contreras y Serrano González de Murillo, edit. Marcial Pons, Madrid, 1995, espec. págs. 325 a 339; muy detallado, C. Roxin, "Derecho Penal. Parte General", tomo I, traducción de Luzón Peña, Díaz y García-Connledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, págs. 424 a 453.

<sup>7</sup> Uno de los más recientes artículos sobre el alcance constitucional del principio *pro reo* en la interpretación de las leyes penales es el de L. Rodríguez Ramos, "Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes", publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 330 (19-2-1998), págs. 1 a 4. Me parece un planteamiento sugestivo, aunque poco conforme con la tradición penal española (véase actual artículo 8-4ª del Código penal, invocado, por ejemplo, en la sentencia del TS del caso *Argentina Trust*)

<sup>4</sup> Véase STS de 15 de noviembre de 1997 (ponente: García Ancos), Rf. Actualidad Penal nº 56/1998 que, a propósito del dolo eventual, manifiesta: "...Esta figura jurídica, de creación jurisprudencial y, en algún aspecto, doctrinal, ha de medirse con sumo cuidado y aplicarse caso por caso y de manera muy restrictiva..." No puede decirse más con menos palabras.

<sup>5</sup> Véase STS de 28 de noviembre de 1986 (ponente: Soto Nieto), Rf. Aranzadi nº 7841. Interesa especialmente para este tema del dolo eventual el Fundamento jurídico 6.

<sup>6</sup> Son las teorías del conocimiento, del consentimiento y de la probabilidad. Entre las SSTS más modernas sobre el dolo eventual y sus teorías definitorias, pueden citarse las siguientes: 3-4-1992 (de Vega), 26-2-1993 (Montero), 12-5-1994 (Díaz Palos, caso *Reinosá*), 16-9-1994 (Martínez-Pereda), 29-9-1994 (Moyna), 7-4-1995 (Delgado), 8-11-1996 (García-Calvo), 20-1-1997 (Martínez-Pereda), 27-1-1997 (Granados), 11-6-1997

blemente la prueba de la intención, sin necesidad de apelar a equiparaciones prácticas entre instituciones diversas.

— Mientras el legislador no se pronuncie expresamente por la definición del dolo eventual y, sobre todo, por la equiparación de este dolo y el directo, el principio *pro reo* debe derivar el tratamiento punitivo del dolo eventual hacia la equiparación con la culpa grave. Es una solución poco satisfactoria, no tanto por el principio de legalidad, como por la reducción en la punición de la culpa que ha operado el nuevo Código penal español (art. 12), pero que puede valer a corto plazo: después de todo, el castigo de la culpa se mantiene muy generalizado en nuestro Ordenamiento, bastando un vistazo al libro II del Código penal para comprobarlo.

— La problemática práctica no puede, en cualquier caso, hacernos olvidar que, en materia de dolo eventual, se trata ante todo de una cuestión de ética. El injusto que, en general, supone tratar igual ambos dolos, cualquiera que sea la gravedad del delito cometido, tiene —por otra parte— su parangón en la imprecisión de los límites entre el dolo eventual y la culpa. En el Jurado tenemos un buen crítico de todos estos temas, tanto a nivel de comprensión social, como de valoraciones no alteradas por el principio de autoridad (ante el Jurado, no vale aquello de *“lo dice el Supremo”*).

## 5. RENOVACION DOGMATICA Y EXIGENCIAS ETICAS

Las dificultades para definir el dolo eventual y para equipararlo al directo (en suma, los esfuerzos por reducir a una verdadera y legítima unidad el dolo) han sido objeto de redobladados y modernos esfuerzos de la doctrina alemana<sup>9</sup> para superarlos, aprovechando tal vez el silencio del Str.G.B. germano acerca del dolo eventual. Entiendo que la clave del programa unificador no es otra que la de nivelar los requisitos o exigencias del dolo al ras de su componente *más bajo* (el dolo eventual). La línea más significativa de ese esfuerzo parece ser la de vincular el dolo, en general, con la teoría del riesgo, un riesgo, naturalmente, conocido, consentido y antijurídico. El camino parece concluir en la peligrosa conclusión formalista de que la esencia del dolo es la de asumir una opción por actuar en contra del bien jurídico.

Dogmáticamente, el citado esfuerzo unificador me parece muy discutible pero, en definitiva, nada resuelve desde el punto de vista ético. Seguirá siendo injusto que casos tan dispares de culpabilidad (vale decir, de dolo) tengan el mismo tratamiento penal. Y, en Derecho español, no tendría sentido seguir manteniendo las tan acusadas diferencias de *cuantum* punitivo que actualmente existen entre el delito doloso y su forma culposa.

## 6. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> El dolo eventual viene generando en España, en el último cuarto de siglo, un problema que, lejos de la orientación jurisprudencial y doctrinal dominante, creo que tiene que ser abordado en términos de principio de legalidad.

2.<sup>a</sup> Es éticamente imposible seguir manteniendo la ficción equiparadora del dolo directo y el eventual. Si reconocemos la categoría *dolo eventual*, ha de ser a base de fijar para él un concepto y una penalidad intermedias entre el dolo directo y la culpa grave.

3.<sup>a</sup> Entre tanto se regula explícitamente el tema, el dolo eventual debe ser provisionalmente sancionado en los términos de la culpa grave (como antes lo fue en términos de imprudencia temeraria). Esta solución provisional o *de emergencia* se tropezará con el inconveniente (más teórico que real) de la punición limitada de la culpa (art. 12 del Código penal).

## BIBLIOGRAFIA EN ESPAÑOL

- Bustos Ramirez (1984). "Política criminal y dolo eventual", en *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 309 y ss.
- Corcoy Bidásolo (1985). "El límite entre dolo e imprudencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 961 y ss.
- Davó Escrivá. "Teoría y práctica del dolo eventual", en *Revista General de Derecho*, nº 624 (septiembre de 1996), págs. 9789 y ss.
- Díaz Pita (1994). "El dolo eventual", Valencia.
- Gimbernat Ordeig (1990). "Acerca del dolo eventual", en sus "Estudios de Derecho Penal", 3ª edición, Madrid, págs. 240 y ss.
- Kaufmann (1960). "El dolo eventual en la teoría del delito", traducción de Suárez Montes, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 185 y ss.
- Zugaldía Espinar (1986). "La demarcación entre dolo y culpa: el problema del dolo eventual" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, págs. 395 y ss.

<sup>9</sup> Buen resumen del estado de la doctrina alemana en este tema en Díaz Pita, "El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales", Barcelona, 1996, págs. 91 a 95. Con mayor detalle, la misma Autora en su monografía sobre "El Dolo eventual", citada en la referencia bibliográfica de este artículo. Vid. también la obra de C. Roxin, citada en la nota 6.

# “La revolución de los poderes”. Preguntas de hoy a los revolucionarios franceses del XVIII\*

Pier Luigi ZANCHETTA

La historia del Estado moderno es la historia de los intentos de alcanzar un razonable equilibrio entre las exigencias de la unidad y la pluralidad, de la concentración y la participación, de la autoridad y la libertad<sup>1</sup>. En particular, el progreso histórico evidencia el paso del *poder limitado* —ejemplo típico es la *Magna Carta*— a la *distribución del poder*, del carácter concentrado del mando a su difusión entre un número de personas físicas más o menos amplio y/o diferentes instituciones públicas. Y en este recorrido histórico —junto a la coetánea Revolución americana y a la *evolución* del sistema británico— la Revolución francesa constituye una etapa decisiva. Las reflexiones y las propuestas de los revolucionarios franceses —más allá e incluso *contra* lo efectivamente realizado— retornan con prepotencia en el debate contemporáneo sobre democracia e instituciones públicas; replantean cuestiones que aparecen cada cierto tiempo solo temporalmente resueltas, como lo demuestra la actual discusión sobre la reforma constitucional; obligan a preguntar por cuáles han sido sus, nuestros, méritos y errores, distinguiendo los aspectos contingentes de las adquisiciones duraderas en las soluciones positivas y de la persistencia en el error. Este espíritu impregna el libro de Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789–1799* (Gallimard, París, 1995). Si un interés tal es fácilmente comprensible en Francia, donde todavía hoy es fuerte el influjo de la concepción revolucionaria del poder (baste pensar en cómo es pensada y *sentida* la magistratura en el marco institucional), la reflexión está asimismo justificada para las demás democracias consolidadas, porque pone al desnudo —de manera a veces para nosotros ingenua, pero por eso más auténtica— las razones que están en la base de la distribución del poder entre los diversos órganos del Estado. Desde entonces se replantea una cuestión central: cómo mantener intacto el principio de la soberanía del pueblo en el interior de los mecanismos de una, inevitable, democracia representativa; en suma, cómo se custodia a los custodios y, en definitiva, como se practican un derecho y una cultura constitucionales. Así, se ha intentado, conscientemente o de hecho, dar vida a las teorías de Rousseau *contra Rousseau*, siguiendo dos caminos que, *mutatis mutandis*, siguen siendo transitados en nuestros días.

Por una parte, de un modo incierto y confuso, se ha difundido la percepción de que democrático no es solo lo que emana directamente del pueblo. Por otra —y sabemos que entonces fue la solución que prevaleció, como se corre el riesgo de que vuelva a hacerlo ahora— se ha asistido a una reducción de la tasa de democracia, a través de la (re)concentración del poder en manos de un restringido número de personas (cuando no de una persona sola); se ha reaccionado frente a las dificultades del régimen democrático reduciendo los ámbitos de decisión autónoma. De un lado, la articulación, del otro, la simplificación institucional.

\* \* \*

Para la revolución francesa —apunta inmediatamente Gauchet— solo existen dos poderes: el legislativo y el ejecutivo, el “querer” y el “actuar”, con preeminencia absoluta del legislativo y la tendencial reducción del poder judicial al rango de simple rama del ejecutivo. El hecho es que los revolucionarios se encontraron en la situación de tener que ajustar cuentas con la legitimidad histórica de la monarquía y quisieron oponerle —y afirmar— una legitimidad no menos fundada. “Con la desaparición del rey —afirma B. Fontana— el poder absoluto antes ejercido por el monarca no se repartió entre diversas instituciones —una o más asambleas legislativas, un ejecutivo y un cuerpo de magistrados (como en el gobierno inglés)— sino, al contrario, fue transferido indiviso a la propia Asamblea nacional, que se convirtió en fácil presa de facciones y líderes individuales, que sucesivamente se hicieron con su control. La democracia totalitaria de los jacobinos fue el resultado no solo de la presión popular externa, sino también de la ausencia de cualquier forma de efectiva subdivisión del poder en el sistema constitucional, una característica que transformó la Asamblea en una imagen refleja del absolutismo monárquico”<sup>2</sup>. La reconstrucción histórica de Gauchet hace suyo sustancialmente el análisis de Fontana, si bien acompañándolo de algunas articuladas reflexiones, que demuestran como los problemas, no resueltos de forma adecuada, estuvieron bien presentes.

Algo sobre lo que hay que insistir es el principio indiscutido de la jerarquía de poderes. Jerarquía ésta en la que desaparece el poder judicial. Podría decirse muy bien que el poder “nulo” de Montesquieu se convierte en un poder *anulado*. De manera inmediata, la Asamblea, “votando la ley 16/24 de agosto de 1790 y la sucesiva de 21 de noviembre/1

\* Es evidente la evocación de una obra de V. Foa (*La Gerusalemme rimandata. Domande di oggi agli operai inglesi del primo Novecento*, Rosenberg e Sellier, Turín, 1985). reconocimiento de una deuda cultural.

<sup>1</sup> Para una reflexión más completa sobre este punto, cfr. M. Fioravanti, *Stato: dottrine generali e storiografia*, ahora en M. Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Turín, págs. 53 y ss.

<sup>2</sup> Así, B. Fontana, *Democrazia e Rivoluzione francese*, en J. Duun (ed.) *La democrazia. Storia di un'idea politica dal VI secolo a C. ad oggi*, Marsilio, Venecia, 1995, pág. 151.

de diciembre de 1790 que imponiendo al juez la prohibición de interpretar la ley (y acogiendo de este modo la parte más caduca de la elaboración de Montesquieu...) instituía junto al poder legislativo (y por tanto como órgano de éste y no del poder judicial) un tribunal de casación con el cometido de velar sobre las contravenciones del texto de la ley por parte del juez y de provocar, en el caso de dificultades interpretativas, un pronunciamiento clarificador del legislador, a través del *référé législatif*<sup>3</sup>. Así, pues, desaparece cualquier referencia a un poder judicial en el debate de ingeniería constitucional. O, si resulta, indirectamente, nombrado (hablando de un cuarto poder como aquél que debe proteger la Constitución), no se le toma en consideración. Es significativa al respecto la posición de Constant (por lo demás, al comienzo del nuevo siglo, en plena época napoleónica): no existen más que dos poderes políticos ("y el poder legislativo es evidentemente el primero por rango y dignidad"), siendo el judicial, que tiene "solo relaciones con individuos", políticamente nulo.

De otra parte, la hostilidad hacia el juez data de antiguo y tiene una justificación, si se piensa que el cuerpo judicial constituía una casta cerrada, que tenía bien poco que ver con un espíritu democrático: se comprende así el "viejo antijuridicismo francés, ya presente en Pascal, más evidente en Voltaire (o en la)... hostilidad revolucionaria frente a la aristocracia de toga"<sup>4</sup>.

\* \* \*

Pero volvamos a Gauchet. Con un análisis meticoloso muestra como todos los períodos del decenio —el girondino, el jacobino, el termidoriano, comprendido el que siguió al golpe de estado del Brumario de Bonaparte— aparecen recorridos por la conciencia de la necesidad o, quizá mejor, la ineluctabilidad de dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, y por la exigencia de situar junto a ellos un tercer poder (sería mejor decir un poder tercero), que actúe de algún modo como árbitro de los otros dos. En un contexto, que rechaza la idea de *equilibrio* y *balanceamiento* de poderes (el control de todo poder a través de la acción de otro poder, típico del constitucionalismo estadounidense), se abren *grosso modo* dos vías. Ambas excluyen el judicial. En primer lugar, se presenta la idea de un poder sobre los otros dos poderes, de forma que estos sean controlados en el ejercicio de las funciones que tengan asignadas. Hay quien propone que el veto suspensivo sobre la actividad legislativa —inicialmente pensado para el ejecutivo— devuelva la participación del pueblo en el proceso legislativo, haciéndole votar sobre leyes en discusión. Pero, por lo demás, los fautores de esta suerte de meta-poder proponen órganos

que de judicial tienen solo el nombre: "tribunal supremo", "tribunal de revisión", "consejo moderador". O bien, se hipotiza un "Senado francés" designado por la Asamblea, un híbrido de alta corte y de tribunal supremo. Se recorren y desarrollan conceptos como censura, vigilancia, tribunado. Se habla así de un *cuarto poder censor*, a imitación de la Constitución de Pensylvania, que prevé un Consejo de censores, destinado a examinar periódicamente "si la Constitución se ha mantenido inviolada en todas sus partes y si las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno han cumplido con su deber como guardianes del pueblo" (art. 47 de la Constitución de 1776). A partir de 1791, el tema es tanto más sentido cuando más visible se hace el creciente divorcio entre representantes y representados, entre nación en acto y nación en representación.

En este contexto, es significativa la propuesta avanzada desde diversas posiciones acerca de un "tribunal de la opinión pública", con la función de recoger las quejas de los ciudadanos, un polo de participación externa a la esfera de los poderes delegados. Observamos que así se expresa *in nuce* la idea de una relación entre instituciones y sociedad, que tanto relieve tiene en el mundo contemporáneo. Es propia del siglo XVIII la difusión del salón, el café, la sala de lectura; son los lugares en los que va tomando cuerpo una esfera privada —reservada al burgués, no ciertamente a la mayoría de la población— en la que se forma una *opinion publique* (el término es ya usado por Rousseau en su discurso sobre arte y ciencia), que desarrolla una conciencia política en oposición al poder absoluto, reivindica y articula el concepto de leyes generales y abstractas<sup>5</sup>.

Resultado de estas reflexiones es el título VIII de la Constitución de 1793, consagrado a la "censura del pueblo sobre los actos de la representación popular". Un diputado, Kersaint, puede decir: "He aquí la organización del cuerpo político, como la concibo: una asamblea nacional o la voluntad; un tribunal de censores, o la reflexión; un consejo ejecutivo, o la acción". Por lo demás, aprendido enseguida, en el orden del día del Termidor está la revisión de la Constitución "anarquista" de 1793. En la nueva ronda de debate constituyente se afronta una diversa solución para la tripartición del poder: ya no un meta-poder externo a los dos primeros, sino que la trinidad se constituye situando junto al ejecutivo una bipartición del legislativo en dos cámaras, una que propone y una que decide, recuperando de ese modo la tradición de la constitución mixta: el poder que propone corresponde al elemento democrático, el que decide al elemento aristocrático, el poder que ejecuta al elemento monárquico. Otros proponen una bipartición del legislativo, que asegure junto a la *voluntad* la *vigilancia*. Las modalidades con las que garantizar esta función resultan oscuras: partiendo del concepto de *intereses*, se prevé una cámara de los propietarios y otra de no propietarios. Por lo de-

<sup>3</sup> Así, Senese, *Sovranità popolare e potere giudiziario*, en Varios autores, *Il potere dei giudici*, Manifestolibri, Roma, 1994, pág. 80.

Así, Garapon, *I custodi del diritto. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, 1997, pág. 19. (*Le gardien des promesses, justice et démocratie*, Ed. Odille Jacob, Paris, 1996). (Hay edición española *Juez y democracia*, traducción de M. Escrivá de Romany, Flor del Viento, Barcelona, 1997.)

<sup>5</sup> Cfr. sobre este punto J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 4ª ed., 1995. (Hay edición española, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981)

más, la Constitución entra en vigor sin soluciones para los temas de la garantía, la censura, la vigilancia.

Pero lo más significativo es el apunte de un debate sobre la idea de Constitución: sobre el poder constituyente, sus puntos esenciales, los parámetros para juzgar la mayor o menor conformidad de las leyes a su dictado. Sieyés, que se prepara para llegar a ser cónsul en el triunvirato con Napoleón, retoma el tema de 1789: "un pueblo tiene siempre el derecho de revisar y reformar la Constitución". En el ámbito de una constituyente convocada de forma permanente, en la incertidumbre y confusión entre Constitución y ley ordinaria, entre una normativa de principios y una de reglas (así, a grandes rasgos, pueden distinguirse la una de la otra), Filippo Buonarroti teoriza los que definiremos como principios supremos, normas que ninguna revisión constitucional puede poner en discusión: son los "puntos capitales de derecho natural", como la igualdad, que "el pueblo mismo no puede violar, ni modificar, porque no se pueden tocar sin destruir la sociedad al instante".

Se pregunta, además, por lo que quiere decir "inconstitucional": el debate se desarrolla en torno a una ley del Directorio que limita los derechos civiles de los seguidores de la monarquía. Pero la cuestión habría podido/debido concernir a los mecanismos fundamentales de la democracia, como las elecciones. En cambio, entre elecciones no celebradas y anuladas, un teórico como Sieyés se empeña, tras el 18 de Brumario de Napoleón, en un salto acrobático: ¿cómo salvar el principio representativo, desembarazándose de las elecciones? Napoleón cortará el nudo gordiano de la representatividad de las diversas instituciones propuestas por Sieyés (Colegio de los Conservadores, Gran Elector) con la proclamación del Consulado vitalicio. De este modo, quedan para los demócratas de entonces y para nosotros los problemas. Concernía esencialmente al meta-poder constitucional el control sobre lo realizado por los poderes legislativo y ejecutivo; no estaba previsto para la defensa de los derechos individuales, tanto civiles como políticos: faltaban, en definitiva, un órgano y un mecanismo de control y protección del sistema constitucional en su conjunto (a partir de la defensa de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano). Es evidente que esto es (también) el fruto de la exclusión del judicial del juego del control —recíproco— entre los poderes, incluso del rechazo de la idea de concebirlo como poder. Paradójica evolución: la Revolución francesa, nacida como revolución de los derechos humanos, no alcanza a realizar su cometido primario (y pierde al mismo tiempo la democracia). La Revolución americana, que concibe una constitución inicialmente solo dirigida a los mecanismos institucionales, precisamente por el hecho de no establecer una jerarquía entre los poderes, lleva al judicial —con una famosa sentencia del Tribunal Supremo en 1804— a controlar la constitucionalidad de las leyes y a tutelar de este modo los derechos individuales.

\* \* \*

Gauchet no se ocupa —al menos directamente— de esto al trazar las enseñanzas de aquellas vicisitudes históricas. Tras haber recordado que los americanos llegaron hasta donde no lo hicieron los franceses, observa que "hacer la teoría de la democracia hoy es explicar en qué este poder de decisión y de acción [es decir, el ejecutivo] es al menos tan 'representativo' si no más, *por su misma naturaleza*, que el poder de expresión de la voluntad general que se materializa en la promulgación de las leyes". Pero esta valoración positiva del "poder de actuar" no puede ciertamente asumir como modelo el planteamiento institucional de los Estados Unidos de América. En efecto, en la concepción original estadounidense de los "controles y contrapesos" se pensaba en instituciones separadas que comparten los mismos poderes y persiguen el objetivo de "gobernar a través del legislativo". Solo a partir de los presidentes de este siglo (en particular T. Roosevelt y W. Wilson) el gobierno adquirió cada vez más peso, con transferencias, tanto informales como formales, de poderes (incluidos espacios legislativos). Y así, desde los años treinta el predominio pasa del legislativo al ejecutivo<sup>6</sup>. Predominio o fuerte relieve del ejecutivo coinciden con la tendencia a la concentración del poder: tal parece ser la opción del autor por una democracia directa.

Pero conviene volver a reflexionar sobre el papel de la jurisdicción y partir de allí para esbozar una reflexión sobre el más general *poder de decisión* en los diversos ámbitos institucionales. La época contemporánea presenta solicitaciones contrastantes: por un lado, la mayor parte de los países de democracia avanzada registran fuertes *déficits* institucionales en lo relativo a las garantías de autonomía e independencia del poder judicial<sup>7</sup>, por otro, la demanda de *justicia* (usando impropriamente este término en lugar de actividad jurisdiccional) es fuerte. Es casi obligado partir de la situación francesa, no solo porque franceses son el autor y los temas tratados en *La révolution des pouvoirs*, sino porque Francia es un buen ejemplo —útil también para Italia— de las contradicciones entre cuadro institucional y demandas (de buena parte) de la sociedad. Ya he dicho que es fuerte todavía la influencia de la Revolución francesa. Como es sabido, el título VIII de la Constitución de 1958 se refiere a la "Autoridad judicial". Garapon, en la obra citada —tras haber recordado que en Francia "los juristas, desde hace tiempo, discuten si la justicia [he aquí de nuevo el uso impropio en lugar de jurisdicción] es una autoridad o un poder"— toma posición. Pone de relieve que la autoridad precede, de algún modo, al poder. Parafrasea, sin citarlo, un pasaje de *El Federalista* de Hamilton, diciendo que "la autoridad no puede tener ni la espada ni la bolsa, su único registro es la palabra"; prosigue: "el poder es libertad de emprender, la autoridad limitación procedimental... El primero es activo y positivo, la segunda pasiva y ne-

<sup>6</sup> Cfr. sobre este punto S. Fabbrini, *Il presidenzialismo negli Stati Uniti*, Laterza, Roma-Bari, 1993.

<sup>7</sup> Para un rápido examen comparado de los principales sistemas judiciales europeos, puede verse últimamente, P. Borgna-M. Cassano, *Il giudice ed il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Donzelli, Roma, 1997.

gativa”; concluye: “la intervención del poder es programática, la de la autoridad es automática”. Dota de un carácter casi sacral a la autoridad (“La autoridad es lo que constituye el vínculo entre el principio del poder y su eterna actualización”). Todas las definiciones recordadas son apodícticas y, como tales, fácilmente confutables; están construidas sobre la que es la opinión dominante acerca del papel de la actividad judicial; se asignan a la autoridad las características de la jurisdicción para concluir que ésta no puede ser más que una autoridad. Pero es evidente que nominar y colocar de un modo distinto al judicial sirve para legitimar una sustancial diferencia respecto a los otros dos poderes en orden a las garantías institucionales, situándolo así (como enseña la experiencia) en un plano subordinado. No es casualidad que el mismo Garapon señale que “el modelo burocrático francés prevé exactamente lo contrario [de lo que prevén los modelos de *Common law*]; el reclutamiento de los jueces por oposición es absolutamente democrático; política es, por el contrario, la carrera”. Y los aspectos orgánicos influyen de forma relevante el control de legalidad de la magistratura. En una larga entrevista hecha por D. Robert en *La justice o le chaos* (Stock, París, 1996) [trad. española de M. Waquez, *La justicia o el caos*, Muchnik Editores, Madrid, 1996] el juez instructor R. Van Ruymbeke, enumera de forma detallada todos los medios a disposición de los políticos —a través del sustancial control de la fiscalías— para neutralizar las investigaciones desagradables. El libro en cuestión con entrevistas a diversos magistrados europeos —entre ellos los españoles Garzón Real y Jiménez Villarejo— se presenta como una urgente invitación a Europa, y a la realidad francófona en particular, para el libre ejercicio de la *justicia*.

\* \* \*

Para los revolucionarios franceses —ya lo hemos visto— el control de legalidad sobre la acción de los políticos no podía ser realizado por aquel poder “nulo”, que, según sus parámetros, carecía de legitimidad democrática. Pero ellos dejaron para el porvenir un problema doctrinal de mucha mayor consistencia, que justificaba en el plano cultural antes aún que en el político la subordinación de dicho poder. Teorizando la prohibición de interpretación por los jueces, pensaban realizar un sueño que ha recorrido todos los siglos: ya Moro imaginaba en *Utopía* un mundo sin abogados, porque “todos son expertos en leyes”, al ser éstas pocas y de clara interpretación. Es el momento de decir que la realidad hizo pronto *justicia* a este sueño, manteniendo, por lo demás, un conflicto entre el ideal y la práctica cotidiana que ha llegado (casi) hasta nuestros días. Es sabido que en Italia Magistratura Democratica escandalizó, al denunciar, hace casi treinta años, la politicidad del derecho, que se manifiesta en el momento en el que la opción, consciente o inconsciente, se produce entre dos o tres interpretaciones

todas igualmente legítimas. A conclusión análoga llega un estudioso de *civil y common law*, A. Barak, cuando afirma que es propia del juez la discrecionalidad, que es “un poder conferido a una persona dotada de autoridad de elegir entre dos o más alternativas, todas legítimas”. Así, el juez, al decidir el caso concreto, participa en la creación del derecho, en el poder momofiláctico: “el poder momofiláctico del juez es, pues, el resultado de la aplicación de la discrecionalidad”<sup>9</sup>. En suma, como dice Zagrebelsky, jurisdicción no es legislación. Se llega de este modo a levantar acta de una realidad ineludible. Ya Kelsen observaba que una ley en apariencia inadecuada, no es el resultado de la simple incapacidad legislativa: es la impotencia de la norma para regular todos los casos de la vida. Y en algunas situaciones, cuando se afrontan temas delicados y valores en conflicto (como en el campo de la bioética), es mayor el *rendimiento* de la sentencia que el de la ley: “la decisión judicial se presenta como un instrumento que, sobre todo en una sociedad pluralista o en todo caso caracterizada por un politeísmo de valores, evita en definitiva la deslegitimación de una de las posiciones en presencia y los conflictos que se derivarían de ella”. En tales situaciones es necesaria “una legislación *abierta, elástica, ligera*”, y jueces llamados a llevar a cabo una concreción de los derechos, con la posibilidad de no exasperar la conflictividad entre los diversos modelos culturales”.

Las reflexiones hasta aquí expuestas permiten aproximarse a una concepción moderna del *decidir de forma democrática*, abandonando así definitivamente aquellos aspectos (permitaseme recuperar un término crítico de Constant) primitivos de las teorías de Rousseau, que invadieron las más diversas corrientes culturales y políticas de la Revolución francesa. La *anomalía* del poder judicial está en el hecho de que no encuentra su legitimación democrática en un mandato popular, sea directo o indirecto (como sucede, en el caso de Italia, con el parlamento o con el gobierno), no traduce en sus decisiones una dirección popular más o menos determinada y específica. La razón y la falta de ésta no se pueden establecer a golpe de mayoría. Y ¿cuál es el fundamento de este asunto obvio? Gauthet, en la introducción de su obra, lo explica de manera lúcida: el juez que defiende a un individuo incluso contra los deseos de la mayoría, lo que en realidad defiende es el principio mismo de los derechos individuales inalienables. Si se opone al pueblo, invocando al pueblo perpetuo frente al actual, es para evitarle entrar en contradicción consigo mismo. Podemos decir que la tarea del juez es proteger los pactos establecidos —las leyes, a comenzar por la Constitución— frente las voluntades contingentes; las opciones ponderadas frente a las emocionales o dictadas por cálculos coyunturales.

A partir de la última posguerra mundial se asiste en gran parte de las sociedades desarrolladas, como ya se ha indicado, a una doble tendencia: por

<sup>9</sup> Así, A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milán, 1995, págs. 16 y 92

<sup>10</sup> Cfr. sobre este punto S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bolonia, 1995, citas tomadas de las páginas 129 y 139

<sup>1</sup> A. Garapon, *op. cit.*, págs. 160–163 y 46.

una parte, a una concentración del poder en las manos del ejecutivo, por otra, a la creación de centros decisionales autónomos y de modalidades decisionales independientes de los órganos políticos. En esta segunda lógica se multiplican en Italia –sobre la base de lo que ya ha sucedido en otros países– las autoridades independientes: Consob (órgano de control de la Bolsa), garante de la competencia y del mercado, etc. Las mismas, aunque actuando en campos muy diversos y a menudo con modalidades diferentes, tienen rasgos comunes: “en primer lugar, no están plenamente integradas en el ejecutivo, permaneciendo al margen de las indicaciones del gobierno. En segundo término, no están ubicadas en un orden jerárquico, sino que forman parte de un ordenamiento organizativo reticular. En tercer lugar, están relacionadas con instituciones extranjeras equivalentes, superando, así, los límites territoriales del Estado de pertenencia. En fin, para la tutela de intereses colectivos de particular relevancia, desarrollan funciones que son en parte administrativas, en parte normativas y en parte jurisdiccionales”. Se caracterizan por la imparcialidad, por la indiferencia respecto a los intereses en juego; así, su cometido es asimilable al del juez en cuanto deciden “no conforme a criterios de inspiración política prevalentes en el ejecutivo, sino según cánones que, además de ajustarse a criterios de tecnicismo y de especialización, se ajustan a principios de garantía y de neutralidad”<sup>11</sup>. La necesidad de decisiones *independientes*, lejos de debilitarse, se amplía; y va más allá de los tradicionales campos del *ius dicere* para afectar a sectores tradicionalmente típicos del poder político. No todo puede y debe provenir directamente del pueblo. Una lectura autoritaria de esta afirmación lleva a la concentración del poder y a la simplificación institucional. Una lectura democrática conduce a la ampliación y a la articulación de los centros decisionales. El poder, dividido en tres por Montesquieu, se fragmenta posteriormente. La política es cada vez menos *libre*, en el sentido de que resulta ligada en gran parte a los deberes impuestos por la carta constitucional, en primer lugar, la promoción de los derechos individuales y, entre éstos, los derechos sociales. Como hemos visto, se ha impuesto ella misma vínculos institucionales para desempeñar mejor sus cometidos.

Los mecanismos constitucionales predispuestos para el control tienen la función de evitar un uso impropio de los poderes. Sabemos bien que no nos ponen a salvo de los riesgos de abusos e incorrecciones. Sobre todo cuando se trata de instituciones no fundadas en el voto popular, es necesario un *surplus* de vigilancia democrática. Y aquí entra en escena esa *opinion publique* ya recordada durante

la Revolución francesa. Las decisiones de los jueces (y, en tanto que asimilables a ellas, las de las autoridades independientes) no pueden medirse con el metro del favor público. Pero, a la larga, la acción de la magistratura (y la de las autoridades independientes) no puede tener éxito sino existe un consenso con el conjunto de su labor. El control de legalidad guarda así relación con un control público más general y difuso: de consenso, pero, y sobre todo, de crítica atenta y puntual, libre y no condicionada. La posibilidad de elegir libremente a los propios gobernantes forma un todo con la posibilidad de vigilar las decisiones de los magistrados (y de las autoridades independientes): he aquí los principios democráticos que están entre opinión pública y legalidad. Pero en las sociedades contemporáneas, dominadas por la influencia de los *mass media*, en la época de la sondocracia y de lo que Sartori ha llamado el *homo videns*, la (llamada) opinión pública por lo general refleja como un espejo el mensaje que se le haya enviado. Entonces, es una exigencia fundamental de relevancia democrática que se dé una correcta y permanente dialéctica entre las diversas articulaciones del momento institucional e instancias *organizadas* de los ciudadanos; no la relación entre el *leader* y una puntiforme realidad de ciudadanos, sino entre instituciones públicas y organismos de discusión y elaboración política propios de la sociedad. Habermas, entre otros, con su teoría de la acción comunicativa ha hecho una contribución relevante para sentar los fundamentos teóricos de ese tipo de organización social. Los instrumentos de la política y del derecho ponen en relación recíproca a la esfera pública política y a la sociedad civil, que “está compuesta de las asociaciones, organizaciones y movimientos que más o menos espontáneamente interceptan e intensifican la resonancia suscitada en las esferas privadas por las situaciones sociales problemáticas, para después transmitir esta resonancia –amplificada– a la esfera pública política”. En este contexto son decisivos los canales de comunicación entre ambas realidades, en particular a través de la “interacción de las consultas institucionalizadas con las opiniones públicas informales”<sup>12</sup>. La Revolución francesa –como entiende Gauchet– fracasó, pero solo a corto plazo. Sus ideales de democracia *amplia* vivirán y sobrevivirán si enriquecemos el catálogo de las sedes decisionales en las que se ejerce el poder y diseñamos una organización del Estado y de la sociedad adecuadas a la complejidad de la vida social.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ.)

<sup>11</sup> Cfr. sobre este punto S. Cassese–C. Franchini (eds.), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bolonia, 1996, citas tomadas de las páginas 11 y 15.

<sup>12</sup> Para un completo examen de este asunto, cfr. últimamente J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerrini e associati, Milan, 1996, citas tomadas de las páginas 435 y 353. (Hay traducción española de M. Jiménez Redondo, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en terminos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.)

# Sobre el sistema de compatibilidades de jueces y magistrados

Nuria CLERIES NERIN

En el número 30 de la revista se incluía el apunte “Control: ¿de qué clase? ¿de quién?”, y en el se hacía una crítica al sistema de compatibilidades de los jueces y magistrados que prevé el Libro Blanco.

Al inicio el autor parece extrañarse de que al CGPJ “le preocupa, justamente, lo que hacen los jueces. Y también lo que debían hacer y no hacen”. No veo la razón de esta sorpresa o en que se fundamenta la crítica a esta preocupación, a la que yo añadiría además que hacen los jueces y no deberían hacer.

Ya sé que, con ello, estoy dando más argumentos para la crítica y descalificación a cualquier regulación que se quiera hacer sobre el sistema de compatibilidades. Pero, no nos llevemos a engaños, que, con o sin fundamento, cualquier regulación sobre este extremo siempre será respondida.

Y es que, en el fondo, los jueces rechazamos cualquier tipo de control sobre nuestra actividad laboral, sea sobre la determinación de unos módulos de trabajo, sobre la fijación de la jornada del juez, y, claro está, también sobre la declaración de actividades extrajudiciales remuneradas.

Estas críticas siempre se pueden hacer desde dos vertientes: la primera es la negación frontal de cualquier tipo de control por el hecho de ser parte de un poder del Estado, como si los otros poderes y los integrantes de los mismos no tuvieran ningún tipo de control. La otra, es el criticar esta regulación bajo argumentos soterrados. Por ejemplo, cuando se habla de controlar la productividad del juez se hace referencia a que ello es imposible pues iría en claro perjuicio de la calidad, como si ambas fueran antagónicas. Y cuando se habla de controlar la realización de actividades remuneradas extrajudiciales, se alega que ello vulnera nuestra privacidad y que supone un control ideológico.

Lo cierto es que en mi opinión, de una manera u otra se está negando que los jueces no solo, pero también, somos parte de un servicio público. Y que nuestra función, ejerciendo el poder que se nos otorga, es dar resolución a los conflictos que se nos plantean de una manera rápida, y como decíamos en nuestro segundo Congreso, justa, democrática y amable.

En el Libro Blanco se expone que la realización de las actividades extrajudiciales remuneradas ha de someterse siempre a las exigencias de transparencia que la propia función judicial requiere. Por ello establece que “toda actividad permanente de los jueces y magistrados ha de ser declarada y conocida por el CGPJ y debe estar sometida a la previa declaración de compatibilidad, incluida la actividad de preparación de opositores”. En cuanto a las actividades esporádicas y no sujetas a la autorización de compatibilidad que no sean la administra-

ción del patrimonio personal y familiar, deberán ser objeto de declaración anual, y estarán sujetas a un límite máximo global de ingresos.

La crítica que el autor hace a este sistema es que “del principio de transparencia que debe, es cierto, regir la práctica de la jurisdicción pueda inferirse la legitimidad de una fiscalización omnidireccional de la actividad extraprofesional del juez que lleva a la abolición de una parte importante de su privacidad. Porque, en efecto ‘el control’ que se propugna aun dirigido sólo en apariencia a medir el tiempo de la dedicación y la importancia de la remuneración, como indicadores, lo cierto es que afectaría a los contenidos ideológicos y culturales de aquélla, sobre los que también se extenderá, si quiera indirectamente, el conocimiento del órgano de gobierno”.

No veo que problema hay en que el deber de transparencia que debe regir la práctica de la jurisdicción no se extienda a las actividades colaterales de la misma. Declarar las actividades remuneradas, poder saber si se realizan en horas de audiencia, y qué precio se percibe por las mismas (e incluso sería conveniente saber quien contrata esta actividad) es dar respuesta al deber de transparencia que toda persona integrante de un poder del Estado debe dar a la sociedad.

El artículo continúa diciendo “con ello, el resultado previsible es que, mientras resulta claro que los profesionales de cuestionable perfil deontológico no van a tener ninguna dificultad para hallar el modo de seguir accediendo a las mismas dudosas y generosas fuentes de ingresos; la mayoría de los integrantes de la magistratura pasarían a ser objeto de inquisición permanente sobre una franja de su actividad que —por lo generalmente legítima y pública— no tienen por qué ocultarse como no se oculta; pero que, por lo mismo, nunca debería ser preventivamente criminalizada ni cubierta de esta forma genérica por el manto de la sospecha”.

Entender que de aquí se puede derivar una inquisición ideológica es una afirmación, cuanto menos, forzada. Porque en primer lugar, pocas actividades remuneradas tienen carácter ideológico. En segundo lugar, aquellas que tienen un marcado carácter ideológico (como puede ser trabajar en una ONG) si se efectúan de forma gratuita tampoco deberán ser declaradas; y por otra parte, no se entiende que obstáculo puede haber en declarar la realización de “actividades de carácter cultural, legítimas y modestísimamente compensadas”. ¿O es que tenemos problemas en que se conozcan?

Por otra parte, ¿es o no necesario que la sociedad sepa que actividades remuneradas no jurisdiccionales ejerce el juez? Así por ejemplo, ¿es o no conveniente que se sepa cuantas veces un juez es-

cribe en un periódico o participa en una tertulia radiofónica (actividad que sí puede ser de un marcado carácter ideológico), y que se sepa también que importe recibe por ello y en su caso, si la tertulia se efectúa en horas de audiencia? ¿Es o no necesario saber cuántas conferencias pronuncia, pongamos por caso, sobre el baremo de seguros, encargada por una compañía de seguros, y que importe ha percibido el juez que ha de juzgar un supuesto de responsabilidad extracontractual? ¿Es o no conveniente saber con qué frecuencia, pongamos otro caso, un juez de lo Contencioso-Administrativo, da conferencias o cursos en una Administración concreta que después es parte demandada en los recursos que éste ha de resolver?

El Libro Blanco tan sólo exige la declaración de actividades, fijando como límite un máximo global de ingresos por el tradicional sistema de comparación con las remuneraciones judiciales totales. Entender que el deber de declarar comporta una preventiva criminalización es del todo incierto. Sólo se

prevé que será sancionada la falta de veracidad en la declaración y recibir remuneraciones superiores al límite determinado. Por ello, no entiendo como puede atacarse este sistema diciendo que el mismo "podría llevar a obstaculizar o inhibir la dedicación marginal a actividades de carácter cultural, legítimas y modestísimamente compensadas".

Creo, y en esto felicito la iniciativa del Libro Blanco, que esta sociedad tiene derecho a tener la información que se merece y que los jueces hemos de ser los primeros interesados en que no quepa ninguna duda de que ejercemos nuestra función con total independencia y que tan sólo estamos sujetos al mandato de la Ley. Por ello, cualquier iniciativa en favor de dar transparencia al ejercicio de nuestra función jurisdiccional ha de ser bien recibida.

Por último, quisiera tan sólo recordar que de la misma manera que no se pueden hacer regulaciones generales pensando en un caso concreto, tampoco se puede responder a estas regulaciones generales pensando en nuestro caso concreto.

## El imperio de la ley. Motivos para el desencanto

Marina GASCON ABELLAN

*A los que ahora se dicen gobernantes los llamaré servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello, más que ninguna otra cosa, determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación...<sup>1</sup>.*

*Desdichado el soberano que desprecie la ley, desdichado el pueblo que sea indulgente con el desprecio de la ley<sup>2</sup>.*

*El poder del hombre es injusto y tiránico: el poder legítimo está dentro de la ley<sup>3</sup>.*

Aun cuando las palabras no siempre mantienen el mismo significado en cualquier momento histórico, creo que los textos que acabamos de reproducir, tan distantes entre sí pero no tan distintos, constituyen una elocuente muestra del valor atribuido al imperio de la ley a lo largo de siglos de cultura política y jurídica. Ciertamente, las leyes en que pensaba Platón no eran las mismas que el ilustrado Diderot recomendaba a la emperatriz de Rusia ni, mucho menos, las que anhelaba el revolucionario Saint-Just, y ninguna de ellas hubiera coincidido, por ejemplo, con las leyes de la escolástica medieval, pero quizá haya un punto en común en todos esos testimonios: la idea de que la voluntad política cristalizada en normas con vocación de permanencia y generalidad (tanto mejor si además son justas, cualquiera que sea ahora el criterio de la justicia) resulta siempre preferible a una voluntad política particular, circunstancial y cambiante; y no cabe duda que la historia proporciona sobrados (y a menudo trágicos) ejemplos de las consecuencias que tiene el abandono de esta preferencia.

La vindicación del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres puede haber estado presente en todos los tiempos, pero sin duda alcanza su cénit en el pensamiento ilustrado y liberal que

sirve de sustrato ideológico a la revolución francesa y más tarde al modelo político que conocemos como Estado de Derecho. No es ocasión de describir el largo itinerario y las distintas influencias y corrientes de una filosofía política que a partir de mediados del siglo XVIII terminará desembocando en la consagración del "principio de legalidad" como piedra angular del poder y del Derecho legítimos<sup>4</sup>. Pero seguramente por ese origen heterogéneo donde confluyen la herencia iusnaturalista con la voluntad general y el propósito racionalizador de la monarquía absoluta con los planteamientos revolucionarios, lo cierto es que desde el principio la idea de "imperio de la ley" presenta un significado ambiguo y poco preciso, pues se usa para hacer referencia a exigencias diferentes y no siempre perfiladas. En lo que sigue intentaré distinguir algunos de estos significados, así como el valor que cada uno de ellos encierra y los peligros que los amenazan.

Nuestro objetivo, sin embargo, es muy modesto; y ello en un doble sentido. Primero, porque las consideraciones que se harán sobre el imperio de la ley no pretenden ser un ejercicio teórico válido para cualquier tipo de Estado, sino que tendrán como marco de referencia el modelo del Estado de Derecho democrático<sup>5</sup>. Segundo, porque no es nuestra intención aquí analizar cada aspecto de la legalidad. Pretendemos tan sólo dar cuenta de algunos fenómenos de la realidad política y jurídica que suponen una amenaza, cuando no claramente una quiebra del imperio de la ley. Además, tampoco entra dentro de nuestros objetivos articular (y ni siquiera esbozar) posibles respuestas a los distintos aspectos de la crisis. Su constatación, sin embargo, nos parece ya en sí misma importante, pues lleva implícita una llamada de vigilancia al escrupuloso cumplimiento de la legalidad si no se quiere renunciar a los valores que salvaguarda; y ello, desde luego, sin olvidar que cierto "legalismo" resulta a menudo un bello ropaje con el

<sup>4</sup> Vid. sobre esa evolución L. Prieto, "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional", en *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, Dyckinson, 1998, págs. 5 y ss.

<sup>5</sup> F. Laporta distingue entre "imperio de la ley", que se conecta al valor de la legalidad frente a la arbitrariedad, y que por tanto no prejuzga el origen de la norma, y el "principio democrático", que se conecta al valor de la ley de origen democrático ("imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", en *Doxa*, 15-16, 1994, vol. I, pág. 138). Para hacer referencia a una distinción semejante, L. Hierro prefiere hablar de interpretación "débil" del imperio de la ley e interpretación "fuerte" ("El imperio de la ley y la crisis de la ley", *Doxa*, 19, 1996, págs. 288-289). Naturalmente, lo segundo no excluye lo primero. Nuestra reflexión pretende atender ambos aspectos del imperio de la ley en el contexto de la democracia, podría decirse, por tanto, que consideraremos el valor de la ley formal en cuanto expresión del "principio democrático", pero también el valor del "imperio de la ley" en democracia.

<sup>1</sup> Platón, *Las Leyes*, ed. bilingüe de J. M. Pabón y M. Fernández-Galiano, Madrid, CEC, 1983, vol. I, Libro IV, 715, pág. 145. Precisamente, con esta significativa cita de Platón, aunque en una versión diferente, abre C. S. Nino un libro no menos significativo al que tendremos que remitirnos en alguna ocasión, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

<sup>2</sup> D. Diderot, "Observaciones sobre la instrucción de la emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes", en *Escritos Políticos*, ed. de A. Hermosa Andújar, Madrid, CEC, 1989, pág. 184.

<sup>3</sup> Saint-Just, "Discurso sobre la Constitución que se tiene que dar en Francia", en *Dialéctica de la Revolución*, trad. de J. Fuster, Barcelona, Taber, 1970, pág. 93.

que el poder pretende imponer la absoluta superioridad moral de sus decisiones.

## I. SIGNIFICADOS DEL «IMPERIO DE LA LEY»

Cabe distinguir al menos dos grandes acepciones de la expresión *ley*. La primera, más amplia, entiende por ley todo el Derecho o, a veces más limitadamente, todo el Derecho del Estado formulado mediante ciertos enunciados lingüísticos<sup>6</sup>; en todo caso, aquí la ley equivale a orden jurídico preconstituido, cualquiera que sea su origen. La segunda, más estricta, entiende por ley la norma que emana del Parlamento y es expresión de la democracia.

Cabe distinguir también al menos tres grandes acepciones de la expresión *imperio de la ley*. La primera y la segunda hacen referencia al cumplimiento efectivo del Derecho y al significado del Estado de Derecho, respectivamente; en ellas la palabra "ley" ha de entenderse en sentido amplio, o sea referida a todo el Derecho. La tercera tiene que ver con la posición especial de que goza la ley en tanto que norma emanada del poder legislativo democrático; en ella, por tanto, la palabra "ley" ha de entenderse en sentido estricto, o sea referida sólo a la ley formal.

### 1. La legalidad en sentido amplio

#### a) Eficacia del Derecho

En un primer sentido de la expresión, el imperio de la ley puede entenderse como eficacia de la ley; es decir, cumplimiento generalizado del Derecho. Del imperio de la ley deriva aquí la exigencia para sus destinatarios de cumplirla y para los jueces de aplicarla.

#### b) Actuación de los poderes del Estado conforme a reglas jurídicas preconstituidas: el contenido mínimo del Estado de Derecho

En un segundo sentido de la expresión, el imperio de la ley puede entenderse como la conformidad del poder con un modelo normativo jurídico preconstituido. Por ello, también en este supuesto la legalidad se identifica con todo el Derecho; es decir, no sólo con la ley en sentido estricto sino también con el reglamento y con la propia Constitución; en todo caso con regulaciones que, siendo más o menos generales y abstractas, no admiten una derogación singular por parte de los poderes públicos. Para hacer referencia a este sentido del imperio de la ley suele hablarse de *principio de legalidad* y constituye el contenido mínimo del Estado de Derecho. Del principio de legalidad derivan o pueden derivar los siguientes principios:

#### (i) Principio de legalidad en relación con el Go-

<sup>6</sup> Este último es el significado que tiene la ley en la enumeración de las fuentes que contiene el Código Civil: "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho" (art. 1.1).

bierno y la Administración. Traduce la necesidad de que la Administración, en el ejercicio de las funciones que le son propias, actúe conforme a Derecho; es decir, a la ley formal y a la Constitución, pero también a las reglas que ella misma haya dictado en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El tipo de vinculación a la ley por parte del poder ejecutivo ha conocido diferentes modalidades e intensidades en la historia constitucional europea de los dos últimos siglos<sup>7</sup>, pero hoy, en su sentido más vigoroso, significa que la Administración encuentra en la ley no sólo un límite *negativo* sino también una vinculación *positiva* a la que debe ajustar su actuación<sup>8</sup>.

(ii) Principio de legalidad en relación con el poder legislativo. Es éste un rasgo propio del constitucionalismo y supone que la libertad política consustancial a la actuación legislativa deberá, no obstante, desarrollarse dentro del marco de posibilidades diseñado por la Constitución. Con todo, en este punto resulta más clarificador hablar de principio de constitucionalidad y representa, sin duda, la conquista más reciente del Estado de Derecho en Europa<sup>9</sup>.

(iii) Principio de legalidad en relación con el poder judicial. Supone la vinculación de los jueces y tribunales a la ley, en el sentido de que deberán ajustar su actuación a Derecho (Constitución, leyes y reglamentos).

### 2. La legalidad en sentido estricto: la ley en el principio democrático

#### a) Posición privilegiada de la ley formal como norma que emana del Parlamento y es expresión de la democracia

Aunque hoy el principio de legalidad se halla conectado a la democracia política y aunque el princi-

<sup>7</sup> Una síntesis de esa evolución puede verse, por ejemplo, en A. Garrorena, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, CEC, 1980, págs. 17 y ss.

<sup>8</sup> Si se parte de que la Administración no tiene un poder originario y autónomo de actuación sino que se concibe fundamentalmente como "ejecución" de normas jurídicas previas (rasgo propio de los sistemas de monismo parlamentario que recogen la tradición de la revolución francesa —vid. R. Carré de Malberg, *Contribution a la theorie générale de l'Etat* (1920-22), reimp. del CNRS, París, 1962), entonces el contenido de la vinculación de la Administración a Derecho está constituido, por una parte, por la prohibición que pesa sobre la Administración de actuar antijurídicamente y de hacer lo que no le esté expresamente permitido; por otra, por la prohibición que pesa sobre el legislador de efectuar apoderamientos en blanco a la Administración. Como indica I. de Otto, precisamente de este principio así entendido "nace todo el Derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los tribunales", *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2ª ed. 1988, 2ª reimp. 1991, pág. 158.

<sup>9</sup> En la tradición europea, efectivamente, la fuerza normativa de la Constitución, en especial de sus preceptos materiales o relativos a derechos fundamentales, ha sido el fruto de una costosa evolución y ello por las mismas razones que explican su resistencia a una justicia constitucional sobre el legislador; sobre ello puede verse E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991. Ni siquiera en la revolucionaria Declaración de 1789 se llegó a concebir un auténtico principio de constitucionalidad; tal vez, como dice M. Fioravanti, porque para la mentalidad rousseauniana de sus redactores "el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo", *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, con presentación de C. Álvarez Alonso, Madrid, Trotta, 1996, pag. 73.

pio de constitucionalidad parece necesariamente unido a la misma<sup>10</sup>, a efectos analíticos cabe distinguir entre el "imperio de la ley" como sometimiento de todo poder al Derecho y el "imperio de la ley" como sometimiento a una forma jurídica concreta, la forma legislativa; o sea a la norma jurídica que emana del Parlamento como representación del pueblo en quien reside la soberanía. El contenido del imperio de la ley se traduce ahora en que, precisamente como proyección de la superior legitimidad del órgano del que emana, a la ley se le atribuye una posición privilegiada en el sistema de fuentes que se expresa en el concepto de *fuerza de ley*, como supremacía frente al resto de las normas jurídicas, y en el *privilegio jurisdiccional de la ley*.

## II. VALOR ETICO DEL «IMPERIO DE LA LEY»

### a) Valor ético de la eficacia del Derecho

Suele decirse que la eficacia del Derecho, con independencia de los contenidos concretos de sus normas, garantiza una serie de valores éticos o es un medio para conseguir fines moralmente buenos; precisamente en la consecución de estos valores encuentran muchas doctrinas fundamento moral suficiente para reclamar la obediencia al Derecho<sup>11</sup>. La primera de las argumentaciones (el Derecho protege valores éticos) se conecta a la teoría de la seguridad jurídica, que encuentra en el orden, la paz y la certeza en las relaciones humanas una garantía de justicia proporcionada por el Derecho<sup>12</sup>; pero de parecido carácter es el argumento de la gratitud: el Derecho no sólo proporciona orden y seguridad, sino que facilita además ciertos bienes y servicios que de otro modo no estarían al alcance de los individuos aislados y que es de justicia agradecer obediéndolo<sup>13</sup>. La segunda de las argumentaciones (el Derecho es un medio para conseguir fines moralmente buenos) se conecta a las teorías utilitaristas y consecuencialistas en general<sup>14</sup>: al Derecho habría que obedecerlo porque es útil para maximizar el bienestar general, o porque ello contribuye al logro

de otros objetivos; por ejemplo, el desarrollo económico, social y cultural de una sociedad<sup>15</sup>.

Conviene advertir que algunos argumentos vinculados a la eficacia del Derecho, como la seguridad y el orden, por otra parte de clara evocación hobbesiana, no siempre se presentan como valores añadidos de forma contingente al orden jurídico, sino como rasgos conceptuales o constitutivos del propio Derecho o, mejor dicho, como valores que forman parte inseparable de la misma definición del Derecho; este es, por ejemplo, el caso de Soper o Alexy<sup>16</sup>. En todo caso, con independencia de que un mínimo grado de eficacia resulte indispensable para poder hablar de Derecho, por lo que ahora nos interesa es indudable que la consecución de los valores asociados a la eficacia resulta gradual y depende justamente de la fuerza con que se afirme el imperio de la ley, de la capacidad que ésta muestre a la hora de disciplinar efectivamente la conducta social.

### b) Valor moral del Estado de Derecho en su contenido mínimo

Como ya se ha dicho, en un sentido mínimo, el Estado de Derecho supone el sometimiento de todos los poderes públicos a normas previamente establecidas que contemplan casos genéricos y que no pueden ser exceptuados para un supuesto concreto. En principio, no interesa aquí el origen o fuente de tales normas ni su adecuación a ciertos criterios de justicia o moralidad, sino que lo decisivo es que los órganos del Estado actúen con sometimiento a una ley previa; en suma, que la eficacia del Derecho se proyecte no sólo sobre los ciudadanos, ordenando las relaciones sociales, sino también sobre el poder que es la fuente del mismo Derecho. La siguiente caracterización que hace Weber del modelo de dominación legal se acomoda bastante bien a esta idea de legalidad: "se obedece, no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la *regla* estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer. También el que ordena obedece, al emitir una orden, a una regla: a la «ley» o al «reglamento» de una norma *formalmente abstracta*"<sup>17</sup>.

Conviene insistir en que el sometimiento del poder a la ley en el marco del Estado de Derecho no es a cualquier ley, sino sólo a aquella norma que reúna ciertos requisitos formales, que suelen resumirse en dos: generalidad y abstracción. Este es un aspecto que está muy presente en Rousseau<sup>18</sup>, pero que se

<sup>10</sup> La legalidad de la Administración como primera exigencia del Estado de Derecho es concebible al margen de la democracia y, de hecho, así fue inicialmente concebida. Creo, en cambio, que el constitucionalismo en sentido riguroso parte conceptualmente de una distinción entre gobernantes y gobernados, entre pueblo y Estado, que implica de forma necesaria la idea de democracia política.

<sup>11</sup> Se trata de las que podríamos llamar, con D. D. Raphael, "doctrinas teleológicas": *Problemas de Filosofía Política* (1976), trad. de M. D. González Soler, Madrid, Alianza, 1983, págs. 118 y ss.

<sup>12</sup> Desde esta perspectiva, el Derecho se presenta como criterio seguro y estable que permite dirimir conflictos de intereses y facilita la previsibilidad de las acciones y el orden general de la sociedad. Vid. E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 2ª ed., 1988, págs. 39 y ss.

<sup>13</sup> Sobre el argumento de la gratitud, vid. A. J. Simmons, *Moral Principles and Political Obligation*, Princeton University Press, 1979, págs. 160 ss; y J. Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", *Law and Philosophy*, S. Hook (comp.), New York University Press, 1964, págs. 9-10.

<sup>14</sup> Puede verse, por ejemplo, D. Lyons, *Ética y Derecho* (1984), trad. M. Serra, Barcelona, Ariel, 1986, esp. pág. 116; o R. Brandt, *Teoría ética* (1959), trad. E. Guisán, Madrid, Alianza, 1982, págs. 408 y ss.

<sup>15</sup> Así lo piensa y expone C. S. Nino en *Un país al margen de la ley*, cit., quien estima que "la tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los factores de poder —incluidos los sucesivos gobiernos—, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, o sea a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales"... se encuentra entre los factores que permitirían explicar la llamativa involución del desarrollo social y económico argentino en la segunda parte del siglo (pág. 24).

<sup>16</sup> Ph. Soper, *Una teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo, Madrid, CEC, 1993; R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

<sup>17</sup> M. Weber, *Economía y sociedad*, ed. de J. Winckelmann, trad. de J. Medina Echevarría y otros, Madrid, FCE, 10ª reimp., 1993, pág. 707.

<sup>18</sup> Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en conjunto, y las

repite en todas las caracterizaciones del Estado de Derecho<sup>19</sup>: la ley no es un mero revestimiento de cualquier mandato singular que pueda impartirse al juez o a la Administración; es todo lo contrario, una norma llamada a regular con vocación de permanencia un número indeterminado de casos futuros que reúnan ciertos rasgos, cualesquiera que sean las personas o circunstancias que concurren<sup>20</sup>.

Es evidente que la exigencia de que todos los poderes públicos actúen conforme a reglas jurídicas previas generales y abstractas incorpora ya en sí un valor ético que no puede soslayarse, pues actúa como freno a la posible arbitrariedad del poder y constituye, como poco, una garantía de los valores de seguridad y certeza en el conocimiento y aplicación del Derecho. La *abstracción* de la ley, al exigir que el supuesto de hecho de las leyes no se formule con referencia a situaciones particulares y concretas sino de manera indefinida, es una garantía de previsibilidad del Derecho. La *generalidad*, por su parte, supone que la ley no regule para ningún sujeto en particular, sino para todos los que se encuentren en su condición de aplicación. Y esto, por sí mismo, es también una garantía de justicia, pues "la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general... reduce al mínimo ese peligro"<sup>21</sup>. Las leyes particulares son un riesgo de arbitrariedad de las asambleas políticas, y más concretamente, de aquellos que en un momento determinado constituyan la mayoría política. La generalidad fija así un límite al poder absoluto del legislador<sup>22</sup>. En suma, la vinculación del poder a normas generales y abstractas es garantía de seguridad y previsibilidad, pero también de igualdad formal y de justicia imparcial. No en vano, el principio de legalidad así entendido constituye el "contenido mínimo" del Estado de Derecho<sup>23</sup>; es decir, de un Estado enemigo de los ex-

---

acciones como abstractas". Esta requisito, unido a la generalidad de la voluntad legislativa, conduce a Rousseau a proclamar la necesaria justicia de la ley: la ley no puede ser injusta, "puesto que nadie es injusto consigo mismo", *Contrato social, en Escritos de combate*, ed. de S. Masó, Madrid, Alfaguara, 1979, Libro II, cap. IV, págs. 431 y ss.

<sup>19</sup> Vid., por ejemplo, para la compleja evolución alemana, D. Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. de M. Heródero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, págs. 32 y ss.

<sup>20</sup> Claramente, la abstracción y la generalidad no son cualidades "todo o nada", sino cualidades graduales que se pueden realizar en mayor o menor medida. Por tanto, también el ideal de la ley en el Estado de Derecho puede ser más o menos perfecto.

<sup>21</sup> L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, vol. II, Paris, Fontemoing, 1923, pág. 145.

<sup>22</sup> C. Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pág. 150. "Un legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos valgan también como leyes, al igual que sus normativas generales, no está ligado a su ley en ninguna forma concebible; la «vinculación a la ley» es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer «leyes» arbitrarias".

<sup>23</sup> N. Bobbio define el Estado de Derecho, por oposición al Estado despótico, como aquél "en el que el poder coactivo no es ejercido por el soberano a su arbitrio, sino que existen las normas generales y abstractas, y por tanto no válidas caso por caso, que establecen quién está autorizado a ejercer la fuerza, cuándo, o sea en qué circunstancias, cómo, o sea a través de qué procedimientos, y en qué medida", *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985. Esto es, en su formulación menos garantista, el Estado de Derecho traduce la exigencia de que el propio Estado "fije y determine exactamente los límites de su actuación... conforme a Derecho", F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts* (1878), reimp. Hildesheim, G. Olms, 1963, pág. 137.

cesos del poder, ideología jurídica que traduce el modelo de legitimidad del mundo moderno: la legitimidad por vía de legalidad.

Pudiera ser que el concepto de imperio de la ley tal y como aquí ha sido dibujado no agote el contenido mínimo del Estado de Derecho<sup>24</sup>, pero en cualquier caso creo que el conjunto de las condiciones que pueden ser atribuidas a ese modelo político se vinculan al mismo valor moral que está detrás de la primera acepción del "imperio de la ley"; esto es, al valor de la seguridad que promueve un Derecho eficaz. Al mismo valor moral, pero en grado sumo. La seguridad jurídica que en principio proporciona todo orden normativo que sea capaz de regular eficazmente la vida social alcanza su máxima expresión en la fórmula del Estado de Derecho, donde el poder sometido a la ley aparece limitado y controlado y donde, por ello mismo, el individuo goza de un ámbito de inmunidad y garantía<sup>25</sup>.

### c) Valor moral de la democracia

La bondad ética atribuible al principio de legalidad, en cualquiera de las acepciones referidas (a o b) no es en absoluto independiente de los modelos de legitimación del poder. En otras palabras, no es indiferente que la soberanía se predique del Estado o del pueblo<sup>26</sup>. En democracia, el "imperio de la ley" goza de un valor añadido: se refuerzan las razones morales que sostienen la obligación de obediencia al Derecho en general y a la ley formal en particular y las que fundan la necesidad de que los poderes del Estado respeten los límites jurídicos en general y legislativos en particular.

a) Los valores morales que en distinto grado parece proteger y realizar todo Derecho, y que constituyen otras tantas razones para su obediencia, adquieren mayor fuerza en el marco de un sistema democrático. Ciertamente. Si se parte de que sólo la conciencia puede ser fuente de obligaciones morales absolutas<sup>27</sup>, las únicas instituciones político-

---

<sup>24</sup> Sobre los requisitos del contenido mínimo vid. E. Fernández, "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", *Sistema*, 138, 1997, págs. 101 y ss.

<sup>25</sup> Vid. A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, esp. cap. 2º.

<sup>26</sup> Por eso, partiendo de una concepción amplia y no mínima de Estado de Derecho, dice E. Díaz que "no todo «imperio de la ley» es ya, por ello, Estado de Derecho: que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida; es decir, que no hay Estado de Derecho si la ley no es expresión de la voluntad general", *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cito por la sexta reimp. de la octava ed., Madrid, Taurus, 1986, pág. 32. Una noción más limitada de Estado de Derecho mantiene E. Fernández, para quien la democracia política es una saludable circunstancia histórica del actual Estado de Derecho, pero no parece representar un elemento conceptual del mismo, "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", cit., págs. 107 y ss.

<sup>27</sup> Naturalmente es éste un punto de partida que no todos estarían dispuestos a asumir. Por ejemplo, no compartiría este postulado quien asumiera una moral objetiva heterónoma, es decir una moral que se exprese a través de imperativos dados al sujeto desde instancias externas, como sucede con la mayoría de las morales religiosas. Sobre los distintos modelos de fundamentación de la "obligación política" y en particular sobre el democrático, me permito remitir a mi *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, CEC, 1990; así como a "El prin-

jurídicas legítimas en sentido fuerte serán las construidas conforme a un modelo según el cual obedecer en ellas no difiere en realidad de obedecer los imperativos que uno se da a sí mismo. En otras palabras, pueden existir buenos motivos morales para obedecer al Derecho, pero una obligación moral en sentido fuerte, análoga a la obligación de conciencia, requiere suponer un modelo de organización política en el que en cierto modo se haya cancelado la escisión entre moralidad y legalidad. Este fue el anhelo, contrafáctico si se quiere, de Rousseau o de Kant y hoy sería el de cualquiera que intente fundar la obligación política en fórmulas de consentimiento<sup>28</sup>.

El modelo de organización política que permite alcanzar una síntesis entre autonomía y heteronomía, entre moralidad y legalidad, y que por tanto construye la obligación de obediencia como una obligación moral autónoma es el modelo democrático. Y, en efecto, son muchas las razones que sustentan la legitimidad del sistema democrático y que son, a su vez, razones para postular la obligación ética de obediencia a un Derecho de base contractual. Por citar escuetamente algunas de ellas: la íntima conexión del modelo democrático con la idea de consentimiento de los ciudadanos; los valores de autonomía individual, libertad e igualdad, que constituyen un presupuesto del sistema democrático y que, al propio tiempo, encuentran en el mismo el marco más idóneo para su protección y desarrollo; el hecho de que la democracia sea el régimen que más se ciñe a los requisitos y modalidades del contrato, pues solamente ella "permite la elección, experimentación crítica y revisión de los diferentes modelos de sociedad, acciones todas ellas propias de los individuos que pueden llevar a cabo el contrato social"<sup>29</sup>; y, finalmente, la democracia, al igual que el modelo contractualista, presenta la virtud de concebir al individuo y a sus derechos como el fundamento del orden político, mientras que las instituciones políticas y el Derecho aparecen como un mero artificio cuya justificación reside precisamente en la mejor protección de tales derechos. En suma, la democracia —incluso la representativa— podría considerarse, si no como realización histórica del modelo consensualista, sí al menos como un sucedáneo bastante aceptable del mismo<sup>30</sup> y, por lo tanto, desde el punto de vista moral, merece una valoración superior a otros modelos heterónomos.

b) La obligación de actuación conforme a Derecho por parte de los órganos del Estado (contenido mínimo del Estado de Derecho) salvaguarda, sí, la se-

guridad jurídica; pero en democracia el Estado de Derecho tiene un contenido y un valor más amplio: el Estado se orienta también a la protección y realización de la libertad, la igualdad y el pluralismo político<sup>31</sup>. Y ello porque, como indica Senese, la democracia de los modernos "se caracteriza esencialmente por el papel que en ella asume el individuo, el particular. Es hija de la secularización, del iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII, del individualismo, de la teoría de los derechos del hombre y de las Declaraciones de derechos"<sup>32</sup>, que constituyen el fin de esa forma de asociación política.

La ley de origen democrático es expresión de la cambiante configuración de valores que en cada momento triunfa en la lucha política y garantiza así el pluralismo político e ideológico. Pero no sólo el pluralismo. Puesto que las constituciones de la democracia reservan para los ciudadanos amplias zonas de libertad, la exigencia de limitación del poder que deriva del Estado de Derecho se cierne también sobre el legislador vinculando su actuación a una ley más alta, la Constitución, y esta vinculación garantiza ya no sólo los valores de seguridad, certeza y previsibilidad del Derecho, sino también la libertad y la igualdad de los individuos; es decir, todo el conjunto de derechos y libertades que las constituciones democráticas incorporan y salvaguardan con el reconocimiento adicional de un sistema de garantías de las mismas. En otras palabras, la limitación al legislador que deriva del Estado de Derecho constitucional supone que la libertad política que se expresa en la ley está contenida por el respeto a los derechos, libertades, valores y principios reconocidos por la Constitución.

### III. CIRCUNSTANCIAS QUE DEBILITAN EL IMPERIO DE LA LEY

Es claro que el "imperio de la ley", en cualquiera de sus sentidos, puede venir realizado en un grado mayor o menor. En estas páginas pretendemos simplemente señalar algunos fenómenos de debilitamiento del imperio de la ley y, paralelamente, de los valores que con él se protegen.

a) La crisis del imperio de la ley en su significado más empírico de eficacia del Derecho tal vez representa el grado más alto de ilegalidad en todos los sentidos, pues en sus manifestaciones más extremas se conecta a la propia desaparición del Derecho y del Estado y a su sustitución por organizaciones paraestatales. Se debilita el principio de legalidad entendido como eficacia de la ley cuando el Derecho deja de cumplirse y el Estado no interviene. Organizaciones delictivas que actúan impunemente ante la pasividad, cuando no la complicidad, de la policía, absoluciones judiciales injustificables

<sup>31</sup> Sobre el significado del Estado de Derecho en democracia puede verse E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit.; A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 187 y ss.

<sup>32</sup> S. Senese, "Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial", en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996, pag. 40.

cipio democrático y sus límites", *Volubilis. Revista de Pensamiento*, 2, 1995, págs. 70 y ss.

<sup>28</sup> La ética comunicativa de Habermas representa quizá el modelo más depurado de obligación política de base consensualista, vid., por ejemplo, J. Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa* (1983), trad. de R. Cotarelo, Barcelona, Península, 1985.; y Th. McCarthy, *La teoría crítica de Jürgen Habermas* (1978), trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1987.

<sup>29</sup> E. Fernández, *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pag. 142.

<sup>30</sup> En tanto que caso de justicia procesal pura imperfecta, el procedimiento democrático es considerado como un "sucedáneo del discurso moral" por C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pag. 243.

(jurídicamente) aunque perfectamente explicables (socialmente), son ejemplos de esta abdicación de la legalidad que no sólo no contribuye a paliar el conflicto social, sino que además crea una situación en la que muchos ciudadanos no tienen protegidos sus derechos y enerva "de manera preocupante" la confianza de la población en un Estado que ni siquiera se muestra capaz de garantizar el orden y la seguridad. "De manera preocupante": porque esa "falta de Estado" puede ser suplida por organizaciones paraestatales que imponen su propia ley y que conducen a situaciones en las que se muestra con toda dureza la validez del modelo hobbesiano de estado de naturaleza<sup>33</sup>.

Por lo demás, acaso tenga razón también C. S. Nino cuando señala que la tendencia generalizada a la anomia en general y a la ilegalidad en particular que se observa en Argentina sea cual sea el trabajo, estudio o actividad que encaremos, está detrás de muchos de los factores que se suelen señalar como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino. En otras palabras, la ilegalidad estaría íntimamente asociada al subdesarrollo<sup>34</sup>.

b) Pero, aparte de este fenómeno tan radical de ilegalidad, merece "especialmente" la pena resaltar una serie de patologías que afectan a la democracia liberal en los últimos tiempos y que han hecho mella en el imperio de la ley, en su sentido de Estado de Derecho, así como en la representatividad política propia de la democracia y en las características tradicionales de la ley. "Especialmente": pues algunos de estos fenómenos se han gestado al amparo de una ideología absolutista del poder obtenido en las urnas que mina las exigencias más básicas de la legalidad y la democracia.

Es claro que el "imperio de la ley" (en su sentido de sujeción del poder al Derecho) no debe presuponerse sin más por la sola proclamación constitucional del "Estado de Derecho". Es, por el contrario, un rasgo *histórico* que será cierto en la medida en que todos los poderes constituidos se sometan efectivamente a la ley o, al menos, siempre que las infracciones de este principio resulten excepcionales y sean objeto de reproche, lo que tendrá lugar cuando los órganos encargados de fiscalizar todos los actos y normas del Estado para garantizar su pleno some-

timiento a la ley (constitucional o no) desempeñen eficazmente su función. Una mirada al desarrollo político y jurídico de la democracia liberal en los últimos tiempos permite constatar cómo, junto a su indiscutible triunfo, se ha producido una degradación de sus elementos constitutivos; entre ellos la legalidad: "la sujeción a la ley de los poderes públicos, el control de legalidad de sus actuaciones y su funcionalización a la tutela y a la satisfacción de los derechos constitucionalmente garantizados"<sup>35</sup>. En lo que sigue haremos un repaso de algunos de los fenómenos que han contribuido a esa degradación.

(i) Se infringe la legalidad, entendida como sujeción del gobierno y su Administración a Derecho, cuando el Estado, "lícita" o "ilícitamente", se sitúa al margen de la ley. Lo primero tiene lugar cuando el propio Estado, a través de la ley, se da a sí mismo instrumentos que le permitan situarse fuera de la misma. La doctrina de los *actos políticos* sin control jurisdiccional y la figura del *secreto de Estado* (en relación por ejemplo con los "fondos reservados", cuya falta de transparencia sólo se explica en buena lógica por su finalidad delictiva<sup>36</sup>) constituyen una muestra de este modo de "ilegalidad legal" que compromete el significado del Estado de Derecho y que, de consumarse, pondría de manifiesto una insuficiencia o quiebra del principio constitucional que postula el pleno sometimiento de todos los poderes públicos a la ley y al Derecho. Lo segundo, y más grave, tiene lugar cuando el Estado viola su propia ley; por ejemplo, cuando tortura, o cuando combate el delito con el delito, el terrorismo con el terrorismo, convirtiéndose así en *Estado delincuente* y justificando normalmente su acción con la supremacía y legitimadora fórmula de la "razón de Estado"<sup>37</sup>. Gravísimo delito, pues no hay más reprobable infracción de la ley que la cometida por el propio Estado. Y gravísimo error, porque de este modo el Estado se deslegitima<sup>38</sup>.

Con todo, la manifestación más enfermiza de esta infracción del principio de legalidad desde las propias instituciones estatales tal vez sean los casos de *corrupción*, fenómeno casi endémico en la mayoría de las democracias representativas durante las últimas décadas y que, entre otros, ha producido un efecto lamentable: la deslegitimación de lo público y la papanatas y acrítica beatificación de lo privado. La corrupción conoce formas muy variadas; desde cohechos, cobro de comisiones ilegales y extorsiones a los empresarios para garantizar su presencia

<sup>33</sup> La proliferación en Colombia de grupos paramilitares y parapoliciales (las llamadas "milicias urbanas"), parece constituir un buen ejemplo de lo dicho. Según J. O. Sotomayor, el surgimiento de los grupos paramilitares habría que buscarlo, entre otras causas, en la debilidad estructural del Estado, en su incapacidad para hacer frente a la violencia generalizada, y en particular al fenómeno de la impunidad; lo cual crea un sentimiento de desamparo. Y con referencia al surgimiento de las milicias populares, que han tenido un especial auge en la ciudad de Medellín, aunque son varias las causas que explican su surgimiento, "la causa principal hay que buscarla en el abandono estatal al que han estado sometidos los barrios populares", pues en ellos el Estado "nunca se hizo presente ni en lo social y ni siquiera para ejercer el control"; J. O. Sotomayor, "Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales: paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia", en *Jueces para la democracia*, 24, noviembre de 1995, págs. 91 y 94; también, G. M. Gallego y G. P. Lopera, "Sobre el Derecho en Colombia: entre el escepticismo y el deber de no renunciar", *Jueces para la democracia*, 19, 1994; o Germán Palacio (comp.): *La irrupción del Paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*, Bogotá, Ilsa-Cerac., 1990

<sup>34</sup> C. S. Nino, *Un país al margen de la ley*, cit.

<sup>35</sup> L. Ferrajoli, "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad", en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, cit., pág. 15.

<sup>36</sup> No deja de ser significativo que cuando los jueces españoles pretendieron indagar en los "fondos reservados" en la investigación sobre los GAL, el gobierno se negara a colaborar amparándose en el "secreto de Estado".

<sup>37</sup> "La apelación a la *razón de Estado* se da en los casos en que el poder político viola alguno de los fundamentos de su propia legitimidad, justificando esa actuación en aras de la conservación y mantenimiento del propio poder, que se considera excepcionalmente amenazado"; J. A. Estévez, "Razón de Estado y lucha por los derechos (a propósito de los GAL)", *Jueces para la democracia*, 22, 2/1994, pág. 14.

<sup>38</sup> E. Díaz, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, M. Pons, 1998, pág. 107: al actuar de esta forma, "el Estado pondría en cuestión su propia legitimidad: por acogerse a la razón de la fuerza perdería la fuerza de la razón"

particularmente en el mercado de las obras públicas, hasta falsedades contables para obtener fondos en beneficio propio o destinados a corromper; sin olvidar, desde luego, que en muchos casos la corrupción tiene como objetivo otra actividad ilícita: la financiación ilegal de los partidos políticos, "madre de todas las corrupciones" que se ha convertido en un "estilo de vida" que desplaza al ámbito de la ilegalidad la obtención de los medios económicos para el mantenimiento del poder real del partido de que se trate<sup>39</sup> y que en algunos supuestos enlaza incluso a la política con redes mafiosas y de narcotráfico<sup>40</sup>. En suma, ilegalidades de todo tipo que, por lo demás, se han desarrollado al calor de una interpretación absolutizadora del poder político legitimado por las urnas.

Y es que, en efecto, al menos en el ámbito europeo, ha terminado triunfando, ante la pasividad de una sociedad desarticulada, una concepción de la democracia que, identificándola con la regla de la mayoría "como dominio absoluto, según la lógica de las sociedades por acciones"<sup>41</sup>, ha deteriorado notablemente el principio del Estado de Derecho, la legalidad del poder, y por ello la misma esencia de la democracia, que no es otra que la de un complejo sistema de garantías<sup>42</sup> que, consciente de la posición de las minorías, pretende evitar el despotismo de las asambleas legislativas. Precisamente esa nota de pesimismo antropológico que hace esperar del poder un potencial abuso que hay que neutralizar está ya presente en Locke y en Montesquieu<sup>43</sup>, y es lo que llevó a este último a configurar el concepto de *límite* como factor esencial para asegurar la tutela de la libertad, y de ahí la necesidad de la "separación de poderes" que habrá de conseguirse a través de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos<sup>44</sup>. La democracia es pues un complejo sistema de separación y equilibrio entre poderes, de garantías para la tutela de los derechos fundamentales, de instrumentos de control de sus posibles violaciones.

Operando, sin embargo, desde una concepción estrecha y procedimentalista del modelo democrático, el poder triunfante, y fundamentalmente el Eje-

cutivo, convencido de la posibilidad de imponerse absolutamente que los votos le confieren, tiende a ver como una agresión ilegítima e intolerable cualquier control de legalidad de sus actos. Con esta "lógica de la democracia" no sólo ha triunfado la corrupción en el seno del Estado, sino que, además, los políticos no se han caracterizado precisamente por su disposición a colaborar en la investigación de los hechos, ni judicial ni parlamentaria: desde dentro del propio poder político se tiende a obstruir la investigación judicial<sup>45</sup> y a presentar como ilegítimos estos intentos de fiscalización, y ello con el espúrio argumento de falta de legitimidad democrática de los jueces<sup>46</sup>; y al propio tiempo, y paradójicamente, se han debilitado también los controles parlamentarios, ahora con el argumento de que la cuestión está *sub iudice*. Pero hay más, y acaso de más gravedad. Las actuaciones judiciales frente a los ilícitos del poder han producido un efecto más bien perverso: la huida hacia adelante del propio aparato del poder, urdiendo todo tipo de reformas institucionales y legislativas que suavicen su impacto con un marco de legalidad eventualmente actuable<sup>47</sup>.

Por si fuera poco, paralelamente a estos sucesos que suponen una ubicación del Estado al margen de la ley, desde el propio aparato del poder político, y como escenificación de una especie de esquizofrenia, se opera con un legalismo ideológico que, en el ámbito de la legalidad que "conviene" al poder, enarbola el principio *dura lex sed lex*, identificando la normatividad legal con la normatividad moral y produciendo así otro tipo de absolutismo: una especie de "confesionalismo laico, una enfermedad que asfixia la crítica y el pensamiento plural, que uniformiza las conciencias y que parece penetrar por todos los entresijos del sistema social. La confesionalidad laica... termina ahogando la participación y sustituyéndola por unos estándares homogéneos de comportamiento que tal vez propicien la integración social, pero al precio de sacrificar el pluralismo y la disidencia que, tanta veces en la historia, han sido el motor del progreso humano"<sup>48</sup>.

(ii) Pero no es sólo en las relaciones ley/ Adminis-

<sup>39</sup> P. Andrés Ibáñez, "Tangentopoli tiene traducción al castellano", en *Corrupción y Estado de Derecho*, cit., pág. 102. Sobre el fenómeno de la corrupción en Italia, puede verse, en el mismo volumen, P. L. Zanchetta, "Tangentopoli: entre perspectivas políticas y soluciones judiciales", págs. 85 y ss. Además, sobre la corrupción, F. Laporta y S. Alvarez (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997, y A. Nieto, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997.

<sup>40</sup> "Los partidos políticos se han hecho vulnerables, dadas sus necesidades financieras, a los ofrecimientos de soporte económico de los narcotraficantes y de las diversas organizaciones mafiosas... lo que introduce nuevos elementos en el fenómeno del narcotráfico y hace aumentar el pesimismo acerca de una lucha exitosa para erradicarlo", J. Malem Seña, "Financiación de partidos políticos, democracia y corrupción", inedito, págs. 40-41.

<sup>41</sup> L. Ferrajoli, "El Estado constitucional de Derecho hoy", cit., pág. 19.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 22.

<sup>43</sup> "La libertad política... aparece... sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él", *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, Libro XI, cap. IV, pág. 150.

<sup>44</sup> Vid. R. Blanco, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, págs. 67 y ss.

<sup>45</sup> El trabajo de C. Rodríguez Aguilera, "Reacciones de los políticos ante la judicatura", *Jueces para la democracia*, 22. 2/1994, constituye todo un vademécum de los casos producidos en la España de los años ochenta y principios de los noventa en los que el gobierno (socialista) ha desautorizado u obstruido la investigación judicial sobre asuntos que claramente le salpicaban.

<sup>46</sup> Esta invocación por parte del poder estatal (y, como suele ser más frecuente, del poder gubernativo) es recurrente en países donde, como sucede en España, Italia o Francia, los fenómenos de corrupción han teñido el panorama político en las últimas décadas.

Se olvida, sin embargo, que si bien el poder judicial carece de legitimidad democrática "de origen", sin el control de legalidad que le está encomendado la democracia no pasaría de ser una palabra vacía.

<sup>47</sup> Vid. P. Andrés Ibáñez, "Introducción" a *Corrupción y Estado de Derecho*, cit., pág. 13, donde especifica el autor: "de ahí que junto a reacciones ya producidas —autoamnistía francesa, reforzamiento de privilegios procesales en nuestro país— se perfilen en el horizonte reformas procesales nada tranquilizadoras, como la sugerida por el interés de Berlusconi en dotarse de un ministerio fiscal «a la española», es decir, políticamente dependiente; o la que se encuentra en curso en España, de intensificación de la presencia de esa institución —o sea, implícitamente, del ejecutivo— en el proceso penal".

<sup>48</sup> L. Prieto, *Ética y política*, Ciudad Real, Universidad de Castilla-La Mancha, 1992, págs. 26-27.

tración donde se debilita el principio de legalidad, aunque sí sea éste el ámbito donde más patológico resulta el fenómeno. También en las relaciones Constitución/ley (en sentido estricto) cabe apreciar una crisis de la legalidad; o mejor, en este caso, de la constitucionalidad.

De crisis de la constitucionalidad puede hablarse cuando los Tribunales constitucionales, en el desempeño de su función de control jurisdiccional de la ley, argumentan y fallan atendiendo más a consideraciones sociales o políticas consecuencialistas (cuando no partidistas) que a las estrictas exigencias normativas de la Constitución. Es cierto que ningún juez, y menos uno constitucional, puede concebirse como la "boca muda de la ley", y es cierto también que la ideología y las particulares concepciones del bien tienen una irremediable presencia en la actuación de los tribunales, pero en este capítulo toda cautela es poca, en particular toda cautela por parte de los demás poderes del Estado. En este sentido, y con independencia de que efectivamente se comprometa la independencia y neutralidad de los magistrados, resulta bochornosa la reiterada trifulca entre los partidos políticos cada vez que hay que nombrar a los jueces del Tribunal Constitucional en España, pues constituye un indicio (si no una prueba plena) del interés de aquéllos por sentar en el Tribunal a posibles defensores de sus intereses políticos. Pero con ello sólo se contribuye, en el mejor de los casos, a depauperar la imagen de un órgano de control cuyo buen funcionamiento es tan necesario para la salud constitucional y democrática; en el peor, a convertir efectivamente el Tribunal Constitucional en un reflejo de la composición de fuerzas políticas del Parlamento que termine actuando con su misma lógica.

Pero la causa principal del debilitamiento del principio de constitucionalidad no nace de acciones positivas de vulneración no debidamente corregidas, sino más bien de una actitud *omisiva* a la hora de establecer las regulaciones que son necesarias para para la plena virtualidad de ciertos preceptos constitucionales; lo que se revela de modo particularmente claro en relación con los derechos sociales, pero también en relación con los derechos políticos.

Los derechos sociales, en efecto, son en su mayoría derechos prestacionales<sup>49</sup>, es decir, derechos cuya satisfacción requiere la prestación de bienes y servicios económicamente evaluables que deben, por tanto, ser previstos por el legislador; de manera que, con el sacrosanto argumento de su carácter costoso y de la imposibilidad "consiguiente" de una protección plena de los mismos, el legislador se termina arrogando una función cuasi-constituyente, decidiendo en cada caso el grado de realización del Estado social que la Constitución insta. Desde luego que la satisfacción de los derechos sociales

requiere serios esfuerzos financieros y que admite por ello diversos grados de cumplimiento. Pero cuando estos grados de cumplimiento son tan bajos en algunos capítulos que no alcanzan a satisfacer un "mínimo vital" para todos los ciudadanos<sup>50</sup>, podría afirmarse que la política legislativa es (en este caso, por omisión) inconstitucional; más aún, la falta de garantía de los derechos sociales no deja indemne la garantía efectiva de la libertad, pues la participación en los bienes materiales es un presupuesto necesario para que la libertad jurídica pueda convertirse en libertad real: los derechos sociales son condición de la libertad<sup>51</sup>. Por lo demás, frente a la carencia de realización efectiva de los derechos sociales, no cabe decir que éstos no pueden exigirse absolutamente porque son costosos y su articulación jurídica resulta complicada, pues, aparte de no ser éste un argumento "fuerte" desde el punto de vista constitucional, tal vez ni siquiera se haya considerado seriamente la puesta en marcha de fórmulas legislativas de reconocimiento universal de algunos de tales derechos<sup>52</sup>.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los derechos políticos, no cabe duda de que —salvo algunas excepciones que no es el caso comentar como, por ejemplo, las limitaciones que pesan sobre jueces, militares o policías— existe una adecuada atribución jurídica de los derechos ciudadanos más estrechamente conectados a la acción política democrática, como la libertad de expresión, reunión y asociación, los derechos de huelga y participación, etc. Sin embargo, creo que se debilita el principio de constitucionalidad cuando el legislador deja de establecer las garantías sociales e institucionales necesarias para la eficacia de los derechos políticos; lo que incide y enlaza, a su vez, con la pérdida de representatividad de los partidos políticos que termina minando el carácter democrático de la ley.

En una sociedad dominada por los medios de comunicación, donde no en vano se atribuye a la prensa el estatus de cuarto poder, la falta de una norma-

<sup>50</sup> Sobre la posibilidad de construir ese derecho a un mínimo vital vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1986, págs. 421 y ss. y 494 y ss.

<sup>51</sup> Así, E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pág. 237; L. Prieto, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1990, pág. 188: los derechos sociales se orientan "a remover los obstáculos económicos y culturales que impiden o dificultan a una buena parte de los individuos el ejercicio de sus libertades". Se trata en el fondo de que el valor de la libertad para cada individuo se aproxime a la igual atribución jurídica de esa libertad para todos. Sobre la distinción entre la libertad y el valor de la libertad vid. J. Rawls, *Teoría de la justicia* (1971), trad. M. D. González, Madrid, FCE, 1979, pág. 237.

<sup>52</sup> Que las técnicas de garantía de los derechos sociales sean más complejas no significa que sean imposibles. "Nada impediría, por ejemplo —afirma Ferrajoli— la introducción en las Constituciones de vínculos a las políticas del gasto público a través de la formulación de una escala cuantificada de prioridades, asegurada mediante la reserva de cuotas mínimas del presupuesto estatal a cada una de las partidas del gasto social (salud, educación, subsistencia, seguridad social y similares); y, por consiguiente, la extensión del control de constitucionalidad... a las leyes de presupuestos y, por tanto, a la desatención o a la inadecuada satisfacción de los derechos sociales", L. Ferrajoli, "El Estado constitucional de Derecho hoy", cit., pág. 26. Sobre la posibilidad de construir posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional, vid. L. Prieto, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", cit., págs. 9 y ss.

<sup>49</sup> Esta es una caracterización frecuente de los derechos sociales. A título de ejemplo: J. R. Cossío, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989, pág. 45; E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo e I. Villaverde, Baden-Baden, Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 75; y L. Prieto, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 1995, pág. 12.

tiva que garantice el pluralismo informativo así como la opacidad de los partidos políticos a la regulación y al control jurídico constituyen sin duda una tara democrática grave<sup>53</sup>. Esta falta de regulación, en efecto, propicia el monopolio de la libertad de expresión por los periodistas y de los derechos de participación por los políticos, con la consiguiente profesionalización del ejercicio de estas libertades y el preocupante divorcio entre los ciudadanos y las instituciones; "un preocupante e inducido desinterés hacia los problemas colectivos, que a la larga se traduce en ese encumbramiento un tanto papanatas de las virtudes privadas frente a lo público y de lo que, a su vez, más tarde se lamentan los profesionales de la política y de la libertad de expresión"<sup>54</sup>. Las consecuencias de todo ello no pueden ser más adversas: el debilitamiento del carácter representativo de los partidos políticos y de la naturaleza plenamente democrática de la ley.

El debilitamiento del carácter representativo de los partidos políticos es señalado por Ferrajoli como el segundo de los aspectos que, junto con la quiebra de la legalidad, definen la crisis actual de la democracia<sup>55</sup>. En realidad, es ésta una denuncia bastante frecuente y está ya presente en los estudios empíricos de la teoría de las élites desarrollados en los años cincuenta y sesenta a partir de la famosa obra de Schumpeter *Capitalism, Socialism and Democracy*<sup>56</sup>. Y es que la insatisfactoria realización del modelo democrático, según esta corriente, no responde sólo a la independencia de que gozan los representantes frente a los electores, sino a que éstos han perdido incluso la iniciativa en el proceso democrático para convertirse en espectadores pasivos de una representación que discurre casi totalmente ajena a su participación; es decir, a la degeneración del sistema de partidos. Estos son algunos de sus más conocidos argumentos: la democracia es una competición entre líderes que no son promovidos por el pueblo, sino que simplemente se presentan ante él, a veces con programas idénticos o muy parecidos; las opciones políticas no son elegidas por los ciudadanos, sino que éstos simplemente aceptan algunas de las que se proponen; los partidos políticos están dominados por minorías oligárquicas, en ocasiones vinculadas a intereses privados, y distan de ser organismos vivos de discusión, debate y conexión entre Estado y sociedad; el sistema político funciona de tal modo que no da las mismas oportunidades a todos los grupos sociales, quedando algunos al margen de cualquier posibilidad de influencia, etc.<sup>57</sup>.

Si los argumentos mencionados no son demasiado exagerados —y, desgraciadamente, no parece que lo sean— resulta en verdad difícil atribuir a la ley una verdadera naturaleza democrática.

Por último, de *crisis de la ley* se habla también para aludir no ya a la inconstitucionalidad del poder legislativo o al debilitamiento del carácter democrático de la ley, sino al declive de su centralidad en el ordenamiento jurídico y a la quiebra de las características de generalidad, abstracción y racionalidad que habían constituido su "marca de fábrica" en el Estado de Derecho.

La ley ha perdido hoy su posición central en el sistema de fuentes no sólo como consecuencia "directa" del carácter normativo de la Constitución —lo cual, por lo demás, resulta obvio—, sino también como consecuencia "indirecta" de la crisis, más general, de la estatalidad del Derecho. Los fenómenos de *supraestatalidad* normativa (incidencia en el sistema de fuentes de poderes normativos de origen supraestatal) y de *infraestatalidad* normativa (incidencia en el sistema de fuentes de poderes normativos de origen infraestatal) llevan aparejada una pérdida de la centralidad del Derecho del Estado y, por consiguiente, de la ley, que constituye su máxima expresión. En adelante, el Derecho de origen estatal, y en particular la ley, deberá convivir (y en ocasiones ceder completamente el paso) con otras manifestaciones jurídicas distintas: normas de organizaciones internacionales o supranacionales (piénsese, en particular, en la incidencia de las normas de Derecho comunitario en los países de la Unión Europea), normas regionales o autonómicas y, por último, normas resultantes de la atribución de poderes de autonormación en el ámbito profesional (como las que derivan del poder de pacto entre sindicatos y organizaciones empresariales) o en otros ámbitos, como el religioso o el deportivo<sup>58</sup>. Sin duda, el resultado puede ser valorado desde distintas perspectivas; algunas optimistas, por lo que tiene de pluralismo jurídico, descentralización y acercamiento del Derecho a los protagonistas del conflicto, pero desde la óptica del "imperio de la ley" la consecuencia parece clara y preocupante: la ley ha dejado de ser la *única* fuente *suprema*, regulación uniforme y heterónoma a la que todos están sometidos por igual en el marco del Estado, para convertirse en una fuente más, en polémica competencia con otras<sup>59</sup>.

Pero la *crisis de la ley* obedece sobre todo a que ha perdido hoy esos rasgos de generalidad y abstracción que contribuyeron a su prestigio. El fenómeno de las *leyes-medida* da buena cuenta de este hecho: la esencia de la ley se ha transformado y, en multitud de ocasiones, en vez de reflejo de principios generales de regulación que se proyectan sobre la sociedad, es expresión de reglas temporales o excepcionales construidas en medio de un desorden

<sup>53</sup> Se produce así, además, "la extraordinaria paradoja consistente en que los mismos fundamentos del Estado democrático y de Derecho [los partidos]... se encuentran en el exterior de ese mismo Estado que la Constitución establece", M. A. Aparicio, "Modelo constitucional de Estado y realidad política", en *Corrupción y Estado de Derecho*, cit., pág. 35.

<sup>54</sup> L. Prieto, *Ética y política*, cit., pág. 23.

<sup>55</sup> Vid. L. Ferrajoli, "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad", cit., págs. 15 y ss.

<sup>56</sup> La segunda edición del libro de J. Schumpeter es de 1942. Hay traducción castellana en *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Barcelona, Orbis, 1983, parcialmente en A. Quinton, *Filosofía política*, Madrid, FCE, 1974, págs. 234 y ss.

<sup>57</sup> Resumen en el párrafo del texto una de las conclusiones de L. Prieto, "Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional", *Sistema*, 96, mayo de 1990. Vid. también P.

Bachrach, *The Theory of Democratic Elitism*, Londres, London University Press, 1966.

<sup>58</sup> Vid. A. E. Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, págs. 76 y ss.

<sup>59</sup> Vid. L. Prieto, "Del mito a la decadencia de la ley", cit., págs. 28 y ss.

de ideas<sup>60</sup>. En estas circunstancias, la ley deja de ser factor de ordenación para convertirse en una simple medida ocasional que muchas veces expresa el puro juego de las relaciones políticas de fuerza<sup>61</sup>. Además, la crisis de la ley obedece también a que la intervención estatal en problemas de la vida económica y social que antes eran competencia de la autonomía privada ha provocado una *inflación legislativa*, con el consiguiente peligro no sólo para la certeza de la ley sino también para su justicia y racionalidad. La sobreabundancia de leyes, ciertamente, produce dos efectos igualmente negativos: por un lado, hace que el hombre de la calle y los mismos operadores jurídicos (abogados, funcionarios y jueces) estén cada vez más desorientados ante la vasta y cambiante variedad de leyes, con el consiguiente déficit de certeza en el conocimiento del Derecho vigente en cada momento; por otro, es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia, por el contrario, la creación de leyes confusas, ambiguas, farragosas, y en este sentido irracionales, lo que alimenta también la falta de certeza y con ello la primera condición de la justicia<sup>62</sup>.

(iii) Por último, cabe hablar también de debilitamiento del principio de legalidad en relación con el poder judicial, lo que sucede cuando se abandona el imperio de la ley para pasar al imperio de los jueces; es decir, cuando éstos actúan con una discrecionalidad extrema, sin sujeción a reglas, y en especial sin sujeción a la ley del Parlamento. No obstante, con la expresión "gobierno de los jueces", tan usada en los últimos tiempos para dar cuenta de esta idea, se puede estar haciendo referencia a dos situaciones que conviene distinguir.

En primer lugar, el debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces es en muchos casos la consecuencia patológica de una mala legislación, cuando no la lógica consecuencia del principio de constitucionalidad que obliga a los jueces a realizar un examen de la propia validez de las leyes en presencia de los casos concretos, y de ahí la fórmula de la cuestión de inconstitucionalidad. De un lado, en efecto, la insuficiencia de la ley o su deficiente formación (omisiones, contradicciones, redundancias, vaguedad, ambigüedades, etc.) ha producido en la práctica un redimensionamiento de las tradicionales funciones del juez, que se ve compelido a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de decisión que la ley deja; de otro, ocurre que la Constitución se convierte en el único parámetro

de enjuiciamiento cuando se trata de verificar la validez de la ley.

Pues bien, a diferencia de las normas legales, las constitucionales son preferentemente normas de principio, lo que se traduce "en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por la ponderación según valores y principios constitucionales"<sup>63</sup>. Y es que los principios, en efecto, por tener carácter abierto, pero sobre todo por estar impregnados, más que las reglas, de valoraciones morales, no resuelven el caso de manera concluyente; razón por la cual, cuando en la resolución de un caso se proyectan normas de principio se exige del intérprete una actividad mediadora entre éstas y el caso más intensa que cuando de aplicar reglas se trata<sup>64</sup>. Con todo, este redimensionamiento de la función judicial no supone necesariamente una inversión del principio de legalidad en relación con los jueces, o en todo caso ésta no sería achacable a los mismos. Tan sólo pone de manifiesto la incidencia que tienen en la actuación del juez las condiciones reales en las que está llamado a operar en el marco del Estado constitucional y la necesidad de que en estos casos se esmere la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la imparcialidad, la seguridad, la igualdad en la aplicación de la ley y el carácter no arbitrario de la decisión judicial. Por lo demás, así como en las últimas décadas se ha prestado un especial interés a los procesos argumentativos judiciales, sigue aún pendiente una reflexión seria sobre el papel institucional de ese poder ante las nuevas funciones que se ha visto obligado a asumir<sup>65</sup>.

Pero sí creo, sin embargo, que cabe hablar de un auténtico abandono del principio de legalidad en relación con el juez cuando se pretende dar carta de naturaleza a la transformación de la magistratura en sujeto político. Intentos de este tipo, que constituyen una variante del realismo jurídico, tal vez puedan verse en los "Critical legal studies", en el ámbito estadounidense, y en el "Movimiento de Derecho Alternativo", en el ámbito sudamericano. Y, sin llegar a una propuesta política de anulación del legislador en favor del juez, Zagrebelsky ofrece en "El derecho dúctil" una construcción teórica a partir de las constituciones "de principio" que resulta sin duda seria y sugestiva, pero que también puede servir de base a la justificación de soluciones judicialistas que rozan, si no sobrepasan, los límites del imperio de la ley<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pág. 159. Señala la incidencia de los principios en la crisis de la ley, L. Hierro, "El imperio de la ley y la crisis de la ley", cit., págs. 300-304.

<sup>64</sup> Sobre la polémica distinción entre "principios" y "reglas", vid. L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992; y M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>65</sup> No sólo no se ha reflexionado seriamente, sino que las reacciones han sido por lo común de descalificación pura y simple para reafirmar el principio democrático. Lo que muchas veces tiene lugar, por cierto, desde una forma de "politicismo" hipertrofiado; como si el control jurisdiccional no fuese una condición de la democracia; y como si muchas de las aperturas decisionistas de los jueces no estuviesen propiciadas por una mala legislación.

<sup>66</sup> G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit. Y es que, ciertamente, se está convirtiendo en un lugar común asumir que "la

<sup>60</sup> Ya G. Capogrossi ("L'ambiguità del diritto contemporaneo") y G. Ripert ("Evolution et progrès du droit") en AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953. Y, aunque con un discurso "judicialista", O. Bachof también levantaba acta en 1959 de la crisis de la generalidad y la abstracción de la ley, *Jueces y Constitución*, trad. R. Bercovitz, Madrid, Civitas, 1985.

<sup>61</sup> Vid. la denuncia que Zagrebelsky hace del "mercado de las leyes", lo que le lleva a desconfiar de la capacidad de la ley para representar intereses generales, para no sucumbir al partidismo y evitar el absolutismo de las eventuales mayorías políticas, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, págs. 36-37.

<sup>62</sup> Esto es algo que ya advertía F. Camelutti en 1953: "La morte del diritto", en AA.VV., *La crisi del diritto*, cit.

Partiendo de la preocupación por algunos problemas serios que afectan a las sociedades europeas actuales<sup>67</sup>, Zagrebelsky propone una nueva visión del Derecho de las sociedades pluralistas que supone —entre otras cosas— un cambio en las tradicionales relaciones ley-jurisdicción. En concreto, si, de un lado, las constituciones del pluralismo juridifican una gran variedad de valores materiales de justicia contrastantes entre sí y, de otro lado, la ley, manifestación de la lucha política que se desarrolla en el sistema, en ciertos supuestos se corresponde más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación, resulta que son los jueces (los constitucionales pero también los ordinarios), hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, quienes se convierten en guardianes del contenido de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador: el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional; de no ser así puede “sortearla”<sup>68</sup>. En definitiva, la unidad constitucional ya no se produce en los términos lineales del pasado, de arriba abajo, sino al revés. Pero todo ello supone una reformulación del principio de legalidad, que de ser tradicionalmente entendido como sumisión de los jueces a todo el Derecho pero sobre todo a la ley, termina ahora, paradójicamente, por entenderse como sumisión a los derechos y a la justicia, pero no a la ley en sentido estricto: el principio de legalidad se debilita y el activismo judicial puede estar servido.

No cabe duda que un cierto incremento del activismo judicial puede estar justificado en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable si se quiere realizar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales incluso frente al legislador, esto es, al margen y por encima de la decisión parlamentaria. Pero no cabe duda también que ese activismo puede desembocar en un modelo decisionista, cuyos riesgos son evidentes; entre otros que,

si como afirma Zagrebelsky la ley ya no merece confianza por representar tan sólo la victoria circunstancial de intereses de grupo, ¿qué es lo que induce a confiar en la actuación de unos jueces guiada por categorías constitucionales de justicia? También los criterios por los que los jueces escogen unas u otras categorías de justicia son, o pueden ser, “interesados”. Pero existe, además, otro motivo de preocupación que afecta al fundamento mismo de legitimidad en un sistema democrático.

En democracia, en efecto, el *modelo* de legitimidad reside en el pueblo, cuya expresión normativa es la ley. Ya sabemos que en su plasmación práctica la democracia se aparta de ese modelo, y en este trabajo no hemos ahorrado las críticas a quienes pretenden recabar la obediencia a la ley “como si” ésta encarnase efectivamente un imperativo moral autónomo al estilo kantiano, por ejemplo. Sin embargo, el decisionismo judicial representa una “huida hacia adelante”, pues no propone un modelo de legitimidad mejor, sino que sencillamente termina por arruinar el modelo democrático en el que descansa el imperio de la ley. No importa reiterar que en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular, y por tanto la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, en cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas de ningún otro signo o condición; mucho menos, porque esto sería peligrosamente ideológico, si tales decisiones se camuflan bajo el áureo manto de unos jueces que realizan la Constitución en la resolución de los casos concretos. No será necesario glosar aquí los peligros que encierra para la democracia un abierto activismo judicial<sup>69</sup>. Baste recordar el trágico, pero significativo episodio que la Alemania de Weimar representó en la historia constitucional europea.

---

importancia de los principios... corre paralela a la progresiva judicialización del Derecho”, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, cit., pág. 19.

<sup>67</sup> Las desigualdades económicas y sociales, agudizadas por las propias contradicciones del modelo capitalista; la degradación del medio ambiente, propiciada por una visión acrítica de la relación del hombre con la naturaleza; el racismo y totalitarismo que asoman con el resurgimiento de grupos e ideologías neofascistas; los problemas planteados por la aplicación de nuevas tecnologías a las ciencias biomédicas, etc.

<sup>68</sup> “Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”, G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pág. 134.

---

<sup>69</sup> Precisamente por ello, A. E. Pérez Luño critica las tesis judicialistas que se formulan desde el uso alternativo del Derecho y los “Critical legal studies”, pues “la historia constitucional muestra que la tesis alternativa no implica la asunción necesaria de posiciones jurídicas progresistas, sino que esa instrumentalización puede degenerar en fenómenos regresivos de neofascismo jurídico. En las democracias pluralistas el uso alternativo del derecho puede incubar “abusos alternativos del Derecho”, en los que el asalto a la seguridad jurídica se traduzca en agresión a las garantías esenciales del propio Estado de Derecho”, *El desbordamiento de la fuentes del Derecho*, cit. pág. 60.

# Derecho a la reinserción social

## (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)<sup>1</sup>

José CID MOLINE

*A María, con todo mi cariño*

### I. INTRODUCCION

La orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social es uno de los preceptos constitucionales en materia penal que mayores problemas de determinación de su sentido constitucional ha provocado. Durante mucho tiempo, el tribunal constitucional ha tendido a restringir la importancia de este precepto, argumentando que la reeducación y reinserción social no es la única finalidad constitucionalmente legítima de las penas privativas de libertad y que de este enunciado constitucional no se derivan derechos subjetivos para la persona condenada, sino exclusivamente un mandato al legislador y a los aplicadores del derecho para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, orienten su actividad a la consecución de aquélla finalidad.

En este trabajo se defiende, en cambio, que el precepto que orienta las penas a la reeducación y reinserción social supone la constitucionalización de un principio penal, cuyo sentido es atribuir derechos fundamentales a la persona condenada a penas privativas de libertad.

En base a esta interpretación del primer inciso del artículo 25.2 de la Constitución, se procede a analizar la reciente jurisprudencia constitucional recaída al resolver recursos de amparo por denegación de permisos penitenciarios. Este análisis pone de manifiesto la existencia de jurisprudencia contradictoria y trata de apoyar una de las concepciones jurisprudenciales en disputa: aquella que, por primera vez, deriva derechos subjetivos del precepto que orienta las penas a la reeducación y reinserción social.

### II. PROBLEMAS DE INTERPRETACION DEL ARTICULO 25.2, PRIMER ENUNCIADO, DE LA CONSTITUCION

A la hora de interpretar el artículo 25.2 de la Constitución Española (CE), en la parte en que establece la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social<sup>2</sup>, son

dos las cuestiones que deben resolverse: en primer lugar, hay que decidir cuál es el sentido de esta declaración constitucional y, en particular, si es una declaración acerca de los fines de la pena o acerca de principios penales y, en segundo lugar, si de este precepto se derivan derechos para la persona condenada, que impliquen determinadas obligaciones para el legislador y los aplicadores del derecho.

#### 2.1. Orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social y fines de la pena

a) *La posición del TC: el artículo 25.2 como fin, no exclusivo, de la pena privativa de libertad*

En algunas sentencias, el TC ha resuelto impugnaciones de normas penales, en que se argumenta su contradicción con el primer inciso del artículo 25.2 de la CE, señalando que de este precepto no puede derivarse que la reeducación y reinserción social sean los únicos fines legítimos de las penas privativas de libertad. Ejemplar, en este sentido, es el fundamento de la STC 19/1988, 16 de febrero (Díez Picazo), FJ 9, (en la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta frente al artículo 91 del anterior código penal —que permitía la imposición de una pena privativa de libertad por impago de multas— y, en concreto, la posible contradicción de esta pena corta, resultante del impago de la multa, con la orientación de las penas privativas de libertad establecida en el artículo 25.2 C). Dice el TC:

*El primer argumento, concluyente en el aserto de que la medida a que puede dar lugar la aplicación del precepto cuestionado [el artículo 91 del anterior CP] contradiría el enunciado inicial del artículo 25.2 de la Constitución, no puede ser aceptado por este Tribunal. Dispone allí la norma fundamental, en efecto, que las "penas privativas de libertad y las medidas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social" pero de esta declaración constitucional no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista. (Cursiva añadida).*

La argumentación que se contiene en la sentencia que se acaba de citar, y en otras resoluciones del

<sup>1</sup> La actualización bibliográfica y jurisprudencial alcanza hasta diciembre de 1997. Agradezco a Elena Larrañi, a José Juan Moreso y a Daniel Varona que se leyeron anteriores versiones de este trabajo y que me hicieran ver errores que he tratado de corregir.

<sup>2</sup> No me ocupo en este artículo ni de la orientación constitucional a la reeducación y reinserción social de las medidas de seguridad ni del resto de cuestiones relativas a los derechos fundamentales de la persona condenada a pena de prisión, que

se regulan en el segundo y tercer enunciados del artículo 25.2 (sobre ello véase, en la doctrina reciente, Lamarca 1993) Como se verá, y ya dentro de la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social, mi contribución está centrada en la cuestión de la reinserción social.

TC<sup>3</sup>, puede reconstruirse de la siguiente manera: (i) la premisa básica del razonamiento es que el primer inciso del artículo 25.2 se prevé una declaración acerca de los fines de las penas privativas de libertad; (ii) esta premisa colisiona con la evidencia de que la reeducación y la reinserción social no pueden ser los únicos motivos legítimos para imponer penas privativas de libertad; (iii) la solución al problema consiste en establecer que, además de la reeducación y reinserción social, existen otros fines constitucionalmente legítimos para imponer penas privativas de libertad.

En la medida en que el tribunal entiende que la declaración de la constitución relativa a la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social debe ser considerada en forma conjunta a distintas orientaciones de la pena, que también serían constitucionalmente legítimas, resulta que las posibles obligaciones que el primer inciso del artículo 25.2 CE estableciera para sus destinatarios (legislador y aplicadores del derecho) quedan debilitadas. De tal manera, se establecen las bases para la concepción del propio tribunal relativa a que de este concepto constitucional no derivan derechos subjetivos para las personas condenadas a penas de prisión.

A mi juicio, esta concepción del TC se asienta sobre el equívoco de pensar que en el primer inciso del artículo 25.2 CE hay una declaración sobre los fines de la pena cuando lo que en verdad contiene es un principio penal. Esto es lo que, a continuación, argumentaré<sup>4</sup>.

b) *Crítica a la posición del TC: el primer enunciado del artículo 25.2 no es una declaración sobre los fines de la pena sino sobre un principio penal*

Para proceder a determinar el contenido del artículo 25.2 conviene dedicar unas líneas a distinguir los fines de la pena de los principios penales.

Siguiendo a Ferrajoli (1989:325), puede decirse que cuando se alude a los fines de la pena se hace referencia a una discusión, tradicional entre la doctrina penal, relativa a las razones últimas que justifican la imposición de castigos. Como es sabido, en esta discusión se enfrentan principalmente dos concepciones: aquélla para la cual las penas sólo pueden estar justificadas cuando se requieren para mantener o restablecer un orden de justicia (concepciones retribucionistas o, en terminología más moderna, basadas en el merecimiento) y aqué-

lla para la cual las penas sólo pueden estar justificadas cuando son necesarias para la protección de los bienes de la colectividad (concepciones utilitaristas). Así, el mantenimiento de la justicia, en un caso, y la utilidad colectiva, en el otro, se establecen como fines últimos que permiten determinar si las penas, por su adecuación a tales fines, están o no justificadas.

Pasando al concepto de principio penal cabe decir que, en su origen, los principios penales aparecen como un desarrollo de los distintos fines justificantes. Así, por ejemplo, si se analiza la defensa que se hace en la obra de Beccaria (1764:33) del principio de legalidad, se advertirá que este principio es defendido como un instrumento para garantizar la seguridad de los ciudadanos y, de tal manera, para maximizar la utilidad colectiva. Con ello, ya tenemos una diferencia importante entre fines y principios: los principios penales no pretenden responder de una manera definitiva a la cuestión de si la imposición de una pena está justificada sino que su objetivo es determinar si satisface una de las diversas condiciones de justificación establecidas por las diversas doctrinas para satisfacer los fines que postulan<sup>5</sup>.

Sería extraño, aunque no imposible, que la Constitución aludiera a un determinado fin justificante de las sanciones penales. Así sería el caso, por ejemplo, si existiera un precepto que dijera algo semejante a "sólo podrá imponerse una pena cuando sea útil". La razón por la que no es usual encontrar preceptos de este tenor es por la dificultad de que, en el contexto de la elaboración de una constitución, se alcance el consenso sobre las últimas cuestiones, siendo, en cambio, más fácil que se pueda lograr un acuerdo sobre ciertos principios penales, cuya defensa puede hacerse desde la asunción de fines distintos.

Dicho lo anterior estamos ya en condiciones de abordar cuál es el sentido del artículo 25.2 de la CE, allí donde establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social del condenado.

La primera cuestión a destacar es que en este precepto no se contiene una declaración acerca del fin de la pena. Para que ello fuera así este precepto debería servir de orientación a todas las cuestiones relativas a la configuración del derecho penal (como son, por ejemplo, la determinación del tipo de comportamientos a castigar por el derecho penal, o el tipo de penas a imponer), pero resulta que el primer enunciado del artículo 25.2 CE se limita a establecer un aspecto muy concreto del derecho penal: que las penas privativas de libertad deberán posibilitar la reeducación y reinserción social de la persona condenada.

Una vez que resulta establecido que en el artículo 25.2 no encontramos una declaración acerca de los fines de la pena, estamos en condiciones de mostrar que, en realidad, lo que se contiene en este precepto es un principio penal que, por aparecer en la Constitución, adquiere carácter de principio constitucional.

<sup>5</sup> Una aplicación de esta distinción entre fines y principios como instrumento de análisis de las concepciones sustentadas por la doctrina española en Cid (1994).

<sup>3</sup> Véase principalmente: STC 150/1991, 4 de julio (López Guerra), FJ 4b en la que se resuelve la impugnación de la agravante de reincidencia sobre la base, entre otras cosas, de su contradicción con el artículo 25.2, primer enunciado. Anteriormente STC 28/1988, 23 de febrero (Tomás y Valiente), FJ 2. La crítica al razonamiento no implica, necesariamente, desacuerdo con los resultados a los que llega el tribunal en cada uno de los casos.

<sup>4</sup> Para el análisis que prosigue me he valido, con carácter general, de la doctrina que, con anterioridad, ha estudiado el primer enunciado del artículo 25.2. Las contribuciones más destacadas son: Boix (1979); Muñoz Conde (1979); Córdoba (1980); Escribá (1980); Cobo/Boix (1982); Bajo (1983); García-Pablos (1986); Lamarca (1993); Quintero (1996).

Entendemos que el artículo 25.2 CE contiene un principio constitucional de acuerdo al concepto de principio que se contiene en la obra de Dworkin. Siguiendo a este autor, parece que podrá hablarse de principio cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: (i) se trata de un enunciado que no expresa un mero objetivo político sino que establece un ideal de justicia dirigido a la limitación de los poderes de la mayoría; (ii) este ideal de justicia está establecido de una manera que deja abiertas las condiciones de aplicación, esto es, el principio no resuelve de forma definitiva un caso, sino que establece razones, *prima facie*, para resolverlo de una determinada manera, admitiendo que otro principio pueda tener más peso en el caso concreto (Dworkin 1977: 75-78 y 158)<sup>6</sup>.

En cuanto al primer requisito, el enunciado contenido en el primer inciso del artículo 25.2 CE establece, en efecto, un ideal de justicia dirigido a la limitación del derecho penal. Este ideal, que se ha ido forjando en el contexto de las diversas tradiciones liberales en materia penal, pretende la reforma de un sistema punitivo que tenga como objetivo causar daño a la persona condenada y que, en consecuencia, desatiende sus necesidades como persona. El momento de esplendor de esta concepción se encuentra en la reacción que se produce, al final de la segunda guerra mundial, contra el sistema punitivo de los regímenes autoritarios, que son aquellos que extreman la idea de concebir el sistema punitivo como un medio de infligir daño a las personas condenadas. Es frente a este modelo punitivo, de carácter afflictivo, como surgen las ideas de reeducación y de reinserción. Con la primera idea se pretende que durante la ejecución se atiendan aquellas carencias de la persona más vinculadas a la comisión de actos delictivos. Con la segunda se expresa no sólo que la persona deberá retornar a la libertad sino, además, que durante la ejecución de la pena la persona no deberá estar aislada del contexto social, sino que se garantizará el contacto con el mundo exterior. Son estos ideales los que se pretenden realizar a través de las declaraciones constitucionales elaboradas en países que rompen con un pasado autoritario. Y sólo así puede, a mi juicio, entenderse la declaración del artículo 27 de la Constitución italiana de 1947<sup>7</sup> y la que se contiene en el primer inciso del artículo 25.2 de nuestra Constitución<sup>8</sup>. Mediante ellos no se pretende sólo

establecer directrices políticas de actuación sino que su sentido es limitar el daño que supone una pena privativa de libertad.

También el segundo requisito para calificar a un enunciado de principio resulta satisfecho por el primer inciso del artículo 25.2 CE. En efecto, la obligación que establece este precepto de que toda persona condenada a pena privativa de libertad vea limitada su condena por el disfrute de las instituciones dirigidas a la reeducación y a la reinserción social es de carácter *prima facie*, pues no excluye que pueda entrar en juego otro principio o bien constitucional, que, en el caso concreto, tenga más peso que el principio de reeducación y reinserción social y que pueda llevar a que no se aplique a una persona condenada alguna de las instituciones dirigidas a la reeducación o a la reinserción<sup>9</sup>. Piénsese, para calibrar la diferencia con otros preceptos constitucionales, en la declaración contenida en el artículo 15 CE, relativa a la prohibición de pena de muerte, la cual no tiene carácter de principio, sino de norma, pues establece una situación jurídica definitiva.

## 2.2. Orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social y derechos de la persona condenada

Una vez que ha quedado argumentado que el primer inciso del artículo 25.2 CE no es una declaración acerca de los fines de la pena sino que es un precepto que tiene carácter de principio constitucional, la siguiente cuestión que debemos preguntarnos es si de este principio constitucional derivan derechos, *prima facie*, para la persona condenada.

Para proceder a contestar esta pregunta seguiré el siguiente orden: en primer lugar, examinaré las instituciones de la legislación penitenciaria que se vinculan a la realización de este principio constitucional; a continuación abordaré la cuestión nuclear relativa a si la persona condenada a pena privativa de libertad tiene un derecho, *prima facie*, a que tales instituciones se le apliquen; por último, afirmada la existencia del derecho, señalaré los principios y bienes constitucionales que pueden entrar en conflicto con el principio de la reeducación y reinserción y la forma de resolver el posible conflicto.

### a) Contenido del principio constitucional: distinción entre instituciones dirigidas a la reeducación e instituciones dirigidas a la reinserción

Antes de proceder a examinar si del principio constitucional contenido en el primer inciso del artículo 25.2 CE derivan derechos subjetivos, conviene dedicar un espacio a distinguir entre las instituciones dirigidas a satisfacer el principio de reeducación de las orientadas a satisfacer el princi-

<sup>6</sup> En la obra de Atienza/Ruiz Manero (1996:1-25), que me ha servido de ayuda para comprender la concepción de Dworkin, se denomina a tal clase de principios como "principios en sentido estricto".

<sup>7</sup> El artículo 27 de la Constitución italiana dice: "Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado". Un análisis detallado del proceso de aprobación del artículo 27 de la Constitución italiana en Cid (1989:36-56), en el que se muestra que la introducción del artículo 27 está vinculada al ideal de superar un sistema penal basado en la aflicción sobre la persona. La tensión entre el precepto constitucional y el carácter afflictivo que inspiraba la legislación penitenciaria italiana, anterior a la ley penitenciaria de 1975, ha sido estudiada por Neppi (1973).

<sup>8</sup> Sobre el régimen penitenciario durante el franquismo, véanse: García Valdés (1975), Roldán (1988:183-215) y Bueno Arús (1978). Sobre el contexto de aprobación del artículo 25.2, primer enunciado, de la CE puede verse también Cid (1994:198-201).

<sup>9</sup> Como se advertirá, siguiendo a Alexy, entiendo que un principio puede entrar en colisión no sólo con otros principios en sentido estricto sino también con otros bienes colectivos de reconocimiento constitucional (Alexy 1986: 89-95)

pio de reinserción. Esta distinción resulta de importancia de cara a que en su aplicación se pueda determinar claramente su sentido constitucional.

La causa de que no siempre se concrete el principio del que deriva cada una de las instituciones es que históricamente las exigencias de posibilitar la reeducación y la reinserción social han sido aparecer unidas, en el sentido de entender que el ideal de facilitar que durante la ejecución de la pena se pudieran afrontar las necesidades de la persona más vinculadas a la comisión de actos delictivos (reeducación) sólo se veía posible si simultáneamente se introducían mecanismos que facilitaran el contacto de la persona con el mundo exterior (reinserción)<sup>10</sup>.

El hecho de que sea cierto que históricamente reeducación y reinserción social se hayan planteado como exigencias vinculadas no impide que sea posible apreciar el contenido autónomo de ambos principios (Mapelli 1983:150-152).

A mi juicio, se hace justicia a la idea de reeducación cuando se dice que ella obliga a que en la ejecución penal existan instrumentos (como la educación, el trabajo, el tratamiento psicológico, la ayuda a la persona una vez que sale de la prisión) dirigidos a posibilitar que la persona condenada a pena de prisión tenga oportunidades de afrontar las causas que la llevaron a delinquir. Es indudable que esta pretensión de conseguir transformar las causas que llevan a la delincuencia a través de actividades realizadas en la prisión (o en el contexto de la ejecución de la condena) está sometida a grandes dificultades pues, como han destacado algunas corrientes criminológicas, la estancia en prisión, al menos para aquel sector de personas condenadas de condiciones sociales más desfavorecidas, disminuye aún más las posibilidades de llevar una vida convencional. No obstante, el precepto constitucional exige atender a esta idea de reeducación, dotando a las instituciones de los medios humanos y materiales que puedan tener alguna incidencia para evitar una nueva entrada en la prisión de la persona condenada.

La reinserción social, como en nuestra doctrina ha destacado claramente Mapelli, no tiene como objetivo principal combatir las causas que llevaron a la persona a delinquir sino que está vinculada a una exigencia humanitaria, relativa a la atenuación de la ejecución penal (Mapelli 1983:151-152). La reinserción incluye dos exigencias: por una parte, obliga a que las penas no sean de una duración tan larga que cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su mundo social sea ilusoria<sup>11</sup>; y, por

otra, requiere que, durante la ejecución se mantenga, por diversas vías, la relación de la persona con el mundo exterior. A este segundo aspecto de la idea de reinserción responden, como ha dicho el TC, instituciones como los permisos penitenciarios, el régimen de semilibertad, conseguido a partir del tercer grado, o la libertad condicional (véase STC 112/1996, 24 de junio, Vives Antón, FJ 4).

Esta determinación del contenido de la reinserción explica perfectamente porque la CE ha ceñido el alcance de este principio constitucional a las penas privativas de libertad: es exclusivamente en esta clase de penas donde se manifiesta la exigencia de que no supongan un aislamiento de la persona, pues, justamente, el resto de penas se caracteriza por cumplirse en régimen de libertad, sin comprometer en forma necesaria los vínculos sociales de la persona<sup>12</sup>.

b) *¿Tienen las personas condenadas derecho a su reeducación y reinserción social?\**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el primer inciso del artículo 25.2 CE determina una obligación para el legislador de establecer un conjunto de instituciones dirigidas al logro de la reeducación y reinserción social y una obligación para la administración penitenciaria de que su actividad esté guiada por la consecución de la reeducación y la reinserción<sup>13</sup>. La cuestión controvertida es si la aplicación de estas instituciones integra el contenido de un derecho constitucional.

En una primera etapa de su jurisprudencia, el TC ha considerado que la orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social constituye un precepto del que no derivan derechos fundamentales para la persona condenada. La posición del TC se expresó por pri-

---

de sus vínculos sociales. Esto es lo que, con razón, dicen Mapelli/Terradillos (1996:69-71) y Gimbermat (1996:30) quien alude a las "sanciones aniquiladoras de la persona" previstas en el CP de 1995.

<sup>12</sup> No tan claro, en cambio, resulta que la constitución sólo haya establecido el principio constitucional de reeducación en referencia a las penas privativas de libertad. Una posible razón es que en referencia a otras penas las necesidades reeducativas serán menos elevadas o constituirán el contenido de la propia sanción (como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena con reglas de conducta). Pero la razón básica estriba, a mi juicio, en que la constitución ha querido evitar que se desatendan las necesidades reeducativas de las personas que, por su privación de libertad, están más desvalidadas, impidiendo que la pena se convierta en un mero encierro.

<sup>13</sup> La idea que aquí se desarrolla por la cual del primer inciso del artículo 25.2 CE derivan derechos subjetivos ha sido defendida en nuestra doctrina principalmente por Mapelli (1983:157), cuya interpretación del artículo 25.2 CE acojo como base para la crítica de la concepción del tribunal constitucional, en esta primera etapa.

<sup>14</sup> En el primer pronunciamiento del TC sobre el primer inciso del artículo 25.2, el ATC 15/1984, 11 de enero, se hacía sólo referencia al mandato al legislador. Posteriores resoluciones sobre el mismo precepto señalaron que el mandato se dirigía, además, a la administración penitenciaria, la cual debía orientar su actividad al cumplimiento de este precepto constitucional (véase en tal sentido STC 2/1987, 21 de enero, FJ 4, STC 19/1988, 16 de febrero, FJ ; STC 150/1991, 4 de julio, FJ 4). En la medida en que el mandato se dirige a la administración penitenciaria, resulta obligado que también se dirija a los órganos judiciales con competencias en materia penitenciaria (vease en tal sentido: STC 112/1996, 24 de junio, FJ 4 y 5).

<sup>10</sup> En la doctrina penal italiana de la posguerra, defensora de estos ideales, la humanización de las instituciones (incluyendo aquí el principio de reinserción social) se planteó como medio necesario para conseguir la reeducación (véase Cid 1989:95-169). Esta concepción sigue estando presente en uno de los libros más importantes de lo que en EE.UU. se denomina corriente rehabilitadora (Cullen/Gilbert, 1981:247-281), para quienes sólo la idea de reeducación da una base sólida para defender las Instituciones humanizadoras a las que lleva la reinserción social.

<sup>11</sup> La idea de reinserción se opone no sólo a las penas perpetuas, sino, a mi juicio, a las penas de muy larga duración, pues estas últimas plantean la plena reinserción social de la persona en un momento tan lejano que hace muy difícil el mantenimiento

mera vez en el ATC 15/1984, 11 de enero (en el que el recurrente argumenta que una pena impuesta después de cinco años de realización de los hechos no puede tener ningún sentido reeducador). El TC rechaza la admisión a trámite del recurso a través del siguiente fundamento:

Esta compleja argumentación (...) arranca de una premisa totalmente incorrecta, esto es, de que cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanzará a lograr la reeducación o reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de éste. La incorrección de tal premisa resulta de la indebida transformación en derecho fundamental de la persona de lo que *no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales (FJ único, cursiva añadida).*

Esta posición del tribunal, reiterada en posteriores pronunciamientos<sup>15</sup>, ha sido reforzada por otra resolución en la que se rebate el argumento de que dada la ubicación formal del artículo 25.2, primer enunciado, deberían derivarse de este precepto derechos fundamentales para la persona destinataria de las normas penales. La cuestión se ha abordado en el ATC 360/1990, 5 de octubre (en el se responde al argumento del recurrente relativo a que en el momento de la sentencia condenatoria ya se habría producido la reeducación y que, en consecuencia, se le debería haber concedido el indulto). Dice el TC:

Por un lado, el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección primera del capítulo segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas; algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. *Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posee el enunciado. Por otro lado, el mandato garantista del artículo 53.2 C.E. no desvirtúa lo dicho dado que, como el mismo reza, lo que ha de protegerse a través del procedimiento preferente y sumario, y del amparo, en su caso, son las «libertades y derechos», no cualquier enunciado encuadrado en los artículos 14 a 30 de la Constitución (FJ 4, cursiva añadida).*

Sobre esta concepción del TC, por la cual del principio de reeducación y reinserción social no se derivan derechos subjetivos, cabe hacer las siguientes consideraciones críticas.

En primer lugar, la posición del TC sólo se puede sostener sobre la base de negar que la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación social constituya un principio constitucional. Como hemos dicho, la posición del Tribunal se fundamenta en la interpretación del artículo 25.2 CE como un enunciado relativo a las finalidades de la pena que expresa un objetivo a perseguir que debe

ser compatibilizado con otras finalidades constitucionalmente legítimas de la pena<sup>16</sup>. Frente a esta interpretación<sup>17</sup>, debe reiterarse que el sentido del artículo 25.2 no es pronunciarse sobre las finalidades de la pena, sino establecer un principio penal dirigido a limitar las penas privativas de libertad, a través de la exigencia de posibilitar la reeducación y la reinserción de las personas condenada. Y una vez que se admite que tal precepto constituye un principio constitucional dirigido a limitar la actividad de los poderes públicos entonces su sentido es el de atribuir derechos a las personas (Dworkin 1977:158).

En segundo lugar, nuestro constituyente no ha situado este precepto constitucional en el capítulo relativo a los "Principios rectores de la política social y económica", sino que lo ha hecho en el capítulo relativo a los "Derechos y libertades" y, concretamente, en la sección relativa a "Los derechos fundamentales y las libertades públicas". Ello significa que la constitución no sólo quiere que este precepto oriente la actividad de los poderes públicos sino que, además, quiere atribuir categoría de derecho fundamental a la exigencia de limitación de las penas que deriva del principio de reeducación y de reinserción social. Discrepando de lo que dice el TC en su ATC 360/1990, de 5 de octubre, antes citado, la ubicación sistemática del precepto es decisiva para considerar que el primer inciso del artículo 25.2 CE constituye un principio del que derivan derechos fundamentales para la persona condenada a pena privativa de libertad. Por último, y como argumento de refuerzo, tampoco creo que pueda afirmarse que la Constitución ya se ha preocupado de los derechos fundamentales de la persona condenada en los enunciados segundo y tercero del artículo 25.2 CE, mientras que en el inciso primero se estaría estableciendo sólo un mandato al legislador del que no derivan derechos subjetivos. Esta posición olvida que las penas privativas de libertad no sólo deben pretender que el sacrificio de la persona no se extienda más allá de lo que inevitablemente supone la privación de libertad, que es lo que pretenden garantizar los enunciados 2º y 3º del artículo 25.2 CE, sino que, además, la Constitución ha establecido otras dos obligaciones: que las penas privativas de libertad atiendan a las necesidades reeducativas de la persona y que posibiliten su reinserción. Ambas cuestiones, como ha destacado Mapelli, constituyen derechos que sólo tienen sentido en referencia a personas condenadas y que establecen exigencias añadidas en referencia al respeto a los derechos fundamentales compatibles con la privación de libertad (Mapelli 1983:157).

<sup>15</sup> En determinadas ocasiones se califica a este precepto constitucional como "mandato" dirigido al legislador (véase por ejemplo: ATC 15/1984, 11 de enero; STC 150/1991, 4 de julio, FJ 4b, en otras, en cambio, se le califica de "principio" (así, por ejemplo, STC 2/1987, 21 enero, FJ 2; STC 119/1996, 8 de julio, FJ 4). Pero cuando se califica a este precepto de principio se matiza que se refiere a principio constitucional "que debe orientar toda la política penitenciaria del estado" (STC 2/1987, 21 de enero, FJ 2), esto es, a principio entendido como directriz política y no a principio que establece derechos para las personas

<sup>16</sup> Sobre esta concepción del TC, y en sentido más favorable al aquí expuesto, véanse: Lamarca (1993:219-220) y Quintero (1996:38-40).

<sup>17</sup> Véase principalmente: STC 2/1987, 21 enero (Rodríguez Piñero), FJ 2, en el que se resuelve si una sanción de aislamiento en celda de 36 días de duración contraviene el primer enunciado del artículo 25.2 CE, resolviéndose, con cita del ATC 15/1984, de 11 de enero, que del primer enunciado del artículo 25.2 no derivan derechos subjetivos para el condenado. En el mismo sentido: ATC 739/1986, 24 de septiembre, FJ 3 y ATC 361/1990, de 15 de octubre. La crítica al fundamento de tales resoluciones no implica, necesariamente, desacuerdo en cuanto a los resultados a los que llega el tribunal.

Que la Constitución haya establecido un derecho fundamental, *prima facie*, a la reeducación y a la reinserción social no debería sorprender. Las penas privativas de libertad constituyen la más rígida privación de derechos fundamentales que la constitución admite para la protección de los derechos y bienes colectivos de las personas que conforman una colectividad. Por ello, que la Norma Fundamental se haya preocupado por salvaguardar, por distintas vías, la limitación de las penas privativas de libertad, estableciendo un conjunto de derechos fundamentales de la persona condenada, es una manera de limitar un sacrificio de unas personas que, en su mayoría, han carecido de las oportunidades sociales que alejan a la persona de la marginación social y cuyo castigo no creo que pueda verse como un acto de justicia sino, al máximo, como una necesidad<sup>18</sup>.

Por todo ello, pienso que la nueva orientación jurisprudencial, que ha tenido su manifestación más clara en materia de permisos penitenciarios, y que tiende a derivar derechos subjetivos del primer enunciado del artículo 25.2 CE es la opción más acertada desde el punto de vista constitucional. Pero antes de exponer esta nueva concepción de la jurisprudencia constitucional, debemos proceder a delimitar la posibilidad de que este derecho a la reeducación y a la reinserción social entre en conflicto con otros derechos y bienes constitucionales.

### c) *Los límites al derecho a la reeducación y a la reinserción social*

El derecho a la reeducación y reinserción puede ser limitado en dos momentos: cuando el legislador regula aquellas instituciones que suponen un desarrollo del derecho fundamental y cuando los aplicadores del derecho (jueces y administración) deciden sobre su aplicación. En el primer caso se trata de que el legislador determina las condiciones bajo las cuales las personas pueden acogerse a las instituciones relativas a la reeducación y a la reinserción social. Del cumplimiento de estas condiciones no suele surgir un derecho definitivo a disfrutar de tales instituciones, sino que lo que normalmente surge es un derecho *prima facie*, es decir, una situación por la cual la persona tiene derecho a gozar de una institución determinada a no ser que existan otros bienes constitucionales, que el aplicador del derecho también está obligado a considerar, que entren en conflicto con el derecho a la reeducación o reinserción social y que, en el caso concreto, deban considerarse prevalentes. En este epígrafe consideraré aquellos bienes constitucionales que, con mayor

frecuencia, pueden entrar en conflicto con el derecho a la reeducación o a la reinserción social<sup>19</sup>.

Con carácter general, los derechos a la reeducación y a la reinserción social podrán entrar en conflicto principalmente con los siguientes bienes constitucionales: la garantía de una vida ordenada en prisión, la garantía del cumplimiento de la pena y la protección de terceras personas frente a posibles acciones delictivas de la persona condenada. Analicemos, estos tres bienes constitucionales con los que los derechos a la reeducación y a la reinserción social pueden entrar en conflicto.

El bien de la *garantía de una vida ordenada en prisión* hace referencia a que la institución penitenciaria es un ámbito de convivencia en el que deben protegerse los derechos de las diversas partes involucradas (principalmente: personal funcionario y personas reclusas) y otros bienes colectivos relativos al funcionamiento de la institución (horarios, limpieza, obediencia a funcionarios en el ejercicio de sus funciones) que exigirán el sometimiento a un conjunto de normas por parte de las personas internas. Como medio de protección de esta vida ordenada en prisión, resulta inevitable la existencia de instrumentos (directamente o indirectamente) sancionatorios, cuya actuación puede entrar en conflicto con el goce de alguna de las instituciones relativas a los derechos a la reeducación y reinserción social<sup>20</sup>.

El bien relativo a la *garantía del cumplimiento de la pena* concierne a la exigencia a la que también debe atender la legislación penitenciaria relativa a que las penas privativas de libertad sean cumplidas por sus destinatarios. Esta exigencia podrá entrar en conflicto con los derechos a la reeducación y reinserción social, en aquellos casos en que las actividades de reeducación o, principalmente, las relativas a la reinserción hagan previsible que la persona condenada se sustraerá al cumplimiento de la pena.

Por último, los derechos a la reeducación y a la reinserción social podrán entrar en conflicto con la *garantía de la seguridad de las personas*, externas a la institución, en aquellos casos en que sea previsible que la persona condenada hará uso de las

<sup>18</sup> No quiero decir con esto que la persona sólo tenga derechos en función de la regulación constitucional del derecho que realice la legislación. Cabe perfectamente que una persona condenada plantee una petición, en atención a su derecho a la reeducación y reinserción social, que no queda regulada en la legislación y a la que, de estar vinculada a estos derechos, deberá darse respuesta. Ahora bien, la mayoría de problemas surgirán porque la persona solicitará la aplicación de instituciones establecidas por el legislador, en su función de desarrollo legal del contenido constitucional de los derechos.

<sup>20</sup> La protección de los derechos constitucionales de las demás personas internas y de los funcionarios y funcionarias de las instituciones penitenciarias es obviamente un bien constitucional. Más problemática resulta la afirmación de que las normas relativas a horarios, obediencia, limpieza o cuestiones de semejante entidad protegen bienes de significación constitucional que justifican la limitación de los derechos constitucionales a la reeducación y reinserción social. A mi juicio, la justificación constitucional proviene de la propia regulación que hace el artículo 25.2, enunciado segundo, de la pena de prisión, pues la misma posibilidad de cumplimiento de esta pena exige la existencia de unas normas que regulan la vida en la institución. No obstante, cuando estas normas esfallezcan obligaciones excesivas se estará sacrificando en forma innecesaria el derecho a la reeducación o reinserción social u otros derechos constitucionales garantizados en el inciso segundo del artículo 25.2.

<sup>19</sup> Una idea que expresara Gimbermat (1975:xiii) con las siguientes palabras: "Pero una vez limitado el campo del derecho criminal a las conductas realmente antisociales, la ejecución de las penas debe evitar todo sufrimiento inútil, es decir, que no sirva a la resocialización del delincuente; pues porque ignoramos las motivaciones y la libertad con que ha actuado el que infringe la ley penal, carecemos también de base y de justificación para reconducir la represión del delito a principios retributivos"

instituciones relativas a la reeducación o de aquellas relativas a la reinserción para ofender derechos individuales o bienes colectivos.

El hecho de que los derechos a la reeducación y a la reinserción social puedan entrar en conflicto con otros derechos y bienes constitucionales no implica necesariamente que ellos deban ser sacrificados sino que, en todo caso, se requerirá hacer un juicio de ponderación, en base al cual se deberá determinar si y, en su caso, en qué medida está justificado sacrificar los derechos a la reeducación y a la reinserción social, para proteger los derechos y bienes constitucionales en conflicto. Esta es la cuestión que procedemos a abordar en el siguiente epígrafe.

#### d) *La ponderación entre los derechos a la reeducación y la reinserción social y otros derechos y bienes constitucionales en conflicto*

Cuando nos referimos a la ponderación —entendida como la atención conjunta a derechos y bienes constitucionales en conflicto— debemos distinguir dos momentos lógicos relevantes: la ponderación realizada por el legislador y la realizada por los aplicadores del derecho<sup>21</sup>.

Cuando el legislador determina el conjunto de instituciones reeducativas y reinsertadoras goza de una amplia libertad, teniendo en cuenta que la realización de tales ideales de justicia puede ser más o menos extensa. Además, el legislador está legitimado para establecer condiciones para el disfrute de las instituciones reeducativas o reinsertadoras que tomen en consideración otros bienes en conflicto. No obstante, esta regulación del legislador no está exenta de control de constitucionalidad, tanto por la vía de una confrontación directa con el principio constitucional desarrollado<sup>22</sup> como por la vía indirecta de atender a los principios de igualdad y de proporcionalidad para determinar las constitucionalidad de los límites establecidos por el legislador en el disfrute de las instituciones que desarrollan el principio constitucional<sup>23</sup>.

Cuando la persona cumpla con tales condiciones, como antes se decía, surgirá, normalmente, no un derecho definitivo sino un derecho *prima facie* a su aplicación, por cuanto el aplicador del derecho deberá, normalmente, tomar en consideración otros bienes en posible conflicto. En caso de que, en

efecto, este conflicto se produzca, y antes de sacrificar el principio de reeducación y reinserción social, la administración o el juez deberá realizar el juicio de proporcionalidad que, en base a la jurisprudencia constitucional, se requiere, para proceder a limitar derechos fundamentales.

Tomando como base esta jurisprudencia constitucional<sup>24</sup>, el juicio de proporcionalidad debería superar tres etapas: a) *adecuación*: determinar que la restricción del derecho a la reeducación o a la reinserción social sea un medio capaz de proteger el bien constitucional en cuestión; b) *necesidad*: determinar que no existe posibilidad de garantizar el bien constitucional con un sacrificio menor del derecho a la reeducación o reinserción social; c) *proporcionalidad en sentido estricto*: determinar que los beneficios que se obtienen con la restricción del derecho a la reeducación o a la reinserción social superan los perjuicios que se causan a la persona por la restricción de sus derechos<sup>25</sup>.

Sólo una vez realizado este test de proporcionalidad, y superadas positivamente sus tres etapas, cabrá proceder a una restricción temporal del derecho de la persona a su reeducación o a su reinserción social.

De la realización de este juicio de proporcionalidad deberá dar cuenta la motivación de la resolución (administrativa o judicial) que niega a una persona condenada a pena de prisión la posibilidad de gozar de una institución reeducadora o reinsertadora a la que, de acuerdo a la regulación legal, tenía derecho *prima facie* a disfrutar. Será en base a esta motivación, relativa a la tutela judicial efectiva, como podrá ejercitarse el control de la actividad administrativa y judicial, hasta llegar, en su caso, al control de constitucionalidad, a través del recurso de amparo.

### III. DERECHO A LA REINSENCION SOCIAL Y PERMISOS PENITENCIARIOS

Hasta el momento hemos justificado que la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social constituye un principio constitucional del que derivan derechos fundamentales para la persona condenada. A continuación, trataremos de desarrollar esta concepción en referencia a una institución que, como ha sido establecido sin controversia por doctrina y jurisprudencia, se vincula con claridad a la reinserción social: los permisos penitenciarios.

<sup>21</sup> Sobre la cuestión que prosigue, relativa al principio de proporcionalidad como criterio para determinar si la restricción de un derecho fundamental está justificada, me he basado, como bibliografía general, en las siguientes obras: Alexy (1986:111-115), Medina (1996: 117-134) y Gavara (1994: 286-335).

<sup>22</sup> Sobre esta base puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las penas de una duración tan prolongada que impide que la persona mantenga sus vínculos sociales.

<sup>23</sup> Sobre esta base puede cuestionarse la constitucionalidad del artículo 78 CP, pues la posibilidad de que a una persona no se le apliquen los límites máximos de las penas privativas de libertad para el cómputo de los beneficios penitenciarios supone una limitación a la reinserción cuya necesidad sólo podría apreciarse en el momento de aplicar tales instituciones y no en el momento de la sentencia, por lo cual se trata de una medida inadecuada para garantizar los bienes constitucionales que parecen estar en la base de la disposición. Esta y otras críticas al precepto se realizan en Navarro (1997:244-248) y en la doctrina allí citada.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, la STC 66/1995, 8 mayo, Viver, FJ 4 y 5, relativa al juicio de proporcionalidad que debe realizarse antes de proceder a no autorizar una manifestación en lugar público (y véase también el voto particular González Campos).

<sup>25</sup> Como antes se ha dicho, este juicio de proporcionalidad también resulta de aplicación para determinar si los límites que el legislador ha establecido para poder disfrutar de las diversas instituciones reeducadoras y reinsertadoras tienen legitimación constitucional. Sobre la aplicación del test de proporcionalidad a limitaciones de derechos por parte del legislador, véanse las siguientes sentencias: STC 55/1996, 28 marzo, Viver, FJ 3, 8 y 9 (en referencia a la proporcionalidad de las sanciones relativas a la negativa del cumplimiento de la prestación social sustitutoria y STC 161/1997, 2 de octubre, Viver, FJ 11 y voto particular de García Manzano (relativa a la proporcionalidad de la sanción penal prevista para el delito de negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia).

El objetivo que perseguimos consiste en determinar el contenido y los límites del derecho de la persona condenada a disfrutar de permisos penitenciarios. Para cumplir con este cometido seguiremos los siguientes pasos: primero, analizaremos la regulación realizada por el legislador de esta institución, examinado si los límites establecidos para el goce de permisos encuentran justificación en la protección de los bienes constitucionales en conflicto con el principio de reinserción social; a continuación, examinaremos la cuestión controvertida en la reciente jurisprudencia constitucional relativa a si el cumplimiento de las condiciones legales hace surgir un derecho *prima facie* a la obtención de permisos o una mera posibilidad legal de obtenerlos; para finalizar, apoyada la concepción jurisprudencial que concibe el permiso como derecho *prima facie*, expondremos los criterios de ponderación de este derecho con otros bienes constitucionales en posible conflicto.

## 1. Configuración legal del derecho a la reinserción social en el ámbito de los permisos penitenciarios

El permiso penitenciario ordinario (arts. 47.2 LOGP y 154 y ss RP), es una institución que permite que las personas condenadas a penas privativas de libertad recobren temporalmente la libertad (por un período continuado de hasta 7 días y con un máximo legal de 36 o 48 días por año, según la persona esté clasificada en segundo o tercer grado, respectivamente)<sup>26</sup>. Esta institución, como ha señalado sin excepciones la doctrina y la jurisprudencia constitucional, está directamente vinculada al principio de reinserción social por cuanto posibilita una importante atenuación de la situación de privación de libertad y, en tal manera, permite que la persona mantenga los vínculos con las personas de su entorno. Además, se coincide en señalar sus funciones secundarias, pero también vinculadas a fines constitucionales, como es la atenuación de las tensiones propias de la vida penitenciaria y, por ello, su contribución a que exista una vida ordenada en prisión<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> No me ocupo aquí de las otras dos modalidades de permisos: el extraordinario, que se concede para que la persona reclusa pueda atender ineludibles exigencias familiares (art. 47.1 LOGP y 155 RP) y el permiso de fin de semana del que, salvo excepciones, gozan las personas reclusas clasificadas en tercer grado de tratamiento (art. 87 RP). Dentro del permiso ordinario sólo me ocupo del que se concede a personas penadas, pues los permisos a personas en prisión preventiva plantean una problemática distinta.

<sup>27</sup> En el nivel jurídico, la bibliografía básica sobre permisos penitenciarios es la siguiente: García Valdés (1982:147-165), Mapelli (1983:198-206); Bueno Arús (1986); Carmona (1986), Garrido Guzmán (1989). En tales textos se explica el origen histórico de la institución, se analiza en forma detallada la regulación legal contenida en el anterior reglamento penitenciario, que no ha sufrido variaciones básicas en el actual, y se aborda el problema constitucional. Adicionalmente, puede verse: González Cano (1994: 356-363) y Tamarit/Sapena/García Albero (1996:123-125). Además, resultan de interés: Rejas (1991), en donde se expone un importante análisis empírico relativo a las causas de no presentación, García Marjuán (1993), acerca de los criterios de ponderación de riesgos a la hora de conceder un permiso, y diversas contribuciones al I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia (1997), relativas a la valoración de los in-

El legislador ha establecido que las condiciones para que las personas condenadas a penas privativas de libertad puedan gozar de permiso son las tres siguientes: (i) clasificación en segundo o tercer grado; (ii) cumplimiento de un cuarto de condena; (iii) no observar mala conducta (arts. 47.2 LOGP y 154 RP). Además, el RP establece que, no obstante, el equipo técnico deberá informar desfavorablemente la concesión de un permiso cuando, en atención a determinadas variables, se considere probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o la repercusión negativa del permiso sobre la vida del interno (art. 156 RP)<sup>28</sup>.

En la medida en que partimos de la premisa de que con esta regulación el legislador ha procedido a desarrollar el principio de reinserción social debemos preguntarnos si al configurar los límites de este derecho, esto es, las condiciones que posibilitan el disfrute de los permisos, ha ejercitado una ponderación que tiene justificación constitucional.

La primera condición para gozar de permisos ordinarios es que la persona haya cumplido un cuarto de su condena. Si aceptamos que la reinserción social exige instituciones que atenúen la situación de privación de libertad (Mapelli 1983:152), parece justificable que forme parte del margen de libertad del legislador decidir a partir de qué momento deberá empezar esta atenuación a través de permisos. Es obvio que una visión más comprometida con la reinserción podría exigir que la atenuación a través de permisos empezara antes, pero no creo que la regulación realizada por el legislador suponga vulnerar el principio de reinserción social. No obstante, si debe señalarse, aunque la consideración no es constitucional sino de política legislativa, que existe poca sincronía entre la institución de los permisos, que está sometida a este requisito temporal, y la de otras importantes instituciones vinculadas a la reinserción social, como el régimen de tercer grado, que carecen de rígidas limitaciones temporales<sup>29</sup>.

La segunda condición para disfrutar de permisos ordinarios es que la persona esté clasificada en segundo o tercer grado. Este requisito resulta ya más problemático pues comporta diferenciar a las per-

formes técnicos por parte de los jueces de vigilancia, siendo de especial interés: Bona (1997); Castro (1997); Fernández Arévalo (1997).

<sup>28</sup> El procedimiento para la concesión de un permiso es, básicamente, el siguiente: a) solicitud de la persona interesada; b) informe (favorable o desfavorable del equipo técnico); c) concesión o denegación del permiso, en primera instancia, por parte de la Junta de tratamiento; d) en caso de que la Junta de tratamiento conceda el permiso, se eleva la decisión, para su aprobación definitiva al Centro directivo (persona en tercer grado o permiso de hasta dos días) o al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (permiso de más de dos días a persona en segundo grado). Si el Centro directivo deniega, la persona interesada puede recurrir al juzgado de vigilancia penitenciaria (sin posibilidad de ulterior recurso). Si es el Juzgado de vigilancia penitenciaria el que deniega la persona puede recurrir a la Audiencia provincial, e) en caso de que la junta de tratamiento deniegue la solicitud, la persona interesada puede plantear queja al juzgado de vigilancia penitenciaria, quien decidirá sobre el permiso (y si su resolución es negativa la persona podrá recurrir a la Audiencia provincial). En toda las actuaciones del juzgado de vigilancia sobre esta materia deberá existir informe del Ministerio fiscal quien, además, será competente para recurrir ante la Audiencia provincial las resoluciones del juzgado de Vigilancia penitenciaria.

<sup>29</sup> Sería más razonable que hubiera una armonía entre las diversas instituciones reinsertadoras sobre la base de una atenuación progresiva de la pena, tal como propone Mapelli (1985)

sonas en función de su clasificación penitenciaria, privando a las clasificadas en primer grado de obtener permisos ordinarios. En principio, cabría admitir la constitucionalidad de este límite si la clasificación en primer grado se vincula directamente al mantenimiento de una vida ordenada en prisión. De tal manera, el problema se desplaza al momento de la aplicación del régimen de primer grado, pues, a mi juicio, sólo en aquellos casos en que este régimen se utiliza como último recurso, en atención a la manifiesta insuficiencia de los medios disciplinarios ordinarios para la protección de la vida ordenada en el centro, podrá afirmarse que no se está sacrificando en exceso el derecho a la reinserción social<sup>30</sup>.

La tercera y última condición es que la persona no observe mala conducta. Este requisito, que suele entenderse en el sentido de que la persona carezca de sanciones disciplinarias por cancelar (Garrido Guzmán 1989:98), está en principio vinculado con el bien constitucional de mantener una convivencia ordenada en prisión y, desde tal punto de vista, resulta admisible. Ahora bien, el que este requisito, con carácter general, resulte aceptable como condición para disfrutar de permisos, no excluye que puedan surgir controversias en su apreciación a casos concretos. Así, por ejemplo, en los supuestos en que la realización de simples faltas no graves lleven a denegar la concesión de un permiso se podría estar sacrificando en exceso el derecho a la reinserción social, con el objetivo de garantizar un fin (la vida ordenada en prisión) que la conducta de la persona interna habrá afectado muy levemente. En definitiva, considero que los casos en que la presencia de la mala conducta sea dudosa, la denegación del permiso deberá ir precedida del mismo juicio de proporcionalidad que será pertinente en los casos en que, cumpliéndose las condiciones, exista conflicto con otros bienes constitucionales.

Una vez que podemos afirmar que se cumplen las condiciones para que la persona pueda disfrutar de permisos, la pregunta que debemos hacernos es ¿tiene entonces la persona un derecho a que se le concedan los permisos que solicite, siempre que no superen los márgenes legales? A la respuesta a este interrogante se destina el siguiente epígrafe.

## 2. ¿Derecho *prima facie* a la obtención de permisos?: análisis de la jurisprudencia constitucional

Entre la doctrina penitenciaria que se ha ocupado del tema de los permisos ha existido la polémica entre aquel sector que defiende que, una vez que se cumplen las condiciones legales, la persona tiene un derecho (en realidad: derecho *prima facie*) a la concesión de permisos y aquel otro para el cual el cumplimiento de las condiciones legales sería

<sup>30</sup> Sobre el régimen de vida en primer grado puede verse, lateralmente, la STC 119/1996, 8 de julio (Viver) y, en particular, el voto particular del propio Viver (al que se adhiere Vives Antón), quien considera que el régimen de privaciones de este régimen de vida (regulado mediante circular) carece de la cobertura legal suficiente.

sólo el requisito necesario para que los órganos competentes (administración penitenciaria o jueces) pudieran ejercitar su facultad de conceder permisos<sup>31</sup>.

La misma polémica ha recorrido el Tribunal Constitucional quien, en espacio de poco más de un año, ha dictado cuatro sentencias en las que, por lo menos entre dos de ellas, existe una resolución distinta a supuestos de hecho en sustancia iguales. Ante esta situación de jurisprudencia no consolidada, conviene analizarla críticamente y, sobre la base de las ideas anteriormente defendidas, reafirmar aquella línea jurisprudencial más cercana a concebir los permisos como derecho *prima facie* de las personas condenadas a penas privativas de libertad<sup>32</sup>. Centraré el análisis entre las dos resoluciones, a mi juicio, opuestas, anotando lo pertinente sobre las otras dos resoluciones.

### a) STC 112/1996, 24 de junio

En esta sentencia, dictada por la sala segunda del TC, y de la que es ponente el magistrado Vives Antón, que es la primera de las dictadas sobre la materia, se resuelve el recurso presentado por un interno contra el auto de la Audiencia provincial de Vitoria que considera ajustada a derecho la resolución del juzgado de vigilancia penitenciaria que deniega la concesión de un permiso por el hecho de que al interno le falte excesivo período de tiempo para alcanzar la posibilidad de libertad condicional<sup>33</sup>.

El TC decide en esta sentencia anular el auto de la Audiencia provincial sobre una compleja argumentación, cuyos elementos principales, paso a describir. El TC parte de la premisa de vincular claramente los permisos penitenciarios a la consecución del principio constitucional de la reeducación y reinserción social (FJ 2), estableciendo, en atención a ello, que cuando los órganos que aplican el derecho deciden sobre la institución de los permisos deben tener en cuenta su finalidad constitucional. Dice el TC:

La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (...). Este tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a estos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (...)

<sup>31</sup> A favor de que una vez cumplidas las condiciones legales la persona tendría un derecho (*prima facie*) a la concesión de permisos: Mapelli (1983:204); Bueno Arús (1986:20); Garrido Guzmán (1989:96). A favor, en cambio, de concebirlos como concesión. Carmona (1986:708); Conzález Cano (1994:357)

<sup>32</sup> Las sentencias del TC a las que hago referencia son las siguientes: STC 112/1996, 24 de junio, (Vives Antón); STC 2/1997, 13 de enero (González Campos); STC 81/1997, 22 de abril (Gimeno); STC 193/1997, 11 de noviembre (Rodríguez Berrejo). Estas son, hasta el momento, todas las sentencias del TC en materia de permisos. Anteriormente, el tribunal solo se había pronunciado a través de la inadmisión (ATC 1112/1988, 10 de octubre).

<sup>33</sup> Según consta en el Antecedente 9 de la sentencia, al interno le faltaban tres años y medio de condena para cumplir los tres cuartos necesarios para la libertad condicional.

pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes y, menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena (FJ 4, cursiva añadida).

El TC no deriva del anterior razonamiento que siempre que se cumplan las condiciones legales a la persona se le deberán conceder los derechos que solicite, pues el TC es consciente del posible conflicto con otros bienes constitucionales. Lo cual señala con las siguientes palabras:

Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación para la vida en libertad del interno (...) pero, al mismo tiempo, son una vía fácil, de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley. No basta entonces con que estos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados (FJ 4).

Situada la cuestión en estos términos es fácil entender que el TC llegara a la anulación del auto de la audiencia pues este tribunal había basado su resolución, considerando ajustada a derecho la resolución del juzgado de vigilancia, en el mero hecho de que a la persona le faltara un tiempo considerado excesivo para alcanzar la libertad condicional y tal motivación no se vincula ni a la satisfacción del fin constitucional de la reinserción ni al cumplimiento de los fines que pueden entrar en conflicto con este principio constitucional (FJ 6).

Si pasamos a reflexionar sobre el sentido de la sentencia que acabamos de resumir observaremos que se trata de una resolución que supone una importante evolución en la tradicional concepción jurisprudencial sobre el sentido del primer enunciado del artículo 25.2 CE. Es cierto que el TC, como ha quedado patente en la primera de las citas antes realizadas, sigue refiriéndose a su tradicional concepción relativa a que de este precepto constitucional no derivan derechos para la persona condenada, pero, como puede advertirse, tras esta afirmación prosigue la matización pertinente, en el sentido de que la aplicación de las instituciones vinculadas a la reeducación y reinserción social debe de hacerse de acuerdo a su finalidad constitucional. Y lo que, a mi juicio, con ello quiere decirse es que, una vez que se cumplen las condiciones legales, los aplicadores del derecho deben conceder el permiso a no ser que haya otros intereses constitucionales en conflicto (como la probabilidad de elusión de la custodia, al que expresamente se alude) que deban considerarse prevalentes. En definitiva, aunque el tribunal no utiliza esta terminología, bien puede deducirse de esta sentencia que, una vez que se cumplen las condiciones legales, la persona condenada adquiere un derecho, *prima facie*, a que se atienda a su reinserción social a través de los permisos penitenciarios. Un derecho que, no obstante, podrá ser vencido por la protección de otros bienes

constitucionales, de lo cual debe dar cuenta la motivación de la sentencia<sup>34</sup>.

#### b) STC 81/1997, 22 abril

El supuesto de hecho de esta sentencia, dictada por la sala primera del TC, siendo ponente el magistrado Gimeno Sendra, es semejante al de la sentencia que acabamos de comentar. Se trata de un recurso presentado por un interno contra un auto de la Audiencia provincial de Vitoria que considera ajustada a derecho la resolución del juzgado de vigilancia penitenciaria de Bilbao que deniega la solicitud del permiso por el hecho de que al interno le falta un período considerado excesivo para alcanzar la libertad condicional<sup>35</sup>. El supuesto de hecho es sustancialmente el mismo pero la decisión del tribunal constitucional es contraria a la contenida en la sentencia anteriormente analizada.

El TC, que expresamente señala que procede a matizar la jurisprudencia de la STC 112/1996 (FJ 1), considera, recurriendo a su antigua jurisprudencia, que si bien los permisos penitenciarios se conectan con la finalidad constitucional de la reeducación y la reinserción social, del artículo 25.2 no cabe derivar ningún derecho subjetivo para la persona condenada, lo cual, dice claramente el tribunal:

(...) convierte todo lo relacionado con los permisos de salida en una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (FJ 3c).

Situada la cuestión en el terreno de la legalidad ordinaria, el TC examina si la persona ha obtenido una resolución fundada en derecho y considera que, en efecto, la justificación para la denegación del permiso —la lejanía del momento en el que se podrá disfrutar de la libertad condicional— es una justificación vinculada con el fin legal de los permisos, relativos a que sirvan como preparación para la vida en libertad (FJ 5). Dicho con mis propias palabras, si la libertad (condicional) podrá alcanzarse a los tres cuartos de condena, es razonable considerar que la preparación para esta libertad empiece bastante más allá de un cuarto de condena cumplido.

Esta argumentación sería insostenible si el TC hubiera considerado que los permisos penitenciarios son un desarrollo del principio constitucional de la reinserción social. Pues, si esta hubiera sido la premisa de la resolución, el tribunal debería haber partido de que la legislación penitenciaria quiere que el derecho a la reinserción social a través de permisos empiece a partir de un cuarto de condena cumplido. Y, en atención a ello, nunca sería admisible el argumento de que a la persona le falta excesivo tiempo para poder alcanzar la libertad condi-

<sup>34</sup> De ahí que el tribunal anule el auto de la audiencia por su contradicción con el artículo 24 CE, el cual garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y, como parte de ello, a recibir una aplicación de las normas que tome en consideración su finalidad constitucional y, en el caso enjuiciado, el artículo 25.2, primer inciso, CE (FJ 6).

<sup>35</sup> Según consta en el antecedente 6 de la sentencia, al interno le faltaban casi cinco años para cumplir los tres cuartos de condena que posibilitar gozar de la libertad condicional.

cional, pues se trataría de una razón para restringir un derecho que no se vincula a la protección de los posibles bienes constitucionales en conflicto.

La estrategia seguida por el tribunal consiste, retrocediendo a una situación que tras la STC 112/1996 parecía superada, en recuperar su antigua concepción por la cual del primer inciso del artículo 25.2 no derivan derechos subjetivos y de que, por ello, la decisión acerca de la concesión de permisos no hace referencia a derechos fundamentales de la persona.

Creo que la decisión contenida en esta sentencia es errónea, pues no toma en consideración que existe un derecho constitucional a la reinserción social, y por ello creo que el TC debería reafirmar la línea jurisprudencial abierta con la sentencia 112/1996\*. Sobre esta base, paso a continuación a exponer cómo puede justificarse la negativa a la concesión de un permiso en los casos en que se cumplan las condiciones legales para obtenerlos.

### 3. La denegación del permiso como resultado de una ponderación constitucional

Partimos de la premisa de que la institución del permiso penitenciario supone uno de los desarrollos legales del principio constitucional relativo a la orientación de las penas a la reinserción social. Al tratarse del desarrollo legal de un principio constitucional del que derivan derechos, la institución de los permisos penitenciarios configura verdaderos derechos fundamentales de las personas condenadas a penas privativas de libertad. Este derecho fundamental a la obtención de permisos penitenciarios ordinarios surge a partir de que se cumplen las condiciones legales que ha establecido el legislador en la configuración de la institución. Pero, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia constitucional, no estamos frente a un derecho absoluto, de automática concesión una vez que se cumplen las condiciones legales. Con el cumplimiento de las condiciones legales surge un derecho, *prima facie*, a la obtención de permisos.

Situados en este punto, nos debemos preguntar qué deben hacer los órganos (administrativos y judiciales) cuando se encuentren ante la solicitud de un permiso por parte de una persona condenada que cumple las condiciones legales para obtenerlo. La primera cuestión importante que estos órganos deben considerar es que se encuentran frente a una petición de ejercicio de un derecho fundamental a que la pena se atenúe a través del contacto con el mundo exterior. Pero, a su vez, la administración penitenciaria y los órganos judiciales con competencias en materia de ejecución de las penas privativas de libertad, deben tomar en consideración los otros bienes constitucionales con los que la conce-

sión del permiso puede entrar en conflicto. Estos bienes en posible conflicto con la concesión del permiso son, principalmente, el cumplimiento de la pena privativa de libertad y la evitación de nuevos delitos por parte de la persona condenada<sup>37</sup>. En el caso de que, tras esta consideración, el órgano judicial o administrativo competente para dar una respuesta a la petición de la persona interna, concluyera que, en efecto, la concesión del permiso podría entrar en conflicto con los otros bienes constitucionales referidos debería proceder a una ponderación constitucional.

Antes de pasar a ocuparnos de esta ponderación constitucional, conviene hacer alguna precisión acerca de los bienes constitucionales en posible conflicto con el relativo a la reinserción social, ejercida a través de permisos.

El bien relativo al cumplimiento de la condena se vincula al de efectividad de las sanciones, un bien que quedaría afectado si una parte importante de las condenas resultaran quebrantadas. Dicho lo cual, resulta obligado afirmar que la persona condenada que goza de un permiso tiene buenos motivos para retornar al fin del permiso, pues sabe que, más allá del delito de quebrantamiento, su no-retorno dificultará mucho la concesión de nuevos permisos<sup>38</sup>. De hecho, como señalan las estadísticas, los casos de no retorno son escasos<sup>39</sup> y resulta difícil que una persona que no haya retornado de un permiso resista mucho tiempo una situación de clandestinidad. Todo lo anterior debe, a mi juicio, servir para moderar el peligro de que la concesión de un permiso comporte la interrupción en el cumplimiento de la condena por parte de la persona condenada. Además, en casos de riesgo, existe la posibilidad de condicionar la concesión del permiso a la adopción de medidas de control (art. 156.2 RP).

Por lo que hace al bien relativo a la evitación de nuevos delitos por parte de la persona condenada deberán tomarse en consideración factores como el tipo de delito que se prevé pueda realizarse, la determinación de las posibles víctimas del delito y la posibilidad de adoptar medidas de control que minimicen estos riesgos. Con respecto a la primera cuestión, resulta evidente que el bien que pretende protegerse estará fundamentalmente afectado

<sup>37</sup> A mi juicio el bien relativo a la existencia de una vida ordenada en prisión ya lo ha considerado el legislador cuando ha introducido la buena conducta como condición para que puedan otorgarse permisos. No obstante, como ya dije anteriormente, en los casos dudosos la consideración de este requisito deberá formar parte del test de proporcionalidad al que más adelante se aludirá. Desde esta perspectiva, la mera existencia de sanciones (canceladas) no creo que pueda ser, por sí sólo, un motivo para negar el permiso. Véase en cambio la STC 2/1997, 13 de enero, FJ 4 (González Campos), en la cual se considera conforme a la Constitución una decisión de denegación de permiso que se fundamenta en la existencia de sanciones (canceladas) del interno.

<sup>38</sup> En el reglamento penitenciario anterior se establecía (art. 254.6) que si el interno aprovechaba un permiso para fugarse no podría obtener permisos en un periodo de dos años. El actual reglamento penitenciario establece sólo que el quebrantamiento debiera valorarse negativamente para la concesión de nuevos permisos (art. 157.2).

<sup>39</sup> Véase al respecto: Garrido (1989:101-102). Con referencia a Cataluña, véase la Memoria de la Conselleria de Justicia del año 1996, donde se recogen estadísticas de incumplimiento de los años 1984-1996, en esta comunidad autónoma.

\* La última, hasta el momento, resolución del Tribunal Constitucional (STC 193/1997, 11 de noviembre, Rodríguez Bereijo) no confirma ninguna de las dos líneas jurisprudenciales expuestas, por cuanto en ella el tribunal se enfrenta a un caso en que la denegación del permiso se justifica, entre otras razones, en que existe un informe del equipo técnico que establece que el riesgo de hacer mal uso del permiso es grave (FJ 4).

tado cuando el riesgo de realización de delitos se refiere a delitos graves. Por lo que hace a las víctimas, si la probabilidad de nuevos delitos se concentra en víctimas determinadas deberá atenderse a la posibilidad de que el permiso se disfrute en lugar alejado del lugar de residencia de las víctimas potenciales<sup>40</sup>. Por último, la legislación, como ya antes se ha dicho, prevé la posibilidad de que el permiso se adopte con las medidas de control requeridas para minimizar el riesgo de repetición de delitos.

Realizadas estas consideraciones previas estamos en disposición de determinar qué deben hacer las autoridades competentes<sup>41</sup> cuando una persona interna, que cumple las condiciones legales, solicite un permiso ordinario y, realizado el trabajo de información pertinente, lleguen la conclusión documentada que existe riesgo de afección a los bienes constitucionales en conflicto. En tales casos, y antes de proceder a denegar el permiso solicitado, estas autoridades deberán proceder a realizar un juicio de ponderación, que determinará si la restricción de derechos fundamentales está constitucionalmente justificada.

Este juicio de ponderación —que consiste en tomar conjuntamente los bienes en conflicto para determinar si está justificado sacrificar uno de ellos— deberá determinar si la denegación del permiso es una medida proporcionada para la protección de los bienes constitucionales en conflicto. El test de proporcionalidad deberá consistir en las siguientes etapas: (i) *juicio de adecuación*: en función de cual sea el bien constitucional que pretenda protegerse a través de la denegación del permiso, se deberá establecer que, en efecto, la denegación es una de las vías posibles para protegerlo; b) *juicio de necesidad*: el aplicador del derecho habrá de preguntarse si es posible proteger aquellos bienes por una vía que no suponga el sacrificio del derecho a la reinserción social y, en concreto, deberá plantearse la posibilidad de que el permiso pueda otorgarse con las condiciones de control, previstas en la legislación, que minimicen el riesgo de afección a aquellos bienes constitucionales; c) *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: deberá establecerse que la denegación del permiso no supone un coste más alto que los beneficios que se obtienen con tal medida. En particular deberá ponderarse la importancia de los riesgos que se afrontan con el permiso (riesgo de incumplimiento, riesgo de realización de delitos) y el sacrificio que supone para la persona la denegación del permiso<sup>42</sup>.

Cuando, como consecuencia del juicio de ponderación, se proceda a denegar un permiso se deberá

ser consciente de que se está restringiendo, por motivos legítimos, un derecho fundamental. Con ello quiero decir que sólo la protección de otros bienes constitucionales puede llevar a justificar una decisión que supone un grave perjuicio para la persona condenada, pues le priva de uno de los instrumentos de reinserción más importantes de los establecidos por la legislación.

#### IV. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha criticado la interpretación tradicional por parte de la jurisprudencia constitucional del precepto que orienta las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del condenado. De acuerdo a esta interpretación, el primer inciso del artículo 25.2 CE contiene una declaración acerca de los fines de la pena que no excluye el carácter constitucional de otras finalidades de las penas. Sobre esta base, el tribunal lleva a interpretar este precepto como principio orientador de la actividad de los poderes públicos que, en cuanto tal, no concede derechos fundamentales a las personas condenadas a penas privativas de libertad.

La crítica a esta interpretación del TC se fundamenta en considerar que el primer enunciado del artículo 25.2 CE no realiza una declaración acerca de los fines de la pena sino que establece un principio penal. Este principio penal pretende atenuar las penas privativas de libertad a través de dos exigencias: satisfacer las necesidades de la persona más vinculadas a su actividad delictiva (principio de reeducación) y posibilitar el contacto de la persona con el mundo exterior (principio de reinserción). Una vez establecido que nos encontramos frente a un principio limitador de los poderes públicos, su ubicación sistemática en la CE nos ha llevado a considerar que de él derivan derechos *prima facie* para la persona condenada a pena privativa de libertad.

Una de las instituciones previstas por nuestra legislación como desarrollo del principio de reinserción social son los permisos penitenciarios. En el trabajo se ha procedido a analizar la reciente jurisprudencia constitucional relativa a si la persona condenada a pena privativa de libertad tiene derecho al goce de los denominados permisos ordinarios.

La primera sentencia dictada sobre la materia (STC 112/1996, 24 de junio) ha supuesto una importante evolución en la jurisprudencia constitucional pues, de acuerdo a la interpretación que hemos dado de tal sentencia, en ella se establece que una vez que se cumplen las condiciones legales, la persona condenada a pena privativa de libertad adquiere un derecho, *prima facie*, a la obtención del permiso, cuya negativa deberá justificarse en la protección de otros bienes. No obstante, la doctrina contenida en la citada sentencia no puede considerarse consolidada, pues una posterior resolución del TC (STC 81/1997, 22 abril), retorna a la antigua concepción de que del primer inciso del artículo

<sup>40</sup> La ley debería, a mi juicio, prever que la víctima fuera escuchada en tales casos.

<sup>41</sup> Me refiero tanto a los órganos administrativos que deben informar sobre la concesión de un permiso (equipos de tratamiento y junta de tratamiento), como a los que deben autorizar la concesión de permisos (centro directivo y jueces de vigilancia penitenciaria).

<sup>42</sup> Esta comparación puede llevar por ejemplo a decir que pese a que existe un riesgo de realización de nuevos delitos, su falta de gravedad hace que el coste que se asume concediendo el permiso sea menor que el sacrificio que supone para la persona condenada su denegación.

25.2 CE no se derivan derecho subjetivos y, en consecuencia, considera que no existe un derecho *prima facie* a la obtención del permiso.

En el trabajo se ha intentado profundizar en la nueva doctrina jurisprudencial contenida en la STC 112/1996. De tal manera, se ha establecido que una vez que la persona cumple con las condiciones legales para obtener un permiso, su denegación sólo podrá basarse en la protección de otros bienes constitucionales (cumplimiento de la condena, evitación de delitos) y tal decisión denegatoria sólo podrá adoptarse cuando se supere un test de proporcionalidad que haga constitucionalmente legítima la restricción del derecho fundamental a la reinserción social.

## V. BIBLIOGRAFIA

- Alexy, Robert (1986). *Theorie der Grundrechte*. (Trad. castellana de E. Garzón, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, por donde se cita).
- Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona. Ariel, 1-25.
- Bajo Fernández, Miguel (1983). "Tratamiento penitenciario y concepción de la pena", *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitória*. Barcelona. Bosch, 33-44.
- Beccaria, Cesare (1764). *Dei delitti e delle pene*. (Trad. castellana de J.A. de las Casas, *De los delitos y de las penas*. Madrid. Alianza Editorial, 1980, 2ª ed., por donde se cita).
- Boix Reig, Javier (1979). "Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", en *Escritos penales*, Valencia. Universidad de Valencia, 109-145.
- Bona Puigvert, Remei (1997). "La valoración de los informes del equipo técnico por los jueces de vigilancia penitenciaria", *I curso monográfico para jueces de vigilancia penitenciaria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 173-179.
- Bueno Arus, Francisco (1978). "Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días", *Historia* 16, extra VII. *Cárceles en España*, 113-138.
- (1986). "Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia", *Poder Judicial*, 2, 15-29.
- Carmona Salgado, Concepción (1986). "Los permisos de salida", en M. Cobo del Rosal (director), *Comentarios a la legislación penal*, VI/2. *Ley orgánica general penitenciaria*. Madrid. Edersa, 693-718.
- Castro Antonio, José Luis (1997). "Permisos de salida", *I curso monográfico para jueces de vigilancia penitenciaria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 395-401.
- Cid Moliné, José (1989). *Justificación de la sanción penal. El debate doctrinal en Italia y España entre la posguerra y los años ochenta*, tesis doctoral UAB, primera parte inédita.
- (1994). *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*. Madrid. Ministerio de Justicia.
- Cobo del Rosal, Manuel; Boix Reig, Javier (1982). "Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social", en M. Cobo del Rosal (director), *Comentarios a la legislación penal. I. Derecho penal y Constitución*. Madrid. Edersa, 217-227.
- Córdoba Roda, Juan (1980). "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", *Papers. Revista de Sociología*, 13:129-140.
- Cullen, Francis T.; Gilbert, Karen E. (1981). *Reaffirming Rehabilitation*. Cincinnati. Anderson Publishing.
- Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. (Trad. castellana de M. Gustavino, *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel, 1984, por donde se cita).
- Escriba Gregori, José María (1980). "Algunas consideraciones sobre derecho penal y constitución", en *Papers. Revista de Sociología*, 13:141-163.
- Fernández Arevalo, Luis (1997). "Valoración de los informes del equipo técnico por la jurisdicción penitenciaria", en *I curso monográfico para jueces de vigilancia penitenciaria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 195-252.
- Ferrajoli, Luigi (1989). *Dritto e ragione. Teoría del garantismo penal*. (Trad. castellana de P. Andrés, A. Ruiz, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, 1995, por donde se cita).
- García Marjuán, José Antonio (1993). "A propósito de los permisos penitenciarios", en *Papeles del Psicólogo*, 56:51-55.
- García-Pablos de Molina, Antonio (1986). "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", en M. Cobo del Rosal (director), *Comentarios a la legislación penal*, VI/2: *Ley Orgánica General Penitenciaria*. Madrid. Edersa, 25-43.
- García Valdés, Carlos (1975). *Régimen penitenciario en España. Investigación histórica y sistemática*. Madrid. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid.
- (1982). *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Madrid. Cívitas.
- Garrido Guzmán, Luis (1989). "Los permisos penitenciarios", *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1:89-102.
- Gavara de Cara, Juan Carlos (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 286-335.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1975). "Prólogo" a C. García Valdés, *Régimen penitenciario en España. Investigación histórica y sistemática*. Madrid. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, xiii-xiv.
- (1996). "Prólogo" a *Código penal. Ley orgánica 10/1995*, 2ª edición. Madrid. Tecnos, 15-32.
- González Cano, Mª Isabel (1994). *La ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia. Tirant lo blanch.
- Lamarca Pérez, Carmen (1993). "Régimen penitenciario y derechos fundamentales" en *Estudios penales y criminológicos*, XVI:214-247.
- Mapelli Caffarena, Borja (1983). *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona. Bosch.
- (1985). "Sistema progresivo y tratamiento", en *Lecciones de derecho penitenciario*. Madrid. Universidad de Alcalá de Henares, 139-171.
- Mapelli Caffarena, Borja; Terradillos Basoco, Juan (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Madrid. Cívitas.
- Medina Guerrero, Manuel (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid. McGraw-Hill.
- Muñoz Conde, Francisco (1979). "La resocialización del delincuente. análisis y crítica de un mito", *Sistema*, 31:73-84.
- Navarro Villanueva, Carmen (1997). "La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente", en J. Cid/E. Larrauri (coordinadores): *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona. Bosch, 225-250.
- Neppi Modona, Guido (1973). "Carcere e società civile", en *Storia d'Italia*, VII/2: *Documenti*, Torino. Einaudi, 1906-2001.
- Quintero Olivares, Gonzalo (1996). "La reinserción y el marco constitucional del sistema penal", *Cuadernos Jurídicos*, 36:35-46.
- Rojas Rodríguez, Santos (1991). "Los permisos de salida (Análisis de las causas de no presentación)", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 244:55-82.
- Roldán Barbero, Horacio (1988). *Historia de la prisión en España*. Barcelona. Instituto de Criminología de Barcelona-PPU.
- Tamarit Sumalla, Josep Mª; Sapeña Grau, Francesc; García Albero, Ramon (1996). *Curso de derecho penitenciario (Adaptado al nuevo reglamento penitenciario de 1996)*. Barcelona. Cedecs.

# EL TARJETON BBV

*¿Se ha  
preguntado  
alguna vez  
por qué a algo  
tan pequeño  
lo llamamos  
Tarjetón?*



Parece increíble que de una tarjeta tan pequeña se puedan obtener ventajas tan grandes. ¿Verdad? Pues es así.

Por eso la llamamos Tarjetón.

Porque está cargada de grandes ventajas.



Pagando con el Tarjetón BBV usted acumula Puntos Travel Club para viajar y obtener magníficos premios. Así de fácil comprando como siempre usted disfrutará como nunca. Porque tiene a su disposición 11.000.000 de establecimientos en todo el mundo.

Además, con el Tarjetón BBV puede obtener dinero en efectivo en miles de cajeros automáticos.

Utiliza el servicio Supercompra BBV. Usted mismo se puede conceder un crédito para aplazar el pago de sus compras hasta en 3 años con una simple llamada telefónica o en los cajeros automáticos BBV.

Estas son solo algunas de las ventajas que tienen grande al Tarjetón BBV pero hay muchas más. Como el Seguro gratuito de accidentes en viajes, la tranquilidad en caso de robo o pérdida, la posibilidad de conseguir anticipos y un largo etcétera que usted conocerá poco a poco.

Así es el Tarjetón BBV.

Algo muy grande.



**BANCO BILBAO VIZCAYA**

# La ley sobre condiciones generales de la contratación

Rafael SARAZA JIMENA

La Ley 7/1998, de 13 de abril (BOE de 14 de abril; entró en vigor a los 20 días de su publicación, conforme a su disposición final 3ª), regula las condiciones generales de la contratación. En principio, la ley está destinada a trasponer al Derecho interno la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Como suele ocurrir con las Directivas dictadas en materias de cierto contenido social, la trasposición se ha realizado fuera del plazo previsto, pues el artículo 10 de la Directiva establecía como fecha límite para que los Estados miembros de la Unión Europea realizaran la trasposición de la Directiva a su Derecho interno el 31 de diciembre de 1994. No se trata de un hecho excepcional, pues anteriores Directivas sobre materias de consumo —responsabilidad por productos defectuosos, ventas realizadas fuera de establecimientos comerciales, etc.— han sido traspuestas fuera de plazo, tanto aquí como en la mayoría de los países de la Unión Europea.

Las Cortes han elaborado una Ley en la que se persiguen objetivos más amplios que la mera trasposición de dicha Directiva. Además de regular las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, que propiamente constituía el objeto dicha Directiva, la Ley establece un régimen general aplicable a cualesquiera condiciones generales contenidas en los contratos, incluso aunque los mismos estén celebrados entre profesionales o empresarios y no haya intervenido en los mismos un consumidor. Se establece así un régimen dual, más genérico cuando se trata de contratos celebrados entre profesionales o empresarios, y más riguroso y detallado cuando se trata de contratos celebrados con consumidores. En este último, se regulan las cláusulas abusivas, que no necesariamente han de ser condiciones generales utilizadas con carácter general por el empresario o profesional en una pluralidad de contratos, sino que pueden encontrarse en un contrato aislado, siempre que sea de adhesión. Y asimismo, si las cláusulas contenidas en el contrato celebrado con el consumidor tienen el carácter de condiciones generales, les será de aplicación subsidiaria el régimen general establecido en la primera parte de la ley para las condiciones generales de los contratos.

A primera vista, la idea parece acertada. Los borradores y anteproyectos de ley sobre esta materia se habfan ido sucediendo, sin que llegaran a cristalizar en ley. Un primer borrador de anteproyecto de ley sobre condiciones generales fue ya elaborado en el año 1980, y se conocen una primera redacción de julio de 1983, una segunda de noviembre de 1987, y una tercera de noviembre de 1991, que llegó a ser incluso informada por el Consejo General del Poder Judicial. En los últimos tiempos de la última legislatura, cuando ya se sabía que la legislatu-

ra iba a ser disuelta por la retirada del apoyo parlamentario que su socio catalán daba al gobierno socialista, fue también remitido a informe del Consejo un anteproyecto de reforma del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que lógicamente no pudo fructificar.

Pese al sugestivo panorama dibujado en la exposición de motivos, el resultado obtenido con la promulgación de la Ley de condiciones generales de la contratación no puede calificarse sino como muy pobre. Veamos por qué.

## REGIMEN GENERAL DE LAS CONDICIONES GENERALES

El articulado de la ley —dejando aparte las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales— regula lo que denomina “condiciones generales de la contratación”, que responde a lo que buena parte de los autores denominaba “condiciones generales de los contratos”, estipulaciones incluidas en el propio contrato, y que dichos autores diferenciaban de las “condiciones generales de la contratación”, que serían las normas utilizadas por las empresas para contratar con sus clientes, aunque éstos no las conocieran.

La ley define las condiciones generales de la contratación como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, excluya la aplicación de la nueva ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Como se ha indicado, se prevé la aplicación de la ley a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—. Se entenderá como profesional predisponente toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, sea pública o privada. En cuanto al adherente, no es preciso que sea un consumidor, pues puede ser también otro profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

El artículo 6 de la nueva ley establece tres principios ya clásicos en lo relativo a la interpretación de las condiciones generales: el de prevalencia, el de la condición más beneficiosa y el principio “contra proferentem”.

De acuerdo con el primero de ellos, cuando exista

contradicción entre las condiciones generales y las particulares, prevalecerán éstas sobre aquellas, pues se entiende que reflejan mejor la voluntad real de las partes. De acuerdo con el segundo, la anterior regla de la prevalencia tiene una excepción: que la condición general sea más beneficiosa para el adherente que la condición particular, caso en que aquélla prevalecerá sobre ésta. El tercer principio es una transposición de lo establecido en el artículo 1288 del Código Civil: las dudas de interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

Por último, se prevé la aplicación subsidiaria de las normas de interpretación de contratos del Código Civil, contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

## INCORPORACION Y NULIDAD

Para que pueda considerarse que una condición general forma parte de un contrato, ha de cumplir una serie de requisitos que establece el artículo 5 de la ley. En primer lugar exige la ley que el adherente ha de aceptar la incorporación al contrato de las condiciones generales, y dicho contrato ha de estar firmado por todos los contratantes, siendo necesario para entender que ha habido tal aceptación de la incorporación que el predisponente informe expresamente al adherente de la existencia de las condiciones generales y le entregue un ejemplar de las mismas. No obstante, la ley establece unas especialidades para el caso de contratos que no deban formalizarse por escrito, caso en que bastará que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible o de cualquier otra forma asegure la posibilidad efectiva de conocer su existencia; y para el caso de contratación telefónica o electrónica, la ley exige que conste la aceptación de todas las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional, con inmediato envío al consumidor de justificación escrita del contrato. Aquí ya encontramos una remisión a un posterior desarrollo reglamentario, que se repite frecuentemente a lo largo de la ley.

En segundo lugar, la ley exige como requisito de incorporación que las condiciones generales estén redactadas con criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Correlativamente a estos requisitos, el artículo 7 establece la no incorporación al contrato de las condiciones generales en el caso de que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas —salvo en los casos de contratos no escritos o contratación telefónica o electrónica antes comentados—, y asimismo cuando sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contractuales.

Respecto a este último inciso, la conjunción co-

pulativa “e” parece que responde a un error material y que lo correcto habría sido utilizar la disyuntiva “o”, pues de otro modo no tendría sentido la expresión siguiente, “salvo en cuanto a éstas últimas...” Lo contrario sería absurdo, pues encontrar una condición general que reúna las características de ilegible, ambigua, oscura e incomprensible parece más bien propio de una convocatoria al libro Guinness de los records.

De todos modos, ya empezamos a encontrar puntualizaciones que rebajan la eficacia del instrumento legislativo. No procede aplicar la sanción de no incorporación a las condiciones generales “incomprensibles” cuando “hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”. Se está pensando fundamentalmente en la contratación bancaria, en la que existe una normativa reglamentaria relativa a la transparencia en la contratación, fundamentalmente Ordenes Ministeriales y Circulares del Banco de España —con los problemas que respecto de éstas últimas se plantean en cuanto al alcance de su eficacia—, dictadas en desarrollo del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y que son fundamentalmente la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de entidades de crédito, modificada a su vez por las Circulares 13/1993, de 21 de diciembre, 5/1994, de 22 de julio y 3/1996, de 27 de febrero, y la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Siendo cierto que parece un requisito mínimo que las condiciones generales que se contengan en este tipo de contratos reúnan al menos las menciones exigidas por estas normas, no es menos cierto que además deban de ser comprensibles, teniendo en cuenta lógicamente el grado de complejidad de la operación contratada. Porque el hecho de que, por ejemplo, un contrato de apertura de una cuenta corriente contenga las menciones obligatorias de tipos de intereses, comisiones aplicadas, períodos y fechas de liquidación, etc., exigidas en la reglamentación sobre transparencia de operaciones bancarias antes citada, no lo hace por sí solo comprensible, y parece que sería lógico que exija al predisponente una cierta diligencia a la hora de redactar el condicionado general en términos comprensibles para el ciudadano medio, cuidando de evitar expresiones innecesariamente complejas e incomprensibles. Aunque, todo sea dicho, los jueces no parece que seamos demasiado indicados para dar lecciones de claridad, simplicidad y comprensibilidad en el lenguaje.

En cuanto a la nulidad, el artículo 8.1º establece la sanción de nulidad de pleno derecho para las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cual-

quier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. La regulación no puede ser más pobre, porque se trata en realidad de una mera transposición de lo previsto en el artículo 6.3º del Código Civil, norma que cumple ahora veinticuatro años de vigencia. Podría haberse esperado algo un poco más avanzado, una regulación que incluyera también casos flagrantes de desequilibrio en la posición jurídica que para las partes resulta del contrato, la prohibición del desplazamiento al adherente de ciertos riesgos propios del predisponente, etc., sobre todo si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos, para justificar la regulación de las condiciones generales en los casos de contratos celebrados entre profesionales, se hace la siguiente declaración: *"la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*. Se trata de una declaración programática que responde a las exigencias del nuevo Derecho de la contratación, pero que no tiene traducción práctica en el articulado de la Ley.

El segundo párrafo del referido artículo establece una previsión expresa de nulidad de las condiciones generales abusivas en los contratos celebrados con consumidores, remitiéndose al régimen de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificado por las disposiciones adicionales de esta ley.

## ACCION INDIVIDUAL

Los artículos 9 y 10 establecen el modo de hacer efectivo el régimen de no incorporación y de nulidad establecido por los artículos precedentes. Dice la ley que la declaración judicial de no incorporación o de nulidad de las condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

La remisión a "las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual" para definir el régimen de las acciones de nulidad y no incorporación derivadas de esta ley es, en mi opinión, otro fiasco de la ley. Remitirse a "las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual" supone remitirse a un campo lleno de ambigüedades y dudas. El profesor Díez-Picazo inicia el capítulo relativo a la ineficacia del contrato, en sus "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", diciendo que *"definir la ineficacia y situarla en el campo de los conceptos jurídicos constituye una tarea que no resulta nada fácil. Por lo pronto, la terminología usual no se encuentra fijada y es muchas veces equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulación, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados..."*. Si lo que pretende la ley

es remitirse a la regulación contenida en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil sobre las acciones de nulidad, se trata de una regulación decimonónica, pensada para contratos individuales y no para la contratación en masa a la que responde el fenómeno de las condiciones generales reguladas en la nueva ley.

La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o declaración de no incorporación ha de contener las siguientes declaraciones:

1º) Decretará la nulidad o no incorporación de las cláusulas generales afectadas por el vicio determinante de la nulidad o no incorporación, es decir, las que se encuentren en los supuestos previstos en los artículos 7 y 8 de la ley, antes comentados.

2º) Aclarará la eficacia del contrato cuando el contrato pueda subsistir sin las cláusulas nulas o no incorporadas, integrándose la parte del contrato subsistente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, es decir, con los criterios que resulten de la buena fe, el uso y la ley, y con las disposiciones de interpretación contractual de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

3º) Si el contrato no puede subsistir tras la declaración de nulidad o no incorporación de las cláusulas o condiciones generales impugnadas, por afectar a alguno de los elementos esenciales del contrato previstos en el artículo 1261 del Código Civil —consentimiento, objeto o causa—, la sentencia declarará la nulidad del propio contrato.

La mención que hace la ley a que estas declaraciones se contendrán en "la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación" arroja la duda de si esta nulidad o no incorporación puede instarse como excepción frente a una acción promovida por el predisponente en base al contrato o al menor mediante reconvencción. Parece excesivo que haya de ser el adherente quien deba tomar la iniciativa, interponiendo una demanda para que determinadas condiciones generales sean declaradas nulas o no incorporadas, antes incluso de que se produzca una situación conflictiva en la relación contractual. Además, podría darse el caso de que coincidieran en el tiempo el proceso instado por el adherente para obtener la declaración de nulidad o no incorporación de determinadas condiciones generales del contrato y el proceso promovido por el predisponente contra el adherente para reclamarle el cumplimiento del contrato y en el que habría de aplicarse la reglamentación de las relaciones contractuales resultante justamente de dichas condiciones generales reputadas nulas o no incorporadas. Por ello, entiendo que, como ocurre en general con todo supuesto de nulidad contractual, la misma puede hacerse valer por el demandado como excepción o mediante reconvencción, dependiendo de cuál sea declaración que quiera obtenerse en la sentencia —la mera desestimación total o parcial de la demanda o además otros pronunciamientos añadidos a esa desestimación y relacionados con la nulidad pretendida—.

## LAS ACCIONES COLECTIVAS

En el artículo 12 y siguientes de la ley se regulan lo que la práctica anglosajona ha denominado "class actions", las acciones colectivas. Son de tres tipos:

1º) Acción de cesación, dirigida a que se condene al predisponente demandado a eliminar de sus contratos las condiciones generales nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

2º) Acción de retractación, dirigida a condenar al demandado, sea o no el predisponente, a retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y a abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.

3º) Acción declarativa, dirigida al reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación e instar su inscripción en el Registro únicamente cuando ésta sea obligatoria.

Están legitimados activamente para ejercitar las acciones colectivas las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las asociaciones de consumidores y usuarios, el Instituto Nacional de Consumo y organismos equivalentes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, los colegios profesionales y el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la legitimación pasiva, ha de distinguirse entre los distintos tipos de acciones colectivas. Así, la acción de cesación puede dirigirse contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

La acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de condiciones generales que se reputen nulas o manifieste públicamente su voluntad de utilizarlas en el tráfico, exigiéndose el requisito de que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

La acción declarativa procederá contra cualquier profesional que utilice en sus contratos condiciones generales.

Estas acciones pueden dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

La ley permite que las entidades a las que se concede legitimación activa para ejercitar estas acciones colectivas pueden personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas en calidad de intervinientes. Serán tenidas por parte, sin que se retroceda en las actuaciones pero pudiendo utilizar, de acuerdo con la fase en que se encuentre el proceso, los medios de defensa o recursos con independencia del actor o demandado.

La sentencia estimatoria de una acción de cesación tiene un triple efecto:

1º) Impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas

que se declaren nulas, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

2º) Aclarará la eficacia del contrato. Aunque la ley no lo dice, parece que habrá que utilizar los parámetros establecidos para la acción individual, es decir, se integrará el contrato con arreglo a los artículos 1258 y 1281 y siguientes del Código Civil.

3º) Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso por la utilización de las cláusulas nulas y solicitar indemnización de daños y perjuicios causados. En caso de que el predisponente no se avenga a dicha solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

Respecto de este último extremo, parece un tanto difícil que quien acciona una acción colectiva de cesación, que será una entidad o asociación que defiende intereses difusos o colectivos de acuerdo con el inciso final del artículo 7.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial pueda pedir la devolución de las cantidades cobradas indebidamente y la indemnización de daños y perjuicios causados por la utilización de condiciones generales nulas o no incorporadas, pero de todos modos parece interesante que ello pueda hacerse en el propio proceso en que se ejercita la acción colectiva, en fase de ejecución de sentencia, sin necesidad de que los contratantes hayan de acudir a otro proceso distinto.

La sentencia que estime la acción de retractación impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura respecto de las cláusulas reputadas contrarias a Derecho.

La sentencia que estime la acción declarativa declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

Esta acción colectiva de declaración es, en mi opinión, una de las "perlas" de la ley. Teniendo en cuenta que el proceso a seguir en el caso de acciones colectivas es siempre el de menor cuantía, y que siempre cabe la casación, la entidad o asociación que inste este tipo de proceso se encontrará con que tiene que litigar durante aproximadamente ocho años —promedio de duración de un proceso de menor cuantía en primera instancia, apelación y casación— para obtener una sentencia en la que todo lo que se dice es que determinada cláusula es una condición general. Porque la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, que sería uno de los objetivos a conseguir con el ejercicio de esta acción, sólo podrá acordarse en la sentencia obtenida en este proceso cuando se trate de contratos pertenecientes a un sector específico de la contratación en el que la inscripción registral de las condiciones generales haya sido declarada obligatoria por vía reglamentaria, como resulta del artículo 12.4 en relación al 11.2 de la ley.

Más increíble todavía es el régimen de eficacia "erga omnes" de las sentencias dictadas en procesos sobre acciones colectivas. Una de las cuestiones que siempre se ha planteado en esta materia es la ineficacia del control judicial de las condicio-

nes generales abusivas derivada de la eficacia limitada de toda resolución judicial, que sólo afecta a las partes del litigio. Por eso la doctrina ha propuesto que se dote de eficacia "erga omnes" a las sentencias firmes que declaren la nulidad de una condición general, permitiendo a todos los interesados personarse en el proceso, mediante la adecuada publicación de su existencia, a fin de poder defender sus derechos. De este modo, no sería necesario un proceso para cada predisponente, sino que la declaración de nulidad de una condición general usada con reiteración en un determinado sector de la contratación realizada en la sentencia firme dictada en un proceso en el que han podido personarse todos los predisponentes interesados, tuviera eficacia para todos los supuestos de utilización de dicha condición general.

El régimen previsto por la ley es, por usar un apelativo suave, ridículo. Prevé el artículo 20.4 que la sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en estos procesos sobre acciones colectivas vinculará a todos los jueces en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, pero con dos requisitos limitativos:

1º) Se prevé que dicha vinculación tendrá lugar "una vez que constituya doctrina legal", lo que de acuerdo con el artículo 1.6º del Código Civil implica que la jurisprudencia sea reiterada, es decir, que haya dos sentencias idénticas o substancialmente análogas en cuanto a la cuestión jurídica controvertida.

2º) Sólo se dará esta vinculación si los posteriores procesos se siguen contra el mismo predisponente contra el que se dictaron las sentencias en las acciones colectivas.

No se entiende cómo una vez lograda, por ejemplo, una sentencia estimatoria de una acción de cesación dirigida contra determinado predisponente, en la que se le condena a que elimine de sus condiciones generales las cláusulas abusivas y se abstenga de utilizarlas en lo sucesivo, pueda entablarse un segundo proceso contra el mismo predisponente y respecto de las mismas condiciones generales, pues lo procedente será en todo caso solicitar la ejecución de la sentencia para obligar al predisponente a que deje de utilizarlas. Desde luego, si quien insta este segundo proceso es una entidad o asociación que ya ha intervenido en el anterior como actor o como interviniente adhesivo, hay litispendencia o cosa juzgada —según que el anterior proceso haya o no finalizado— y no puede estimarse la demanda. Y en todo caso, al predisponente demandado le basta con no recurrir la segunda sentencia estimatoria para que no exista una segunda sentencia del Tribunal Supremo.

Por otra parte, parece absurdo que en el más que improbable caso de que se logren dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se declare nula una condición general, supongamos que estableciendo una modificación de intereses de una operación crediticia en base a índices fijados unilateral y arbitrariamente por la entidad financiera, las sen-

tencias obtenidas contra el Banco "X" no vinculen a los jueces en relación al resto de las entidades financieras que utilicen la misma condición general que ha sido declarada nula.

Si el sistema de control de las condiciones generales de los contratos del párrafo 3º del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, consistente en que la Administración pública habría de obligar a los aseguradores a modificar las condiciones generales cuya nulidad hubiera sido declarada por el Tribunal Supremo (no conozco que ello se haya producido en ninguna ocasión), ha sido reputado unánimemente como ineficaz, ha hecho falta el transcurso de dieciocho años para que la nueva ley establezca un sistema de control aún más ineficaz. Todo un logro.

## EL REGISTRO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

El artículo 11 de la ley prevé la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cargo de un registrador de la Propiedad y Mercantil, posponiéndose su organización a un ulterior desarrollo reglamentario, si bien la disposición adicional 3ª ya prevé que existirá uno al menos en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia.

Se establece la inscripción potestativa —dice la ley que "podrán inscribirse"— de las cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, si bien se prevé que reglamentariamente pueda imponerse la inscripción obligatoria en sectores específicos de la contratación. Como se ve, la remisión a un desarrollo reglamentario es constante en la ley, y viene a reducir aún más los escasos avances que la misma supone.

Se dispone que serán objeto de anotación preventiva la interposición de demandas en que se ejerciten acciones individuales de nulidad o no incorporación de cláusulas generales, así como de aquéllas en que se ejerciten acciones colectivas de cesación, retractación y declarativas, y también las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Cuando se haya dictado sentencia firme en estos procesos, las mismas serán objeto de inscripción en el Registro, pudiendo ser también objeto de inscripción la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas —es previsible que se planteen problemas en relación a la calificación por los registradores de la concurrencia de una situación de "persistencia" en la utilización de tales condiciones generales—.

El régimen de inscripción "potestativa", unido al régimen de legitimación para solicitar la inscripción en el Registro de las condiciones generales, revela la inutilidad práctica del mismo. Efectivamente, si la inscripción de las condiciones generales no se solicita por el propio predisponente, sólo pueden lograr la inscripción el adherente y los legitimados para ejercitar acciones colectivas si consta la autorización del predisponente, pues si tal autorización no se ha obtenido, habrá de estarse al resultado de la

acción declarativa. Teniendo en cuenta que en las sentencias dictadas en relación a estas acciones sólo se acordará la inscripción en el Registro cuando la misma sea obligatoria, parece que el círculo se cierra: salvo en los sectores en los que reglamentariamente pueda acordarse la inscripción obligatoria de las condiciones generales —está por ver si esta previsión se desarrolla en términos razonables—, sólo pueden inscribirse en el Registro las condiciones generales el propio empresario predisponente. Lo que no parece que vaya a tener lugar, sobre todo si se trata de condiciones generales dudosamente lícitas.

## **NOTARIOS, REGISTRADORES Y CORREDORES DE COMERCIO**

La regulación de las funciones de estos profesionales en relación a la utilización en los documentos públicos autorizados o calificados por ellos no va a suponer especiales garantías de los adherentes en relación a la utilización de condiciones generales abusivas, a la vista de los términos en que está redactada la norma que las regula.

El artículo 23 de la ley establece que estos profesionales, en el ámbito de sus competencias, advertirán a los interesados sobre la “aplicabilidad” de la ley. En el caso concreto de los notarios, la ley prevé además que velarán porque los documentos que autoricen cumplan los requisitos de incorporación previstos en los artículos 5 y 7, advertirán de la obligatoriedad de inscripción registral en los casos legalmente establecidos, y harán constar el carácter de condiciones generales de las cláusulas que figuren previamente inscritas como tales en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes.

Advertir a los interesados de la “aplicabilidad” de la ley es poco menos que nada, dada la generalidad de la expresión. Hacer constar el carácter de condición general de las cláusulas inscritas como tales en el Registro es también una previsión ineficaz, si tenemos en cuenta los obstáculos prácticos existentes para que pueda realizarse dicha inscripción registral y que, dada la redacción del precepto, esta mención dependerá exclusivamente de lo que declaren las partes. Tan sólo presenta cierto interés la obligación de los notarios de velar por el cumplimiento en los documentos que autoricen de los requisitos de información previa y suficiente al adherente de las condiciones generales del contrato, con oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de firma de la escritura, y transparencia, claridad, concreción y sencillez de las cláusulas, de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la ley. Ha de recordarse también que sigue vigente el artículo 147 del Reglamento Notarial, que obliga a los notarios a hacer constar cuándo un documento público ha sido redactado por él conforme a proyecto o minuta entregado por una de las partes.

## **REGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LOS CONSUMIDORES**

La disposición adicional 1ª de la nueva ley modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), fundamentalmente cambiando la redacción del artículo 10 y añadiendo un artículo 10 bis así como una disposición adicional 1ª conteniendo un listado de cláusulas abusivas. Se establece en este caso un régimen más riguroso que el contenido con carácter general en los artículos 1 a 24 de la nueva ley, tanto por ser aplicable a las todas las cláusulas predisponentes por el empresario en un contrato de adhesión, tengan o no el carácter de condición general utilizada en una multiplicidad de contratos, como por establecer unos requisitos más exigentes para la eficacia de dichas cláusulas.

En primer lugar, se prevé la aplicación subsidiaria de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para el caso de que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores tengan el carácter de condición general, por lo que será de aplicación dicha ley en todo lo no previsto en la Ley de Consumidores.

En segundo lugar, se establece una regulación específica de las cláusulas no negociadas individualmente por consumidores.

El texto del reformado artículo 10 reproduce los tres requisitos que establecía el texto anterior, eliminando la exigencia de que se trate de condiciones generales, a saber: 1º) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, sin reenvíos a textos o documentos no facilitados previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. 2º) Entrega, salvo renuncia expresa, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado. 3º) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Otra novedad en el artículo 10 es el mandato que se hace a notarios y registradores de la Propiedad y Mercantiles a no autorizar ni inscribir los contratos que contengan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. La virtualidad de esta previsión no parece que vaya a ser importante, por cuanto que será preciso una sentencia firme en un proceso sobre ejercicio de una acción colectiva de cesación o retractación, inscrita en el Registro.

El artículo 10-bis introducido por la nueva Ley regula las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores.

Se definen las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato. Los elementos fundamentales del carácter abusivo de estas cláusulas serán, pues, dos: no ajustarse a las exigencias de la buena fe, que entiendo ha de ser considerada en un sentido objetivo; y falta de equilibrio en la situación jurídica que

para las partes resulte de esa reglamentación contractual.

Tras esta definición genérica, se prevé de modo específico que en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas previstas en el listado contenido en la disposición adicional 1ª de la ley.

Se ha optado por un régimen de "lista negra", de carácter meramente enunciativo, y de cláusula general subsidiaria: son en todo caso abusivas las cláusulas expresamente previstas como tales en el listado de la ley, pero ello no impide que puedan considerarse abusivas otras no previstas expresamente en dicho listado, si las mismas perjudican al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe.

Se establece una regla concreta de carga de la prueba: será el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente quien tendrá la carga de probarlo.

El régimen de ineficacia contractual que se prevé para estas cláusulas abusivas es el de nulidad de pleno derecho. No se exige, como en el régimen general de las condiciones generales, el ejercicio por el adherente de una acción individual dirigida expresamente a obtener una declaración de nulidad o no incorporación de la cláusula, por lo que tal nulidad podrá plantearse como excepción o reconvencción ante la reclamación del predisponente.

En cuanto al contenido de la sentencia que estime la alegación de nulidad de una cláusula abusiva, prevé el artículo 10-bis que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo al artículo 1258 del Código Civil —buena fe, uso y ley—, por lo que el juez deberá integrar el contrato, disponiendo al efecto de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y respecto de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá ser declarada la ineficacia del contrato en su totalidad.

## LISTADO DE CLAUSULAS ABUSIVAS

La nueva disposición adicional 1ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios hace un listado de las cláusulas que, en todo caso, tendrán carácter de abusivas. Se trata de una lista de 29 apartados, algunos de los cuales incluyen más de un supuesto, en la que se transponen los supuestos previstos en el anexo de la Directiva comunitaria, y se añaden algunos otros más no previstos en la Directiva, y que provienen bien del listado que se contenía en el artículo 10.1.c de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción anterior, bien de otras normas —como por ejemplo la Ley de Crédito al Consumo—. Pueden clasificarse fundamentalmente en:

1º) Vinculación del contrato a la voluntad unilateral del profesional, en orden a la perfección, ejecución o interpretación del contrato.

2º) Privación de derechos básicos del consumidor, fundamentalmente los de indemnización por hechos incluidos en el ámbito propio de la responsabilidad del empresario, los de resolución por incumplimiento del empresario, y los de compensación, consignación, retención, etc.

3º) Falta de reciprocidad en orden al cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes o en orden a la renuncia o rescisión del contrato.

4º) Garantías, entre las que se incluyen la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. La ley incluye también en este apartado la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, que es una cuestión ajena a las garantías.

5º) Otras de tipo muy diverso, como por ejemplo la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le son imputables, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponde al profesional, y en concreto de los gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor en el caso de primera venta de viviendas, la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo en caso de arbitrajes institucionales creados legalmente para un sector o supuesto específico, los pactos de sumisión expresa a juzgados distintos al del domicilio del consumidor, al del lugar del cumplimiento de la obligación o de situación del inmueble —que ya han sido declarados nulos por el Tribunal Supremo en diversas sentencias de los últimos cuatro años— o la renuncia al derecho a elección de fedatario, a imposición de condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta corrientes que superen los límites del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, que son de 2,5 veces el tipo del interés legal, etc.

Algunos de estos supuestos presentan una redacción criticable, que seguramente les restará eficacia, y en la que puede notarse la influencia de determinados sectores empresariales. Por ejemplo, el número 18 declara abusiva la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, pero añade que "se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica". Dado que en la "normativa específica" de estos contratos de financiación no existe en principio limitación alguna a la hora de exigir garantías por dichas entidades financieras, se está vaciando de contenido este concreto extremo de las garantías desproporcionadas para este sector económico, en el que tiene mayor importancia esta cuestión de las garantías.

Asimismo, en el número 22 se declara abusiva la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. Normalmente, las normas que distribuyen entre las partes el pago de estos gastos o no son leyes, sino normas reglamentarias, o no son imperativas, sino meramente dispositivas —por ejemplo, el artículo 1455 del Código Civil—. Menos mal que en la segunda parte del precepto se

enumera de forma taxativa algunos de estos gastos —gastos de titulación de obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación—, por que en caso contrario el precepto podría ser totalmente ineficaz.

## A MODO DE CONCLUSION

La nueva ley es ambiciosa en sus fines pero, en mi opinión, pobre en su resultado. Se trata de una materia en la que es fundamental una regulación clara junto a unos medios eficaces de control de las cláusulas abusivas. La regulación que hasta ahora se contenía en el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pese a que permitía interpretaciones mediante las que se podría lograr una protección razonable del consumidor frente a condiciones generales abusivas, se ha revelado ineficaz en buena parte por las deficiencias técnicas de la ley. Algunas Audiencias, revelando una postura ciertamente regresiva, han llegado a declarar en sus sentencias que dichas imperfecciones técnicas hacían de dicho precepto poco menos que una declaración programática, pero sin posibilidad de aplicación real.

Pues bien, en la nueva ley se utilizan expresiones y términos inconcretos e inadecuados, como cuando prevé que la declaración de nulidad o no incorporación podrá ser instada “de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”, que, como se ha dicho antes, es una materia en la que reina una cierta confusión conceptual y además su regulación en el Código Civil es inadecuada por no responder al fenómeno de la

contratación en masa. Otro ejemplo de lo insatisfactorio de la regulación de la nulidad de las condiciones generales es el artículo 8.1º, que al regular la nulidad de pleno derecho de las mismas se limita prácticamente a transcribir el artículo 6.3º del Código Civil. Lo mismo puede afirmarse también a la regulación de la información a facilitar por notarios y registradores, a los que se impone la obligación de advertir de “la aplicabilidad de esta ley”, lo que en la práctica permitirá tanto una actitud diligente de los notarios informando a los contratantes del carácter abusivo de determinadas cláusulas por contravenir lo previsto en la ley, como la actitud poco diligente de insertar en las escrituras una cláusula de estilo indicando que se ha informado a los otorgantes de la “aplicabilidad” de la ley al contrato elevado a escritura pública.

El régimen de acceso de las condiciones generales al Registro de las Condiciones Generales que se crea es tan restrictivo que puede convertir a este Registro en ineficaz, pues la inscripción es en principio potestativa y si bien puede ser instada por “el adherente” y asociaciones de consumidores, precisa la previa autorización del presdisponente.

El régimen de las acciones colectivas es asimismo muy restrictivo, con acciones cuya utilidad práctica es nula, como la acción declarativa, o con requisitos tan excesivos que lo hacen ineficaz, como es por ejemplo el régimen de eficacia “erga omnes” de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia.

Podrían ponerse otros ejemplos de deficiencias de la ley, pero harían muy prolijo el artículo. En resumen, lo que en principio parecía una feliz iniciativa, en la práctica se convierte en una oportunidad perdida.

# Principio de legalidad: fundamento de la modernidad\*

Roberto BERGALLI

## INTRODUCCION

Norberto Bobbio ha afirmado que por *legalidad* en el lenguaje político ha de entenderse un atributo y un requisito del poder, mediante el cual se dice que un poder es legal o actúa legalmente o tiene carácter de *legalidad*, siempre que es ejercido en el ámbito o en conformidad con leyes establecidas o de cualquier manera aceptadas (Bobbio 1990: 554). Obviamente, ese poder al que aludía Bobbio es el conocido en la tipología del poder de Max Weber como el *poder racional-legal* (Weber 1976: 122-176, esp. 125-129) el cual, por su parte, da pie y fundamento a la necesidad del concepto básico de *legitimidad* en el que se apoya toda la organización político-jurídica que se reconoce como el Estado moderno.

Mas, como se sabe, este Estado moderno ha pasado desde sus orígenes por distintas etapas que han sido identificadas como diferentes formas-Estado. Y, aun cuando su subsistencia provenga de la específica actuación de un conjunto de personas en razón del cual determinados sujetos orientan su comportamiento en vista de las representaciones de que ese Estado subsiste o debe subsistir —es decir, sobre la base de que ciertos ordenamientos de carácter jurídico estén en vigor—, la legitimidad de las diferentes formas-Estado se ha afirmado teniendo en cuenta el grado o nivel de *obediencia* que es prestada por aquellas personas a tales ordenamientos. Es así que, entonces, el problema de la obediencia al poder se coloca, según Weber, en un horizonte más vasto que es el de la *eficacia* de los sistemas normativos. Por ello, se hace necesario individualizar el método mediante el cual se pueda constatar la eficacia de tales sistemas.

Este método, según los estudiosos de la obra de Weber (Rebuffa 1989: 35), sería el mismo que este autor propuso para determinar la eficacia de un sistema de normas religiosas, el cual fue determinado en un pasaje de *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* como “la búsqueda de aquellos *impulsos psicológicos creados* por la fe y por la práctica religiosa que daban orientación a la conducta de la vida y que mantenían al individuo en semejante orientación” (Weber 1987: 165). Semejante método es el mismo que también debe utilizarse en lo relativo a la obediencia de las normas jurídicas y su extensión al poder político y estatal requiere, en consecuencia, indagar cuáles sean las creencias que dan lugar a que un poder sea aceptado como *legítimo*.

Mas, verificar la obediencia al poder en el Estado moderno es una operación todavía más compleja, sobre todo en aquel Estado que responde a las ne-

cesidades de una sociedad democrática de masas; aún mayor cuando la concentración del poder normativo de semejante Estado —el monopolio estatal de la producción y aplicación de normas— requiere de una legitimidad ampliada respecto a la de aquellas formaciones políticas del Antiguo Régimen, en las cuales la titularidad de la producción normativa estaba fragmentada y, en consecuencia, la pretensión de obediencia podía entonces asentarse en fuentes diferenciadas, tales como las religiosas, éticas, tradicionales o consuetudinarias (Rebuffa *op. cit.*: 36).

En consecuencia, la noción de legitimidad posee entonces una larga historia, en la cual se entremezclan principalmente dos modos tradicionales pero diversos de entenderla: uno que entiende que el poder es legítimo según se ejercite de acuerdo a reglas prefijadas y convenidas; otro según el cual el origen del poder deriva de una fuente que le confiera un *justo título* para su ejercicio. Como se ha visto, para Weber la noción de legitimidad es distinta, porque atiende a la creencia o a la fe en la legitimidad del requerimiento de obediencia y no a algún rasgo estructural del poder. Finalmente —y este es el aspecto que Weber consideró más relevante— en las sociedades secularizadas el poder puede expresar su pretensión de obediencia únicamente en contenidos racionales, o sea privados de cualquier relieve ético o religioso.

El derecho moderno es la expresión de dicha racionalidad como instrumento estatal de organización social. Para Weber el derecho “racional” no es únicamente un sistema de comunicación que provee datos controlables y criterios de conducta para resultados previsibles, sino que también es un sistema de representaciones sociales relativas al poder. De tal manera, las reglas jurídicas y sus representaciones doctrinales ofrecen una información no sólo relativa a la elaboración de los preceptos y a su aplicación, sino también traducen imágenes del poder y argumentaciones que sostengan la obediencia.

Así las cosas, el *principio de legalidad* arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica.

## 1. LAS RAZONES JURIDICAS QUE LO JUSTIFICAN Y LAS RAZONES DE ESTADO QUE PERMITEN SU VIOLACION

Sin embargo, en el campo del poder punitivo del Estado moderno ese principio de legalidad alcanzó una configuración específica cuando la forma del Estado constitucional de derecho adquirió plenitud en tiempos recientes. Para que esto tuviese lugar,

\* Versión castellana de la contribución del autor al homenaje al profesor G. Kaiser, de Freiburg (Alemania)

las organizaciones políticas enmarcadas en lo que se denomina como constitucionalismo social tuvieron que superar todos los traumas provocados por la segunda guerra mundial y el holocausto. No obstante, llegados a este punto los sistemas jurídicos de los Estados sociales y democráticos de derecho, recogiendo la tradición de Weimar y el debate filosófico-político en torno a los extremos propuestos por el formalismo y el substancialismo jurídico, pudieron distanciarse en cuanto al uso del principio de legalidad. Por una parte, el principio de mera legalidad, como principio general de derecho público es extensible a todos los campos de producción del derecho estatal pues su misión es la de enunciar las condiciones de existencia o vigor de cualquier norma jurídica. Por la otra, el principio de estricta legalidad, en el sentido de constituir una meta-norma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la capacidad de definir la verdad jurídica mediante sus aplicaciones, es una garantía que sólo atiene al derecho penal. En efecto, únicamente la ley penal, en cuanto puede afectar la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la substancia o los contenidos de los actos que la aplican. En consecuencia, si ambas vertientes del principio de legalidad aparecen concebidas como prescripciones acerca de la producción de normas, también permiten configurar dos modelos de legalidad penal estrechamente conectados entre sí pues mientras el segundo impone al juez el determinar como delito mediante integraciones generadas en el proceso lo que la ley ya ha predeterminado, el primero obliga a la ley a fijar las prescripciones taxativas que determinan la materia de lo punible y obligan al juez a someterse a ellas. De esta forma, asimismo, se afirma que el principio de estricta legalidad es de naturaleza empírico-formalista pues es el juez quien debe verificar los presupuestos que del delito predetermina la ley, mientras el de mera legalidad es valorativo-substancialista en tanto que se concreta a definir los elementos que configuran el concepto del delito y de cada una de las figuras delictivas. De estas distinciones sobre el principio de legalidad provienen las garantías que actualmente otorga el derecho penal de la forma del Estado constitucional y que lo diferencia del derecho penal de los Estados meramente legales, en los cuales la omnipotencia del legislador otorga validez a todas las leyes vigentes sin la posibilidad de fijar algún límite al primado de la ley, pues de tal modo se impone el autoritarismo penal a la necesaria restricción garantista (Ferrajoli 1989: 374-377)

Ahora bien, frente a esas razones jurídicas que justifican el principio de legalidad y que han permitido seguir pensando en la utilidad del mismo para garantizar en primer lugar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en segundo lugar, para fundamentar la intervención punitiva del Estado moderno, siempre han existido unas razones de Estado que han permitido su violación.

La razón de Estado es un elemento central en la

vida histórica del mundo moderno, aunque su origen como justificación del poder arranque en otro ambiente y en otro momento histórico, como el del Renacimiento italiano y en el marco de la forma específica del Estado-ciudad sobre la que reflexionó en origen Macchiavelli (Meinecke 1983). No obstante, como idea asociada al poder ha sido propia de la evolución de todos los Estados europeos en la Modernidad, aún cuando la discusión historicista en torno a ella haya demostrado su arraigo en Francia, con sus más aprovechados discípulos —Richelieu y Luis XIV— quienes la llevaron a extremos tan atroces como la noche de San Bartolomé y las matanzas de agosto y septiembre de 1792. Pero fue en el ámbito del pensamiento político germano en el que la razón de Estado alcanza la cumbre de la conciencia ética desde la cual se llega a su moralización: el Estado será para Hegel la máxima realidad moral, el Estado ético. Algunas opiniones han sostenido que el período clásico de la *raison d'Etat* habría terminado en 1914. De aquí en más, empero, aunque la práctica del principio se hizo menos explícita en cambio se llegó a la nueva inmoralidad de los nacionalismos autoritarios y totalitarios: el nazismo y el fascismo arraigado luego también en muchos liberalismos.

La fuerte tensión que ha atravesado al Estado moderno ha sido aquella surgida en el plano de la tentativa por enlazar el instrumento más idóneo para la organización social, el derecho, con la expresión política que permite su producción, el poder. Esta tensión se descompensa cuando precisamente la necesaria limitación del último por el primero puede poner bajo cuestión a los proyectos de dominación ensayados por el poder y es entonces cuando la razón de Estado prima sobre las razones jurídicas, o sea sobre el derecho.

En los últimos tiempos, las diferentes crisis que particularmente en Europa continental atraviesan a la forma social y democrática del Estado han alentado la tergiversación de las expresiones constitucionales de su vertiente como Estado de derecho. Tales razones de Estado se explican mediante la aparición o emergencia de fenómenos que habrían puesto en juego la estabilidad y la gobernabilidad de los sistemas políticos.

La génesis de tales fenómenos habría que ir a buscarla a los momentos en los cuales el Estado constitucional de derecho, que en el marco de desarrollo del constitucionalismo de postguerra es también social y democrático, se vio obligado a acudir a recursos excepcionales, no previstos como adecuados y respetuosos del conjunto de garantías básicas que la norma fundamental reconoce a todos los ciudadanos.

Naturalmente que las decisiones de un Estado respecto a las maneras de comportarse en relación a sus ciudadanos no dependen de voluntades personales u opciones políticas coyunturales. Antes bien, ellas son la consecuencia de oportunas estrategias de control social que responden a las tensiones producidas en las relaciones entre la estructura socio-económica y la esfera política de toda sociedad. Mas, cuando esa estructura depende de

un sistema interrelacionado e interdependiente como el que comenzó a configurarse desde su inicio en las entonces comunidades europeas, allá por 1962, como reflejo de la predominante posición de los Estados Unidos de América, los efectos de causas extra-sistémicas producen reflejos en cadena en las diferentes estructuras nacionales. Efectos mucho más vigorosos y traumáticos se constatan en la actualidad ante las ya lanzadas operaciones financieras y monetarias de la constituida Unión Europea.

Pues bien, una de tales causas fue la que provocó la amenaza de detención del creciente proceso de desarrollo económico ya consolidado a mediados de la década de 1960, originada en el peligro de interrupción del flujo de petróleo que provenía entonces en su mayor cantidad de la zona de Medio Oriente. En efecto, la guerra árabe-israelí, abierta en los seis días de 1967, demostró que la producción del Occidente desarrollado y en particular de Europa, dependía mayoritariamente de la provisión del fluido como fuente prioritaria para la generación de energía que permitía mantener el ritmo de crecimiento. Esta situación que, en buena medida también afectó a la economía norteamericana, decretó la inflexión de las políticas de desarrollo y la rápida búsqueda de recursos para paliar los efectos de la crisis que atravesó el modelo capitalista de producción y acumulación. Las consecuencias inmediatas se manifestaron como restricción de las políticas sociales de los Estados de bienestar, en procura de aplicar esos recursos para mantener aquel ritmo de crecimiento. La réplica social a esa inversión de las políticas de bienestar se corporeizó en demandas y reclamos que velozmente tomaron la vía de la violencia y de su expresión a través de grupos que optaron por la lucha armada. Los ejemplos de la República Federal de Alemania, de Francia y de Italia abrieron un largo período que todavía se prolonga y que se ha denominado como la *cultura de la emergencia* (Bergalli 1988). Deben incluirse también comprendidas en esta denominación las situaciones provocadas en el Reino Unido y en España, como consecuencia de la opción armada elegida por los movimientos nacionalistas irlandés y de liberación vasco.

Desde comienzos de 1970 y con el declarado fin de limitar la actividad calificada como terrorista, los Estados democráticos y de derecho de esos países produjeron una legislación excepcional por medio de los canales parlamentarios establecidos y recurrieron a prácticas aplicadas por las instancias de intervención de sus sistemas penales que han sido consideradas aberrantes a las garantías y derechos fundamentales que fijan sus constituciones (Bergalli 1992). En el caso de las leyes antiterroristas generalmente se ha violado el principio de mera legalidad; mientras, en el de las prácticas del sistema penal se ha atacado el de estricta legalidad (sobre estos dos aspectos existe una abundante literatura, como ejemplo de todos los países europeos afectados: Blankenburg 1980; Sack/Steinert 1984; López Garrido 1987; Serrano Piedecabras 1988; Hess/Moerings/Paas/Scheerer/Steinert 1988; del

caso español, en especial: Lamarca Pérez 1985). En particular, han sido las jurisdicciones especiales las que han puesto en cuestión el respeto a un principio garantista básico, de cuño iluminista, como lo es el del juez natural. También la revelación de actividades para-policiales, al margen de las competencias específicas asignadas por los ordenamientos jurídicos a los cuerpos estatales de seguridad, han constituido asimismo una muestra de la primacía de la razón de Estado por sobre el principio de legalidad. De igual modo la construcción y la proliferación difusa de las llamadas "cárceles de máxima seguridad" o sectores especiales de establecimientos penitenciarios destinados al alojamiento de internos clasificados como peligrosos, por su relación con las organizaciones armadas, han supuesto la transgresión de mandatos constitucionales en la aplicación de la privación de libertad como pena.

Mas, conviene destacar que la excepcionalidad que ha venido caracterizando a los sistemas penales de aquellos países se ha extendido a otras "emergencias" surgidas como producto de dos fenómenos propios a la tercera fase del modelo capitalista de producción y de distribución, cuales son: 1) la transformación de las estructuras económicas nacionales, de productivas en meramente especulativas, lo que ha favorecido el flujo de capitales en un movimiento desorganizado y con controles débiles, facilitando así la absorción de masas de dinero originado en actividades ilegales o criminalizadas, y 2) la evolución que ha tenido el proyecto de Unión Europea (UE), insertado en el marco de la globalización planetaria y de un número de organizaciones internacionales de defensa (Organización del Tratado del Atlántico Norte-NATO) financieras (Fondo Monetario Internacional-IMF, Banco Mundial-WB), comerciales (Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio-GATT), etc., que han constreñido a los sistemas penales nacionales a continuar en la excepcionalidad.

A consecuencia de esos dos fenómenos ha aparecido, por una parte, la "emergencia droga" que ha generado una acumulación incontrolada de riqueza, cuya inversión necesita del reciclado o lavado de dinero a través de complicadas operaciones bancarias para su posterior inversión. Por otra parte, y al amparo de la manifestada protección de los mercados de trabajo nacionales, por la progresiva y ampliada pérdida de puestos laborales a causa de la pérdida de productividad, los países miembros de la UE han adoptado, primero unas políticas homogéneas de restricción para la residencia y actividad laboral de ciudadanos no europeos y, en segundo término, han llegado a la criminalización del ingreso ilegal de tales personas en sus territorios, mediante legislaciones especiales de extranjería.

Para controlar tales situaciones, los Estados de derecho han prolongado la excepcionalidad penal, profundizando las violaciones al principio de legalidad y añadiendo una crisis mayor, cual es la de legitimidad en la producción y aplicación de las normas jurídicas que expanden el sistema penal como forma de control punitivo.

## 2. LA CULTURA DE LA JURISDICCION Y LA CULTURA DE LOS JUECES

Se adelantó antes que en el marco de las instancias del sistema penal moderno, es la jurisdicción la que más parece verse afectada por el desarrollo de la "cultura de la emergencia", en cuanto ésta ha permitido la transgresión de principios que han caracterizado esa instancia como expresión propia del Estado constitucional de derecho. Un ejemplo manifiesto de esto lo constituye la existencia y centralidad en el organigrama jurisdiccional de España de un tribunal central, con asiento en la capital del Reino —la Audiencia Nacional— de origen preconstitucional y, por tanto heredero, del antiguo Tribunal de Orden Público destinado al control de la disidencia política durante el franquismo. La Audiencia Nacional tuvo competencia penal originaria para conocer en hechos de terrorismo, de falsificación de moneda, tráfico monetario y control de cambios; defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas "que puedan repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional" o se cometan mediante operaciones sobre terrenos o viviendas o a través de entidades de inversión o financiación, siempre que unos y otros "produzcan o puedan producir perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en territorios de más de una Audiencia". Luego, esa competencia fue paulatinamente extendida al tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, fraudes alimenticios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, corrupción y prostitución, siempre que cualquiera de ellos sea cometido por bandas o grupos organizados. En concreto, la Audiencia Nacional, la cual también tiene competencias en materia laboral y de recursos contencioso-administrativos, extiende su jurisdicción en todo el Estado español, desvirtuando así los principios de inmediatez y del juez natural que instituye el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE) de 1978 y la prohibición de establecer tribunales de excepción —art. 117.6 CE (Movilla Alvarez 1986).

Pues bien, los debates actuales acerca de los distintos papeles que se le requiere cumplir a las administraciones de justicia de los Estados democráticos de derecho revelan que a la jurisdicción se le está exigiendo satisfacer demandas sociales que deberían tener respuesta desde otros ámbitos o sectores del sistema político. En el cumplimiento de tales exigencias, el comportamiento de los jueces y fiscales ha desbordado la imagen social que de los mismos había grabado a fuego una cultura jurídica formalista, limitando su capacidad interpretativa de las normas jurídicas a los márgenes fijados por reglas preestablecidas. Una mayor toma de conciencia por parte de las clases judiciales europeas acerca de los conflictos que ha generado la creciente complejidad social, junto a la configuración de teorías jurídico-políticas sobre la creación y aplicación de las normas, han abierto una escena en la que jueces y fiscales adquieren un protagonismo inusitado. Semejante protagonismo ha reavivado una antigua polémica en la que, como protección de esa

cultura jurídica formalista, se esgrimía la imputación de querer adjudicarles a los jueces una voluntad de gobierno o de participación en política. No obstante, a poco que se ahonde en la naturaleza de las cuestiones que llegan al conocimiento de la jurisdicción (en el caso de España ello se verifica con el tipo de asuntos de competencia de la Audiencia Nacional), es posible constatar que la tal naturaleza tiene claras connotaciones políticas y los actores en esos asuntos son personajes de relieve en otros niveles del sistema político, en ámbitos de la economía y de las grandes empresas o en el mundo de la criminalidad organizada (como particularmente ha acontecido en Italia, a partir de la gran investigación conocida como *Mani pulite* que dio lugar a la desvelación de un gran sistema de corrupción, denominado *Tangentopoli*). De aquí proviene que los jueces o fiscales que deban intervenir en los procesos que involucran a tales personajes se constituyen en el blanco de la información periodística, lo cual los ha convertido en punto de referencia de los medios de comunicación.

Semejante protagonismo también se imputa a las tomas de posiciones que los jueces y fiscales hacen no sólo frente a problemas que les afectan como integrantes de corporaciones burocratizadas, sino también de cara a cuestiones con profunda incidencia social. Mas, esos comportamientos se hacen manifiestos cuando jueces y fiscales los traducen por medio de las asociaciones o corrientes en los que pueden nuclearse, según los reconocimientos que de ellas han hecho las constituciones de gran parte de los países de Europa continental. La expresión de semejantes manifestaciones ha permitido identificar a jueces y magistrados según su pertenencia a diferentes ideologías. Esto contrasta con aquella imagen social de juez objetivo, neutral e imparcial que había elaborado la cultura jurídica formalista. Sin embargo, la nueva imagen no contradice algo que, desde hace ya tiempo, ha trascendido el plano de las discusiones académicas para tomar pie en la misma sociedad. Se trata de la ya firme creencia en torno a las relaciones entre derecho, economía y política, las cuales evidencian la imposibilidad de evitar que jueces y magistrados se abstraigan de ser identificados en distintas posiciones. Es indudable que, asimismo, la categoría de humanos de estos jueces —con todos los defectos y virtudes propias al género— muchas veces los expone a incurrir en verdaderos protagonismos personales.

## 3. LAS RELACIONES ENTRE SISTEMA POLITICO Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA: COMPARACION ENTRE CULTURA JURIDICO-CONTINENTAL Y DEL COMMON LAW

El cuadro de la situación expuesta ha servido para poner al descubierto las estrechas relaciones que existen entre la administración de justicia de los Estados sociales y democráticos de derecho y el sistema político de estos, algo que siempre fue resistido por la cultura jurídica formalista a causa de la

orientación de ésta a negar los vínculos del derecho con las esferas políticas y económicas de las sociedades modernas. Estos vínculos son los que influyen poniendo en peligro la reclamada independencia judicial, un tema central en la construcción de una jurisdicción alejada de las presiones que pueden provenir de los poderes políticos del Estado, de los poderes fácticos de la sociedad y de la propia estructura interna de la administración de justicia.

Ha sido por este tipo de peligro que el constitucionalismo social de Europa continental procuró encontrar fórmulas e instituciones de gobierno de la administración de justicia, mediante las cuales el ejercicio de la jurisdicción pudiera mantener equidistancia de tal tipo de presiones. Aún cuando no todas las constituciones de los Estados europeos eligieron las mismas fórmulas para ese fin, si surgieron órganos que, bajo la denominación de *Consiglio della Magistratura* o Consejo General del Poder Judicial, se han postulado como los modelos italiano y español, estudiados y analizados en su composición y funciones, a seguir por reformas constitucionales emprendidas en otros ámbitos (Bergalli 1997).

No es que tampoco tales modelos constituyan un ejemplo para mantener la independencia de la jurisdicción; antes bien, quizá en el caso español el Consejo General del Poder Judicial ha estado revelando en los últimos tiempos una profunda contaminación de lo que se denomina como subsistema político (gobierno, parlamento y partidos políticos) (Bergalli 1996). Pero, al menos en las sociedades que están alcanzando un elevado grado de complejidad y un crecido nivel de conflictividad, como consecuencia de la crisis de las políticas de bienestar social, esos órganos de gobierno de la administración de justicia se muestran como la voluntad de la forma-Estado de derecho constitucional por mantener de manera independiente el control de la jurisdicción sobre los actos y personajes del poder político (Bruti Liberati/Ceretti/Giasanti 1996).

Esa tentativa seguida en países apegados a tradiciones de derecho positivo, difiere de la inclinación hacia otras interpretaciones sobre la independencia judicial que ha manifestado la cultura del *Common Law*. Particularmente en el Reino Unido, donde la cultura formalista también se expresa a partir del respeto de férreos principios que controlan la actividad jurisdiccional —*ratio decidendi, obiter dictum, stare decisis, self restraint* (Cross/Harris 1990)— y que en su conjunto configuran la denominada como “doctrina inglesa del precedente” como medio para alcanzar la certeza jurídica, es equiparable al principio de legalidad continental europeo. En cambio, la organización de la administración de justicia aparece fuertemente regida a través del sistema político. En efecto, los componentes de la *High Court*, los *Circuit Judges*, los *Recorders*, los *stipendiary* y *lay Magistrates* son nombrados por o con el consejo del *Lord Chancellor*, quien es él mismo un miembro del Gabinete de Gobierno. Los nombramientos para la *Court of Appeal*, para el *Judicial Committee of the House of Lords*, y para las oficinas del *Lord Chief of Justice* y *President of the*

*Family Division* se hacen bajo consejo del *Prime Minister* y después de consultas con el *Lord Chancellor* quien, a su vez, consulta con los miembros más antiguos de la administración de justicia antes de hacer su elección o consultar con el *Prime Minister* (Griffith 1989: 17-25). Como entonces fácilmente se puede advertir, no existiría mayor dependencia en el origen de los nombramientos judiciales que la que refleja este modelo británico. No obstante, y pese a los reiterados casos de decisiones jurisdiccionales recientes, en especial referidas a procesos por terrorismo, tachadas de parciales e ilustradas incluso por una veraz filmografía, se mantiene una cierta credibilidad social sobre la jurisdicción británica.

De este modo, como conclusión, cabría destacar que la afirmación del principio de legalidad, fundamento propio de la Modernidad, fuertemente socavado en Europa por las transformaciones sufridas por la forma-Estado, e interpretado culturalmente desde diferentes tradiciones jurídicas, sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuanto desde los sectores hegemónicos de la sociedad.

## BIBLIOGRAFIA

- Bergalli, R. (1988). “Presentación-Emergencia. una cultura específica”. J. R. Serrano Piedecabras *Emergencia y crisis del Estado social (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación)*. Barcelona: PPU-colec. Sociedad-Estado, 3: I-XVII.
- Bergalli, R. (1992). “La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España”. *No hay derecho*. Buenos Aires año III-número 7, sept.-nov.: 39-41.
- Bergalli, R. (1996). “Cultura de la jurisdicción e ideologías de jueces y fiscales”. R. Bergalli *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Cárcel, Jurisdicción y Cárcel)*. Barcelona: editorial Ma.J.Bosch, 53-95.
- Bergalli, R. (1997). “Sistema político y jurisdicción. ¿Para qué y por qué un Consejo de la Magistratura?” *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires; año II-número 1 (primer semestre)-sec. Legislación.
- Blankenburg, E. (Hrsg.) (1980) *Politik der inneren Sicherheit*. Frankfurt a.M.: es 1016-Edition Suhrkamp, Neue Folge Band 16.
- Bobbio, N. (1990). Legalità, en N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino *Dizionario di Politica*. Torino: 1ª ed.TEA-UTET, 554-555.
- Bruti Liberati, E.; Ceretti, A.; Giasanti, A. (1996) *Governo dei giudici (La magistratura tra diritto e politica)*. Milano: Campi del sapere (Giustizia)-Feltrinelli.
- Cross, R. y Harris, J. W. 1991. *Precedent in English Law*. Oxford (UK)-Clarendon New Series (4 ed.), Clarendon Press.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Prefazione N. Bobbio). Bari-Roma: Laterza; hay versión en castellano (trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Griffith, J. A. G. (1989). *The Politics of the Judiciary*. London. Fontana Press, Third Edition (reprinted)
- Hess, H.; Moerhngs, M.; Paas, D.; Scheerer, S. y Steinert, H. (1988). *Angriff auf das Herz des Staates (Sozialen Entwicklung und Terrorismus)*. Frankfurt a.M.: Neue Folge Band 490-491, Edition Suhrkamp.
- Lamarca Pérez, D. (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro Publicaciones del Ministerio de Justicia-Colec. Temas Penales, serie A nº3.
- López Garrido, D. (1987). *Terrorismo, Política y Derecho (La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia)*. Madrid: Alianza Editorial.
- Meinecke, F. (1983). *La idea de la razón de Estado en la edad moderna* (trad.F. González Vicen; est. Preliminar L. Diez del Corral). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, reimpresión; 1a. Ed. 1952; org. en alemán *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*. Leipzig, 1924.

Movilla Alvarez, C. (1986). "Organización judicial española". P. Andrés Ibáñez/C. Movilla Alvarez *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 199-236, esp. 215-22.

Rebuffa, G. (1989). *Max Weber e la scienza del diritto*. Torino: G. Giappichelli editore.

Sack, F. y Steinert, H. (1984). *Protest und Reaktion*. Opladen: Westdeutscher Verlag-Analysen zum Terrorismus, 4/2

Serrano Piedecabras, J. R. 1988. *Emergencia y crisis del Estado social (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación)*. Barcelona: PPU-Colec. Sociedad-Estado, 3.

Weber, M. (1976). *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der*

*verstehende Soziologie*. Fünfte, revidierte Auflage, besorgt von Johannes Winckelmann. Studienausgabe. Tübingen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Hay versión en castellano *Economía y Sociedad* (trad. E. Imaz, J. Medina Echavarría; E. García Maynez, J. Roura Parella y J. Ferrater Mora). México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 3ª Ed. 1986.

Weber, M. (1987). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (trad. L. Legaz Lacambra). Barcelona: ediciones Península-historia/ciencia/sociedad, 47; original en alemán, *Die protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus*. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, B.20,1904: 1-54; B. 21, 1905: 1-110

# NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

C. Postal: \_\_\_\_\_

Solicita información a la  
**Asociación Pro Derechos Humanos de España**  
 José Ortega y Gasset, 77, 2ª - 28006 Madrid.



# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)<sup>1</sup>

María Inmaculada MONTALBAN HUERTAS

Desde un punto de vista práctico la normativa del Cp 1995 presenta, prácticamente, las mismas cuestiones suscitadas por el anterior texto del Cp de 1973.; observándose un avance en la configuración de la perseguibilidad de los delitos de agresión, abuso y acoso, así como en el criterio sistemático de división de los tipos penales: ahora no atiende en primer lugar a las características de los actos sexuales, sino a los medios utilizados (según exista o no violencia o intimidación) en la transgresión del bien jurídico actualmente protegido de la libertad sexual.

Las dificultades surgen desde el momento mismo en que se inicia una investigación para comprobar si realmente ha existido un delito y quién haya sido el autor. Si se puede afirmar que toda investigación (policial o judicial) es una compleja labor de recogida de información normalmente dificultosa, no fluida; tratándose de delitos contra la libertad sexual es aún, si cabe, más tortuosa por las razones que seguidamente se expondrán: unas surgen del ámbito de privacidad, donde suele desenvolverse éste tipo de delitos (normalmente sin testigos oculares); otras surgen de las cuestionables y no pacíficas interpretaciones que merezcan los conceptos normativos utilizados por las leyes penales.

### 1. CUESTIONES DERIVADAS DEL REQUISITO DE "DENUNCIA PREVIA" EN LOS DELITOS DE AGRESIONES, ACOSO O ABUSOS SEXUALES

El último capítulo (VI) de los contenidos en el título VIII del Cp — "delitos contra la libertad sexual"— recoge unas "disposiciones comunes a los capítulos anteriores". Comienza con el artículo 191 disponiendo que "Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será preciso denuncia de la persona agraviada, de su representante legal (procurador, padres, tutores de menores) o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderado los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal."

Resalta la novedad de la posible persecución, a través de querrela, por parte del Ministerio Fiscal en

supuestos de víctimas mayores de edad: para los menores de edad basta la denuncia. Con esto se evidencia una nueva inclinación hacia el carácter público de éstas infracciones, que tendrá buen resultado si es utilizada adecuadamente "ponderado los legítimos intereses en presencia"; lo cual implica una necesaria audiencia de la víctima, para así conocer sus circunstancias personales y motivaciones subyacentes en su decisión de no denunciar.

La práctica judicial revela que, en determinados supuestos, se hace necesaria una activa participación del acusador público como parte procesal autónomamente legitimada, con independencia de la posición procesal adoptada por la víctima en el proceso. Esto se ejemplifica con supuestos conocidos en la instrucción penal: ya sea la víctima de una brutal agresión que no quiera denunciar por desconocimiento de sus derechos o por sentimientos tales como el pudor o la vergüenza; ya sea la víctima que inicialmente denuncia y no puede soportar la burocracia, tensión o sujeción al proceso de investigación optando, finalmente, por retirar la denuncia para así liberarse del hecho mediante el olvido y del Juzgado mediante el apartamiento del proceso. Para estos casos, siempre que el hecho investigado revista gravedad extrema o crueldad innecesaria (supuestos de agresiones sexuales) o pueda incidir sobre la credibilidad de instituciones públicas o afectar a interés de ésta naturaleza (eventuales supuestos de acoso sexual) será bienvenida la querrela del Ministerio Fiscal, como institución garante de la legalidad que posibilita la persecución y eventual condena de hechos jurídicamente reprobables, gravemente transgresores de derechos individuales que quedarían impunes en otro caso.

A pesar de ésta novedosa cláusula de oportunidad, se puede afirmar que subsiste la configuración de estos delitos como de naturaleza "semi-privada"; pues el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, en supuestos de víctimas mayores de edad no denunciadas, queda doblemente condicionada: de una parte exige querrela, que es medio de comunicación de la noticia criminal más formalista que el de la denuncia (277 LECrim.); de otra parte exige una previa ponderación de los intereses en presencia, de suerte que el Ministerio Fiscal sólo tendría justificada su actuación en caso de víctima mayor de edad, si ésta no sufriera con el proceso un daño moral igual o más grave al que comparativamente le produjo el hecho delictivo; o bien en el caso de que el interés público en la persecución de los hechos prime sobre el del agraviado, como sería el caso de un agresor reincidente o habitual.

<sup>1</sup> Este trabajo fue expuesto en las II Jornadas de Derecho Penal de la Universidad de Granada, celebradas en abril de 1998 bajo el título de "Reflexiones Críticas sobre el Código Penal de 1995".

Sujeta la persecución de éste tipo de delitos a la denuncia previa de persona legitimada por la ley, tiene una tradicional justificación doctrinal en el carácter personalísimo o individual del bien jurídico vulnerado (libertad sexual); pero no es menos cierto que, en la práctica, provoca eventuales situaciones de mercadeo a través de chantajes o ventas de la denuncia y de forma relevante y reiterada ciertos inconvenientes en la recogida de pruebas del delito.

Este último punto nos ocupa a continuación por su interés práctico y repercusión. Probablemente se superaría si se hubiera colocado en éste capítulo el párrafo segundo del último artículo 639 del Cp, previsto para las faltas; esto es, "la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención". Con la introducción de este simple párrafo se impedirían muchas investigaciones frustradas por una interpretación estricta, restrictiva o sumamente literal de la ley en virtud de la cual los jueces no actúan cuando tienen conocimiento del delito por un medio distinto al de la denuncia (como pueda ser el aviso del Centro Hospitalario) ni siquiera actúan "para prevenir la instrucción" caso de que hubiera que asegurar alguna prueba y esperan la llegada de una denuncia escrita, presentada en Comisaría o en el propio Juzgado, para iniciar la investigación penal.

Esta interpretación es injustificable si atendemos dos argumentos: primero, la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende cumplido el requisito de perseguibilidad con la presentación de denuncia en cualquier momento de la instrucción; o con fórmulas tan genéricas como la de "mostrarse parte la víctima" o no oponerse a la instrucción. Segundo, el artículo 639 es norma procesal o adjetiva —no de derecho material— que actúa a la manera de recordatorio de las contenidas en el Libro II de la LECrm. para el procedimiento del sumario ordinario y por ello subsidiariamente aplicables al resto de los procedimientos penales.

Efectivamente, la vetusta LECrm. recoge expresamente que la Policía Judicial (definida por el art. 283 LECrimn) está obligada a practicar las diligencias de prevención, cuando fueran requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado (art. 284 LECrim.). El artículo 273 LECrim. dispone que "En los casos del artículo anterior (delimitador del lugar de presentación de la querrela en caso de personas aforadas; pero extensible a otros supuestos análogos) cuando se trate de un delito "in fraganti" o de los que no dejan señales permanentes de su perpetración, o en que fuere de temer fundadamente la ocultación o fuga del presunto culpable, el particular que intentare querrellarse del delito podrá acudir desde luego al Juez de instrucción que estuviere más próximo, o a cualquier funcionario de policía, a fin de que practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente."

Las "diligencias a prevención" tienen un alcance discutido: algunos la reducen a aquellas cuya omi-

sión puede ocasionar una pérdida efectiva de la tutela judicial en caso de cumplirse posteriormente los requisitos de perseguibilidad; otros las equiparan a las "primeras diligencias" del artículo 13 LECrimn, lo que abarca las diligencias de identificación del delincuente y su detención. La primera posición parece la más correcta con la naturaleza semiprivada de estos delitos y el control que a la víctima se le quiere dar en orden a su persecución.

Si tenemos en cuenta que los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales tienen fijado un tiempo de prescripción que va desde los quince años para las agresiones sexuales más graves (179 y 180) hasta los tres años para el acoso sexual y abusos sexuales menos penados, podemos concluir que durante ese período de tiempo la víctima está legitimada para presentar denuncia y así cumplir con el requisito de perseguibilidad del artículo 191 Cp. De suerte que, si el órgano judicial tuvo información del hecho denunciado por vía distinta a la de la víctima y no actuó en ese momento "a prevención" a requerimiento de aquella o con su consentimiento —ordenando recoger las muestras o vestigios del delito— podrían desaparecer estos y volatilizada la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las víctimas a que se refiere el artículo 24.1 CE.

Posible solución armonizadora y práctica sería la siguiente: cuando el órgano judicial tenga conocimiento de un delito de agresión, acoso o abuso sexual en los momentos inmediatos al hecho denunciado, a través de Policía Judicial recabará información acerca de dos extremos: si la víctima o sus representantes legales tienen intención de denunciar, tras ser informados previamente de este derecho; y si quieren que se tomen las muestras necesarias para comprobar los hechos, tras ser informados que a su instancia se pueden asegurar las pruebas del delito. Caso de que se responda positivamente a alguna de las dos cuestiones, el juez podrá acordar "a prevención" la recogida de muestras del delito y esperar una declaración de voluntad expresa de la víctima o parte legitimada (denuncia o querrela) para iniciar la investigación de los hechos y de las personas partícipes.

## II. CUESTIONES DERIVADAS DE LA NECESIDAD DE UNA PRONTA ACTUACION EN LA RECOGIDA DE LA "PRUEBA"

Acabamos de exponer cómo el requisito de previa denuncia o querrela en los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales, en la práctica se convierte en un grave inconveniente para la recogida de muestras del delito y puede provocar una desprotección de los derechos e intereses legítimos de las víctimas. Afortunadamente esto no debe ocurrir en los delitos de exhibicionismo o prostitución, donde la persecución cabe de oficio por el propio juez.

Conocido es que los delitos contra la libertad sexual suelen desarrollarse en ámbitos no públicos y normalmente carecen de testigos directos: suele ser una confrontación entre víctima y agresor. Jurispru-

dencialmente se han establecido los requisitos para erigir en prueba incriminatoria bastante la sola declaración de la víctima; se exige que en ésta concurren una serie de requisitos como son los siguientes: ausencia de móviles espúreos; declaración mantenida, coherente y verosímil. Sin perjuicio de ello, a nadie escapa que mayor envergadura adquiere la investigación si se obtienen muestras o signos del delito objetivas, en cuanto visibles huellas dejadas en el transcurso de la acción delictiva. En los delitos contra la libertad sexual las muestras o evidencias suelen ser perecederas por su propia naturaleza (piénsese en manchas de sangre, semen, cabellos, leves congestiones corporales) y requieren una pronta actuación, incluso "a prevención" de la instrucción como antes hemos referido en tanto no conste la voluntad de persecución por parte legítima.

Si la urgencia o premura de la actuación recolectora de las pruebas no necesita más comentario; sí lo exige y de forma relevante, la necesidad de coordinar los distintos sujetos o instituciones que confluyen en ese momento inicial: piénsese en el Centro Sanitario; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Asistencia Social y Juzgado. Es muy delicada la imbricación de todos ellos —a la manera de eslabones en la cadena— y la defectuosa actuación de cualquiera de ellos se va transmitiendo y puede incidir en el fracaso de la investigación o en el agravamiento de la condición de la víctima. Por ello se echa en falta un articulación efectiva de las instituciones reseñadas y una específica preparación de las personas que actúan por aquéllas.

Lo primero sería viable a través de la confección de "protocolos de actuación coordinados" entre las instituciones intervinientes tras la comisión del hecho delictivo; de suerte que cada una (centro hospitalario, centro analítico, policía; juzgado) sepa el momento en que ha de iniciar y finalizar su actuación, evitando demoras e innecesarios peregrinajes a la víctima. Existen intentos de coordinación en este sentido, como el Plan de Coordinación Institucional en materia de agresiones sexuales, adoptado por Junta de Jueces de Barcelona el 29 de abril de 1991.

La segunda cuestión —relativa a la necesidad de una específica y adecuada preparación de los profesionales intervinientes— tiene una concreta materialización en la creación de servicios policiales específicos para este tipo de delitos; así como en la existencia de asociaciones o centros públicos de atención a estas víctimas. Será decisiva la actuación de los profesionales médicos; estos son los encargados de tomar muestras significativas del hecho delictivo, así como de prepararlas adecuadamente (a fin de evitar contaminaciones) para su traslado a los centros dónde deban analizarse. Esta labor material de recogida y preparación de la prueba es tan esencial y determinante en la instrucción que "falsos" resultados analíticos, originados por eventuales contaminaciones, pueden derrumbar todas las demás pruebas de cargo tradicionales en una instrucción (piénsese en la rueda de reconocimiento positiva del agresor) habida cuenta la ga-

rantía o apariencia de fiabilidad científica que suelen presentar los actuales dictámenes de expertos analistas en técnicas tan avanzadas como el ADN.

Convirtiéndose en "prueba reina" el resultado analítico de los vestigios del delito (manchas; sangre) no puede por menos que exigirse una gran esrupulosidad a los encargados de su aprehensión, preparación, traslado y análisis. De suerte que, en la práctica, la cadena de recogida de la muestra empezara en el centro hospitalario bajo la dirección de especialistas en la materia (médicos forenses actuantes por orden judicial a prevención); debería quedar depositada en lugar idóneo o preparada adecuadamente bajo la custodia del secretario judicial o de quien éste designe, quien dará fe de la existencia y número de muestras, hasta su remisión al laboratorio para estudio. Tan importante es ésta cuestión que el perjuicio causado a la víctima por la pérdida injustificada de una prueba objetiva —ya sea por no haber sido recogida o recogida no se encuentre— o la defectuosa obtención de la misma por los profesionales que tienen encomendada esa labor, puede dar lugar a responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración por mal funcionamiento de sus servicios públicos.

### III. CUESTIONES DERIVADAS DEL PLUS DE VICTIMIZACIÓN QUE SUFREN LOS PERJUDICADOS POR ESTOS DELITOS

La víctima no sólo necesita comportamientos eficaces en la recogida de las pruebas. También puede quedar afectada por el temor a sufrir represalias del autor del delito y devenir a una situación de merma mental o económica, si el hecho delictivo le produjo lesiones físicas o psíquicas que la incapacitan para trabajar.

Siguiendo referencias existentes en Derecho Comparado, Convenios Internacionales, Recomendaciones de organismos internacionales (Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre posición de la víctima en el Derecho Penal) la legislación española inició con la Ley de *protección a testigos y peritos* (año 1994) una deseada trayectoria en orden a la revitalización y protección de la posición de la víctima en las causas penales. Siguió en el año 1995 la ley de *ayudas públicas y de asistencia o información a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*. Merecen ser objeto de atención porque ambas responden a una preocupación compartida por las personas que intervienen en la investigación de los delitos: el miedo y la ausencia de apoyos institucionales, provoca retraimiento e inhibición de la víctima y de otros posibles testigos; facilitando así la impunidad de los culpables.

A) La Ley Orgánica 35/95 de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, reconoce en su exposición de motivos que "la víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una inter-

vención pública e institucional, ecuaníme y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal... En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, *su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc.*, producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito”.

En el capítulo primero crea y regula las ayudas económicas para las víctimas de delitos dolosos con resultado de muerte o lesiones graves en la salud física o psíquica; así como para las *víctimas de los delitos contra la libertad sexual, aún cuando estos se perpetraran sin violencia*. Estas ayudas las gestiona el Ministerio de Economía y Hacienda; se pueden solicitar desde que se comete el delito (caso de precaria situación de la víctima) o una vez recaída resolución judicial que ponga fin al proceso; se cuantifican según los parámetros previstos en la legislación de la Seguridad Social (con factores de corrección) y hasta su importe se subroga el Estado, caso de que la víctima obtenga indemnización de daños y perjuicios, contra el autor del delito. Contiene una positiva previsión específica para los delitos contra la libertad sexual (art. 6.4) admitiendo que el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por la víctima que sufrió daños en su salud mental (con un máximo a determinar reglamentariamente) y lo que es más importante, aunque la víctima no haya sufrido lesiones. Supuesto éste del acoso sexual, agresiones o abusos sin violencia y de la prostitución.

En el capítulo segundo se crean unos “deberes de información” que obligan a todos los profesionales (jueces, Ministerio Fiscal; funcionarios públicos) intervinientes, por razón de su cargo, en la investigación de estos delitos. Deben informar a la víctima de los siguientes extremos: a) posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en la Ley 35/95; b) derecho a ser informado sobre el curso de las investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado; c) el interrogatorio debe ser respetuoso con su situación personal, derechos y dignidad; d) el órgano judicial, en la primera comparecencia, le informará de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución del daño sufrido; de las posibilidades de lograr el beneficio de justicia gratuita; de la fecha y lugar de celebración del juicio y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso. En esta vertiente de asistencia no económica a la víctima, se prevé la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en las sedes de Juzgados o Fiscalías que lo exijan, cuya gestión se podrá encomendar a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

B) La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, ofrece medidas de seguridad y protección a aquellos testigos o peritos en quienes concurre un peligro grave (sobre su persona o bienes o sobre su familia) si cumplen con su deber constitucional de

colaborar con la justicia. Sus testimonios suelen ser muy valiosos en las causas criminales: piénsese, por ejemplo, en el caso de una organización dedicada a la trata de blancas o a la prostitución de menores.

Se crea un sistema por el que el Juez o Tribunal —mediante resolución expresa motivada y recurrible— es el que aprecia el grado de riesgo o peligro para el testigo y señala las medidas de protección para preservar su identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo. Puede adoptar cualquiera de las decisiones siguientes previstas en el artículo 2: utilizar un número o clave para la identificación, sin que conste la verdadera en las diligencias penales; traslados camuflados para la práctica de actuaciones judiciales; designación del órgano judicial como domicilio, ocupándose éste de hacerle llegar reservadamente las comunicaciones.

Una vez que ha recaído la declaración judicial de “protegido”, recae sobre los intervinientes en la investigación, la obligación de evitar que se tomen imágenes de aquél y de retirar el material fotográfico o de otro tipo a quien lo hiciera (art. 3.1). Asimismo, a solicitud del Ministerio Fiscal, se les brindará protección policial para todo el proceso y concluido éste si subsiste el riesgo. Excepcionalmente se les podrá facilitar documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

Surge el espinoso problema de mantener un equilibrio entre los derechos de los testigos, peritos y familiares y el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías. Una de estas garantías es la posibilidad de contradicción de los testimonios de cargo; para lo que es necesario conocer no sólo la exposición de hechos inculpativos, sino también la identidad del testigo o perito a fin de determinar si fue movido por ánimos vengativos, mercantilistas o de naturaleza distinta al ánimo de colaborar con la justicia. Para soslayar éste problema, la ley obliga al Tribunal a revelar los nombres y apellidos de los testigos o peritos protegidos, si las partes se lo solicitan antes del juicio oral; y desde ese momento se le reconocen unos plazos a las defensas para recusar al perito (por parentesco, interés, amistad o enemistad: art. 662 LECrim) y para proponer nueva prueba encaminada a influir en el valor probatorio del testimonio vertido por la persona protegida.

C) Conviene recordar que para el caso de víctimas menores de edad, existen disposiciones específicas de protección recogidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor. Son de interés en la causa penal la prohibición de difusión en los medios de comunicación de datos o imágenes referidas a menores de edad (art. 4 nº 2 y 3) cuando sea contrario a su interés; incluso cuando conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Con ésta medida se trata de evitar la manipulación del menor por intereses económicos o de otra índole. Igualmente merece destacarse que, según la nueva redacción dada por dicha ley al artículo 158 del Código Civil, dentro de cualquier proceso el juez puede adoptar las disposiciones que considere oportunas (medidas inno-

minadas) para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Esta cláusula genérica permite la adopción de importantes medidas cautelares, como la de ingresar al menor en un centro asistencial; ponerlo bajo el cuidado y custodia de determinadas personas; suspensión temporal del régimen de visitas; control de estas visitas y cuantas fueran necesarias para evitarle traumas que le perjudiquen en su situación actual y en su proyección de futuro.

#### **IV. CUESTIONES DERIVADAS DE LA UTILIZACIÓN DE CONCEPTOS GENERICOS EN LA LEY PENAL**

El Cp 95 mantiene, con acierto, la idea ya introducida en la Reforma de 21 junio 1989 en el anterior Cp 73 que señala la "libertad sexual" como el bien jurídico protegido en el Título VII. Entendida como manifestación de la libertad de obrar, se refiere a las facultades de autodeterminación o de libre opción sexual: en relación a los adultos castiga las conductas que la obstaculicen; y en relación a los menores (carentes de capacidad de autodeterminación responsable) castiga aquéllas que puedan provocarles traumas o distorsiones en el futuro desarrollo de su libertad sexual.

Coherente tal decisión legislativa con los principios de la Constitución de 1978, lo cierto es que en la práctica siguen aflorando conceptos propios del desterrado bien jurídico de la honestidad: tales como moral sexual dominante, costumbre sexual, vicio, promiscuidad. Quizá esto sea inevitable en sociedades donde tales sentimientos tienen arraigo y evolucionan lentamente en la aceptación y entendimiento de los valores personales-individuales. Pero es indudable que la moralización de los delitos que nos ocupan provoca graves disfunciones: no sólo en la fase de averiguación y persecución de los mismos, con una clara repercusión en algunos casos sobre la salud mental de la "víctima" como antes se ha dicho; sino también en la fase final de aplicación del tipo penal por el Tribunal sentenciador, y esta cuestión guarda conexión con los controvertidos y al parecer inevitables elementos normativos (valorativos-culturales) que introducen los tipos penales.

La interpretación judicial de tales conceptos se evidencia como importante desde el primer momento de la noticia del hecho presuntamente delictivo; pues si se acogen interpretaciones no sensatas ni acordes con un patrón cultural normalizado, se pueden causar perjuicios irreparables a personas que finalmente no serán sancionadas y durante la instrucción tuvieron que soportar restricciones a sus derechos (tales como detención o prisión) además del sufrimiento e incluso estigmatización que pueda provocar la implicación en un delito relacionado con conductas sexuales.

Ejemplo concreto de la anterior disertación podría ser el concepto de "material pornográfico", cuya difusión directa a menores o incapaces está sancionada por el artículo 186 Cp: si la fuerza po-

licial actuante o el juez entienden por tal cualquier representación gráfica de órganos genitales o de extravagantes posturas, se podría desencadenar la maquinaria procesal injustificadamente y de forma irreparable. No ocurriría tal supuesto si se describiera el concepto de material pornográfico —siguiendo ejemplos de Derecho Comparado— como aquélla obra dominada por un contenido groseramente lúbrico o libidinoso tendente a excitar instintos sexuales y carente de valor artístico, pedagógico o literario (Vives Antón).

Idéntico problema presenta el concepto de "favores de naturaleza sexual" cuya solicitud bajo amenaza de causar un mal, es castigado por el novedoso delito de acoso sexual —previsto en el art. 184 Cp— siempre que se desarrolle en el ámbito de una situación de superioridad laboral, docente o análoga. Una posible interpretación referiría el concepto a las conductas sexuales penadas en las agresiones y abusos exigiendo, como mínimo, que los favores solicitados impliquen contacto físico. Otra interpretación defendería la autonomía del delito respecto de los de agresiones y abusos —dado que obra en un capítulo específico— y encuadraría en el acoso sexual conductas tales como solicitar de la víctima su desnudo o la exhibición de su ropa interior, o bien que presencie el desnudo del acosador. Si a la anterior indeterminación se une la dificultad de la prueba incriminatoria en este delito, resulta manifiesto que la investigación policial y judicial debe ser extremadamente cuidadosa y acentuar aún más la excepcionalidad de medidas restrictivas en los derechos de los posibles culpables. Efectivamente, el elemento normativo relativo a la "legitimidad" de la expectativa que el acosador amenaza con frustrar, es de difícil probanza en el mundo laboral; donde el jefe actúa a discreción en la promoción del personal a su servicio. Lo mismo ocurre en el ámbito funcional y para los puestos de libre designación: quien podría acreditar la existencia de expectativas de ascenso es el propio acosador. Distinto será cuando existan datos objetivos que permitan fijar el mérito de la víctima y la injusticia de la decisión del acosador: este supuesto se daría en el ámbito docente, donde cabe valoración objetiva de las evaluaciones, exámenes o preparación académica de la víctima y también en el ámbito funcional, cuando el ascenso está reglado y el acosador lo obvia.

Bastan las consideraciones antes expuestas para exigir máxima precisión en los conceptos utilizados por la ley penal. El principio de legalidad penal, es especialmente necesario cuando se están sancionando conductas que se refieren a la esfera íntima de las personas y se está facultando al Estado para intervenir en ellas de la forma más gravosa posible como es la punitiva.

#### **V. CUESTIONES DERIVADAS DE LA RESPUESTA DE LA LEY A ESTE TIPO DE DELITOS**

El Cp 1995 ha seguido el patrón clásico de sancionar los delitos contra la libertad sexual con las

clásicas penas privativas de libertad para las conductas jurídicamente más reprobables (prisión o arrestos de fin de semana) o multa para las menos graves. También mantiene las previsiones específicas que para este tipo de delitos contenía el Cp 1973; esto es, la sentencia condenatoria por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil (reparación económica de daño moral y físico causado) se harán los pronunciamientos que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos (art. 193). En la sentencia se podrá decretar la clausura definitiva o temporal de establecimientos o locales, abiertos o no al público, donde el exhibicionismo, provocación sexual o prostitución se haya realizado (194 Cp).

La respuesta legal para los momentos previos al dictado de la sentencia, se ha revelado parca y ausente de imaginación; aunque no es menos cierto que, en buena sistemática, aquélla debería venir de la mano de una innovación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien la medida de clausura temporal del local donde se realice la prostitución o exhibicionismo se podrá adoptar, de forma cautelar, desde el inicio de la investigación judicial; lo cierto es que este tipo de delitos necesitan de otras medidas cautelares o impeditivas de la reiteración delictiva: como serían las órdenes judiciales que prohibieran el acercamiento del presunto agresor a la víctima o bien prohibieran su residencia en la localidad de aquélla.

Desde un punto de vista doctrinal procesalista no existiría problema para la incorporación de tales medidas cautelares al ordenamiento jurídico; habida cuenta que presentan homogeneidad con la pena de destierro —recogida como accesoria en el artículo 57 del Cp de los delitos contra la libertad sexual entre otros— y consiste en la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que reside la víctima o su familia, si fueran distintos, dentro del período de tiempo que el juez o Tribunal sentenciador señalen, según las circunstancias del caso y sin que pueda exceder de cinco años.

Es lamentable que no se aprovechara la oportunidad del Cp 1995 para introducir medidas cautelares homogéneas a la pena de destierro: bien dentro de

las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual; bien en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## REFLEXIONES CRITICAS

Primero. Respecto a las condiciones de perseguibilidad de los delitos, se valora positivamente la cláusula de oportunidad (introducida por el art. 191 CP) por la que se legitima al Ministerio Fiscal para perseguir los delitos de agresiones sexuales, acoso y abuso mediante querrela, aún siendo la víctima mayor de edad. En tanto subsista el régimen de persecución semiprivado, la norma que fija las condiciones de perseguibilidad debería explicitar que la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.

Segundo. Se necesitan Planes o Protocolos de Coordinación Institucional para atender a las víctimas de estos delitos y asegurar una adecuada recogida de las pruebas del delito.

Tercero. Se impone el efectivo cumplimiento de los deberes de información a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, con detallada noticia de los sistemas de ayudas y protección previstos en las leyes.

Cuarto. Resulta criticable la utilización de conceptos normativos amplios en la descripción de ciertos tipos penales, como la provocación o el acoso sexual.

Quinto. Se desaprovechó la oportunidad de introducir medidas cautelares homogéneas a la pena de destierro: bien dentro de las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual; bien en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal". Editorial Aranzadi. Director: Gonzalo Quintero Olivares.
- "Fundamentos de Derecho Penal" 3ª Edición Tirant Lo Blanch. Jose Miguel Zugaldia Espinar.
- "La denuncia en el Proceso Penal". Nuria Torres Rosel. Editorial Montecorvo S.A.
- "El Proceso Penal. Lectura Constitucional. 3ª Edición. Francisco Ramos Méndez.
- "Juicio de Faltas. Diligencias a Prevención". Miguel Carmona. Granada 1990.
- "Manual de Derecho Procesal Penal" Eladio Escusol Barra.

# INTERNACIONAL

## Jueces y micrófonos. La experiencia alemana

Germán GOMEZ ORFANEL

### I. INTRODUCCION

El Estado al mismo tiempo que pone obstáculos para que se conozcan sus secretos, tiende a querer saber cada vez más de los ciudadanos, interviniendo su correspondencia y especialmente sus conversaciones telefónicas, incluso pudiendo controlar lo que hablan en sus casas, y para ello se argumenta que la seguridad del Estado está en peligro o que hay que luchar contra los delincuentes.

A los jueces que también son Estado, les corresponde la función de garantizar los secretos de los ciudadanos, ponderando cuando deben ceder ante otros intereses legítimos. En Alemania se ha aprobado recientemente una reforma constitucional que permite en determinados supuestos y con autorización judicial, colocar micrófonos u otros instrumentos semejantes en los domicilios. De ello nos ocupamos a continuación haciendo alguna referencia a Estados Unidos y una reflexión sobre la situación española.

### II. EL DEBATE SOBRE LAS ESCUCHAS

Para poder situar convenientemente los problemas que se analizan en estas páginas, hay que tener presente que en Alemania en los años posteriores a la derrota en la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup> se impuso un modelo de separación entre la policía y los servicios secretos, en el sentido de que éstos no podían ejercer prerrogativas policiales (detenciones, coacción física, registros...)

En materia de obtención de información, los servicios secretos ejercerían básicamente funciones *preventivas*, mientras que la actuación de la policía tendría un carácter sustancialmente *repressivo* vinculado a la persecución de los delitos (Strafverfolgung) y bajo control de los órganos judiciales.

Este modelo de separación de funciones, que en

<sup>1</sup> En abril de 1949 los aliados permitieron que el Gobierno alemán creara servicios secretos bajo tales premisas y como reacción frente a la experiencia del nacionalsocialismo.

Ello explica también el que sean varios los servicios secretos, o de información a nivel federal:

— La Oficina Federal para la Defensa de la Constitución (Bundesamt für Verfassungsschutz), cuya función básica es reunir información en el interior del territorio para la protección del orden constitucional liberal y democrático y de la existencia y seguridad de la Federación o de un Land, y que actúa en colaboración con los correspondientes servicios de los Länder.

— El Servicio Federal de Información (Bundesnachrichtendienst) orientado hacia la información del exterior

— El Servicio de Protección Militar (Militärischer Abschirmdienst) también con una orientación hacia la información interior.

los últimos tiempos se ha ido difuminando y se ha visto en gran medida desplazado, inspiró sin embargo la reforma constitucional de 1968 en relación con las intervenciones en la correspondencia y sobre todo en las comunicaciones telefónicas (art. 10 de la Ley Fundamental, así como la Ley de 13 de agosto de 1968, desarrollando tal artículo<sup>2</sup>).

En otro lugar<sup>3</sup>, he tenido ocasión de explicar tal reforma constitucional que daba cobertura al establecimiento de escuchas telefónicas a iniciativa de los servicios secretos y con independencia de la comisión de delitos y respecto a las cuales el control de los tribunales era sustituido por el de órganos nombrados por el Parlamento

Junto a este tipo de escuchas, la ley de desarrollo citada modificaba a su vez la Ley de Procedimiento Penal (Strafprozeßordnung) en la que se regulaban escuchas realizadas con autorización judicial y en supuestos en que existía fundada sospecha de que se habían cometido o iniciado determinados delitos (art. 100 a y, 100 b).

La situación se hará mucho más problemática, cuando se discuta sobre la existencia o no de cobertura jurídica, no ya para efectuar escuchas telefónicas sino para instalar instrumentos de escucha en los domicilios para acceder a las conversaciones privadas que se produzcan en ellos, llegándose incluso a realizar allanamientos para instalar micrófonos o empleando instrumentos (micrófonos direccionales por ejemplo), que sin entrar en el domicilio permiten captar lo que allí se diga, quedando afectada la inviolabilidad del domicilio con una intensidad mayor que la correspondiente a las escuchas telefónicas.

En un artículo publicado en 1994, sus autores consideran que la cuestión de si en el marco de la persecución penal de la criminalidad organizada en Alemania, deberían utilizarse también micrófonos en domicilios, oficinas, e incluso coches, se había convertido en 1993, en uno de los problemas centrales de política criminal más debatidos en la República Federal.<sup>4</sup> Para contribuir al citado debate estudiaron la experiencia norteamericana analizando el contenido de los *Wiretap Reports*<sup>5</sup>, correspon-

<sup>2</sup> Ley sobre limitación del secreto de correspondencia, postal, y de las telecomunicaciones. (Gesetz zur Beschränkung des Brief-Post- und Fernmeldegeheimnisses).

<sup>3</sup> Germán Gómez Orfanel "Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1968" en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3, enero-abril 1998; págs. 97-112.

<sup>4</sup> Andreas Böttger y Christian Pfeiffer: "Der Lauschangriff in den USA und in Deutschland: en *ZRP*, 1994, 1, págs. 7-17

<sup>5</sup> Administrative Office of the U.S. Courts: "Report on applications for orders authorizing or approving the interception of wire, oral or electronic communications (wiretap report) 1987-1992"

Todo juez norteamericano que autorice una medida de escucha, está obligado por ley a enviar a dicho órgano un informe

dientes a los años 1987-1992, y estableciendo una comparación con los datos disponibles sobre Alemania

En relación con las autorizaciones telefónicas realizadas en dicho período, éstas alcanzarían la cifra de 4.457 en Estados Unidos y 14.993 en Alemania. Atendiendo a la población se puede afirmar que la proporción de escuchas fue en Alemania 13 veces superior a la norteamericana.<sup>6</sup>

La citada documentación norteamericana, incluye datos sobre escuchas telefónicas, con micrófonos, así como en relación con medios electrónicos (ordenadores, correo electrónico, telefax...) y actuaciones combinadas, que recogemos en la tabla 1.

El análisis exhaustivo que Böttger y Pfeiffer efectuaron de los citados informes, se refleja en el cúmulo de datos que recoge su artículo y que aquí no podemos comentar, sin embargo me parece oportuno aludir a la relación entre los medios de vigilancia utilizados y la proporción de ingresos en prisión y condenas.

Situándonos en una posición comparatista, de la lectura del trabajo que comentamos se pueden desprender las siguientes conclusiones:

— El juez norteamericano actúa con una notable transparencia frente a los afectados y respecto a la opinión pública, asumiendo personal y nominativamente la responsabilidad por las autorizaciones concedidas. Por el contrario el juez alemán, en lo tocante a las escuchas telefónicas, con la firma que autoriza la intervención acaba su actuación, pudiendo olvidarse del asunto y no recibiendo información posterior sobre la eficacia que haya tenido la mencionada intervención.

— Aunque la criminalidad organizada en Alemania sea menor que en Estados Unidos, se autorizan un número casi cuatro veces mayor de escuchas telefónicas que en dicho país.

En relación con la instalación de micrófonos, las autorizaciones judiciales en Estados Unidos suelen ser escasas y para supuestos muy justificados, por considerar que suponen la intervención más intensa en la vida privada de los ciudadanos y por afectar también a terceros que no tienen nada que ver con actividades delictivas

— En relación con la posible introducción en Alemania de las escuchas mediante micrófonos, uno de los dos autores, Böttger se opone basándose en contenidos constitucionales como la intimidad de la

persona, su dignidad y la indefensión de los afectados. La posición de Pfeiffer sería la de aceptarlo pero con una serie de condiciones, algunas de las cuales han sido tenidas en cuenta en la regulación de las escuchas aprobada en 1998

Entre las aludidas condiciones destacaríamos las siguientes:

— La decisión de autorizar, correspondería a un órgano judicial colegiado, integrado por miembros con experiencia y que asuman la responsabilidad personal por sus decisiones.

— La elaboración de un catálogo claro de delitos que justifiquen la intervención

— La publicación anual de informes, que incluyan datos concretos sobre cada autorización, sus motivos, duración, personas afectadas y resultados condenatorios en su caso.

— La existencia de normas que prohíban la utilización de informaciones procedentes de personas que tengan el derecho reconocido a no declarar como testigos.

— La incorporación de este tipo de escuchas al ordenamiento jurídico alemán deberá hacerse por medio de una ley de modificación del *Strafprozeßordnung* y que sea aprobada por una mayoría de dos tercios.

En los años anteriores a la aprobación de la reciente reforma constitucional de 1998 y sobre todo a partir de finales de los ochenta, se fue introduciendo paulatinamente tanto a nivel federal como de los Länder, el *Lauschangriff*<sup>7</sup> aprovechando las posibilidades que el artículo 13.3. de la Ley Fundamental ofrecía para limitar la inviolabilidad del domicilio "para hacer frente a riesgos de orden general o situaciones que pongan en peligro la vida de una persona" o "para prevenir situaciones de riesgo urgentes de la seguridad y el orden públicos"

Así, en el ámbito de los servicios de defensa de la Constitución, la ley federal y las de la mayoría de los Länder ofrecen cobertura para la instalación de medios técnicos para obtener información en el ámbito protegido por el artículo 13, cuando se presente un riesgo de orden general o de peligro para la vida de una persona. La ley bávara de defensa de la Constitución va todavía más lejos al permitir en supuestos relacionados con la sospecha de comisión de determinados delitos, la obtención de información en los domicilios o procedente de éstos.<sup>8</sup> Además encomienda a los servicios de información correspondientes la lucha contra la criminalidad organizada, alterando el modelo de separación entre policía y servicios secretos vigente sobre todo a nivel federal.

detallado cuyos datos serán procesados y que permita conocer las razones de la autorización, el alcance y éxito de la escucha y los efectos de la misma.

Así a título de ejemplo, en relación con el caso 229 de 1991, se ofrece la siguiente información: el juez Lasker (Nueva York) a instancias del fiscal Saltzburg, autorizó el 13 de abril de 1989 en un caso de chantaje, con pagos por protección, la instalación de micrófonos en un Club Social por un plazo de 30 días, que sería prorrogado diez veces. Los instrumentos de escucha estuvieron en actividad durante 233 días, siendo escuchadas 8.978 conversaciones. De ellas 417 (un 4,6 %) fueron consideradas inculpativas. 32 personas fueron afectadas por las escuchas, 11 serían encarceladas y condenadas. La operación supuso un coste de 299.329 dólares.

<sup>6</sup> Los datos correspondientes a Alemania son mucho menos completos y se tomaron de documentos parlamentarios (BT- Dr 12/5269) y de los ofrecidos por Lücking, en su texto, *Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1992, pág. 42.

<sup>7</sup> A. Böttger y Ch Pfeiffer, op. cit., págs. 16-17.

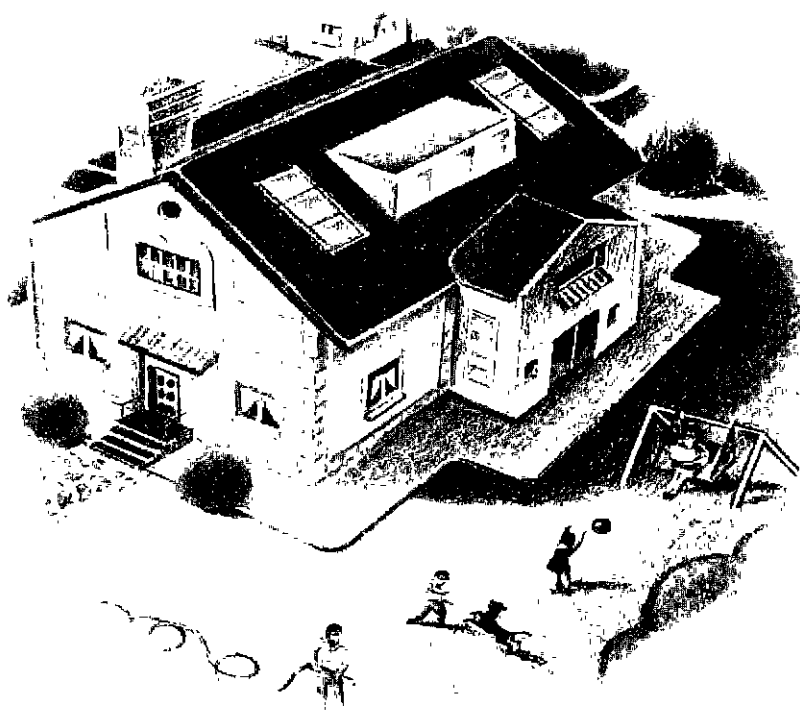
<sup>8</sup> El *Lauschangriff*, o intervención mediante escuchas (especialmente micrófonos) empieza a utilizarse en relación con el "caso Traube" en 1977

El Dr. Traube era un físico nuclear que sufrió un allanamiento de su domicilio por parte de los servicios secretos con la intención de colocar micrófonos, por resultar sospechoso de contactos con grupos terroristas. El descubrimiento por *Der Spiegel*, de tales escuchas generó un escándalo público. Desde aquellas circunstancias, no ha dejado de emplearse tal palabra en muy diferentes sectores de la opinión pública. (Veáse G. Gómez Orfanel, op. cit., págs 102-107).

<sup>9</sup> Ley de reforma de la Ley de Baviera de Defensa de la Constitución, de 8 de julio de 1994 (art. 6. IV).

**Seguro exclusivo para  
los miembros de la  
Carrera Judicial**

**Seguros de Hogar  
Groupama**



**Cuéntenos cómo es su casa  
y le ofreceremos un seguro a su medida.**

En Groupama sabemos que cada hogar es diferente, por eso hemos diseñado una amplia gama de productos, para que sea cual sea su casa no se tenga que preocupar de esos accidentes y averías tan comunes en la vida diaria.

Para atenderle como usted espera tendrá a su disposición un servicio de asistencia 24 horas.

Además, como **miembro de la Carrera Judicial**, dispondrá de unas condiciones económicas excepcionales.

Contacte con su mediador y cuénteles cuáles son sus necesidades, seguro que obtiene una respuesta satisfactoria.



Para más información puede llamar ya a los teléfonos 91 564 55 55 / 91 564 56 15

**TABLA I**  
**USO DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE VIGILANCIA DURANTE LOS AÑOS 1987 A 1992**  
**(FRECUENCIAS Y PORCENTAJES)**

	1987	1988	1989	1990	1991	1992
Sólo teléfono	567 86,7%	615 82,1%	613 80,3%	693 77,3%	651 73,9%	760 76,7%
Sólo micrófono	48 7,3%	65 8,7%	59 7,7%	73 8,1%	64 7,3%	41 4,1%
Sólo medios electrónicos	0 0%	28 3,7%	30 3,9%	44 4,9%	91 10,3%	120 12,1%
Teléfono/micrófono	37 5,7%	21 2,8%	25 3,3%	45 5,0%	27 3,1%	17 1,7%
Teléfono/medios electrónicos	0 0%	17 2,3%	28 3,7%	36 4,0%	36 4,1%	39 3,9%
Micrófono/medios electrónicos	2 0,3%	1 0,1%	4 0,5%	3 0,3%	6 0,7%	9 0,9%
Teléfono/micrófono/medios electrónicos	0 0%	2 0,3%	4 0,5%	3 0,3%	6 0,7%	5 0,5%

**TABLA II**  
**COLOCACION DE INSTRUMENTOS DE VIGILANCIA Y CASOS CON COMUNICACIONES**  
**INCRIMINATORIAS, INGRESOS EN PRISION Y CONDENAS**  
**(NUMERO DE CASOS Y PORCENTAJES)**

	Número de actuaciones	Casos con comunicación incriminatoria	Casos con ingreso en prisión	Casos con condena
Sólo teléfono	1.654	1.577 95,3%	722 46,7%	547 33,1%
Sólo micrófono	152	123 80,9%	45 29,6%	31 20,4%
Sólo medios electrónicos	50	29 58%	13 26%	12 24%
Teléfono/micrófono	79	77 97,5%	46 58,2%	38 48,1%
Teléfono/medios electrónicos	42	41 97,6%	26 61,9%	10 23,8%

Las leyes de Policía de los Länder contienen también normas que permiten la obtención de datos personales procedentes de domicilios y mediante métodos ocultos, en supuestos como "el peligro para la vida o el cuerpo de una persona" (Berlín, Brandenburgo, Hamburgo, Sajonia...) o "la libertad de una persona" (Baja Sajonia), o "peligro para la existencia o seguridad de la Federación o de un Land" (Baden-Württemberg)

Una ley federal de 1992, dirigida a la lucha contra el narcotráfico<sup>10</sup>, posee especial relevancia, ya que modificaría a su vez las normas del Procedimiento Penal (Strafprozeßordnung), incluyendo, entre otros, un nuevo artículo, el 100 c, que legitima investigaciones secretas (Geheime Ermittlungen), autorizando sin conocimiento del afectado, la instalación de cámaras y videos y el empleo de medios técnicos de observación que permitan la investigación de los hechos o del lugar donde permanezca el autor, y ello en supuestos de delitos de especial relevancia [100 (1), 1]. También se dispone que las conversaciones no públicas podrán ser escuchadas y grabadas con medios técnicos cuando actuaciones determinadas fundamenten la sospecha de haber cometido un delito de los recogidos en el artículo 100 a, y la investigación de los hechos o del lugar de estancia del autor no tuviera éxito de otro modo, o resultara sustancialmente dificultada [100 c (1) 2]. Tales medidas sólo podrán ser autorizadas por el juez, o en caso de urgencia, por el Ministerio Fiscal y sus auxiliares (artículo 100 d).

Si leemos el texto de estos artículos, podemos pensar que cabe incluso la irrupción en domicilios para colocar micrófonos, sin embargo, la interpretación predominante, sobre todo si se tienen en cuenta los debates parlamentarios sobre la ley, considera que las grabaciones autorizadas son "fuera de los domicilios"<sup>11</sup>. En realidad el legislador pretendía reservar la cuestión de la instalación de medios técnicos en domicilios a una posterior regulación, y al no hacerlo se produciría una laguna legislativa.

En la reciente Ley de la Oficina Federal Criminal (Bundeskriminalamtgesetz), se alude de modo claro a la instalación de medios técnicos de escucha, pero se emplea también la expresión "fuera de los domicilios" (außerhalb der Wohnungen) prohibiéndose la instalación en los domicilios (art. 23. II, Nr 2 BKAG). Frente a esta distinción cabe pensar que si en virtud de los avances tecnológicos se puede espiar todo lo que se hable en una vivienda, sin haber penetrado en ella, los afectados verían atacada su intimidad y la inviolabilidad del domicilio, lesionada. Por otro lado no deja de ser cierto que si además se produce una irrupción o entrada ilegítima en el domicilio para colocar micrófonos, por ejemplo, la in-

tensidad de la intervención, con independencia de sus connotaciones penales, es todavía más insoportable.

Muchas de las normas, sobre todo de los Länder, que hemos puesto como ejemplo, a pesar de buscar su fundamento constitucional en el propio artículo 13.3,<sup>12</sup> encontrarán graves objeciones de inconstitucionalidad, no solo por lesionar la garantía del contenido esencial de la inviolabilidad del domicilio, sino también por ser incompatibles con valores como la dignidad de la persona (art. 1 LF), la privacidad asociada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1. LF), e incluso con la protección del matrimonio y de la familia (art. 6. LF), al pretender controlar el poder público las conversaciones pertenecientes al círculo familiar más íntimo. Además la obtención de datos personales a través de estas actuaciones podría colisionar con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa ("informationelle Selbstbestimmung") reconocido en la sentencia de 15 de diciembre de 1983<sup>13</sup>.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA

El 6 de febrero de 1998, el Bundesrat aprobaría el texto de reforma constitucional ya aceptado por el Bundestag el 16 de enero, legitimando a nivel constitucional el *Lauschangriff*. Dicha reforma iría acompañada de una ley de desarrollo modificando las normas del Procedimiento Penal<sup>14</sup>.

En Alemania, para realizar cambios en la ley Fundamental, se requiere la aprobación de ambas Cámaras por una mayoría dos tercios (art. 79.2. LF), y por ello ha sido necesario un acuerdo entre los partidos de la coalición de Gobierno (CDU-CSU y FDP) y los socialdemócratas (SPD), que se materializaría el 28 de agosto de 1997, aunque el texto de reforma constitucional fuera objeto de modificaciones a lo largo de un proceso posterior de negociación, hasta desembocar en su versión definitiva.

El artículo 13 de la Ley Fundamental que recoge la garantía de la inviolabilidad del domicilio quedaría modificado por la incorporación de cuatro nuevos párrafos, posibilitándose la instalación de medios técnicos de vigilancia acústica de los domicilios en que previsiblemente permanezcan los sospechosos de haber cometido un delito especialmente grave previsto específicamente por la ley. Tal actua-

<sup>12</sup> No han faltado opiniones que han intentado buscar cobertura en el párrafo 2 del artículo 13 (antes de la reforma), pretendiendo asimilar instalación de micrófonos, con un "registro acústico". Pero tales afirmaciones no tienen demasiado fundamento, véase Gunnar Cassardt "Zur Aufklärung mit technischen Mittel in Wohnungen", en *ZRP*, 1997, 9, págs. 370-376 (p. 371).

<sup>13</sup> BVerfGE. 65, 1: "las limitaciones a este derecho a la autodeterminación informativa, sólo son admisibles en virtud del interés general prevalente. Precisarán de un fundamento legislativo conforme con la Constitución, que se corresponda con el mandato de la claridad normativa propio del Estado de Derecho Respecto a su regulación el legislador debe observar el principio de proporcionalidad." "Volkszählungsurteil" (sentencia del censo) Directriz. 2.

<sup>14</sup> "Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada).

<sup>10</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität de 15 de julio de 1992.

<sup>11</sup> Kurt Schelter: "Verbrechensbekämpfung mit elektronischen Mitteln, ein Tabu?" en *ZRP* 1994, 2, págs. 52-57 (p. 53).

Horst Hund: Der Einsatz technischer Mittel in Wohnungen Versuch einer verfassungskonformen Lösung", en *ZRP*, 1995, 9, págs. 334-338 (p. 334)

ción requiere autorización judicial (concedida por un órgano colegiado de tres jueces o por un juez en caso de urgencia), y se sitúa en el ámbito de la persecución de los delitos (*Strafverfolgung*).

La reforma constitucional ofrece ahora cobertura a las normas legislativas de la Federación y de los Länder, a las que hemos hecho anteriormente referencia, y que eran difícilmente compatibles con el texto anterior del artículo 13, y con otros preceptos constitucionales. Sin embargo en Alemania cabe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional Federal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, no sólo por motivos formales o procedimentales sino por vulnerar los límites materiales contenidos en el artículo 79.3 L.F.<sup>15</sup>

Por su parte, la ley de desarrollo al modificar el *Strafprozeßordnung*, introducía una lista de delitos,<sup>16</sup> respecto a los que la sospecha fundada de comisión, legítima la instalación de instrumentos de escucha y grabación en los domicilios de los autores o de terceras personas cuando en ellos se encuentre el sospechoso, o la intervención en el domicilio de éste no hubiese permitido la investigación de los hechos o la averiguación del lugar donde se halle, siempre que otro modo de actuación resultase desproporcionadamente dificultoso o sin posibilidades de éxito<sup>17</sup>.

En otros preceptos se someten a plazo las escuchas, y se regulan las condiciones en que procede informar de las escuchas realizadas a los afectados.<sup>18</sup>

Pero el aspecto más importante y que alcanzaría una notable relevancia política sería el de las personas que por tener derecho a negarse a actuar como testigos, podrían quedar a salvo de las escuchas. En tal sentido, el artículo 53 del texto regulador del Procedimiento Penal (*Strafprozeßordnung*) se refiere a quienes pueden negarse a declarar como testigos por motivos profesionales, e incluye entre otros a sacerdotes, abogados defensores, abogados en general, asesores fiscales, médicos, parlamentarios y periodistas.

<sup>15</sup> El TCF, se pronunciaría a favor de la constitucionalidad de la reforma constitucional sobre las escuchas telefónicas de 1968, salvo en un aspecto de menor relevancia, en su sentencia de 15 de diciembre de 1970.

<sup>16</sup> Entre otros, se mencionan los siguientes delitos (100c, 1, 3):  
— falsificación de moneda o billetes y de tarjetas de crédito  
— asesinato, homicidio o genocidio  
— delitos contra la libertad personal  
— hurto cometido por bandas  
— robo con resultado de muerte  
— chantaje  
— diversos tipos de receptación  
— blanqueo de dinero  
— corrupción de funcionarios o soborno  
— delitos recogidos en la ley de armas o en la de economía exterior  
— tráfico de drogas  
— traición o puesta en peligro del Estado de Derecho democrático o de la seguridad exterior  
— delitos recogidos en las leyes de extranjería o tráfico de personas.

<sup>17</sup> Se incrementa así de modo desmesurado el número posible de terceros afectados por las escuchas, bien por permanecer en el domicilio del sospechoso o por que éste tenga determinadas relaciones con el domicilio de los terceros.

<sup>18</sup> "Cuando no se pongan en peligro los fines de la investigación, la seguridad pública, o el cuerpo o la vida de una persona, así como la posible utilización posterior de un agente que investigue con carácter secreto" [art. 101,1(1)].

En las negociaciones entre los partidos de la coalición y el SPD, se acordó el 7 de enero de 1998 excluir de las escuchas a los sacerdotes respecto a sus conversaciones de tipo espiritual, a los abogados defensores en lo referente a la comunicación con sus clientes imputados y a los parlamentarios. De este modo influyentes grupos de presión como los abogados en general, los médicos y de modo especial los periodistas podrían ser objeto de escuchas.

El 6 de febrero de 1998 quedaría aprobada la reforma constitucional aunque en relación con la ley de desarrollo ya votada por el Bundestag la mayoría socialdemócrata de la Cámara de representación de los Länder solicitaría la reunión de la comisión mixta prevista en el artículo 77 de la Ley Fundamental. Dicha comisión recomendó que la exclusión de las escuchas se extendiera a todos los grupos profesionales que tuvieran reconocido el derecho a no tener que declarar como testigos. Tal recomendación resultaría aprobada por el Bundestag el 5 de marzo por 329 contra 322 votos. La alianza entre socialdemócratas, verdes, comunistas y parte de los diputados liberales, derrotaría a la coalición de Gobierno. La trascendencia política de la ley quedaría en gran medida disminuida.

#### IV. REFLEXION FINAL PARA ESPAÑOLES

No me cabe duda de que aspectos importantes de la experiencia alemana pueden ser muy útiles para reflexionar sobre la situación española y más en concreto en relación con el reciente descubrimiento de las escuchas del CESID en la sede de HB en Vitoria.

En nuestro país, a diferencia con Alemania, las escuchas telefónicas efectuadas por los servicios secretos no están exentas del control de los jueces, quienes deberán autorizarlas (art. 18.3. CE). La Ley de Enjuiciamiento Criminal desarrolla el precepto constitucional, si bien vinculándolo a situaciones de procesamiento, o indicios de responsabilidad criminal (art. 579, 2 y 3).

Un tratamiento especial reciben los supuestos de terrorismo y actuación de bandas armadas (art. 55 CE), respecto a los que en caso de urgencia, el ministro del Interior o el director de la Seguridad del Estado pueden ordenar la observación telefónica, que precisará posterior confirmación del juez competente (art. 579.4)

Fuera de este marco legal las escuchas telefónicas son ilegales, delictivas y susceptibles de lesionar derechos fundamentales.

Sin embargo, en el caso que comentamos, parece ser que la intervención del CESID, no se limitó a las escuchas telefónicas, con lo cual cabría plantearse el estatuto jurídico de las escuchas con micrófonos u otros instrumentos semejantes. No existe una regulación de tales escuchas, salvo que se opine un tanto forzosamente que las conversaciones privadas se consideren "comunicaciones" (art. 18.3 CE), y en cualquier caso, la intimidad personal y familiar y la propia imagen así como la inviolabilidad del

domicilio quedarían afectadas. Excluyendo tal interpretación, es cierto que las escuchas mediante micrófono no aparecen previstas expresamente en el texto constitucional, lo cual no sería un obstáculo insuperable, si tenemos en cuenta la ley Orgánica 4/1997, en la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, que tampoco tendría un fundamento explícito en el texto constitucional, aunque tal ley se limita a lugares públicos (art. 1º), y “no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas salvo consentimiento del titular o *autorización judicial* (art. 6º.5). La ley recoge una serie de elementos garantistas, alude al principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima (art. 6º 1), e incorpora una serie de novedades como la existencia de un órgano colegiado presidido por un magistrado, y a quien se encomienda la autorización de las instalaciones fijas (art. 3º).

Una posible ley de escuchas no telefónicas tendría que pronunciarse sobre cuestiones tales, como si tales escuchas serían procedentes únicamente para la persecución de delitos, y delitos especialmente graves o si en supuestos excepcionales (prevención de peligros, contra la vida de las personas, por ejemplo) la policía o los servicios secretos podían realizar escuchas con autorización o con ratificación judicial inmediata.

Por otro lado, ¿cabría pensar en la posibilidad de que un juez autorizase una entrada en un domicilio para colocar un micrófono, al amparo de lo previsto en el artículo 18.2 de la Constitución?

La ausencia de un marco legislativo adecuado, la falta de cobertura jurídica, genera situaciones en que la legalidad constitucional e infraconstitucional se ven vulneradas, aunque se pretenda buscar justificación en referencias al estado de necesidad o incluso nada menos que a la razón de Estado. Además, la policía y sobre todo los servicios secretos tienden habitualmente a buscar un tratamiento jurídico excepcional que les dispense del Derecho común y a que en base a la lucha contra la criminalidad organizada o a la defensa de la seguridad del Estado, se olvide que éste no es otra cosa que Estado de Derecho, democrático y social.

## ANEXO. LEY FUNDAMENTAL

### Artículo 13

(1) El domicilio es inviolable.

(2) Sólo los jueces y, en caso de que la demora comportara un riesgo, también, los órganos que prevean las leyes podrán ordenar registros, que deberán realizarse siempre en la forma legalmente establecida.

*(3) Si determinados hechos fundasen la sospecha de que alguien hubiese cometido un delito especialmente grave previsto específicamente por la ley, podrán colocarse, para la persecución del delito y con autorización judicial, medios técnicos de vigilancia acústica de los domicilios en que previsiblemente permanezca el inculpado, cuando la investigación de los hechos resultase de otro modo desproporcionadamente dificultosa o sin perspectivas de éxito. Tal medida habrá de someterse a un plazo. Corresponderá conceder la autorización a un tribunal integrado por tres jueces. En caso de que la demora supusiera un riesgo podrá concederla un único juez.*

*(4) Para hacer frente a situaciones urgentes de peligro para la seguridad pública, especialmente en casos de riesgo de orden general o para la vida de las personas, podrán colocarse medios técnicos de vigilancia de domicilios mediante únicamente autorización judicial. En caso de que la demora comportase un riesgo, podrá autorizarse tal medida por otro órgano previsto legalmente, debiendo obtenerse posteriormente un autorización judicial lo antes que sea posible.*

*(5) Si los medios técnicos estuviesen dirigidos exclusivamente a la protección de las personas que participen en una intervención domiciliaria, la medida podrá adoptarse por un órgano legalmente previsto. Cualquier otra utilización de la información así obtenida sólo será admisible con vistas a la persecución del delito o para enfrentarse a las situaciones de peligro y siempre que previamente se haya declarado judicialmente la conformidad a Derecho de tal medida; en caso de urgencia, la autorización judicial habrá de obtenerse lo antes que sea posible.*

*(6) El Gobierno federal informará anualmente al Bundestag sobre la colocación de medios técnicos efectuada conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º, y en el 4º, en lo referente al ámbito competencial de la Federación y en el 5º en tanto en cuanto se hubiese precisado intervención judicial. Una comisión elegida por el Bundestag efectuará el control parlamentario con base en tal información. Los Länder garantizarán un control parlamentario semejante.*

*(7) Las medidas que afecten o restrinjan este derecho sólo se podrán acordar con la finalidad de hacer frente a riesgos de orden general o situaciones que pongan en peligro la vida de una persona. En virtud de una ley que así lo permita, estas medidas también se podrán acordar con la finalidad de prevenir situaciones de riesgo urgente de la seguridad y el orden públicos y, en especial, para superar necesidades de alojamiento, combatir riesgos de epidemias o proteger a menores en situaciones de riesgo.*

(El texto en cursiva es el resultante de la reforma constitucional efectuada).

# Los fiscales antimafia

Vittorio BORRACCETTI

1. Mediante el decreto-ley 367/1991, de 20 de noviembre, convertido en ley 8/1992, de 20 de enero, se modificó la disciplina relativa a las atribuciones del ministerio público (MP) en materia de delitos de mafia<sup>1</sup> y se instituyeron las *Direzioni distrettuali* (DDA) y la *Direzione nazionale antimafia* (DNA).

Mientras la regla general, artículo 51,1<sup>o</sup> del Código procesal penal (CPP) prevé que las funciones del MP se ejerzan por el *Procuratore della Repubblica* (PR) ante el juez competente por razón del territorio para el conocimiento del delito, en el caso los delitos señalados en el artículo 51, 3 bis CPP —asociación de tipo mafioso, delitos agravados por la finalidad mafiosa, secuestro de personas con fines de extorsión, asociación para el tráfico de estupefacientes— dichas funciones han sido encomendadas al PR ante el Tribunal de la cabeza de distrito en cuyo ámbito tenga su sede el juez competente. Las DDA son articulaciones internas de las *Procure distrettuali* (PD), a las que están adscritos los magistrados encargados de tramitar los procesos por tales delitos.

La modificación ha afectado también, de manera parcial, a la competencia del juez; en efecto, al juez para las investigaciones preliminares (y de la audiencia preliminar) del tribunal que tiene su sede en la cabeza del distrito se le ha atribuido la competencia para tomar las decisiones jurisdiccionales en la fase de las investigaciones preliminares y en la audiencia preliminar (art. 328,1 bis CPP, introducido por la ley a que se ha hecho referencia); para el juicio oral sigue siendo competente el juez que lo sea por razón del territorio según las reglas generales<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Con la expresión "delitos de mafia" hago referencia a los delitos que son expresión de las organizaciones criminales definidas en el artículo 416 bis CPP como asociaciones de tipo mafioso; tal asociación existe "cuando los que la componen se valen de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y de *omertà* que se deriva de éste, para cometer delitos, adquirir de manera directa o indirecta la gestión o de cualquier modo el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos y servicios públicos u obtener beneficios o ventajas injustas para sí o para otros o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de conseguir votos para sí o para otros en ocasión de consultas electorales".

<sup>2</sup> Se discute desde hace años la propuesta de instituir los tribunales de distrito, con competencia para juzgar los delitos del artículo 51,3 bis CPP. A las razones favorables, que esencialmente se concretan en la necesidad de evitar los inconvenientes organizativos derivados de la falta de correspondencia territorial entre órganos de investigación y de enjuiciamiento, especialmente en las regiones donde la actividad judicial contra la criminalidad de tipo mafioso es más intensa; se oponen, sobre todo, argumentos en contra de la concentración de poder, aunque sea judicial, y la observación sobre la inoportunidad de llevar a cabo reformas de carácter general en función de exigencias derivadas de algunas situaciones locales, aunque sean de gran importancia.

Pero ahora hay dos relevantes novedades a considerar en esta discusión: La introducción del tribunal de la libertad en el ámbito del distrito, consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional sobre la incompatibilidad, y la institución del juez único de instancia, reforma que debería favorecer la revisión de las circunscripciones judiciales. En la reorganización de las competencias territoriales, algunos de los inconvenientes alega-

Mientras la creación de las DDA se ha resuelto en una redistribución de las atribuciones entre los órganos del MP en el territorio del distrito, la creación de la DNA, compuesta por el *Procuratore nazionale antimafia* (PNA) y veinte sustitutos, ha supuesto una novedad absoluta.

Al PNA se le han atribuido tareas de coordinación y de impulso de las actividades de investigación desarrolladas por las PD en relación con los delitos del artículo 51,3 bis CPP. Las funciones del PNA están descritas en el artículo 371 bis CPP como "funciones de impulso", con el fin de "hacer efectiva la coordinación de las actividades de investigación, garantizar la funcionalidad del uso de la policía judicial en sus diversas articulaciones y asegurar la plenitud y la rapidez de las investigaciones".

En el ejercicio de tales funciones el PNA ejerce en particular algunos poderes, descritos en el artículo 371 bis,3<sup>o</sup> CPP, entre los cuales se cuenta el de obtener y elaborar "noticias, informaciones y datos relativos a la criminalidad organizada". Por coherencia, el artículo 117,2<sup>o</sup> bis CPP prevé que el PNA tenga acceso a los registros de las noticias de delito y a los bancos de datos constituidos en las PD.

Otros poderes significativos son la disposición temporal de magistrados de la propia DNA o de las DDA para satisfacer específicas y contingentes exigencias de investigación o procesales, y la avocación de investigaciones, cuando la coordinación no resulte posible por inercia o violación de los deberes del artículo 371 CPP<sup>3</sup>.

Como se ve, falta entre las atribuciones la típica de todo órgano del MP, el poder de investigación y de ejercicio de la acción penal. En realidad el nuevo organismo se configura como estructura de servicio y de apoyo de las PD en relación con la actividad de investigación de delitos de criminalidad mafiosa, que actúa con el fin de coordinar tal actividad.

2. El debate sobre la introducción de los nuevos institutos ha sido áspero, registrando una prevalente hostilidad de las asociaciones de magistrados frente a las nuevas estructuras, en particular frente a la DNA. Si hoy, después de más de cinco años de su institución, esta hostilidad parece haber sido superada por lo que se refiere a las DDA, permanece aún alguna desconfianza en relación con la DNA.

Conviene dar cuenta de forma sumaria de las razones a favor y en contra.

dos para sostener la creación de los tribunales de distrito podrían superarse con la creación de órganos de primera instancia de dimensiones medias y menos desperdigados geográficamente.

<sup>3</sup> El artículo 371 CPP prevé que en el caso de que las investigaciones en curso en varios órganos del MP se encuentren relacionadas, éstos deben coordinarse entre sí para asegurar la rapidez, economía y eficacia de aquéllas, disponiendo el intercambio de documentos e informaciones, la comunicación de las directrices respectivamente impartidas a la policía judicial y la realización conjunta de actuaciones específicas.

Lo inadecuado de una acción de respuesta a la criminalidad de tipo mafioso conducida de modo fragmentario por una pluralidad de órganos de investigación judicial y de órganos de policía judicial se había hecho cada vez más evidente. En cierto modo, una tal organización del aparato represivo del Estado, aunque no hubiera impedido algunos buenos resultados ocasionales, acaba por ser funcional a la opinión, muy difundida en medios políticos y judiciales, de que la mafia como organización no existiese, tratándose tan solo de perseguir a los autores de cada delito en particular.

El carácter multiterritorial de las organizaciones criminales de tipo mafioso, el hecho de que éstas miren a controlar parcelas de territorio y de sociedad sometiénolas a su dominio requiere, para que la actividad represiva sea eficaz, capacidad en el aparato de investigación y judicial para descubrir y neutralizar la estructura de la organización, su mando, sus articulaciones, los canales de reinversión de la riqueza, las actividades de apoyo y colaboración, las relaciones con la economía, las finanzas, la administración pública, la política.

De aquí se sigue que la investigación sobre los hechos de criminalidad organizada de tipo mafioso no puede limitarse a la individualización de los autores de cada delito o de las actividades ilícitas sectoriales (estupefacientes, extorsiones, secuestro de personas, etc.), sino que debe orientarse al conocimiento de la organización criminal en su conjunto. Y para tener esta visión de conjunto, las investigaciones deben llevarse a cabo de manera que permitan captar las conexiones y la vinculación entre los diversos y singulares episodios delictivos.

Por tanto, se necesitan una organización de la actividad de investigación y un método de trabajo fundados en la circulación de las informaciones obtenidas por cada órgano investigador, en el examen contrastado y la elaboración de las mismas; y en la fase operativa es necesario que las intervenciones de las distintas autoridades no entren en conflicto y se obstaculicen recíprocamente.

El tipo de criminalidad al que se ha de hacer frente requiere estructuras de policía judicial y una organización del MP capaz de afrontar en su globalidad los fenómenos criminales, de poner a punto técnicas de investigación y métodos operativos diseñados sobre las características específicas de los hechos criminales, que deben ser conocidos de manera sistemática y cuyo conocimiento tiene que ser conservado y puesto a disposición de todos los que operan dentro de esas estructuras.

Dicho con otras palabras, es necesario que las investigaciones se lleven de forma coordinada y que tal coordinación sea institucional y sistemática, pues no es suficiente la previsión de las modalidades de ésta que contiene el artículo 371 CPP, cuya realización queda confiada a la iniciativa de los órganos interesados o incluso de cada magistrado; la coordinación debe convertirse en una característica estructural de la acción investigadora de los fenómenos de criminalidad mafiosa.

Estas son, en síntesis, las razones compatibles que constituyen el fundamento de la introducción de

las DDA y de la DNA. Se trataba de ir más allá de la experiencia de los llamados *pool*, experimentados en el curso de las investigaciones contra el terrorismo y sobre todo, precisamente en la acción antimafia, por el órgano de instrucción de Palermo, con Caponetto, Falcone y Borsellino.

La institucionalización del método de trabajo en *pool* había tenido lugar a la entrada en vigor del CPP de 1988, con la previsión del artículo 70,3º del ordenamiento judicial, modificado por el Decreto del Presidente de la República 449/1988, de 22 de septiembre, relativa a la posibilidad de designación de varios magistrados para el tratamiento de una misma causa, en consideración al número de los imputados o de la complejidad de las investigaciones o del juicio.

La constitución de la DDA va más allá.

En el caso del artículo 70,3º se trata de la gestión conjunta de un procedimiento específico, mientras la DDA es una estructura orgánica permanente, en la que algunos magistrados se ocupan de forma continuada de procedimientos relativos a los delitos del artículo 51,3 bis CPP y dentro de la cual puede o no producirse la designación de varios magistrados para un mismo procedimiento.

Por lo demás, de hecho, la existencia de articulaciones internas de las PR, dedicadas de manera estable a las investigaciones sobre clases de delitos, era una experiencia en parte ya conocida dentro de los órganos de medianas y grandes dimensiones, también en el campo específico de los delitos de criminalidad organizada.

De otra parte, si bien se mira, la institución de las DDA y la DNA se sitúa en el curso de un proceso de modificación de la función del MP producida en los últimos años, en la que éste pasa de ser un mero receptor de denuncias de la policía judicial e instructor del proceso a partir de las mismas, a desempeñar un papel activo de promoción y dirección de la actividad de la policía judicial, sobre todo en relación con los hechos que no pertenecen a la criminalidad común y ocasional.

En lo que se refiere a los fenómenos de criminalidad organizada y más en general a los fenómenos criminales de carácter permanente y difuso, el MP ha ido asumiendo de hecho un papel de propia iniciativa, que prescinde de la recepción de precisas noticias de delito; cada vez más en los últimos años, el MP opera en la perspectiva de perseguir fenómenos criminales en general, no sólo hechos criminales singulares.

Esta evolución se ha visto secundada también en el plano legislativo. No tanto y no solo con las normas del CPP de 1988 que disciplinaban las relaciones entre el MP y la policía judicial en relación con la noticia de delito, asignando al primero de forma clara la actividad de dirección que, en todo caso, tenía ya antes; como con la norma del artículo 330 CPP (el MP y la policía judicial adquieren la noticia de delito por propia iniciativa), interpretada en el sentido de permitir investigaciones dirigidas a buscar las noticias de delito, una actividad, por tanto, referida a los fenómenos criminales en general.

Converge asimismo con el diseño de este nuevo

papel del MP el interés manifestado en estos últimos años —con especial referencia a las investigaciones judiciales sobre corrupción y mafia— por la función de control de legalidad de la acción penal, que alude también, de algún modo, a una iniciativa del MP en relación con los fenómenos criminales al margen del impulso derivado de la recepción de una específica y circunscrita noticia de delito.

Así, pues, de un lado, existe un tipo de criminalidad que presenta características de organización permanente y cuyas actividades delictivas concretas sólo pueden ser descubiertas y contestadas en la medida que se alcance a conocer y contestar a la organización; y, del otro, si la magistratura de investigación quiere desplegar una actividad de propia iniciativa en relación con estos fenómenos, tiene que desarrollar necesariamente una capacidad operativa que requiere disponer de articulaciones e instrumentos nuevos respecto del tradicional sistema organizativo, incluso para no quedar subordinada a la iniciativa de las fuerzas de policía.

Contra la introducción de los nuevos institutos estaba la hostilidad a cualquier concentración de poder en niveles diversos de los de la unidad de base, en la convicción de que ello supondría poner en riesgo la independencia y la autonomía de la actividad de investigación y que, en cualquier caso, a los fines de un ejercicio de la acción penal respetuoso con el principio constitucional de la obligatoriedad es preferible la máxima difusión del poder de investigación y de acción penal. En este planteamiento, la reducción del número de PR titulares de la acción penal por delitos de mafia se veía con desconfianza, porque se temía que pudiera favorecer una mayor controlabilidad de los mismos. Se pensaba, en fin, que cualquier reforma en el sentido de una concentración del poder habría acabado por favorecer una ordenación jerárquica de los órganos del MP y también su posible sometimiento al control del poder político. Por estas últimas razones fue particularmente áspera la oposición al proyecto de PNA, en la que se entreveía precisamente aquél órgano de vértice que habría podido ser destinado al control de las PR y a una vinculación con el poder político.

Cualquier modificación de la estructura tradicional de los órganos del MP, caracterizada en Italia por la completa autonomía de éstos, distribuidos por todo el territorio, y por un sistema de organización interna de cada uno de ellos caracterizado por la máxima autonomía del magistrado individual, es vista, desde hace tiempo, en la magistratura, como un intento de introducir patrones jerárquicos orientados a un control de la actividad investigadora.

Este temor está justificado solo con que se piense en los reiterados proyectos de organización en sentido jerárquico de las fiscalías, todos debidos a que una iniciativa judicial independiente y autónoma resultaba insoportable para amplios sectores políticos y económicos. Pero la oposición a toda reforma no puede compartirse, en especial si tal planteamiento llega hasta el punto de teorizar como óptima la actual organización del MP, todo lo más confiando a los mecanismos de coordinación espontánea la sa-

tisfacción de las exigencias de coordinación impuestas por la acción de la criminalidad organizada.

Ciertamente, este tipo de organización está en condiciones de satisfacer la exigencia de autonomía e independencia de esos órganos y de los magistrados que quieran actuar, pero no asegura el funcionamiento del conjunto del aparato represivo del Estado conforme a las exigencias derivadas de la necesidad de hacer frente a la criminalidad organizada.

Casi parece como si el tipo de investigación teorizado como ejemplar fuera el del magistrado que por sí sólo descubre las tramas del poder criminal, y que, a la inversa, cualquier hipótesis de organización de la actividad de investigación que pudiera implicar a varios órganos llevando consigo deberes de colaboración con la puesta en común de informaciones, acabe por ser vista como peligrosa para llegar a alcanzar la verdad.

El límite de tal planteamiento era y sigue siendo que expresa la exclusiva preocupación por conservar la máxima independencia y autonomía de cada fiscalía, condición ciertamente necesaria para el ejercicio de la acción penal frente a cualquiera y por cualquier delito, pero sin llegar a reconocer las graves insuficiencias de un sistema en el que no existe estructura alguna de coordinación, en condiciones de captar la complejidad de las organizaciones criminales y de mantener una continua y organizada atención sobre ellas.

No se puede pensar en dejar esta tarea a la policía judicial. En efecto, una magistratura investigadora extendida por todo el territorio, sin una coordinación estructural, capaz de comunicarse solo a nivel de cada órgano singular, ocasionalmente interesado en una investigación concreta, acabaría por ser siempre dependiente de la policía judicial organizada de forma coordinada en el plano territorial y con un acervo de conocimiento directamente derivado del desarrollo coordinado de sus actividades.

Escapaba y escapa a las observaciones críticas que una estructura de órganos coordinados puede revelarse un buen instrumento para el óptimo funcionamiento de cada órgano de investigación y, por consiguiente, para el óptimo ejercicio de la acción penal según el principio constitucional de obligatoriedad. Del mismo modo que se infravaloraba la existencia de amplias zonas de inercia y de incapacidad profesional que una estructura estable y permanente de coordinación habría podido poner de manifiesto, permitiendo aprestar los remedios.

Así, pues, en el debate sobre la PNA se enfrentaron dos planteamientos, que en sus respectivas formas extremas eran ambos equivocados.

El favorable a la reorganización en sentido unitario de las fiscalías captaba solamente las indiscutibles ventajas derivadas de la introducción de tal sistema organizativo a escala nacional a la hora de hacer frente a la criminalidad de tipo mafioso, infravalorando cuando no perdiendo de vista las consecuencias posibles para la independencia y la ubicación institucional del MP. El planteamiento contrario enfatizaba las ventajas del modelo de acción penal difundido por el territorio a través de fiscalías autó-

nomas, pero no consideraba los límites de funcionalidad conexos a una acción penal dirigida a esa clase de criminalidad sin visión de conjunto y sin coordinación. Si un sistema organizativo de la magistratura investigadora con una fiscalía nacional en el vértice dotada de poderes de dirección de la actividad de las PD, como preveía el primer texto del decreto-ley preparado por el gobierno, era ciertamente de temer, sobre todo en relación con los propósitos de separación de las carreras de juez y MP en la forma a la que el debate en Comisión bicameral para la reforma de la Constitución habría podido llevar, la creación de una estructura que hiciera posible el método de trabajo requerido por la necesidad de hacer frente a las organizaciones de tipo mafioso, debía ser vista con buenos ojos, precisamente por quien aspire a asegurar el efectivo ejercicio de la acción penal en todas las situaciones.

La discusión llegó al fin a un resultado aceptable en lo que se refiere a la creación del órgano nacional, con la institución de la DNA en su configuración actual, en el texto resultado de la ley de conversión. Así, pues, no una superfiscalía, es decir una fiscalía nacional con funciones de dirección de la actividad penal de las PD, sino una DNA, con funciones de apoyo de la actividad de las PD.

Una novedad absoluta para el ordenamiento judicial, ésta de un órgano interno al MP, pero sin la titularidad de los poderes institucionales propios de una fiscalía. Es cierto que la disciplina del órgano así instituido conlleva algunos perfiles de incertidumbre y de ambigüedad, es cierto que las competencias que se le han atribuido y que los magistrados integrados en él han de desempeñar son atípicas en relación con las funciones judiciales habituales, pero se trata, por un lado, de superar ambigüedades e incertidumbres con los oportunos retoques normativos, y, por otra, de definir de forma progresiva los contenidos profesionales de las nuevas funciones, de modo que, entre otras cosas, se tengan en cuenta a la hora de seleccionar los magistrados destinados a ese órgano.

3. La exigencia de una visión global de la criminalidad de tipo mafioso se ha visto satisfecha sobre todo con la creación de la "competencia" de distrito del MP.

Ya se ha dicho que las investigaciones y el ejercicio de la acción penal por los delitos de mafia competen al PR ante el Tribunal que tiene su sede en la cabeza del distrito. Esto permite una visión de conjunto a escala del territorio del distrito y una relación con los órganos interprovinciales de policía judicial que deben ocuparse de los fenómenos de criminalidad organizada en el territorio de su competencia.

A este propósito es necesario recordar que mediante el decreto-ley 152/1991, de 13 de mayo, convertido en ley 203/1991, de 12 de julio, se instituyeron servicios centrales e interprovinciales de las tres fuerzas de policía, de las que el MP, por regla general, debe servirse conjuntamente cuando procede a realizar investigaciones por delitos de criminalidad organizada.

Mediante el decreto-ley 345/1991, de 29 de octubre, convertido en ley 410/1991, de 30 de diciembre, se instituyó la *Direzione investigativa antimafia* (DIA) con el fin de asegurar el desarrollo coordinado de las actividades de investigación preventiva relativas a la criminalidad organizada y de efectuar investigaciones de policía judicial exclusivamente sobre delitos de asociación de tipo mafioso o de cualquier modo relacionados con la asociación misma.

La DIA es un organismo unitario que carece de articulaciones territoriales estables y definidas, al contrario de lo que sucede con los órganos interprovinciales de las fuerzas de policía, pero, no obstante, tiene sus propios centros operativos en casi todas las regiones.

Ahora bien, es evidente que la previsión de un órgano de distrito del MP ha hecho que los órganos interprovinciales de las fuerzas de policía y los centros operativos de la DIA, que operan en esa dimensión territorial, cuenten en todo caso con un estable punto de referencia, por lo que se refiere a las investigaciones en materia de mafia, en la dirección del distrito, y que ésta, a su vez, pueda ser el único órgano del MP que dirige la actividad en relación con los delitos de criminalidad mafiosa en el territorio del distrito. Lo que constituye el presupuesto para que la dirección de la actividad de la policía judicial por parte del MP en las investigaciones concretas sea efectiva.

Como se ha dicho antes, la institución de la DDA constituye un paso adelante respecto a la previsión de los *pool*. Esto comporta la disciplina de la estructura, de la que la ley que la instituyó se ocupa sólo para establecer que los magistrados designados para formar parte de la misma deberán permanecer en ella al menos dos años. El Consejo Superior de la Magistratura ha dictado una circular con una completa disciplina, tanto sobre las modalidades de designación, como también en relación con el tiempo máximo de permanencia en el cargo. Esta circular prevé que deben formar parte de la dirección del distrito al menos un cuarto de los magistrados allí destinados, que cada uno de ellos puede permanecer en el cargo no más de seis años, que como regla los magistrados adscritos deberán ocuparse solo de procedimientos de criminalidad de tipo mafioso. En particular, merece una consideración positiva la previsión de un límite a la permanencia en la dirección del distrito, aunque hay que decir que no existe razón para establecer diferencias entre esta función específica y las relativas a los órganos de enjuiciamiento, para las que el Consejo ha establecido, como término máximo de permanencia, el de diez años.

Es necesario combinar la exigencia de formar profesionalidades adecuadas y de utilizarlas por un consistente período de tiempo, con la de favorecer la gradual extensión de este tipo de profesionalidad a un amplio número de magistrados del órgano.

La ley que instituyó las DDA, con la adición del artículo 70 bis al R.d. 12/1941, de 30 de enero (ordenamiento judicial), ha atribuido al PD o a su delegado el cometido de procurar que los magistra-

dos adscritos a la DDA cumplan la obligación de asegurar que la información que se transmiten recíprocamente sea completa y actualizada.

A este propósito, hay que decir que esta exigencia no puede concernir solo a la DDA, sino que si bien se mira debe interesar a toda la fiscalía, puesto que es evidente que pueden existir y existen vínculos entre los procedimientos por criminalidad organizada y por criminalidad común y que lo positivo para la actividad institucional es que también el conocimiento en materia de criminalidad organizada se difunda más allá del estrecho ámbito de los magistrados adscritos a la DDA, lo que, además, favorecería la alternancia en esa estructura.

No siempre la circulación de las informaciones tiene lugar de manera espontánea, como la ley, el buen sentido y la deontología querrían que sucediera, sobre todo, entre los magistrados que forman parte del mismo órgano del MP. Antes bien, no es infrecuente la actitud opuesta de injustificado *secretismo* en la administración de los conocimientos obtenidos mediante la propia actividad de investigación frente a los colegas del mismo órgano.

La introducción del método de trabajo en *pool* y el establecimiento de la DDA exigen que ninguno de los componentes de tales estructuras se arroguen el derecho de mantener secretos para los demás magistrados los resultados de las actividades de investigación que desarrollan. A este propósito puede ser útil evocar una reciente sentencia de las Secciones unidas de la Corte de Casación, precisamente en un tema de relaciones entre los magistrados componentes del *pool*. Más allá del caso concreto (la sentencia ha confirmado la advertencia infligida por la Sección disciplinaria del Consejo a un magistrado integrante de un *pool* que había tomado una decisión sin consultar a todos los componentes del mismo y al coordinados) es importante y totalmente aceptable la afirmación de que las reglas de comportamiento dentro del *pool* están destinadas a "evitar la duplicación de las actividades, a coordinar estas últimas en el territorio nacional, a hacer posible, mediante la carga de la previa información, la máxima ponderación en las iniciativas relativas a investigaciones de particular relevancia".

Por consiguiente, se puede afirmar que los magistrados de las DDA tienen un deber de intercambio de informaciones, deber cuya violación comporta la aplicación de sanciones disciplinarias.

La exigencia de tutelar las investigaciones frente a los riesgos de difusión prematura de los contenidos es ciertamente compartible, pero no puede llevarse hasta el punto de que se haga a expensas tanto de una correcta relación institucional con los demás magistrados o con el fiscal jefe, como de la exigencia asimismo esencial de la circulación de las informaciones. Sin decir que no hay un solo caso en el que la difusión externa de una noticia, con perjuicio para la actividad judicial, haya sido consecuencia de la circulación institucional de la misma, mientras son innumerables los episodios de difusión intempestiva de las informaciones atribuibles a los propios órganos y a las personas que operan en ellos.

Una objeción recurrente y que hace referencia a la DDA se refería al riesgo de crear magistrados investigadores de primera y segunda división, en cuanto las PD y los magistrados adscritos a la DDA habrían acabado por ser "más importantes" que los otros órganos y los otros magistrados, destinados a ocuparse del resto de los asuntos penales.

No es aceptable la idea de una jerarquía de importancia en la actividad judicial, que parece subyacer a esta opinión. Precisamente, en la óptica de una acción eficaz contra la criminalidad organizada, es de extrema importancia que el conjunto de la actividad judicial, penal y civil, funcione de manera que asegure la tutela de los derechos de los ciudadanos en todas las situaciones que legitiman el recurso al juez. En este planteamiento, la introducción de la DDA debe ser vista como creación de la estructura más idónea para hacer frente a ese tipo de criminalidad. La reconocida igual dignidad de cada función no es un obstáculo a la definición de específicos modelos de actividad en relación con el objeto de la misma.

El argumento puede tener algún valor si refleja la preocupación de evitar que las PD y dentro de ellas la DDA se conviertan en islas privilegiadas en materia de medios y recursos y, por otro lado, en ocasión de carreras impropias de los magistrados. Pero se trata de riesgos evitables, solo con que se tenga presente lo antes dicho sobre la necesidad de que toda la justicia funcione, sin negar, por otra parte, que las investigaciones sobre la criminalidad organizada requieren la adopción de medios y recursos de calidad y cantidad que normalmente no se precisan en otros campos de investigación; y, en segundo término, con que se cuide de que todos los magistrados roten dentro de la estructura.

Por lo que se refiere a las DDA los cinco años de experiencia han demostrado en todo caso que prevalecen ampliamente los resultados positivos, como lo testimonian el número de los procesos iniciados y las capturas producidas. A la producción de estos resultados han contribuido también otras reformas legislativas, en particular la normativa sobre los beneficios y la protección de los colaboradores de la justicia.

4. La exigencia de la circulación de las informaciones, por lo demás, no afecta sólo al interior del órgano judicial. Se refiere a las PD en sus relaciones recíprocas; para asegurar la coordinación de las actividades de investigación ha sido instituida la DNA.

Será bueno introducir algunas precisiones sobre el concepto de coordinación, acerca del cual, a veces, recientemente, se han producido interpretaciones erróneas, también a propósito de la discusión ocasionada en materia de reformas del diseño constitucional de la magistratura en la comisión bicameral. El texto aprobado, sin enmiendas, por la comisión prevé, entre otras cosas, una modificación del artículo 101 de la Constitución en la que después de haber afirmado la sujeción a la ley también de los magistrados del MP, se añade que la ley prevé normas para la coordinación interna de los ma-

gistrados del mismo órgano del MP y para asegurar la unidad de acción de los diversos órganos de la fiscalía. Hay que decir enseguida que esta última expresión sobre las relaciones entre los diversos órganos de la fiscalía es absolutamente inaceptable para quien comparta el planteamiento del un MP como poder difuso y autónomo, porque unidad de acción es una expresión que evoca una ordenación jerárquica con un vértice dotado del poder de conformación de la actividad de los órganos subordinados. Merece ser bien vista, en cambio, la mención a la coordinación, que, por lo demás, no tendría que constituir materia de normativa constitucional y debería extenderse asimismo, en todo caso, a las relaciones entre los distintos órganos de la fiscalía. Se equivoca el que piensa que la coordinación es un medio para dirigir éstos de forma jerárquica.

La coordinación, expresión usada por el CPP en muchas normas (arts. 371, 371 bis CPP, 118 bis de las disposiciones para la aplicación del CPP) se refiere no a los órganos sino a las específicas actividades de investigación que desarrolla cada uno, en los casos en que exista la posibilidad de establecer una relación entre ellas.

El artículo 371 CPP especifica las hipótesis en las que las investigaciones se deben considerar relacionadas y establece qué actividades han de realizar los distintos órganos del MP para asegurar su coordinación.

El artículo 118 bis de las disposiciones para la aplicación prevé algunos deberes de información para los órganos de la fiscalía en relación con el *Procuratore generale* (PG) cuando realicen investigaciones por determinados delitos a propósito de los cuales el legislador presume la posibilidad de establecer relaciones y atribule al PG algunos poderes destinados a hacer efectiva la coordinación.

Esto no tiene, pues, nada que ver con alguna posición de supremacía jerárquica o de control por parte de un órgano frente a otros. No hace referencia a las relaciones entre órganos en vía general, no confiere al órgano que tiene atribuidas tareas de coordinación un poder general de inmiscuirse en la actividad de los distintos órganos del MP. Se refiere a las investigaciones en curso y cuya titularidad compete a cada órgano según las reglas generales.

Esta afirmación no resulta negada por la existencia de un poder de avocación del PG y del PNA en los casos en que la coordinación no sea posible por violación de los deberes relativos a las modalidades de actuación de uno o varios órganos del MP. En efecto, se trata de una hipótesis de avocación que opera como instrumento de garantía para los casos de inercia del MP y no alude a la existencia de relación jerárquica alguna entre órganos<sup>4</sup>.

Con vista al desarrollo coordinado de las investigaciones, se han atribuido al PNA tareas cuyo ejercicio, si necesariamente requiere la colaboración de las PD, no comporta influencia alguna sobre la con-

creta actividad del órgano en las vicisitudes procedimentales específicas; se trata, en particular, del poder de conocimiento atribuido al PNA por el artículo 371 bis, 3 c) y por el artículo 117,2 bis CPP.

Este conocimiento se constituye adquiriendo de forma sistemática y continúa informaciones sobre las actividades desarrolladas por las PD; y pone al PNA en condiciones de captar los casos de relación entre las investigaciones de varios órganos. Además, la formación de un acervo de conocimiento común en la PNA es de gran utilidad para cada órgano y para cada fiscal, que pueden recabar datos útiles para su propia actividad de investigación, a partir de la información acerca de la existencia de investigaciones sobre el mismo objeto en otros órganos del MP.

La provechosa utilización de este acervo de conocimiento común exige el uso de la informática para la creación de bancos de datos; como lo ha previsto textualmente el artículo 117 2 bis CPP. En efecto, está en vías de realización un sistema de bancos de datos integrado —se trata de un proyecto conocido con el nombre de *sidda-sidna*— y se completará cuando puedan llevarse a cabo las conexiones telemáticas entre la DNA y las DDA<sup>5</sup>.

5. Del conjunto de estas disposiciones emerge un nuevo modelo de actividad del MP, que se funda en la organización del trabajo de investigación distribuido entre varios investigadores, basado en estructuras estables de adquisición y conservación de las informaciones adquiridas. Es un salto de calidad respecto a la lógica del investigador solitario, porque apunta a la construcción de una estructura dotada de consistencia y estabilidad, en alguna medida independiente de la presencia de éste o aquel magistrado.

Quizá no sea del todo exacto afirmar que la existencia de un órgano con tareas de coordinación y más en general de mecanismos normativos que tiendan a favorecerla carezca de influencia sobre la actividad individual de los distintos órganos. Pero esto hay que entenderlo. Lo que se trata de evitar son las injerencias e influencias que miren a condicionar la actividad de investigación y a controlar sus resultados; si, en cambio, de un órgano con funciones de coordinación se reciben indicaciones de aspectos no captados en la actividad investigadora, que obligan al órgano encargado de la investigación al establecimiento de una relación con otros o a ocuparse de hechos o personas hasta entonces no tomados en consideración, es claro que esta actividad que va en la dirección de un más completo ejercicio de la acción penal y, por consiguiente, de un resultado de justicia más completo, solo puede ser valorada positivamente. Lo que se garantiza es la autonomía de cada órgano y de cada magistrado para actuar, no la autonomía de la inercia o de la falta de información.

En la concreta experiencia de estos primeros años de la DNA, se ha dado, entre otras cosas, una

<sup>4</sup> Así la Corte Constitucional en la sentencia 462/1993, en relación con el poder de avocación del PG en los casos previstos en los artículos 412, 413,1<sup>o</sup> y 372,1<sup>o</sup> CPP relativos a la inercia en la actividad investigadora, pero las consideraciones pueden muy bien hacerse también extensivas a la hipótesis de avocación por falta de coordinación.

<sup>5</sup> Cfr. al respecto V. Borraccetti, P. Grasso, "Il sistema informativo della Direzione nazionale antimafia e delle direzioni distrettuali antimafia", en *Documenti giustizia*, 1996, n° 7.

intervención para aumentar la calidad de la acción penal en su conjunto en algunas situaciones locales donde la misma presentaba características de opacidad de bajo perfil. Pero, más allá de la actuación sobre las situaciones patológicas de inercia, es de gran importancia la acción de sensibilización sobre los temas de la criminalidad de tipo mafioso desarrollada en relación tanto con los órganos judiciales alejados geográficamente como en la atención a los de los lugares tradicionalmente interesados en esa forma de criminalidad. Y esto es importante precisamente por lo que antes se decía a propósito del carácter multiterritorial y de la tendencia expansiva de la criminalidad organizada.

Considerada en su conjunto, la experiencia de estos cuatro años permite afirmar que el nuevo organismo ha dado un resultado positivo. Nunca se ha producido un episodio de control o condicionamiento de las investigaciones, mientras han sido muchas las ocasiones en que con reuniones de magistrados de las diversas fiscalías, cambios de informaciones, presencia de sustitutos en el territorio, la coordinación de importantes investigaciones ha sido efectiva. Sin contar la contribución relevante dada por muchos sustitutos de la DNA aplicados a investigaciones en las fiscalías más comprometidas en el frente de la criminalidad de tipo mafioso.

Dentro de la DNA ha comenzado la realización de formas organizadas y estables de conocimiento de los fenómenos criminales de tipo mafioso y de atención en particular a la temática del reciclaje, que en el futuro permitirán a cualquier magistrado del MP que deba investigar sobre un hecho concreto referible a la criminalidad mafiosa, utilizar aquel caudal de conocimientos.

Al PNA se le ha atribuido una intervención de carácter consultivo en el procedimiento que lleva a la definición del programa de protección de los colaboradores de la justicia. El Ministerio del Interior ha dictado normas al respecto mediante el decreto 687/1994, de 24 de noviembre, cuyo artículo 3

prevé que en caso de investigaciones relacionadas el PNA deberá informar sobre el programa de protección propuesto para el colaborador.

También esta norma ha suscitado muchas críticas y ha sido objeto de un conflicto de atribuciones planteado al gobierno por el PR de Nápoles, por diversos motivos. La sentencia con la que la Corte Constitucional resolvió el conflicto reconoció la legitimidad de la previsión del informe del PNA<sup>6</sup>. Si bien se mira, la exigencia de la coordinación como modalidad estructural de la acción investigadora contra la criminalidad mafiosa debe tenerse presente también en la elaboración del programa de protección y por tanto aparece justificada la previsión de la intervención del PNA, en consideración a la posibilidad de que éste pueda disponer de datos e informaciones y otros conocimientos aptos para influir sobre la decisión de la comisión competente para elaborar el programa, que no estaban al alcance del órgano que hace la propuesta.

Además, con total respeto de la autonomía de cada fiscalía en este campo, interesa a todos los órganos de investigación la adopción de criterios y modalidades uniformes en la solicitud de los programas de protección, que, hay que decirlo, no puede calificarse como verdadera y propia actividad judicial, y en relación con la cual, pues, la intervención del PNA, además de ser útil, es seguro que no entra en conflicto con las atribuciones institucionales del MP<sup>7</sup>.

Confirmada, pues, la valoración positiva, se trata para el futuro de completar la disciplina normativa de la DNA, consolidando todas las atribuciones funcionales a la coordinación de las actividades de investigación en materia de criminalidad mafiosa y eliminando cualquier ambigüedad susceptible de justificar, aunque sólo sea como perspectiva posible, una evolución hacia relaciones de tipo jerárquico entre la PNA y las PDA.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ.)

<sup>6</sup> Sentencia de la Corte Constitucional 420/1995, de 8 de septiembre

<sup>7</sup> En cambio, no se puede estar de acuerdo con las normas sobre la intervención del PNA contenidas en el proyecto de ley del gobierno en materia de colaboradores con la justicia. En este proyecto se prevé que la propuesta del programa de protección la formule el MP interesado de acuerdo con el PNA, además que este último intervenga con un informe antes de la decisión del juez sobre la revocación de la prisión preventiva y sobre la aplicación o no de beneficios penitenciarios (en este último caso el informe es incluso vinculante en algunos supuestos). Se trata de normas que, de introducirse, alterarían la relación entre el PNA y los fiscales de cada territorio, al asignar al primero una posición de supremacía con efectos en las vicisitudes procesales.

# Control del delito y castigo en Estados Unidos\*

Elena LARRAURI

Algunas personas quizá se pregunten si tiene sentido comparar cuestiones penológicas —los fines de la pena, su plasmación en las sentencias judiciales y el tipo de castigos— del sistema norteamericano, del cual se acostumbra a afirmar frecuentemente que está tan alejado del modelo continental. Prescindiré de realizar comparaciones entre el contexto norteamericano y español, pero es curioso observar por un lado que muchas discusiones norteamericanas se reproducen, a veces bajo distinto nombre, en España; por otro lado, en materia específica de determinación de las penas, tipos de penas y regímenes penitenciarios se está produciendo una evolución en Estados Unidos, desde 1987, que los acerca al modelo continental. Por ello puede ser interesante tener un mínimo conocimiento de los últimos desarrollos penológicos en Estados Unidos.

Pero primero es necesario una advertencia. Cada Estado norteamericano dispone de un código penal propio, además de diversos delitos regulados en numerosas leyes específicas. Adicionalmente existen delitos federales (regulados en el Título 18 del *United States Code*). La dispersión y sobreposición de la legislación estatal con la legislación federal comporta que sea arriesgado afirmar 'en Estados Unidos', porque cada Estado tiene sus propias leyes estatales que regulan los diversos delitos y prescriben diversas penas. Las afirmaciones globales referidas a Estados Unidos (incluso las contenidas en este artículo) deben ser recibidas con cautela y comprobadas con un estudio pormenorizado de la legislación y realidad de cada Estado concreto.

La ideología dominante en Estados Unidos hasta inicios de los años 1970 era la ideología rehabilitadora. Como es conocido, de acuerdo a este ideal, ni la ley ni el juez pueden determinar el tiempo exacto de la condena ya que el tiempo de la pena depende de la evolución de la persona condenada en el interior de la institución. En consecuencia, la ley, por lo general, se limita a establecer un marco muy indeterminado (que puede ser desde señalar solo prisión o prisión de un año a cadena perpetua) para cada delito.

En este sistema el juez tiene una amplia discre-

ción para imponer *probation*, la medida rehabilitadora por excelencia, que consiste generalmente en que la persona queda en libertad, debiendo visitar a un agente de libertad vigilada. Si, por el contrario, el juez condena a la pena de prisión, son en últimas las autoridades penitenciarias (*parole boards*) las que determinan el tiempo real que debe cumplirse, el cual acostumbra a ser muy inferior al que ha sido impuesto.

La insatisfacción con este procedimiento de condenas indeterminadas (*indeterminate sentencing*) acostumbra a situarse en la década de los setenta. Como sucede en tantas ocasiones en Estados Unidos, se produce una convergencia de opiniones a pesar de que los argumentos y el trasfondo ideológico que reflejan son muy distintos.

Uno de los primeros ataques que se produce a este estado de cosas es la enorme disparidad de condenas por delitos semejantes. Ya fuese determinado por el juez, ya por las autoridades penitenciarias, lo que resultaba claro era que el margen de indeterminación de la pena era tan amplio como para permitir que cada juez, en base a su particular visión de los objetivos de la pena, determinase el tipo de pena o el tiempo de duración de la misma. Como es conocido, producto de este ataque surge el modelo de pena merecida (*'just deserts'*).

Un segundo frente de ataque se produce cuando se constata no sólo la disparidad de las condenas, sino la discriminación que esta disparidad lleva implícita. En efecto, se criticaba que las autoridades penitenciarias determinaban el tiempo de duración de la condena basándose en criterios tan poco controlables como la futura posibilidad de reincidir, la peligrosidad, la dificultad de reinserción, lo cual llevaba a una discriminación en la duración de las condenas en base a la clase social o raza a la cual pertenecía la persona.

Finalmente el modelo rehabilitador con sus condenas indeterminadas fue también atacado por los sectores más partidarios de endurecer las penas. Teóricamente el modelo había dejado de ser atractivo: la rehabilitación era cara y además no se conseguía. Adicionalmente se le acusó de ser excesivamente benevolente, ya porque se entendía que en la práctica la *probation* era una pena sin excesivas exigencias o controles, ya por la discordancia, atribuible al poder discrecional de las autoridades penitenciarias, entre la condena teórica y la realmente cumplida.

A finales de la década de los setenta nos encontramos pues que, producto de este cúmulo de circunstancias, se produce un movimiento hacia condenas determinadas por la ley (*determinate sentencing*).

\* Este texto es una reelaboración de la introducción a la traducción del libro de Andrew von Hirsch *Censurar y Castigar* (Madrid, Trotta, 1998). Se ha pretendido ofrecer una información sumaria de los últimos acontecimientos y reformas penológicas en Estados Unidos y por ello sólo se exponen las cuestiones en mi opinión cruciales y la bibliografía básica. Este trabajo ha sido posible gracias a una beca de movilidad del profesorado del Ministerio de Educación que me permitió una estancia en New York University desde octubre de 1997 a febrero de 1998. Quiero expresar mi agradecimiento a James Jacobs por su amable acogida en los seminarios y actividades de la Facultad de Derecho.

Una de las formas por las que se procede a esta determinación de las penas es mediante la creación de comisiones penológicas (*sentencing commissions*). El Estado pionero fue el de Minnesota, quien en 1980 creó una comisión penológica cuya función era elaborar unas guías penológicas (*sentencing guidelines*) que graduaran la pena correspondiente a cada delito. Se trataba en definitiva de elaborar una plantilla, en la cual en la línea vertical se reflejaban los diversos delitos y en la línea horizontal los antecedentes penales. Para cada delito y en función de los antecedentes se estipulaba un tiempo determinado de prisión. La plantilla tiene además una línea (aproximadamente) diagonal que establece la demarcación 'dentro/fuera', esto es, que casos recibirán prisión y cuales una pena distinta de prisión.

Es interesante observar, a efectos de comprender el desarrollo posterior, que estas comisiones, si bien dotadas de fuerza legislativa, eran independientes del poder legislativo, precisamente para evitar la tentación política de aumentar las penas en cada ocasión en que existiese una ola de miedo o indignación popular.

El modelo de guías penológicas elaborado por comisiones penológicas independientes fue seguido por bastantes Estados norteamericanos, siendo en la actualidad unos 20 los que disponen de ellas y habiéndose promulgado además en 1987 las guías penológicas federales aplicables a los delitos federales (*Federal Sentencing Guidelines*).

Evidentemente cada guía penológica es distinta y ello produce vivas y numerosas discusiones: así, por ejemplo, se discute si las guías penológicas han adoptado el modelo de justicia, o por el contrario se han inclinado más por doctrinas mixtas; se discute como calcular la severidad de las penas para adecuarlas a la gravedad del delito; el grado de desviación de las mismas que se permite a los jueces; el tipo de circunstancias que estos pueden considerar; donde situar la línea demarcatoria 'dentro/fuera' de la pena de prisión; se postula por Norval Morris y Michael Tonry, que las plantillas no sólo regulen la división 'dentro/fuera' sino que establezcan cuatro franjas que permitiría una regulación más concreta de los castigos distintos de la pena de prisión, etcétera

Ahora bien, si mi impresión es acertada, ninguna discusión ha sido tan virulenta como la acusación de que el nuevo modelo de condenas determinadas, su plasmación en las guías penológicas (y en consecuencia y en últimas el modelo de justicia) ha permitido el espectacular incremento de la población reclusa en Estados Unidos que se inicia precisamente en la década de los ochenta.

Desde luego es imposible para mí proporcionar una respuesta definitiva a esta acusación. Pero pienso que se debe estar por lo menos informado de algunos desarrollos jurídicos que se producen de

<sup>1</sup> Recuérdese que la población reclusa aumentó en un 300% desde 1980 a 1995. Que Estados Unidos tiene un millón y medio de personas en sus cárceles con un índice de 500/100.000 (siendo lo habitual en Europa 70-100/100.000) y que además tiene cinco millones de personas sometidas a probation o parole, es decir con algún tipo de control penal.

forma paralela también en la década de los ochenta. A modo de resumen:

a) Se debe considerar que si bien el ejemplo inicial de las guías penológicas de Minnesota perseguía reducir el uso de la prisión, las guías federales perseguían aumentarlo. Desde este punto de vista se habla de una 'cooptación' del modelo de determinación de las condenas. Pienso que es cierto que un modelo de justicia no está vinculado con una determinada severidad, pero también parece cierto que la defensa de la determinación de las penas en un momento en que existe una creciente demanda punitiva producirá penas determinadas severas.

b) Del ataque a la discreción y presunta benevolencia de los jueces surge la promulgación de leyes que establecen mínimos de pena legales (*minimum mandatory sentences*) para determinadas categorías de delitos, destacadamente, pero no solo, los relacionados con consumo, posesión y tráfico de drogas. Estas leyes son dictadas por el poder legislativo de cada Estado como respuesta a delitos que suscitan una ola de miedo o indignación, en ocasiones con el afán de contentar a un cierto electorado, en otras, con el afán de contentar a otros grupos de presión. Su efecto es aumentar, en ocasiones repetidamente, la severidad de las penas originariamente establecidas por las comisiones e impedir la imposición de cualquier pena distinta de prisión.

c) Del ataque a la discordancia entre la pena impuesta por los tribunales y la efectivamente cumplida por la supuesta benevolencia de las autoridades penitenciarias surge el movimiento denominado *truth in sentencing* (veracidad de las penas) que pretende y consigue en numerosos Estados eliminar la posibilidad de libertad condicional y remisiones de pena e imponer el cumplimiento de un 85% de la condena. El apoyo del gobierno federal a este movimiento provoca que los Estados que se unen a él y eliminan la libertad condicional reciben apoyo financiero para la construcción y subvención de cárceles estatales.<sup>2</sup>

d) Del ataque a la probation surgen en la década de los ochenta los denominados *Intensive Supervision Probation*. Como su nombre indica, se trata de que la persona quede en libertad pero aumentando el grado de control, las cargas y obligaciones que debe cumplir. Este control mucho más rígido se centra generalmente, al margen de algunas exigencias ciertamente originales, en limitar su movimiento y estar libre de drogas. Los controles electrónicos y análisis de orina se suceden, se descubren más infracciones técnicas y se debe encarcelar por ellas a las personas sometidas a probation.

e) Del ataque a la rehabilitación surge la defensa de la incapacitación como fin de la pena. Esta se apoya en la constatación de que un número pequeño de delincuentes produce un gran número de delitos y en el logro discutible de la cárcel de

<sup>2</sup> En 1/1/1996 hay en Estados Unidos 265.107 personas cumpliendo condenas de veinte años o cadena perpetua. De estos 74.804 cumplen cadena perpetua con posibilidad de libertad condicional; 168.935 cumplirán veinte años sin libertad condicional; y 21.638 cadena perpetua sin libertad condicional

que 'mientras están dentro no delinquen'. Para que ello tenga un cierto impacto se trata de alargar las condenas y apuntar a los delincuentes habituales, esto es, que han cometido dos delitos. Ello comporta la promulgación de leyes específicas (*Habitual Offender Statute*), vigentes en numerosos Estados, que permiten que se doble la condena por el mismo delito si ha sido realizado por una persona reincidente.

La plasmación extrema de esta ideología se produce con la aprobación en 1994, algunas de ellas por referéndum popular, en 26 Estados norteamericanos, de las leyes popularmente denominadas '*Three Strikes and you're out*' (A la tercera vas dentro).

Con la excepción de matices propios de cada Estado, estas leyes establecen la imposición de un mínimo de veinticinco años a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional cuando se realiza un tercer delito. El, aún mayor, impacto que estas leyes producirán en el número de población reclusa depende de como se defina el tercer delito —en el caso extremo de California cualquier delito puede contar como 'tercero'— y de la discreción que se da a los jueces para contar o ignorar las condenas previas.

Todos estos desarrollos concomitantes impiden culpar a una teoría penal del extremado incremento punitivo sucedido en la década de los ochenta y noventa en Estados Unidos, aun cuando desde luego en mi opinión es preocupante la incapacidad de las teorías penales para establecer límites normativos a ello.

Es evidente que ninguna teoría penal existente puede indicarnos exactamente cuando es apropiada una pena de prisión y cuando es ilegítima, o de cuanto tiempo puede ser una pena de prisión hasta que sea considerada inhumana. Pero también deben reconocerse abiertamente los riesgos implícitos en las teorías respectivas: la ideología de la prevención que permite justificar la severidad de los castigos al unir prevención del delito con castigo del delito; la teoría de la justicia que permite aumentar la severidad al sobreenfatizar el carácter 'merecido' de la pena.

Ello no nos debe hacer abandonar las discusiones de las teorías de los fines de la pena, pero si nos debe alertar sobre la extremada vulnerabilidad de las mismas y nos debe alentar a explorar caminos novedosos que permitan oponer una barrera de contención más eficaz a la utilización política del derecho penal.

Si hasta el momento he expuesto sucintamente las reformas que han tenido por objeto regular e incrementar el recurso a la pena de prisión, también es cierto que desde la década de los sesenta se suceden, con mayor o menor fortuna, experimentos con alternativas a la cárcel. La introducción en el nuevo código penal español de penas alternativas a la prisión proporciona una buena ocasión para prestar atención, también en este tema, a los desarrollos que se suceden en Estados Unidos.

Pienso que dos temas son los que sobresalen

en el ámbito de las penas alternativas<sup>3</sup>. Por un lado la cuestión general de conseguir que su implantación permita en efecto disminuir la población reclusa de un país. Para ello se necesita algo más que su introducción en el código. La experiencia norteamericana demuestra que cuando menos se necesitan otras dos cuestiones: una Administración dispuesta a suministrar los medios necesarios y una cultura judicial atenta y comprometida con el fin descarceratorio. En caso contrario, la mera introducción de penas alternativas en el código puede producir el fenómeno conocido como 'extensión de la red': se imponen nuevas penas alternativas a quien no hubiera recibido ninguna (o una de menor intensidad), con lo cual hay más gente en la cárcel y más gente sometida a alguna pena alternativa.

Un segundo problema genérico hace referencia a los amplios espacios de discrecionalidad que reinan en el terreno de las penas alternativas a la prisión. De resultas de ello, el juez tiene amplia potestad para aplicar o no la pena alternativa, optar entre varias e imponer las más variadas condiciones que deben cumplirse. Ello puede representar vulnerar la proporcionalidad que debe regir la aplicación de todas las penas. Además puede dificultar la aplicación igualitaria de las penas alternativas. Un juez represivo tenderá, para aumentar la severidad, a imponer muchas condiciones, que pueden resultar más fácilmente infringidas; un juez que crea en la necesidad de un juicio individualizado pondrá mayor énfasis en el juicio de peligrosidad y evitará su aplicación aun cuando se den el resto de requisitos necesarios. Cumulativamente todos estos procesos pueden frustrar el fin descarceratorio de las penas alternativas a la prisión.

Finalmente sólo quisiera mencionar que mi interés en estudiar el populismo punitivo que se ha producido en Estados Unidos desde inicios de los años 1980 no obedece a la creencia simple de que ello necesariamente se reproducirá en España. Pienso que se dan factores que explican las distintas realidades punitivas: una cultura judicial garantista, unos valores de tolerancia, la no utilización política del derecho penal y el convencimiento de que 'la mejor política penal es una política social'. Se trata de mantenerlos.

## BIBLIOGRAFIA BASICA

1. El ataque a la indeterminación de las penas puede leerse en:  
—American Friends Service Committee (1971). *Struggle for Justice*. New York: Hill and Wang.  
—Frankel, Marvin (1972). *Criminal Sentences: Law Without Order*. New York: Hill and Wang.
2. La crítica al modelo resocializador y el surgimiento del 'just desert' (pena justa) puede verse en:  
—Allen, Francis (1981). *The Decline of Rehabilitation: Penal*

<sup>3</sup> He desarrollado este tema más extensamente en Cid, Jose-Larrauri, Elena (1997) (coords) *Penas Alternativas a la Prisión*. Barcelona, Bosch.

- Policy and Social Purpose*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Morris, Norval (1974). *The Future of Imprisonment*. Chicago: University of Chicago Press.
  - von Hirsch, Andrew (1976). *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang.
3. Un resumen del proceso de determinación de las penas y penas alternativas a la prisión puede seguirse en:
- Morris, Norval; Tonry, Michael (1990). *Between Prison and Probation*. New York: Oxford University Press
  - Tonry, Michael (1996). *Sentencing Matters*. New York: Oxford University Press.

- Una perspectiva comparada con Inglaterra, Australia y Canadá se ofrece en:
- Clarkson, Chris; Morgan, Rod (eds.) (1995). *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press.
4. Las últimas reformas penales pueden leerse en:
- Schichor, David, Sechrest, Dale (eds.) (1996). *Three Strikes and you're out. Vengeance as Public Policy*. London, Sage.
  - Zimring, Franklin; Hawkins, Gordon (1995). *Incapacitation. Penal Confinement and the Restraint of Crime*. New York: Oxford University Press

# Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973

Eric Eduardo PALMA GONZALEZ

Se ha hecho un lugar común en Chile en el último tiempo sostener que luego del Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, el Poder Judicial permaneció inalterado. Han sostenido este planteamiento no sólo personas afines al régimen militar<sup>1</sup> sino también entes como la "Comisión de Verdad y Reconciliación", organismo que designó el Gobierno de Patricio Aylwin para que estableciera la verdad acerca de la detención y desaparición de personas en el período 1973-1989, así como formas de reparación de las víctimas<sup>2</sup>.

La afirmación de la falta de intervención no resulta baladí si consideramos que el error político-jurídico más grave que se imputa a la Unidad Popular, al Gobierno de Salvador Allende, fue el entorpecimiento de la labor jurisdiccional. La Corte Suprema, máximo organismo judicial en Chile, alegó<sup>3</sup>, con fundada razón, que al no prestar el Ejecutivo a ciertos fallos de los tribunales el imperio que necesitaban para su ejecución<sup>4</sup>, se atentaba contra la

independencia del Poder Judicial y se desamparaba el derecho de propiedad de ciertos particulares.

La afirmación de que luego del 11 de septiembre de 1973 la dictadura militar no intervino las resoluciones del Poder Judicial, procura contrastar la conducta del Gobierno de la Unidad Popular con la de la Junta Militar, contraste en que ésta sale claramente favorecida.

¿Por qué se ha difundido en los círculos académicos y políticos esta idea de la no intervención? Creemos que ello se debe a una lectura no crítica de las declaraciones efectuadas por la Junta de Gobierno el mismo día 11 de septiembre de 1973, así como de las declaraciones de la propia Corte Suprema en los días siguientes al golpe de Estado, y en el curso posterior del año 1973 y 1974.

Señaló a este respecto el Acta de Constitución de la Junta de Gobierno:

*"Decreto Ley N° 1...*

*El Comandante en Jefe del Ejército, General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte; el Comandante en Jefe de la Armada, Almirante don José Toribio Merino Castro; el Comandante en jefe de la Fuerza Aérea, General del Aire don Gustavo Leigh Guzmán y el Director General de Carabineros, General don César Mendoza Durán, reunidos en esta fecha...*

*Han acordado... dictar el siguiente Decreto Ley:*

*1. Con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas,*

<sup>1</sup> Ver en este sentido, Humeres Magnán, Héctor y Héctor Humeres Noguera, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", duodécima edición, Editorial Jurídica de Chile, 1988, págs. 201 y ss; Blumenwitz, Dieter y Sergio Gaete Rojas, "La Constitución de 1980. Su legitimidad", editorial Andrés Bello, 1981, págs. 15 y ss.

<sup>2</sup> "Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación", Tomo I, Capítulo IV, pág. 95.

<sup>3</sup> Respecto de la caracterización de la actitud de la Corte Suprema ante el Gobierno de Salvador Allende en el período 1970-1973, puede consultarse mi trabajo "El Estado de Derecho en la doctrina y práctica político-institucional chilena", editado por Universidad Nacional Andrés Bello, colección Debates, Santiago de Chile, 1994.

<sup>4</sup> Los casos que se han señalado como constitutivos de esta falta de prestación de imperio son los siguientes: 1) Falta de colaboración de un interventor del supermercado Almac para con el juez del Octavo Juzgado del Crimen, con ocasión de la visita ocular efectuada por éste el día 25 de octubre de 1971 a dicho recinto. La actuación procesal terminó en actos de violencia contra el juez, que fue golpeado en la cabeza con una bolsa de papel, y contra el actuario, que sufrió la rotura de su chaqueta. 2) Negativa del jefe de la Zona de Emergencia en la ciudad de Talca el teniente coronel de Ejército Domingo Sepúlveda Díaz, de prestar el 22 de octubre de 1972 y por haberlo ordenado el Segundo Juzgado de Letras de Talca, el auxilio de carabineros para desalojar el diario *La Mañana*. 3) Falta de apoyo policial en el mismo período ante la ocupación por una turba de la Corte de Apelaciones de Talca. 4) Falta de apoyo policial en el mismo período ante el cerco tendido por varios individuos al Juzgado de Letras de Melipilla. 5) Declaración del Secretario General de Gobierno de octubre de 1972 por la cual desconoció que el término de la cadena obligatoria de radioemisoras respondiera a un mandato judicial, atribuyéndolo a una decisión autónoma del presidente de la República. 6) Negativa del intendente de Santiago del 20 de noviembre de 1972, para prestar la fuerza pública con el propósito de ejecutar la orden judicial que ordenaba se restituyera un inmueble situado en la calle Renato Sánchez a su dueña. 7) Negativa del Intendente de Santiago a prestar la fuerza pública para desalojar por orden del juez competente las propiedades de la Calle Diez de Julio signadas con los números 1405, 1407, 1417, así como un inmueble de la calle Lord Cochrane número 699. 8) Negativa de la Prefectura de Carabineros de Santiago formulada el 29 de diciembre de 1972 para prestar la fuerza pública que procediera a desalojar la empresa Ready Mix, S.A. 9) Negativa del intendente de Santiago el 22 de enero de 1973, a prestar la fuerza pública para proce-

der a desalojar por orden del juez competente la industria Copihue. 10) Negativa del intendente de Santiago el 30 de marzo de 1973, a prestar la fuerza pública para proceder a desalojar por orden del juez competente la industria Indufruta Malloco Ltda. 11) Negativa del gobernador de Ovalle de mayo de 1973, para prestar la fuerza pública con el objeto de que se desalojara la industria Destilería Varillal. 12) Negativa del Comisario de Carabineros de Melipilla en el mes de mayo de 1973, obediendo instrucciones del Intendente, de prestar el auxilio de la fuerza pública para el desalojo del predio San Pablo de lo Chacón. 13) Negativa del comisario de Carabineros de Melipilla de mayo de 1973, por instrucciones del intendente, de prestar el auxilio de la fuerza pública para el desalojo del fundo Las Rosas de Chiñihue. 14) Negativa del intendente de la provincia de O'Higgins en mayo de 1973 de investigar el secuestro de Robert Wachholtz Araya. 15) Negativa del intendente de la provincia de O'Higgins en mayo de 1973 para el desalojo de una propiedad en Machalí. 16) Negativa del intendente de Santiago en mayo de 1973 para prestar la fuerza pública con el objeto de desalojar el fundo El Bosque. 17) Negativa de Carabineros de Chile en julio de 1973 para llevar adelante medidas precautorias solicitadas por Conservera Aconcagua, S.A. 18) Negativa del Intendente de Talca en julio de 1973 de prestar la fuerza pública para el desalojo del predio Santa Teresa. 19) Negativa del intendente de Talca en agosto de 1973 de prestar la fuerza pública para el desalojo de un inmueble. 20) Negativa del Intendente de Santiago del mismo período para prestar la fuerza pública en el desalojo del Laboratorio Sanderson.

conscientes de que ésta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a la Historia de Chile...

3. Declaran que la Junta, en el ejercicio de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella propone"<sup>5</sup>.

El presidente de la Corte Suprema declaró por su parte:

*"El Presidente de la Corte Suprema, en conocimiento del propósito del nuevo Gobierno de respetar y hacer cumplir las decisiones del Poder Judicial sin examen administrativo previo de su legalidad, como lo ordena el artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales, manifiesta públicamente por ello su más íntima complacencia en nombre de la Administración de Justicia de Chile, y espera que el Poder Judicial cumpla con su deber, como lo ha hecho hasta ahora.*

Santiago, 12 de septiembre de 1973. Enrique Urrutia"<sup>6</sup>.

Y el Pleno del mismo Tribunal:

*"... Santiago, 13 de septiembre de 1973.*

*La Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal Pleno... acordó:*

*Primero: Ratificar la declaración del Presidente del Tribunal dada a conocer por los medios informativos del Gobierno, y que es del tenor siguiente:*

*DECLARACION: El Presidente de la Corte Suprema, en conocimiento del propósito del nuevo Gobierno de respetar y hacer cumplir las decisiones del Poder Judicial sin examen administrativo previo de su legalidad, como lo ordena el artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales, manifiesta por ello su más íntima complacencia en nombre de la Administración de Justicia de Chile y espera que el Poder Judicial cumpla con su deber como lo ha hecho hasta ahora. Santiago, 12 de septiembre de 1973. (Fdo.) Enrique Urrutia Manzano.*

*Segundo: Disponer que los Tribunales de Justicia de la Nación continúen cumpliendo sus labores ante la certeza de que la autoridad administrativa respectiva le prestará la garantía necesaria en el normal desempeño de sus funciones.*

*Transcribese al señor Ministro de Justicia y a las Cortes de Apelaciones del país"<sup>7</sup>.*

De suma importancia son los discursos pronunciados en la visita protocolar que la "Honorable Junta de Gobierno" realizó a la "Excelentísima Corte Suprema" el día 25 de septiembre de 1973. En dicha ocasión el presidente Urrutia Manzano expresó:

*"Honorable Junta, señores Magistrados:*

*La Corte Suprema, que tengo el honor de presidir, recibe con satisfacción y optimismo esta visita vuestra, y la aprecia en todo su valor histórico y jurídico; ella significa para nosotros, y asimismo para el país, una ratificación más de las primeras declaraciones que habéis prestado, en orden a que respetaréis el Poder Judicial, y que vuestro Gobierno cumplirá nuestras decisiones"<sup>8</sup>.*

Por su parte el presidente de la Junta de Gobierno, General Augusto Pinochet declaró:

*"Señor Presidente de la Excm. Corte Suprema, señores Ministros:*

*La Junta que tengo el honor de presidir ha querido llegar hasta este solemne recinto para testimoniar el respeto que siente por el Poder Judicial, símbolo del Derecho y de la Justicia chilena.*

*El respaldo moral que este Excelentísimo Tribunal ha prestado a la Junta de Gobierno, nos ha dado nuevos bríos para proseguir en la inmensa y patriótica labor de recuperación nacional en la que estamos empeñados..."<sup>9</sup>.*

De la lectura de estas declaraciones se desprende que la Junta de Gobierno de 11 de septiembre de 1973 declaró que procuraría respetar la independencia del Poder Judicial, y que la Corte Suprema entendió que tal manifestación de voluntad se estaba cumpliendo a la fecha, y se cumpliría en el futuro.

Sin embargo, con fecha 21 de septiembre de 1973, es decir cuatro días antes de la visita protocolar de la Junta a la Corte Suprema se dictó el Decreto Ley 32, publicado con fecha 4 de octubre de 1973, por medio del cual se modificó la ley 16.455 y se creó un "Tribunal Especial del Trabajo".

Estableció el artículo 1 de dicho Decreto Ley 32:

*"1. Toda persona cuyo contrato de trabajo haya sido caducado o lo sea en el futuro, sólo podrá reclamar ante un Tribunal Especial que funcionará en cada departamento y que estará compuesto por el Juez del departamento que tenga competencia para conocer de los asuntos del trabajo, que lo presidirá; por un representante de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, designado por el Intendente o Gobernador respectivo y por un Inspector del Trabajo, designado por el Director del Trabajo. Este último miembro actuará como Relator y Secretario del Tribunal, teniendo en esta última calidad el carácter de Ministro de Fe para los efectos legales.*

*En aquellos departamentos en que haya más de un Juez competente para conocer de los asuntos del trabajo, la Corte Suprema designará a aquel que integrará el Tribunal Especial...*

*En el departamento de Santiago funcionarán cinco Tribunales Especiales. Con acuerdo de la Corte Suprema, se podrá aumentar el número de Tribunales Especiales, si fuere necesario a través del país, en cuyo caso, la propia Corte Suprema, el In-*

<sup>5</sup> "100 Primeros Decretos Leyes dictados por la Junta de Gobierno de la República de Chile", Editorial Jurídica de Chile, Colección Textos Legales número 2, diciembre de 1973.

<sup>6</sup> "Antecedentes histórico-jurídicos: años 1972-1973", Editorial Jurídica de Chile, 1980, pág. 177

<sup>7</sup> "Antecedentes histórico-jurídicos...", ob. cit., pág. 177-178.

<sup>8</sup> "Antecedentes histórico-jurídicos...", ob. cit., pág. 181.

<sup>9</sup> "Antecedentes histórico-jurídicos...", ob. cit., pag. 181-182.

tendente o Gobernador y el Director del Trabajo designarán a los respectivos integrantes de los nuevos tribunales especiales.

El Tribunal Especial funcionará en el asiento del Tribunal que corresponda al Juez que lo presida.

En caso de ausencia o impedimento de los miembros del Tribunal Especial, serán reemplazados en la siguiente forma: el Juez, por su subrogante o reemplazante legal; el representante de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile e igualmente el Inspector del Trabajo, por aquellos que designen los Intendentes, Gobernadores y el Director del Trabajo, respectivamente.

2. Cada Tribunal Especial establecerá el horario de funcionamiento y demás normas necesarias para el expedito desarrollo de sus funciones.

6. Todas las reclamaciones por terminaciones o despidos o caducidades de contratos de trabajo deberán ser interpuestas dentro del plazo fatal de 20 días hábiles, contados desde el día de la separación del trabajador de su empleo o de la cesación de su cargo.

7. El Tribunal Especial conocerá y resolverá la reclamación en única instancia sin forma de juicio, dentro del plazo de 30 días corridos, contados desde la fecha de la presentación del reclamo. El Tribunal apreciará la prueba y fallará en conciencia.

La sentencia definitiva se dictará por los tres miembros integrantes, debiendo adoptarse la resolución del asunto con la concurrencia a lo menos de dos votos conformes de ellos y dejándose constancia del voto disidente, cuando ello tuviere lugar...

La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno salvo el de queja que se interpondrá ante el Tribunal Especial dentro del plazo de cinco días y su aumento correspondiente, si procediere, contados desde la fecha de la notificación de la sentencia definitiva...

El Tribunal Especial, de oficio e inmediatamente, deberá remitir el recurso, los autos correspondientes y la certificación de la notificación del fallo, a la Corte Suprema, para el conocimiento y resolución del recurso.

El recurso se firmará por el agraviado...

12. Este decreto ley regirá desde el 11 de septiembre de 1973. No obstante, el plazo indicado en el artículo 6 regirá desde la fecha de la publicación de este decreto ley para las terminaciones que hayan tenido lugar entre el 11 de septiembre de 1973 y la fecha de la publicación señalada.

Los reclamos sobre despidos ocurridos desde el 11 de septiembre de 1973 que se encuentren en tramitación, deberán pasar a los respectivos Tribunales Especiales Departamentales, inmediatamente que éstos se constituyan para su conocimiento y resolución<sup>10</sup>.

Con fecha 29 de octubre de 1973 se dictó el Decreto Ley 107, publicado en el Diario Oficial de 31 de octubre de 1973, que vino a introducir modificaciones al Decreto Ley 32 estableciendo que el Juez llamado a integrar el Tribunal Especial era el Juez

del Trabajo y en aquellos departamentos en que no existan tales jueces, el juez de Letras de Mayor Cuantía. Dispuso además que el plazo para presentar la reclamación comenzaría a regir desde el día de la publicación del Decreto Ley 107.

Finalmente el 9 de octubre de 1974, es decir luego de una vigencia de un año cinco días, se derogó por el Decreto Ley 676 el Decreto Ley 32 y el 107, y se volvió al antiguo orden de cosas regulado en la ley 16.455.

Respecto de las causas pendientes se dispuso en un artículo transitorio del Decreto Ley 676 que pasaba a ser competente el tribunal fijado por la ley 16.455.

Visto lo anterior cabe preguntarse si es aceptable el lugar común que sostiene la falta de intervención del Poder Judicial por el Gobierno Militar: la creación de los Tribunales Especiales del Trabajo plantea serias dudas a esta afirmación.

En todo caso una adecuada respuesta exige una perspectiva histórico-jurídica, y que dicha mirada luego de analizar lo estrictamente jurídico considere también los aspectos políticos, sociales y económicos. En esta ocasión nos referiremos principalmente a los aspectos propiamente jurídicos. Esperamos en el futuro realizar una presentación global del tema en una perspectiva histórico-jurídica polifacética<sup>11</sup>.

De la sola lectura de los artículos 1, 2, 6 y 7, del Decreto Ley<sup>12</sup> 32 no obstante la claridad de sus disposiciones, no podemos desprender que el Decreto Ley constituya un caso de intervención del Poder Judicial por la Junta de Gobierno.

Los tribunales del trabajo han tenido en la historia del Derecho chileno ciertas particularidades respecto de los demás tribunales de la República. En consecuencia lo primero que cabe preguntarse es sí a la luz de la historia de la jurisdicción laboral este Decreto Ley 32 constituye un caso de intervención.

Los tribunales del trabajo surgen como tribunales especiales en 1924, por ley 4.056. Más tarde en 1927 por el Decreto Ley número 2.100 se estableció una estructura judicial que contemplaba una primera instancia a cargo de un Juzgado del Trabajo y una segunda en manos de Tribunales de Alzada del Trabajo.

El Juzgado del Trabajo de la primera instancia fue servido por un juez unipersonal, letrado. Los Tribunales de Alzada estaban compuestos por un ministro de Corte de Apelaciones y dos vocales que representaban los intereses del capital y el trabajo, sólo con derecho a voz.

Desde 1927 el juez de primera instancia es unipersonal y letrado, en cambio el de la segunda instancia es colegiado y se integran a él dos personeros del mundo del trabajo como vocales.

<sup>11</sup> Llamamos perspectiva histórico-jurídica polifacética a aquella que analiza el fenómeno histórico-jurídico tanto en sus facetas normativo jurídicas como no normativas —véase Palma González, Eric Eduardo, "Reflexiones en torno a una concepción histórico-jurídica polifacética para un estudio de la Historia del Derecho Contemporáneo", revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1998.

<sup>12</sup> En el orden jurídico chileno el Decreto Ley es una norma jurídica de rango legal dictada por un Gobierno de facto.

<sup>10</sup> "100 Primeros Decretos Leyes...", ob. cit., págs. 70 y ss.

En 1933 por la ley 5.158 se estableció expresamente que la Corte Suprema ejercía también sobre estos tribunales sus facultades correccionales, disciplinarias y económicas.

Esta situación se mantuvo hasta el año 1943. Por medio de ley 7.726 dictada el 23 de noviembre se cambió la estructura de la segunda instancia y surgen las Cortes del Trabajo, compuestas íntegramente por jueces letrados. Concurriendo además representantes de empleadores y trabajadores (obrero y empleado) pero sólo como vocales.

En 1955 la ley 11.986 estableció que los Juzgados del Trabajo pasaban a ser parte del Poder Judicial.

Conviene tener presente que en todo este período los tribunales del trabajo conocen tan sólo de los conflictos que se derivan de la aplicación de los contratos individuales del trabajo.

Respecto de la apreciación de la prueba se faculta a los jueces del Trabajo para hacerlo en conciencia, es decir según su sana razón, su leal saber y entender. La sentencia debe ajustarse a la ley y puede ser objeto de recurso de apelación.

En doctrina se ha sostenido respecto de la jurisdicción laboral que dentro de las orientaciones sociales del Derecho, se tiende a sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria las cuestiones relacionadas con el trabajo, cuyo carácter técnico y social exige tribunales autónomos especiales; doctrinalmente, estos tribunales del trabajo deberían ser formados por patrones y trabajadores, e integrados por especialistas, siendo sus procedimientos rápidos y gratuitos, accesibles a los obreros y empleados desprovistos de recursos, y expidiendo sus fallos, sin sujeción a formalismos; sin embargo, la implantación práctica de tribunales de esta naturaleza ofrece dificultades, sobre todos en países como Chile.

Esta era la realidad de los Tribunales del Trabajo al día 4 de octubre de 1973, fecha de dictación del Decreto Ley número 32. Y es en atención a las características originales de estos Tribunales respecto de otros tribunales chilenos, y a las peculiaridades que ha presentado tradicionalmente el tribunal de primera instancia de la judicatura laboral, que debemos resolver el problema de determinar el grado de anormalidad o intervención que reviste la presencia de un representante de las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, así como del inspector del trabajo, como miembros de un Juzgado del Trabajo.

La historia nos autoriza a responder que la transformación del tribunal de la primera instancia en uno de carácter colegiado constituye una clara excepción. En efecto, desde 1924, es decir por un espacio de cuarenta y nueve años, el Juzgado del Trabajo había sido unipersonal.

Desde su creación el Juzgado del Trabajo fue servido por un juez letrado, a partir del 4 de octubre de 1973 pierde tal carácter debido a la presencia de dos jueces iletrados; el representante de las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile y el Inspector del Trabajo. La circunstancia de que el tribunal perdiera su carácter de especialista constituye una anormalidad.

Por las particularidades del derecho laboral se autorizó al Juez del Trabajo para valorar la prueba en conciencia, obligándolo en todo caso a sujetarse a la ley al dictar sentencia. A partir de la puesta en vigencia del Decreto Ley 32 no sólo aprecia la prueba sino que falla también en conciencia. Se trata de una situación que rompe con una particularidad importante del juez del Trabajo y constituye también una situación anómala.

La sentencia definitiva del juez del Trabajo podía ser objeto de recurso de apelación ante el Tribunal de Alzada o la Corte del Trabajo, según la época. A partir del cuatro de octubre de 1973 no fue posible interponer recurso alguno. Es decir un tribunal no apto jurídicamente por su falta de conocimientos pasó a fallar en única instancia: se configura así otra situación irregular.

Se estableció que el Tribunal Especial tendría competencia para conocer asuntos acontecidos aún antes de su constitución. La circunstancia de que las personas, trabajadores o empleadores, pasaran a ser juzgados por un ente especial puede considerarse atentatorio contra el principio enunciado en el artículo 12 de la Constitución Política del Estado de 1925, reformada, según el cual: "*Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta*".

La circunstancia de que el Tribunal conociera de hechos acontecidos a partir del 11 de septiembre de 1973, es decir que opere con efecto retroactivo, constituye una situación irregular.

¿Qué grado de anormalidad configuran estas cinco situaciones anómalas descritas? Creemos que configuran una situación de gravísima anormalidad. Ellas no son sino una consecuencia de la actuación en el proceso de dos funcionarios públicos iletrados, integrantes de la Administración del Estado, que interviene directamente, junto al juez, en la dictación de la sentencia.

Podemos pensar que hubo una negociación entre la Junta de Gobierno y la Corte Suprema a propósito de la decisión de instalar los Tribunales Especiales, y que ésta en atención a la gravísima anormalidad que representaba la composición del Tribunal Especial del Trabajo se reservó su control directo a través del Recurso de Queja, mecanismo de carácter disciplinario pero a través del cual la práctica judicial persigue la modificación de la sentencia definitiva del tribunal jerárquico inmediatamente superior, es decir, la Corte de Apelaciones. En todo caso al operar como instrumento de control disciplinario sólo podía afectar al juez letrado y no a los demás funcionarios públicos.

¿Puede considerarse esta normativa emanada del Poder Ejecutivo, un caso de intervención del Poder Judicial? Nos parece que sí.

La presencia de miembros no letrados en el Tribunal y que además no representan a ninguno de los sectores en conflicto, empleadores y trabajadores, transforma a este tribunal efectivamente en uno "*especial*", sin parangón en la historia del Derecho Procesal del Trabajo.

# Democracia y derecho penal en México

Miguel CARBONELL

"...la prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes a fin de cuentas son útiles en el dominio económico y en el dominio político. Los delincuentes sirven".

Michel Foucault, *Microfísica del poder*.

## 1. INTRODUCCION

Este ensayo se dirige a poner de manifiesto algunos aspectos de las relaciones entre el derecho penal y la democracia en México. El objetivo no es tanto demostrar que un Estado democrático demanda y necesita un derecho penal igualmente democrático (lo cual es rigurosamente cierto), como el de subrayar el hecho contrario de que un mal derecho penal puede arruinar cualquier democracia. O dicho en otras palabras, se trata de apuntar algunas cuestiones sobre la función del derecho penal en un contexto político democrático, pero también en un contexto social —como el latinoamericano— sumamente fragmentado y en el que coexisten grandes acumulaciones de capital al lado de enormes bolsas de pobreza. Junto a lo anterior, también se dirá alguna cosa sobre el fenómeno de la corrupción, tan persistente en el panorama penal mexicano, y sobre el estado que guardan las cárceles mexicanas.

En México se corre el riesgo de perpetuar, a través del uso del sistema penal, una realidad sociopolítica que no puede tener cabida en un Estado democrático. Me refiero a la reproducción de la lógica autoritaria, alejada de la mirada pública y que se encuentra al servicio del mantenimiento y consolidación de posiciones de poder real dentro de la sociedad mexicana; lógica que por tantos años se ha mantenido intacta en el país y que apenas empieza a ser modificada<sup>1</sup>.

El uso patrimonialista del procedimiento penal (desde la averiguación previa hasta el juicio de amparo) y del sistema penitenciario por parte de quienes se supone que tendrían que defender el interés general es una lacra del pasado que se compadece mal con el advenimiento de la proclamada democracia mexicana.

Paolo Flores D'Arcais señala que "En contraste con cualquier época precedente, la época moderna (o mejor aún: contemporánea) puede ser interpretada —ante todo y comúnmente— como época del desfase; de la diferencia entre lo que se anuncia y lo que se realiza, entre los valores que se bordan

en las constituciones y los estandarte, y aquellos que se imponen fuera del escenario, en la periferia de lo cotidiano, desmintiendo a los primeros"<sup>2</sup>; si lo anterior es cierto, y la realidad parece confirmar que efectivamente lo es, quizá sea en el ámbito del derecho penal donde más notablemente se produzca el desfase mencionado por Paolo Flores: uno o uno, el derecho penal de la realidad (no el que nos enseñan en las facultades de derecho ni el que se describe, no sin cierta hipocresía, en la mayor parte de los libros de la materia), se ha encargado de desmentir todos y cada uno de los valores que supuestamente protege. Desde la dignidad de la persona hasta la libertad sexual, desde el derecho de propiedad hasta el de la integridad corporal, todos y cada uno de estos bienes son afectados, vulnerados o destruidos en el ejercicio cotidiano del ius puniendi del Estado mexicano.

Si Lorenzo Meyer ha podido decir, con razón, que la cultura cívica de los mexicanos es más una cultura de súbditos que de ciudadanos<sup>3</sup>, parece razonable sostener que dicha cultura nunca podrá constituir un elemento de emancipación si no se cambian, para mejorar —desde luego—, las estructuras a través de las cuales el Estado ejerce la represión. Se trata de modificar desde los estamentos policiales y militares hasta la función y el papel de los jueces penales, pasando, obviamente, por ese gran tema que ninguna administración pública nacional parece atreverse a enfrentar en serio: el de las cárceles mexicanas.

El fondo de toda la cuestión no es otro más que el de recordar algo que por ser tan obvio a veces se olvida: que el Estado y su derecho (incluyendo por supuesto y de forma destacada el derecho penal) encuentran su sentido y razón de ser cuando sirven al interés de los ciudadanos, es decir, se debe recobrar la vieja idea de que el ser humano tiene que ser considerado, nada más pero también nada menos, como un fin en sí mismo, nunca como un medio para atender y proteger intereses que lo rebasan. Y en esto el derecho penal, en tanto ordenamiento punitivo y manifestación última del poder coactivo del Estado, tiene un papel fundamental. Se trata de recordar una hipótesis, por desgracia hoy contrafáctica, que niega las palabras de Michel Foucault que encabezan este trabajo: que los presos no sirvan más que a su propia reinserción; que el sistema penal no sea utilizado para ex-

<sup>1</sup> En la literatura jurídica se ha hecho poco caso de las condiciones del sistema político nacional para entender y explicar el funcionamiento del orden jurídico; dentro de la vastísima literatura producida por la ciencia política mexicana se pueden citar, a modo de ejemplo solamente, Merino Huerta, Mauricio, *La democracia pendiente. Ensayos sobre la deuda política de México*, México, 1993 y Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, México, 1995. Una crítica a la visión restringida de la doctrina jurídica mexicana —en concreto la del derecho constitucional— puede verse en Cossío, José R. y Raigosa, Luis, "Régimen político e interpretación constitucional en México", *Isonomía*, número 5, México, octubre de 1996.

<sup>2</sup> "El desencantamiento traicionado" en Paolo Flores *et al.*, *Modernidad y política. Izquierda, individuo y democracia*, Caracas, Venezuela, 1995, pág. 13.

<sup>3</sup> "Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 13, Madrid, 1992, pág. 61.

tender, sin más, el dominio político y el dominio económico existentes.

## 2. DERECHO PENAL Y MARGINALIDAD SOCIAL

La democracia es un sistema complejo que requiere de un mínimo de precondiciones para que pueda darse; del mismo que se puede decir que sin elecciones no hay democracia, es igualmente válido sostener que sin apego a ciertas "reglas del juego" tampoco la hay<sup>4</sup>.

Hoy la democracia —y cualquier ejercicio de poder público que en su nombre se realice— se legitima en tanto mantenga dos condiciones esenciales: respecto a los derechos fundamentales (incluyendo por supuesto, pero no sólo, todos aquellos que tienen que ver con la elección de los titulares temporales que pueden ser elegidos por voto popular) y apego al principio de legalidad. Es decir, la democracia y el desarrollo de la política democrática solamente tienen cabida dentro de un sistema normativo que garantice por igual el gobierno de la mayoría y el respeto de la minorías. En esto el constitucionalismo juega un papel esencial<sup>5</sup>.

La frontera de lo que es decidible dentro de una democracia que asegura el gobierno de la mayoría no puede quedar, justamente, a lo que decida esa misma mayoría. Por eso las más modernas Constituciones que se encuentran por encima de las mayorías coyunturales que ocupan temporalmente el poder legislativo ordinario y de sus respectivos productos normativos<sup>6</sup> —dedican buena parte de sus textos a recoger derechos que se establecen, sobre todo, frente a la mayoría, es decir, son cuestiones que no caen en el ámbito de acción del legislador ordinario<sup>7</sup>.

Dicho lo anterior, cabe apuntar el hecho de que la crisis económica de las últimas décadas ha producido un aumento en el porcentaje de personas que se encuentran en situaciones de marginalidad social; si antes tenían esa categoría solamente estratos sociales muy identificados, hoy la marginalización alcanza a grandes espectros de la población en América Latina. Los procesos de creciente marginalización hacen mucho más difícil la actuación práctica de los derechos fundamentales y cambian el papel del Estado, que cobra cada vez más funciones de carácter represivo-punitivas. José Eduardo Faria describe la situación en los siguientes términos:

<sup>4</sup> En este sentido, por ejemplo, Cotarelo, Ramón, *En torno a la teoría de la democracia*, Madrid, 1990.

<sup>5</sup> De hecho, Giovanni Sartori sostiene que, en el ámbito constitucional, lo que preocupa son las minorías, no las mayorías, *Teoría de la democracia*, tomo I, Madrid, 1987, pág. 170.

<sup>6</sup> Aragón, Manuel, "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, número 50, Madrid, 1986.

<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli sostiene que "la idea de que la democracia consiste únicamente en el consenso de la mayoría... conlleva, más allá de la reducción del pluralismo, también la legitimación de la ilegalidad y el abuso", "El Estado constitucional de derecho hoy" en Andrés Ibañez, P. (editor), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996, pág. 28.

...con la globalización, los 'excluidos' del sistema económico pierden progresivamente las condiciones materiales para ejercer sus derechos fundamentales, pero no por eso están dispensados de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación. Con sus prescripciones normativas, el Estado los integra en el sistema jurídico básicamente en sus vertientes marginales —esto es, como deudores, invasores, reos, transgresores de toda clase, condenados, etc.—. Ante la ampliación de la desigualdad, las bolsas de miseria, la criminalidad y la propensión a la desobediencia colectiva, caben así al Estado... funciones eminentemente punitivo-represivas. Para eso, viene cambiando el concepto de intervención mínima y última del derecho penal, volviéndose cada vez más simbolista, promocional, intervencionista y preventivo, mediante la difusión del miedo entre su clientela (los excluidos) y el énfasis en una pretendida garantía de seguridad y tranquilidad social.<sup>8</sup>

Desde un punto de vista democrático importa subrayar que la lógica del juego mayorías-minorías se rompe si esas minorías son excluidas de facto de las posibilidades reales de participación en el circuito público de deliberación y decisión. El "principio de la mayoría" no debe convertirse en una mera reproducción aritmética que sea resultado de la emisión —desinformada, coaccionada o inducida, muchas veces— del sufragio, sino un vínculo democrático sustancial que permita la eventual alternancia de los grupos gobernantes.

En este contexto de marginalización y conlaintegración, al derecho penal le cabe una función más digna que la mera represión de los excluidos. Le cabe la tarea, justamente, de la defensa de los vínculos sociales, de los valores sustantivos de la comunidad y de la readaptación y reinserción social de los que han roto esos vínculos y atacado esos valores.

En México, en un contexto social parecido al que se acaba de describir<sup>9</sup>, no existe una interpretación y una aplicación del derecho igual para todos los habitantes<sup>10</sup>, sino que se dan aplicaciones particularizadas que van en relación directa con el poder que tengan los que intervienen en los juicios (o en los procedimientos meramente administrativos), ya sea por sí mismos o por su relación con personas influyentes.

<sup>8</sup> "La globalización y el futuro de la justicia", *Jueces para la democracia*, número 27, Madrid, julio de 1997, pág. 92; en el mismo número puede verse el trabajo "El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia" de Gloria M. Gallego García (págs. 94 y ss.), donde se sostienen argumentos parecidos a los que expone Faria.

<sup>9</sup> Tenemos en el país condiciones de pobreza no solamente muy extendidas, sino crecientes. La pobreza ha aumentado desde 1990. Si en ese año había un 19,9% de la población dentro de la pobreza moderada y un 11,3% en la pobreza extrema, para 1995 los porcentajes eran de 22,3 y 11,8 respectivamente, de acuerdo a las cifras del Informe de 1997 del Banco Interamericano de Desarrollo. El 56% de la población no satisface sus necesidades mínimas de alimentación y esa cifra sube hasta el 75% en el caso de los indígenas. Siete millones de niños padecen desnutrición en grado variable.

<sup>10</sup> En general en América Latina, "Las violaciones de que es objeto el principio de igualdad ante la ley se demuestra examinando la condición socioeconómica de la población penitenciaria ('resultado' final de la intervención penal), así como de las personas contra quienes se decreta la prisión preventiva o a quienes se deniega la fianza excarcelatoria", Rico, José M<sup>a</sup>, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, México, 1997, 47. En el mismo sentido, Gerardo Landrove apunta que "Aunque aparezca solemnemente proclamado en los Textos Constitucionales de aquella área geográfica, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley en contadas ocasiones representa algo más que una fórmula retórica"; mas adelante el mismo autor señala que "La teórica igualdad ante la ley se convierte, en la práctica, en el mantenimiento de reservas o *ghettos* que tienen mucho de campos de exterminio", "Latinoamérica y los crímenes de los poderosos", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1992, págs. 476 y 479.

Quizá valga la pena recordar, para cerrar este apartado, las palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien al referirse a los grandes problemas del derecho penal de finales de siglo apunta lo siguiente:

El derecho penal dejará de vender ilusiones, de convertirse en el sencillo expediente de los organismos políticos para que éstos aumenten su clientela demagógicamente creando la apariencia de soluciones, cuando sólo crean papeles que tienen el doble efecto de ocultar los problemas y despreocuparse por la búsqueda de soluciones reales, haciendo recaer el poder que a partir de ellos aumenta su arbitrariedad sobre los más desprotegidos y carentes del planeta: en nuestro caso, los más pobres de las sociedades pobres. Los penalistas deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos.

### 3. LA CRIMINALIDAD DEL PODER Y DESDE EL PODER: LA CORRUPCIÓN

Un tema del que ya ningún estudio de derecho penal mexicano puede prescindir es el de la omnipresente corrupción. La corrupción no es, desde luego, una nota exclusiva del sistema penal. Antes bien, parece ser uno de los signos distintivos del régimen posrevolucionario mexicano<sup>12</sup>.

La corrupción ha producido la creación de un infraestado que actúa de forma paralela al desempeño de las estructuras estatales formales y que se rige por sus propias reglas. Se trata, siguiendo a Ferrajoli cuando describe el Estado italiano actual, de un Estado clandestino, "dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de poder ocultos, destinado a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas"<sup>13</sup>.

La corrupción afecta significativamente a la democracia porque supone su falseamiento más profundo. La vacía de contenido porque hace inoperativos en la práctica todos los mecanismos de control diseñados para verificar la legalidad de los actos del poder público: en pocas palabras, resquebraja todas las reglas del juego democrático<sup>14</sup>.

La corrupción rompe con todos los presupuestos con los que se opera desde la ciencia jurídica. Empezando por uno de los principales: aquel que supone que las normas jurídicas se aplican en la realidad (o que se aplican de forma imparcial y de acuerdo con los valores que efectivamente buscan resguardar).

Otro presupuesto que se viene abajo con la corrupción es el de la igualdad. Si la Constitución prevé la igualdad de todos en el disfrute de los derechos fundamentales y ante la ley (artículos 1 y 13, entre otros), la corrupción destruye ese presupuesto porque ante un contexto corrupto siempre obtiene mayores beneficios quien cuenta con más recursos para repartir: se produce un acceso privilegiado a todos los servicios públicos (incluyendo el de administración de justicia) por parte de aquellos que

cuentan con los recursos suficientes para poder pagar por ellos.

Los efectos perversos del trato desigual propiciado por el mal uso de los poderes públicos se multiplican cuando la riqueza se encuentra tan mal repartida como en México, donde los excluidos del sistema no tienen, literalmente, ninguna posibilidad de triunfo si, una vez dentro de las redes del engranaje penal, se enfrentan con intereses que los superan en cuanto a sus posibilidades económicas.

El estudio y combate de la corrupción se enfrenta con varios obstáculos considerables. En primer lugar, es difícil de estudiar porque sobre ella no hay estadísticas o información oficial corroborable. Se trata de actividades que, desarrolladas en la clandestinidad, normalmente solo son conocidas por quienes intervienen directamente en ellas. Además, si respecto de otros países se ha podido decir que la elaboración teórica sobre el tema de la corrupción es claramente insuficiente<sup>15</sup>, en México —por las propias características del régimen y a veces por los intereses particulares de los propios teóricos— ni siquiera puede hablarse de insuficiencia; sería más correcto hablar de inexistencia, si bien con señaladas y meritorias excepciones.

Pero la corrupción no solamente se ha propiciado por un conjunto de actitudes e intereses en torno al uso del sistema penal, sino que también se ha fomentado desde las propias normas jurídicas y desde su interpretación judicial. Basta recordar el reconocimiento como prueba plena de la confesión rendida ante la policía judicial y sin asistencia de abogados que durante tantos años caracterizó el enjuiciamiento penal mexicano y sus nefastas consecuencias en forma de torturas y tratos denigrantes por parte de las policías judiciales.

Un sistema jurídico claro, que deje poco espacio a la ambigüedad o a interpretaciones que pueden dar lugar a manejos discrecionales por parte de los operadores jurídico-penales, es un marco que propicia mucho menos la corrupción. En este sentido, parece evidente que si una técnica legislativa correcta es un imperativo para cualquier forma de legislación, lo es más en el caso del derecho penal.

Por otro lado, no es menos evidente que, como señala Brecht, "la moral comienza con el estómago lleno"<sup>16</sup>, de modo que una forma consecuente de abatir —que no eliminar— la corrupción es disponer sueldos decorosos para los funcionarios penales y penitenciarios.

Con todo, el combate a la corrupción pasa por una remoralización de los funcionarios públicos y por el entendimiento de que la política es también ejemplo para la sociedad, de modo que si se elimina la corrupción de los altos cargos y la correspondiente percepción pública que ello provoca, es probable que la propia sociedad empiece también a rechazar con mayor contundencia las prácticas corruptas.

Además de lo anterior, también es cierto que cabe reivindicar a la democracia como el gobierno de lo público en público, o dicho en otras palabras, sin publicidad de los actos del poder público no hay

<sup>11</sup> "Tendencia finiseculares del derecho penal" en *Tendencias actuales del derecho*, México, 1994, pág. 172.

<sup>12</sup> Morris, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo*, México, 1992.

<sup>13</sup> "El Estado constitucional...", cit., pág. 16.

<sup>14</sup> En el mismo sentido, Nieto, Alejandro, *Corrupción en el España democrática*, Barcelona, 1997, págs. 263 y ss.

<sup>15</sup> Nieto, op. cit., pág. 14.

<sup>16</sup> Citado por Nieto, op. cit., pág. 64.

democracia<sup>17</sup>. En el caso del derecho penal mexicano el panorama parece ser más bien opaco, cuando no francamente oscuro. Hacer del derecho penal y de su práctica una labor transparente a la opinión pública puede ser también una forma de combate a la corrupción.

#### 4. LA POBREZA DEL DERECHO PENAL O EL DERECHO PENAL CONTRA LA POBREZA

Intentar una política criminal con la única arma de la represión es una cuestión que si no fuera profundamente peligrosa, sería sencillamente inocente (por inútil).

Pedir que, en un contexto social en el que la violencia y la corrupción se han auspiciado por siglos desde el poder público, sea ese mismo poder público el que, desde la amenaza y la represión, venga a querer cambiar un orden centenario de cosas es pedir demasiado.

Cuestión distinta es que, desde una óptica global de combate a la desigualdad y de búsqueda de la integración social, no del delincuente, sino simplemente del excluido —en cualquiera de sus formas y modalidades (desde minorías sexuales y étnicas hasta grupos políticos marginales)— se cree una política criminal congruente, en primer lugar, con los derechos fundamentales. Y para ello no es necesario ir muy lejos; si la propia Constitución confecciona el marco del *ius puniendi* del Estado, es ella misma la que también proporciona los elementos para una política de la igualdad y la integración; en efecto, los artículos 25 y 26 constitucionales disponen la obligación del Estado de fomentar el empleo y redistribuir la riqueza. De igual forma, el artículo 123 prevé para todos los trabajadores la asignación de un salario mínimo que satisfaga las necesidades de una familia.

Claro que para llevar a la realidad lo dispuesto por los artículos 25, 26 y 123 (entre otros) harían falta por lo menos dos cosas: la primera es que en esa parte la Constitución fuera normativa, es decir, que si sus preceptos son violados existiera algún medio eficaz para llevar a cabo su reparación o la exigencia de responsabilidad correspondiente; en segundo lugar, haría falta que todos los operadores jurídicos se tomaran en serio la Constitución, sobre todo que los que detentan el poder público se sintieran mucho más "comprometidos" con los mandatos constitucionales<sup>18</sup>.

En este aspecto, no toda la responsabilidad le cabe a los poderes públicos. Creo que es importante subrayar el papel de los medios de comunicación. Si puede decirse que el Estado mexicano ha iniciado un trayecto firme de transición democrática en algunos aspectos, es seguro que esa transición apenas se ha reflejado en los medios de comunicación.

Los medios magnifican el aspecto punitivo, repre-

sor del Estado. En lugar de señalar abusos, se limitan a dar cuenta de los operativos policiales, dedicando buena parte de su tiempo a la reseña, si acaso, de algunos casos famosos, pero olvidando a esos miles de justiciables anónimos que habitan las salas de detención de las procuradurías de justicia o que se encuentran reclusos en las cárceles y reclusorios de la República. Los medios son los más eficaces propagadores de las campañas de "ley y orden" que tan negativos resultados han ofrecido en varios países de la región<sup>19</sup>.

Una sociedad civil vigilante, activa y comprometida con la defensa de los derechos fundamentales (que son derechos de todos, no hay que olvidarlo), es un componente esencial de una política criminal congruente con un sistema democrático. No hay política (o al menos, política democrática) sin participación, y la política criminal no es la excepción.

#### 5. OTRO TEMA PENDIENTE: CARCELES Y READAPTACION SOCIAL

De entre los muchos temas pendientes que tiene que resolver el derecho penal mexicano uno de los más destacados quizá sea el de las cárceles y, junto con él, el de la readaptación social<sup>20</sup>. Se trata de un tema que no solamente interesa al derecho penal, sino que debería preocupar a todos los que se dedican a la ciencia jurídica en México. La razón es simple: la frontera última de la coerción estatal (coerción que es una de las notas esenciales de todo sistema jurídico contemporáneo) no está cumpliendo con la función que se le asigna dentro del ordenamiento, es decir, las sanciones corporales no están sirviendo para eso que nos dice la Constitución que deben servir (art. 18). Y eso representa un reto mayúsculo no solamente para los penalistas, sino también para los filósofos del derecho y, en tanto la readaptación social es un mandato constitucional, para los constitucionalistas.

Por lo anterior, seguir explicando la lógica de un sistema jurídico sobre la base del funcionamiento hipotético de una sanción que sirve —en teoría— para readaptar, puede ser cualquier cosa menos un análisis riguroso de lo que acontece en la realidad.

Desde luego que, dejando aparte intereses y disputas académicas, el tema de las cárceles tiene que ver con el propio modelo de sociedad que queremos para el futuro. Si queremos un sociedad incluyente, integradora, comprometida con ciertos valores, no podemos dejar de poner atención en las instituciones que deben encargarse de readaptar a aquellos que transgreden la normatividad social.

Sin embargo, lo cierto es que las cárceles preocupan poco a la sociedad, pero preocupan aún menos en el ámbito del poder público. La razón, de nuevo, es bien sencilla: las cárceles no dan votos; invertir en una cárcel, disponer condiciones higiénicas y asistenciales óptimas, capacitar y remunerar

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de democracia*, México, 1994.

<sup>18</sup> No hay que olvidar que, como apunta muy bien, Ferrajoli, "tomar en serio la Constitución, es hoy, siendo realistas, la única batalla democrática... que puede llegar a ganarse", "El Estado constitucional...", cit., pág. 29.

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, 2a. edic., Bogotá, 1993.

<sup>20</sup> Paláez Ferrusca, Mercedes, "Algunas reflexiones sobre la readaptación social", *Criminalia*, México, número 2 de 1997

adecuadamente al personal penitenciario, etc., no interesa a los políticos porque no les da lucimiento ante la opinión pública. Es raro, por no decir casi inédito, que en el programa de campaña de algún partido político se toque el tema de las cárceles (más raro aún, dicho sea de paso, es que se toque el tema de otros centros de reclusión como los psiquiátricos o las correccionales de menores).

## 6. DE VUELTA AL PRINCIPIO: POR UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO

Lo que brevemente se ha apuntado en los apartados anteriores no permite mantener una actitud optimista respecto de la situación que guarda el derecho penal en México, sin embargo creo que empezar a plantear los problemas en su justa dimensión puede ser una buena forma de comenzar también a encontrar soluciones para esos problemas. Ante una realidad "genocida"<sup>21</sup>, los planteamientos teóricos deben ser algo más que meras reseñas disimuladamente críticas de las incesantes reformas legislativas. Quizá sea tiempo de emprender una revisión global del sentido y la función del derecho penal necesario para el modelo de sociedad que México quiere construir de cara al siglo XXI. Dicha revisión, si en verdad quiere ser global, tiene que superar el encuadramiento restringido de las normas penales para buscar soluciones a través de medios que van más allá de la mera normatividad.

Me parece que ningún derecho penal puede ser viable sin vincularse de forma sustancial (no meramente formal) con los derechos fundamentales y

con los valores que estos derechos protegen; hacerlo de otra forma dejaría al derecho penal desarraigado en su carga axiológica. Para decirlo con las palabras de Peter Haberle.

No se debe considerar al Derecho Penal sólo como un 'arma' a disposición de la comunidad. Se debería, más bien, intentar establecer una relación íntima, sustancial y fecunda entre aquel y los titulares de los derechos fundamentales llamados en causa... la condena en el proceso penal es algo más que el simple 'cumplimiento de una condición' al cual el Estado ha vinculado el ejercicio del propio poder... el Derecho Penal está dado, a menudo, para hacer operativos los valores que son objeto, a su vez, de los derechos fundamentales... si se le pregunta sobre el sentido y el fin de las leyes penales admisibles constitucionalmente —y para definir los límites admisibles para los derechos fundamentales se debe razonar de ese modo— se puede demostrar sin duda que el fin que se propone realizar el Derecho Penal no solamente no es contrario a los derechos fundamentales, sino que opera en favor de estos, y por eso también en favor del individuo mismo<sup>22</sup>.

Ahora bien, en el ámbito de la mera legalidad, como ya se ha dicho, se debe buscar una legislación compacta, bien articulada, pulcra en sus expresiones lingüísticas y que mantenga en un solo cuerpo legal toda (o una inmensa mayoría) la materia penal mexicana.

Finalmente, para volver al ámbito de la teoría, creo que una actitud más crítica de la doctrina iuspenalista mexicana hacia los actos de represión que se ejercen desde el poder puede en mucho ayudar a construir un derecho penal funcional para una democracia:

A denunciar las múltiples falacias e injusticias que se ocultan bajo los procesos de criminalización, persecución penal y castigo deben orientarse los esfuerzos de los estudiosos comprometidos con la libertad y la democracia a fin de implantar una política criminal alternativa o, mejor, una política alternativa al sistema penal<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> El término es de Zaffaroni, *En busca...*, cit.

<sup>22</sup> *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, 1997, págs. 79-80.

<sup>23</sup> Gallego García, *op. cit.*, pág. 103.

# EXTRACTO DEL MANIFIESTO PARA LA CREACION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LAS NACIONES UNIDAS.

Para que la Corte Penal Internacional sea un verdadero modelo de justicia, eficacia e imparcialidad, los abajo firmantes

**APELAMOS** a todos los gobiernos del mundo y a la comunidad internacional para que afiancen la propuesta de la creación de una Corte Penal Internacional permanente. La Corte, actuando con arreglo a las normas internacionalmente reconocidas de justicia y equidad, procesará a los acusados de delitos de genocidio, violaciones del derecho humanitario y crímenes de la humanidad. De esta forma, procurará que se interrumpa el círculo vicioso de impunidad que tan a menudo transforma violaciones esporádicas de derechos en prácticas sistemáticas de abuso.

**ESPERAMOS** que el actual borrador de Estatuto de la Corte se ajuste con el espíritu que inspiró su creación, para que pueda cumplir con sus tareas institucionales de forma concreta, imparcial y eficaz. Especialmente y adhiriéndonos a las propuestas de Amnistía Internacional, consideramos imprescindible reforzar el Estatuto en los siguientes puntos:

-El fiscal debe estar investido del poder necesario para iniciar, de forma independiente y basándose en información procedente de cualquier fuente fidedigna, investigaciones y procesamientos en cualquier caso de violaciones de los derechos humanos sobre los cuales la Corte tenga jurisdicción, tales como el genocidio y crímenes de lesa humanidad, así como graves infracciones del derecho humanitario.

-El Consejo de Seguridad sólo debe poder presentar situaciones a la Corte para su investigación y procesamiento, no debe seleccionar casos individuales. El Consejo de Seguridad no tendrá ninguna otra función a la hora de determinar si el fiscal puede iniciar un procesamiento en las situaciones en las que el Consejo de Seguridad esté actuando de acuerdo con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

-La Corte Penal Internacional debe tener el poder para imponer su jurisdicción directa y libremente en caso de que un estado no quiera o no pueda investigar y procesar a los individuos sospechosos de haber cometido violaciones graves de los derechos humanos.

-La Corte Penal Internacional debe garantizar el respeto de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como de todas las salvaguardias contenidas en el Derecho Internacional para la celebración de un juicio justo.

-La corte debe financiarse con cargo al presupuesto general de las Naciones Unidas.

**INVITAMOS** al Gobierno español y a todos los estados miembros de las Naciones Unidas a afianzar la creación de la Corte Penal Internacional en términos de infraestructura y recursos financieros, adoptando las medidas legislativas nacionales necesarias con el fin de garantizar el adecuado e inmediato funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

**Firmando:**

**D. Clemente Auger.** Presidente de la Audiencia Nacional. **D. Fernando Alvarez de Miranda.** Abogado. **D. José Antonio Martín Pallín.** Magistrado del Tribunal Supremo. **D. Hernando Valencia Villa.** Representante en Europa de la Comisión Colombiana de juristas. **D. Manuel Pérez González.** Catedrático de Derecho Internacional Público. **D. José Luis Galán Martín.** Abogado. **D. Nicolás Sartorius Alvarez de las Asturias.** Abogado. **D. Carlos Castresana Fernández.** Fiscal Portavoz de la Unión Progresista de Fiscales. **D. Fernando Oliván López.** Abogado. Coordinador del Aula de Migración. Colegio de Abogados de Madrid. **Dª. Rose Aguilar.** Abogada. **D. Juan María Bandrés.** Abogado. Presidente del CEAR. **Dª. Gloria Martín Francisco.** Abogada. Presidenta de la Asociación Libre de Abogados. **D. Xavier O'Callaghan Muñoz.** Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil. **D. Luis López Guerra.** Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial. **Unión Progresista de Fiscales (U.P.F.).** **D. Fernando Fernández.** Magistrado Juez Decano Juzgados de Madrid. **D. Juan José Martínez Zato.** Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Jefe de la Inspección de la Fiscalía General del Estado. **D. Carlos Jiménez Villarejo.** Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Jefe de la Fiscalía especial Anticorrupción. **D. José Jiménez Villarejo.** Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. **Dª. Manuela Carmena Castrillo.** Vocal del Consejo General del Poder Judicial

ME ADHIERO AL PRESENTE MANIFIESTO PROPUESTO POR AMNISTIA INTERNACIONAL PARA LA CREACION DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Y DOY MI CONFORMIDAD PARA QUE LOS DATOS QUE A CONTINUACION DETALLO SE INCORPOREN AL TEXTO IMPRESO:

NOMBRE: \_\_\_\_\_ PROFESION: \_\_\_\_\_

LUGAR DEL DESEMPEÑO DE LA FUNCION O CARGO (EN SU CASO): \_\_\_\_\_

DNI: \_\_\_\_\_ FIRMADO \_\_\_\_\_

 **Amnistía  
Internacional**  
Sección Española

SI ES COLECTIVO O ENTIDAD PUBLICA O PRIVADA LES ROGAMOS QUE PONGAN EL SELLO OFICIAL

HAREMOS LLEGAR ESTAS ADHESIONES AL PRESIDENTE DEL GOBIERNO, MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y MINISTERIO DEL INTERIOR.

POR FAVOR REMITA ESTE CUPON A: AMNISTIA INTERNACIONAL. CAMPAÑA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. C/ DONOSO CORTES, 22. 28015 MADRID.  
TELF: (91)593 02 23. FAX: (91)594 19 55.

# APUNTES\*

## • El turno de Aznar

Tardó un poco, tuvo que ir a Montevideo para hacerlo, pero, al fin, lo hizo. José María Aznar, el de la necesidad de respeto incondicionado a las decisiones de los jueces, afirmada con esa seguridad, tan suya, con la que suele proclamar las obviedades que no comprometen, echó "su cuarto a espadas" en la materia. Y cayó en lo que había reprochado a su antecesor. "Juicios paralelos", "jueces estrella", fueron las coartadas para manifestar su incomodidad ante el hecho de que exponentes muy connotados de su formación política —Tomey, Luis Fernando Catagena— sean ahora justificado objeto de la atención del juez. Del juez penal, se entiende.

¡Con lo bien que habría quedado repitiendo ahora desde el gobierno aquello de dejar trabajar a los jueces, dicho con tanto énfasis desde la oposición!

Pero —¡encima!—, si primero no se privó, luego trató de *arreglarlo*: la suya había sido una "reflexión en el contexto de Uruguay". Estaba tan claro, es tan patente que Uruguay tiene un serio problema de "juicios paralelos" y "jueces estrella", como que Aznar había sido llamado allí para reflexionar sobre él en voz alta.

Lo cierto es que no falla: "predicar" sigue siendo una cosa bien distinta de "dar trigo".

Y la independencia judicial un principio, un valor, que recluta sus devotos en los bancos de la oposición. De la oposición sin expectativas próximas ni recuerdo cercano de "banco azul".

## • ¿Jueces con fecha de caducidad?

En el marco del clima de preocupación suscitado —a impulsos de los ocasionales empujones mediáticos— en el Consejo General del Poder Judicial, algunos de sus componentes, sin duda para limitar los riesgos de transubstanciación *estelar* que acechan a los Jueces Centrales de la Audiencia Nacional, pensaron en ponerles fecha de caducidad.

Pensaron, aunque se supone que no mucho, por la calidad del resultado, y llevaron el asunto al pleno, del que, por fortuna, no llegó a salir como propuesta.

La intención quizá pudo ser buena, pero su plasmación ligera, arriesgada y con inequívocas dificultades de encaje en el vigente contexto legal. Pues un juez nombrado por procedimientos normalizados de designación para ejercer funciones estrictamente jurisdiccionales no tendría por qué serlo a plazo fijo (se habló de cinco años). Lo que, además, considerada la complejidad inevitable del trabajo de esos

organismos, generaría enormes disfunciones con ocasión de los inevitables cambios personales.

Lo cierto es que, mirado por donde se mire, lo de la *caducidad* de los Jueces Centrales no encuentra explicación ni siquiera en función de esa ecológica condición que es la *naturalidad*, que en materia de alimentos suele traducirse en un breve tiempo de duración en las mejores condiciones, pero que aquí no tendría por qué jugar. Porque, en los Jueces Centrales, al ser "legalmente predeterminados", que no *naturales*, no parece que el paso del tiempo debiera producir graves efectos de obsolescencia.

En efecto. En materia de Jueces Centrales, puede haber o no problemas de eventual degradación derivados de la excesiva y anómala acumulación de *poder judicial* con las inevitables negativas repercusiones en y de los *media*. Pero, en el fondo, la dimensión del asunto no es esencialmente personal —aunque lo personal, en ocasiones, puede contar bastante— sino de concepción y de diseño orgánico. Por eso, tratándose de cuestión tan delicada como el ejercicio de la jurisdicción, con principios constitucionales tan sensibles de por medio, es mala cosa andarse con *parches* y en función de la primera ocurrencia.

Además, no corren buenos tiempos para reformas en el sector. Por eso, mejor un poco de calma.

## • Injusticia informativa

Hubo un tiempo, todavía no demasiado lejano, en que uno de los problemas de la administración de justicia en España era su opacidad y la consiguiente dificultad para aproximarse desde fuera a la realidad de su funcionamiento. Hoy, con solo hojear un periódico, parece que no podría decirse lo mismo. Más bien habría que hablar de cierta saturación de información relacionada con los tribunales a los que, incluso, con frecuencia, tienen acceso las cámaras de televisión. Por otra parte, la libertad para expresarse en la materia es prácticamente absoluta. Será difícil encontrar un país en el que se diga de los jueces lo que aquí se puede decir, se ha dicho y se sigue diciendo.

Pues bien, una cuestión que suscita tal estado de cosas es la frecuente falta de seriedad en el tratamiento de los temas judiciales. Y, al hablar así, no se está pensando en los profesionales de la frivolidad informativa. Lamentablemente ésta puede emerger en programas perfectamente serios, como se pone de manifiesto en dos casos emblemáticos. Uno de ellos data, en sus primeras vicisitudes, de hace algún tiempo, el otro es más reciente. Pero los dos tienen plena vigencia como motivo de reflexión.

El primero lo protagonizó en Telemadrid el periodista Luis del Val, al abrir un día su programa con

\* Sección a cargo de la Redacción.

este titular de impacto: "Matar en Madrid cuesta tres fines de semana".

El caso tenía que ver, en efecto, con un homicidio, del que se acusaba a varios jóvenes. Además, en el mismo juicio, se había juzgado a otro por su intervención en algunas incidencias colaterales y posteriores a aquel hecho de muerte. En concreto, bajo la sola imputación de haber propinado un golpe, acción por la que —a él— se le acusó únicamente de haber causado lesiones, por las que fue condenado, en efecto, a una pena de arresto de tres fines de semana.

La cosa estaba bien clara en la sentencia, con solo leer el fallo. El periodista, pongámonos en el mejor de los casos, no debió leerla y, sin embargo, *informó* en los términos que se ha dicho.

Consecuencia: un número de miles de telespectadores nada desdeñable tuvo que quedarse con la impresión de que en los tribunales de Madrid campegan jueces que hacen "de su toga un sayo" y juegan con los bienes jurídicos ajenos y con la legalidad como les place. Mientras, los jueces de este modo maltratados en su profesionalidad, cargando con la amargura que produce saberse objeto de una *injusticia informativa* frente a la que difícilmente puede hacerse algo eficaz. Por lo demás, la sentencia, que no debía ser un disparate, recurrida entonces, es ahora ya firme.

El segundo supuesto data de hace unos meses. Una mañana de sábado, en el programa "A vivir que son dos días", de la Cadena SER, su director, Fernando Delgado, proponía a los tertulios y, en especial, a las tertulias, como tema de debate, el contenido en un titular del diario *El Mundo*, que rezaba: "Condenado a no probar el alcohol tras golpear a su mujer". Ni que decir tiene que, particularmente, las tertulias se despacharon a gusto: con los jueces, con el Código Penal...

En honor del periodista redactor del suelto rotulado como se ha dicho, debe señalarse que había hecho un magnífico ejercicio de información. En pocas líneas, contaba que un vecino de Lleida, hallándose en estado de embriaguez, pretendió que su esposa le sirviera la cena al llegar a casa de madrugada y, tras la fundada negativa de ésta, la clavó un cuchillo en un brazo.

En el momento de abrirse el juicio, el fiscal —que inicialmente había pedido un año y seis meses de prisión— redujo su solicitud de pena a seis meses, obteniendo la conformidad del acusado. De este modo, el juez —vinculado por esa petición y por la conformidad— no tuvo más opción que imponer la pena solicitada y aceptada.

El condenado, al carecer de antecedentes, se benefició de la suspensión de la ejecución de la pena. Pero el juez —que podría no haberlo hecho— *optó* por una de las posibilidades que prevé el Código Penal, condicionando la suspensión de la condena a que el interesado se abstuviera de beber durante seis meses, en los que estaría sometido a controles periódicos de alcoholemia.

En definitiva, una sentencia no sólo legal, sino, además, ejemplar porque concentró la reacción punitiva precisamente sobre la actitud o el aspecto de

la conducta del condenado que se trataba de modificar. Y lo hizo, con un criterio ciertamente innovador, aprovechando todos los recursos legales disponibles.

Esta vez, como se advertirá, no es que los comentaristas radiofónicos no hubieran leído la sentencia. Es que ni siquiera habían leído la noticia que *comentaron*. Y más aún, una de las tertulias, Rosa Regás —que en cierta ocasión había escrito, a propósito de los jueces: "Creo haber leído que no es constitucional hacer juicios de valor sobre sus actuaciones" (!?)— semanas más tarde, todavía clamaba, esta vez en la prensa, contra el que "condenó al hombre que apuñaló a su esposa en estado de ebriedad a dejar de beber durante seis meses".

La conclusión obligada es que existen las mejores razones para pedir buena, rigurosa e informada información crítica sobre lo que realmente hacen los jueces. Y para preocuparse por la incidencia que intervenciones de tanta proyección como las ilustradas —se insiste, vertidas en espacios habitualmente serios— pueden tener en los estados de opinión que luego pulsan algunas encuestas con resultados alarmantes. Que, a su vez, alimentan nuevas informaciones y comentarios...

#### • Propuesta de reflexión

Hace algún tiempo, se vio en la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso contra el nombramiento de Fungariño, que, al fin, fue considerado legal.

La prensa dio cuenta de las vicisitudes del voto de los magistrados, de las posiciones de unos y otros en torno al tema de la legalidad o ilegalidad de la decisión cuestionada.

Naturalmente, como asunto de interpretación de enunciados jurídicos, sería ingenuo (o perverso) pretender que no habría espacio para la *jurídica* discrepancia legítima. Pero en la decisión de la sala se cocía algo más que semántica del lenguaje normativo.

Cierto es que si allí había más que legalidad, tampoco podría decirse que todo tuviera que ser política, como lo demuestra el tenor de los razonamientos de apoyo de algunos puntos de vista de diverso signo.

Pero hay algo de lo que no cabe dudar. Es de lo interesante que sería comparar el espectro de la distribución del voto en este caso con el de la que tuvo lugar en la resolución de otro recurso sobre la eventual irregularidad del nombramiento de otro conocido Fiscal General, por más detalles. Y sacar consecuencias sobre un tema que sigue siendo fértil en ellas: el de las preocupantes relaciones entre política y justicia, en ciertos contextos.

#### • El ministerio pierde los papeles

Los secretarios y secretarías judiciales han recibido del ministerio de Justicia, a través de las gerencias territoriales, una circular sorprendente.

“Con el fin de actualizar los datos existentes en el Sistema de Información de Personal (SIP)” y para hacerlo de forma que “resulte fiable y eficaz”, se pide a aquéllos que cumplimenten una ficha, según un modelo que “se anexa”.

Pues bien, además de requerirles para que consignen datos como los de identificación personal y de destino, fecha de ingreso en el cuerpo, número de mutualista o de afiliación a la Seguridad social, se les reclama también “una fotocopia del DNI y una fotocopia compulsada del título académico exigido para el ingreso en el cuerpo de Secretarios judiciales”.

La lectura de ese texto coloca a quien la hace en la curiosa situación de no saber que cosa le impresiona más: si la candorosa sinceridad del ministerio de Justicia al reconocer palmariamente que no se fía de sus propios datos, es decir de sí mismo, o la patética inseguridad que implica tal reconocimiento.

#### • Los ‘plomos’ de la justicia

El presidente de la Junta de Extremadura alababa hace unas fechas la prudencia de un relevante imputado en el caso Marey, porque “si empezase a decir las cosas que él sabe, la democracia sufriría muchísimo. Si hablase sobre la utilización de los fondos reservados, podría saltarse el fusible de la Justicia”. En alusión –aclaraba el informador– al presunto pago a jueces y fiscales con fondos reservados del ministerio del Interior.

Completando la reflexión en esa peculiar e inédita clave de *electrónica de Estado*, el primero, remataba señalando que “la democracia tiene tres fusibles

fundamentales. Uno es el Gobierno, otro el Parlamento y otro el Poder Judicial. Si falla el Gobierno o el Parlamento, no pasa nada porque hay elecciones y se pueden cambiar. Pero el fusible del Poder Judicial no puede fallar, porque esto se quedaría sin luz”.

No se está aquí en condiciones de valorar la prudencia del imputado de la alusión, pero sí de poner de manifiesto la clara ausencia de ella en la opinión que acaba de transcribirse y, también, lo falaz del razonamiento de apoyo.

Sea o no cuestión de *fusibles*, cuando fallan “el Parlamento” y “el Gobierno”, y, sobre todo, según en qué cosas: ¡vaya si pasa! Lo sabemos por experiencia: las democracias padecen, a veces gravemente y de manera irreversible durante mucho tiempo. También *la democracia*, que no existe si no es como proceso y en sus manifestaciones concretas.

Y, naturalmente, cuando se producen quiebras en la administración de justicia, el asunto tampoco sale gratis. Pero con una particularidad: la jurisdicción no es una función concentrada sino dispersa. Radica, íntegra, en y solo en cada juez y tribunal. De este modo, si alguno o algunos incurren en ilegalidad, el hecho no tiene por qué salpicar a los miles restantes. Este es el verdadero *fusible* de la justicia en modelos constitucionales como el afortunadamente vigente y tal es la cultura del tema que hay que transmitir, cuando lo que se busca es crear opinión informada.

Si se trata de insidias, ya es otra cosa.

Y, por supuesto, las denuncias de delito con datos y donde legalmente corresponda.

# BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A:

**Jueces para la Democracia. Información y debate.**

Nombre y apellidos: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Población: \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_

Provincia: \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

Suscripción por un año (3 números) a partir del número \_\_\_\_\_

Importe: España: 2.500 ptas. Extranjero: 3.500 ptas.

Forma de pago: Reembolso. Domiciliación bancaria. Talón nominativo a nombre de EDISA

---

---

## Domiciliación bancaria

---

.....de.....de 1998

Muy señores míos: les ruego que con cargo a mi cuenta n.º.....atiendan hasta nuevo aviso del pago de los recibos que en concepto de importe de la suscripción anual de *Jueces para la democracia. Información y Debate* les presentará EDISA al cobro a nombre de .....

Firma

BANCO	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA CORRIENTE

---

Banco/ C. de Ahorros .....

Dirección.....

Remitir a *EDISA*, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID

---