

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

M. Carrillo, Veinte años de patrimonio democrático. **P. Laurenzo Copello**, La discriminación por razón de sexo en la legislación penal. **J. Folguera Crespo**, Imagen de la justicia y esfera privada del juez. **A. López Basaguren**, Cooficialidad lingüística y poder judicial. **R. Rivero Ortega**, Instancias, apelaciones, casaciones, cuantías y otras cuestiones innombrables. **R. Guastini**, Principios de derecho y discrecionalidad judicial. **P. Aramendi Sánchez**, Contrato de trabajo: una realidad cambiante y desprotegida. **R. Sarazá Jimena**, Seguridad en la construcción y responsabilidad civil. **M. M. Carrasco Andrino**, La mediación delincuente-víctima en USA. **J. R. de Prada So-laesa**, TEDH: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España.

En este número: Aramendi Sánchez, Pablo, magistrado de lo social (Madrid).
Carrasco Andrino, María del Mar, profesora de Derecho Penal (Universidad de Alicante).
Carrillo, Marc, catedrático de Derecho Constitucional (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona).
De Prada Solaesa, José Ricardo, magistrado, Audiencia Nacional.
Folguera Crespo, José A., magistrado, letrado del Consejo General del Poder Judicial.
Guastini, Riccardo, catedrático de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Génova (Italia).
Laurenzo Copello, Patricia, catedrática de Derecho Penal (Universidad de La Laguna).
López Basaguren, Angel, profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad del País Vasco).
Rivero Ortega, Ricardo, profesor titular de Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca).
Sarazá Jimena, Rafael, magistrado, Juzgado nº 10 (Sevilla).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, 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: 3.000 ptas. (3 números).

Extranjero: 4.000 ptas.

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

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>La Constitución: veinte años de patrimonio democrático</i> , Marc Carrillo	3
— <i>La imagen de la justicia y la esfera privada del juez</i> , José A. Folguera Crespo.....	9
— <i>La discriminación por razón de sexo en la legislación penal</i> , Patricia Laurenzo Copello.....	16
— <i>Algunos problemas en torno a la cooficialidad lingüística</i> , Alberto López Basaguren	24
— <i>Instancias, apelaciones, casaciones, cuantías y materias y otras cuestiones innombrables</i> , Ricardo Rivero Ortega.....	34
Estudios	
— <i>Principios de derecho y discrecionalidad judicial</i> , Riccardo Guastini	39
— <i>Contrato de trabajo: una realidad cambiante y desprotegida</i> , Pablo Aramendi Sánchez.....	47
— <i>Seguridad en la construcción y responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Trascendencia del Real Decreto 1627/1997</i> , Rafael Sarazá Jimena.....	57
Internacional	
— <i>La mediación delinciente-víctima: el nuevo concepto de "justicia restauradora" y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)</i> , María del Mar Carrasco Andrino.	69
— <i>Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Velenzuela Contreras y Castillo Algar contra España</i> , José Ricardo de Prada Solaesa	87
Apuntes	
— <i>Consejo: expediente que algo queda</i>	101
— <i>'Caso Marey' indulto y Constitución</i>	101
— <i>Productividad policial</i>	101
— <i>La 'piel' de las fuerzas armadas</i>	102
— <i>'Patada en la puerta'... del Bernabeu</i>	102
— <i>Coherencia vaticana</i>	102
— <i>Dos libros para no olvidar</i>	102

La Constitución: veinte años de patrimonio democrático

Marc CARRILLO

I. LA CONSTITUCION COMO NORMA JURIDICA Y COMO VALOR DEMOCRATICO

La Constitución de 29 de diciembre de 1978 ha cumplido veinte años de vigencia. En sí mismo, este hecho ya constituye un dato de especial relevancia en una historia constitucional como la española plagada de textos constitucionales cuyo valor jurídico no pasó, las más de las veces, de ser un mero texto jurídico de carácter programático, exento, de eficacia jurídica ante los tribunales de justicia. Dictaduras, guerras civiles, regímenes autoritarios fueron hasta la Constitución de 1978 una constante en el proceso de construcción del Estado español contemporáneo, frente a los cortos periodos democráticos en los que brilló con luz propia la II República (1931-1939), a pesar de su accidentada y corta historia, dramáticamente destruida por un golpe militar y la posterior guerra civil. La dictadura franquista que le sucedió expresó, en un grado superlativo, una línea de continuidad iniciada tras el fracaso del régimen liberal de la Constitución de Cádiz de 1812, con una forma de definir la relación de la persona con el Estado basada en: la negación de la separación de poderes y la ausencia de garantías para el ejercicio de sus derechos y libertades¹.

La Constitución de 1978 es el texto de una Constitución democrática que ya, a estas alturas, se ha mantenido vigente más tiempo, de las nueve promulgadas desde el Estatuto de Bayona de 1808. No hay duda que tal circunstancia supone un indudable elemento positivo en una norma jurídica, como la Constitución, que está concebida para durar y proporcionar estabilidad a la comunidad política que aspira a regir. Naturalmente, ello sin perjuicio de su progresiva adaptación a los cambios sociales a través de la mutación o la eventual reforma, que aleja cualquier concepción pétreo de una norma que como todas no puede quedar anclada en el tiempo. Como recordaba Th. Jefferson, unos de los llamados padres fundadores de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787), "*el poder constituyente de un día no puede condicionar el poder constituyente del futuro*". Ahora bien, la Constitución no es cualquier ley; es la ley suprema y su adaptación a la sociedad cambiante no puede ser la obra de un día ni la decisión de una mayoría coyuntural. La historia constitucional española pone

de relieve lo inconveniente cuando no traumático de hacer constituciones de una mayoría del país contra el resto del mismo. Por esta razón, el tan —por algunos— denostado consenso que presidió la elaboración de la actual Constitución, supuso en su momento un serio esfuerzo para superar los errores del pasado, reuniendo en torno a una serie de principios básicos para la convivencia en libertad a la inmensa mayoría de los ciudadanos. El fruto fue, con todas sus indiscutibles luces y alguna que otra sombra, la Constitución que más tiempo ha durado en este país. Y no cualquier Constitución, sino una Constitución democrática. No se olvide.

Desde un punto de vista jurídico, la aportación que la Constitución de 1978 ha supuesto para el Derecho Público español puede afirmarse sin exceso que ha sido extraordinaria. Así, cuando su artículo 9.1, claramente inspirado en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, establece que: "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico*" y el Título IX atribuye al Tribunal Constitucional la función de asegurar la adecuación a su contenido de las leyes y otras decisiones de los poderes públicos, está reconociendo su condición de norma exigible ante los tribunales, en toda relación jurídica y en cualquier tipo de proceso. La Constitución y no ya la ley, es la primera fuente del ordenamiento jurídico que obliga a todos los poderes públicos, y particularmente a jueces y tribunales ordinarios, operando sin duda también en las relaciones *inter-privatos*². Esta circunstancia constituyó, en sí misma, un giro copernicano para un sistema jurídico-normativo que con escasas excepciones en la historia, ha tenido al reglamento administrativo como principal fuente normativa. Con todas las consecuencias que ello ha comportado desde un punto de vista político y jurídico para la historia contemporánea de este país.

II. UNA REFLEXION SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTIAS JURISDICCIONALES

En el ámbito del estatuto de libertad de la persona, el sistema de garantías jurisdiccionales diseña-

¹ Vid. J. Solé Tura y E. Aja, *Constituciones y periodos constituyentes (1808-1936)*. Siglo XXI, Barcelona, 1977.

² Vid. E. García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1981. J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. (Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. CEC. Madrid, 1997.

do por la CE en su artículo 53.2, vinculado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ha constituido el eje central de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos y libertades. La no siempre pacífica relación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y jurisprudencial que no queda cerrado después de estos cuatro lustros.

A este respecto, conviene recordar que en el nuevo Derecho Público que la CE inauguró en 1978, *los jueces y tribunales ordinarios han de ser la sede natural*, son el pilar fundamental para la tutela constitucional de los derechos y libertades fundamentales. De tal forma que la jurisdicción especial que es Tribunal Constitucional, pueda gozar de las condiciones institucionales adecuadas para que el recurrente pueda acceder al amparo constitucional de forma subsidiaria y extraordinaria, cuando en la jurisdicción ordinaria, por acción u omisión se hayan lesionado de forma flagrante los derechos a los que el artículo 53.2 de la Norma suprema da cobertura.

La nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha consolidado un procedimiento especial de cognición limitada para garantía de los derechos fundamentales, que introduce algún avance importante en lo que, sin duda, es el reto más importante de la garantía jurisdiccional sobre los derechos fundamentales: la tutela cautelar, a través no sólo de la tradicional medida de suspensión del acto o disposición impugnados, sino también mediante una contenida incorporación de medidas cautelares positivas de hacer y no hacer, sin concretar la modalidad que deben adoptar, como ocurre en Alemania con las llamadas Ordenanzas Provisionales. Menos plausible ha sido la supresión absoluta de un cierto criterio preferente, en favor de la aplicación de la medida cautelar de la suspensión cuando se pueda demostrar la existencia del *fumus boni iuris* i el *periculum in mora* derivados de la finalidad de la suspensión. Probablemente esta opción sea una solución excesiva frente a los indudables abusos a los que dio lugar la regla anterior establecida por la Ley 62/1978.

En lo que concierne al recurso de amparo, la experiencia de estos años demuestra que ha sido un procedimiento que ha exacerbado la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional hasta límites difícilmente sostenibles por este órgano constitucional. La generosa jurisprudencia de los primeros años acerca del alcance del derecho a la tutela judicial, probablemente inevitable ante un Poder Judicial antaño muy tributario de una cultura jurídica y política preconstitucional, hizo que el acceso al recurso extraordinario en defensa del estatuto de libertad de la persona que era y sigue siendo el procedimiento de amparo se convirtiese, de hecho, en una patología institucional que el sistema constitucional de garantías no debe soportar por mucho más tiempo. Se trata del peligro de convertirse de hecho en una tercera instancia procesal.

La auténtica dimensión constitucional del recurso de amparo y la eficacia misma de la jurisdicción

constitucional como supremo tribunal de los derechos y libertades, exige desde hace demasiado tiempo, afrontar el reto de concebir el recurso de amparo como un procedimiento *efectivamente extraordinario*, en el que ni el artículo 14 ni, sobre todo, el derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución sean la válvula de escape, tanto de un comportamiento procesal temerario del recurrente como de una flagrante ausencia de diligencia de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria a la hora de aplicar la legislación procesal e interpretar adecuadamente la jurisprudencia constitucional sobre el contenido del derecho a la tutela judicial.

Este contexto es el que ha motivado que el debate doctrinal³ se plantee situar en su adecuada dimensión institucional al recurso de amparo, en unos términos que de forma deliberadamente simplificada se han pretendido sintetizar afirmando que procede más amparo frente a la ley inconstitucional que frente a las resoluciones de la jurisdicción ordinaria⁴. En este sentido, el tantas veces comentado *Auto de 19 de septiembre de 1994* del Tribunal Constitucional, pareció abrir la puerta a una reconsideración del significado del amparo constitucional, tendente a reforzar el carácter objetivo del recurso de amparo y, asimismo, a cristalizar de forma tangible la causa de inadmisión de aquellos recursos prevista en el artículo 50.1 d) de la LOTC, que muestran una carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la demanda de amparo. Como es sabido el citado Auto no creó escuela por lo que el resto de la, digamos, reconversión del recurso de amparo sigue estando planteada⁵.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Después de veinte años de la consolidación de la forma de gobierno democrática en España, otro elemento de similar trascendencia ha sido la progresiva configuración de un proceso de descentralización política en un país de acendrada tradición centralista. Pero hoy, el Estado de las Autonomías constituye ya una realidad irreversible; desde luego, no es un proceso acabado pero tras el camino recorrido hasta ahora ya existe una importante administración autonómica que —por ejemplo— en 1997 ha gestionado un presupuesto conjunto de 9,2 billones

³ Vid. Entre otros, F. Rubio Llorente, "El recurso de amparo constitucional", en *La jurisdicción constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (1979-1994))* Tribunal Constitucional-CEC. Madrid, 1995, I. Borrajo Iniesta, I. Díez Picazo Jiménez y G. Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo (Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)* Civitas Madrid, 1995, P. Pérez Tremps. «La naturaleza de recurso de amparo y su configuración procesal». *RVAP* n.º 39, Oñati, 1994.

⁴ Vid. P. Cruz Villalón, "Sobre el amparo", *REDC* n.º 41, Madrid, 1994.

⁵ Vid. J.L. Requejo Pagés, "Hacia la objetivación del amparo constitucional. (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)" *REDC*, n.º 42, Madrid, 1994.

El Futuro es ya presente en Editorial Aranzadi



Desde ahora, en la tradicional Bases de Datos Aranzadi, en el más moderno soporte existente en la actualidad: el D.V.D. Rom.

- B.D.A. Legislación
- B.D.A. Legislación últimos 5 años
- B.D.A. Jurisprudencia
- B.D.A. Jurisprudencia 1990-1998
- B.D.A. Jurisprudencia últimos 5 años
- B.D.A. Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales
- B.D.A. Tribunal Constitucional
- B.D.A. Jurisprudencia Tributaria
- B.D.A. Jurisprudencia Social
- B.D.A. Jurisprudencia Civil
- B.D.A. Jurisprudencia Penal
- B.D.A. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa

B.D.A.
BASES DE DATOS ARANZADI

Desde el pasado mes de junio, venimos informando a nuestros suscriptores de Bases de Datos Aranzadi de la llegada del D.V.D. Rom (Digital Video Disc).

Hemos estado trabajando intensamente para poder ofrecerle este nuevo producto, con la tecnología mejor aplicada y con las mayores garantías.

El D.V.D. Rom, es un nuevo soporte multimedia que le proporcionará importantes ventajas:

- Mediante él podrá acceder a todas las bases de datos de un solo día, y a la vez, a su mayor capacidad.
- Asimismo, podrá disponer de un único soporte multimedia para todas las obras.

Todas las Bases de Datos Aranzadi en un único DVD-ROM

Mediante su eficaz y exclusivo sistema de licencias, Aranzadi, a diferencia de otras, es la única editorial que le permite acceder dentro de un único DVD-ROM a aquella/s Base/s de Datos a la que esté suscrito o desee suscribirse; por tanto, no es necesario suscribirse a la totalidad de Bases de Datos para poder disfrutar de esta última tecnología.

La Tecnología
al Servicio de la Experiencia

ARANZADI
EDITORIAL

Solicite ahora más información

Enviar a: Editorial Aranzadi, Ctra. de Aoiz, km. 3,5 - 31486 Elcano-Navarra

Tel. 948 297 297, Fax: 948 297 200 - 948 330 845

Ref. CDem

Si desea recibir más información sobre las Bases de Datos Aranzadi en soporte DVD

Equipo informático

PC 486 PC Pentium Otro (especificar)

Sistema operativo

Windows 3.1/3.11 Windows 95 Windows 98 Windows NT 3.5 Windows NT 4.0

Memoria RAM

Megas

¿Dispone usted de lector de CD-Rom?

Interno

Externo

Nombre

Nombre

Profesión

Especialidad

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

Código postal

C.P.

Ciudad

Provincia

Teléfono

Fax

Código electrónico

Si usted es cliente suscriptor de BDA's y ya ha solicitado información del DVD, no es necesario que nos remita este coupon

de pesetas, lo que sin duda muestra la importancia que *también* el autogobierno tiene para la vida de los ciudadanos. Es un dato incontestable que el nivel de autogobierno asumido hasta la fecha por las Comunidades Autónomas supera, en algunos casos, el que actualmente disponen otros entes descentralizados de la Unión Europea (las regiones en Italia y algunos Länders alemanes)⁶.

En la progresiva consolidación del Estado de las Autonomías en España, conviene retener la atención en los efectos de la todavía reciente sentencia del Tribunal Constitucional (STC 61/97) sobre la legislación reguladora del suelo urbano. En esta resolución, el Tribunal ha seguido el mismo criterio sostenido un año antes en relación a la ley del transporte terrestre (STC 118/96) y ha negado que el Estado pueda seguir creando derecho de aplicación supletoria para las Comunidades Autónomas. La cuestión tiene gran importancia porque si bien era necesario y razonable que en la fase inicial de construcción del Estado de las Autonomías las normas del Estado, en materias sobre las que las Comunidades disponían de competencias, fuesen de aplicación supletoria a causa de la ausencia de una normativa propia autonómica, esta necesidad ya ha desaparecido. La razón estriba en que hoy, a veinte años de la vigencia de la Constitución, todas las Comunidades Autónomas o bien poseen normas propias o, en todo caso, están en disposición de aprobarlas. Es decir, ya no precisan de la acción subsidiaria del Estado que las supla. La sentencia, que ha suscitado un gran polémica jurídica y política, es importante porque es coherente con un modelo de Estado descentralizado en el que los titulares del autogobierno lo han de ejercer legislando sobre las competencias que la Constitución y el Estatuto les reconocen. A este respecto, la sentencia no dinamita nada sino que es una incitación a las Comunidades Autónomas para que legislen y para que, en este sentido, asuman sus responsabilidades. Y el urbanismo es una de ellas; o, dicho de otra manera: bajo la perspectiva autonomista, el Estado no puede pretender estar presente en un ámbito que ya no le corresponde —como sostiene de forma coherente el Tribunal— ni a título supletorio.

Otro aspecto del Estado de las Autonomías puesto de relieve en los dos últimos años, es un cierto recrudecimiento de la conflictividad competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Justamente en un período, el de los últimos cinco años, en el que fruto de los acuerdos políticos y de la consolidación de la jurisprudencia constitucional sobre el sistema de distribución de competencias, la tendencia había sido la contraria. Sin duda, este aumento presenta un carácter más coyuntural que estructural, puesto que se ha producido fundamentalmente como consecuencia de la modificación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común (todas, excepto el País Vasco y Navarra). Este cambio le-

gislativo ha suscitado un buen número de recursos promovidos por los parlamentos y gobiernos de diversas Comunidades, en desacuerdo con los cambios introducidos. Un desacuerdo que, sin perjuicio de las discrepancias jurídicas, trasluce también, al igual que en el pasado cuando las mayorías gobernantes eran de diferente color, un cierto trasluz político. Pues, quien ahora recurre, fundamentalmente, son Comunidades gobernadas por el PSOE frente a una reforma promovida por el PP y sus socios parlamentarios. Pero, no hace mucho, y sobre el mismo tema, era Galicia, feudo tradicional del PP, quien recurría la reforma de la financiación realizada por el Ejecutivo socialista.

En este balance sobre la aplicación más reciente de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (Constitución y Estatutos de Autonomía) cabe insistir en la disfunción que supone el desmesurado retraso del Tribunal Constitucional en resolver los conflictos competenciales que le son planteados (nada menos que ¡una media de siete años y medio!). A este respecto, no parece que pueda favorecer en nada a la jurisdicción constitucional, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) que pretende incorporar entre sus competencias el llamado conflicto local, que legitima a las entidades locales (municipios y provincias) para acudir a la jurisdicción constitucional frente a leyes que puedan haber vulnerado su autonomía local⁷. De prosperar esta iniciativa legislativa, el Tribunal Constitucional se verá abocado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes estatales o autonómicas que puedan resultar lesivas sobre el contenido del principio de autonomía local. Tarea ésta harto difícil dada la dificultad de encontrar en la Norma suprema un parámetro de análisis suficiente que permita objetivar el juicio abstracto de constitucionalidad sin tener que recurrir —creo, por otra parte, de forma inevitable— a la legislación reguladora del régimen local. La doctrina más reciente⁸ aporta interesantes reflexiones sobre la viabilidad de ésta —a mi juicio— inadecuada ampliación de las competencias de la jurisdicción constitucional, en una fase de su corta historia en la que la razonable preocupación de quienes la rigen, por el peligro de saturación institucional, merecería una reflexión más global por parte de los promotores de esta disfuncional reforma de la LOT. Máxime teniendo en cuenta que la tutela de la autonomía local goza de la garantía que ofrece los tribunales ordinarios y el propio TC con los criterios de legitimación actualmente vigentes.

En lo que concierne a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la percepción que se tenga del significado de un Estado políticamente descentralizado cobra especial relieve. Porque sin perjuicio de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional la trascendencia política de muchas de sus decisiones es innegable. Después de veinte años de régimen

⁶ Vid. AA.VV. (Dir. E. Aja), *Informe Comunidades Autónomas 1997*. 2 Vol Institut de Dret Públic. Barcelona, 1998, págs. 21-41.

⁷ Vid. Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre (Boletín Oficial de las Cortes generales) (Senado) de 31 de agosto de 1998, Serie A, nº 133-1.

⁸ Vid. AA.VV. *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional*. MAP. Madrid, 1998.

constitucional la jurisprudencia constitucional en materia autonómica ha dado lugar, sin duda, a opiniones encontradas. En algunas de las Comunidades Autónomas históricas existe un cierto sentimiento de frustración sobre la interpretación atribuida al Título VIII de la Constitución. Y es lo cierto que, en relación al nudo gordiano del difícil sistema de distribución de competencias que ha sido y es la delimitación de la legislación básica estatal (art. 149.1 CE) y sus relaciones con la ley autonómica, la interpretación jurisprudencial no ha sido pacífica. Verdad es también que en esta interpretación ha predominado en ocasiones, más una noción de la citada legislación básica más proclive a establecer directrices que no principios generales, limitando el margen de maniobra del legislador autonómico. Lo cual no ha impedido dictar sentencias de especial relevancia para la preservación del principio de autonomía (como por ejemplo, entre muchas otras, la STC 76/1983 —Caso LOAPA—; la STC 61/1997 —Caso de la legislación urbanística— y más recientemente, la importante STC 173/1998 (caso de la ley vasca de asociaciones))

Sin embargo, la ubicación del problema no reside ni exclusiva ni principalmente en el Tribunal Constitucional. No se olvide que *la deliberada ambigüedad* contenida en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, trasladó el reto de la concreción del autogobierno autonómico al legislador estatal; es decir, a las diversas mayorías parlamentarias que lo han ido configurando. Y ha sido este legislador a quien cabe imputar el mayor grado de responsabilidad sobre el amplio alcance que en demasiadas ocasiones ha presentado la legislación básica estatal, reduciendo las posibilidades normativas y, por tanto, de autogobierno de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, no cabe implicar al Tribunal Constitucional en la responsabilidad de ser el autor de unos criterios interpretativos poco sensibles al derecho al autogobierno reconocido en el artículo 2 y en el Título VIII de la CE, cuando su función institucional es la de determinar si la solución normativa dada por el legislador a sus opciones políticas se adecua al bloque de la constitucionalidad. En este sentido, sostener lo contrario supone errar en el origen del problema otorgando simultáneamente al TC un activismo jurídico-institucional que no le corresponde ejercer y de consecuencias nada positivas.

El balance del proceso de descentralización política llevado a cabo pone de relieve que la cuestión principal de una visión restrictiva del autogobierno reside en la concepción expansiva de la legislación estatal. Luego, jurídicamente nada empuja para que una mayoría política pueda configurar una legislación básica estatal más principalista que basada en la ley entendida como una detallada directriz; y más aún, tampoco hay impedimento alguno para que a través de la modificación extraestatutaria de competencias contemplada en los apartados 1 y 2 del artículo 150 de la CE, se puedan acrecentar los niveles de autogobierno de todas o de algunas Comunidades Autónomas, institucionalizando hechos históricos diferenciales. Todo ello, como es obvio,

sin una necesidad imperiosa e indiscriminada de iniciar un proceso de reforma de la Norma suprema.

Por su parte, la Disposición Adicional 1³ de la CE puede ofrecer para las Comunidades Autónomas como el País Vasco y Navarra a las que el texto constitucional "*ampara y respeta los derechos históricos de sus territorios forales*", una vía de desarrollo y ampliación de su ámbito de autogobierno. La citada Disposición Adicional constituye una fuente normativa⁹ que permite dar especial relevancia jurídica al hecho diferencial que, además de otras, también expresan estas dos Comunidades Autónomas. Ahora bien, esta suerte de excepción constitucional normativizada por la Disposición Adicional no es un cajón de sastre que pueda permitir soluciones políticas alternativas al texto constitucional. No se olvide que en su segundo párrafo se establece que "*la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*", lo cual avala —sin duda— una mayor institucionalización de la diferencia que hoy ya queda reconocida —por ejemplo— con el régimen económico-financiero de los territorios históricos vasco-navarros, pero impide soluciones basadas en la concepción de los fueros como una realidad preexistente a la Constitución y sobre la que ésta no puede disponer¹⁰. Tal planteamiento configura una excepción generalizada a la Constitución que a mi juicio impide la cobertura jurídica de la Norma suprema.

IV. LA COMPOSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMIAS

Desde diversos ámbitos y por variados actores políticos se ha cuestionado lo que se ha dado en denominar la sensibilidad autonómica del máximo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC); tal reproche se ha planteado en relación a dos aspectos importantes de su estatuto jurídico: los criterios que determinan su composición y el diseño hermenéutico empleado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas. Este último ya ha sido tratado en el apartado anterior, por lo que la cuestión se centrará ahora en el primero.

En relación a la composición se afirma que el diseño constitucional no es coherente con la estructura descentralizada del Estado dado que las Comunidades Autónomas carecen de legitimación para proponer el nombramiento de una parte de los magistrados. De esta forma, se considera que dicho nombramiento queda sometido a la decisión de los órganos centrales del Estado y, a la postre, al albur de los partidos de ámbito estatal, sin que las instituciones de las Comunidades Autónomas y también los partidos políticos de este ámbito territorial —especialmente, los partidos nacionalistas periféricos— tengan ninguna incidencia al respecto. Y

⁹ Vid. R. Jiménez Asensio, «El "descubrimiento" de la Constitución». *Cuadernos de Alzate* nº 17, Madrid, 1997, pag. 138.

¹⁰ Vid. En este sentido, M. Herretero Rodríguez de Miñón, *Idea de los derechos históricos*. Madrid, 1991, pag. 64.

ciertamente, salvo alguna excepción coyuntural, la realidad no deja de ser ésta y no otra. No obstante, también es cierto que en la mayoría de los Estados políticamente descentralizados (Alemania, y Austria, entre otros) son los partidos políticos de ámbito federal los que realmente deciden sobre cuáles van a ser los futuros magistrados que integren la Corte Constitucional, aunque las respectivas constituciones prevean una intervención de los estados-miembros de la Federación a través de la Cámara alta (*Bundesrat*). Pero tampoco siempre ocurre así; en Canadá, por ejemplo, desde 1949 la estructura federal se ha proyectado al Tribunal Supremo mediante la exigencia de que tres de los nueve magistrados que lo componen sean jueces de los Tribunales o abogados de algún colegio del Estado del Quebec. Tradicionalmente, en Bélgica la lengua de las dos comunidades que integran el Estado ha sido un criterio para proveer cargos públicos y también para el Tribunal de Arbitraje¹¹. En el Derecho Público español existe el precedente de la Constitución de la II República en la que se establecía que además de otros magistrados, el Tribunal de Garantías Constitucionales también estaría integrado por un representante de cada una de las regiones¹².

En lo que concierne al constituyente español de 1978, éste optó por una solución que excluye a las Comunidades Autónomas de la participación en el nombramiento de los magistrados constitucionales,

a pesar de definir al Senado como cámara de representación territorial. Pero es bien sabido que su estatuto jurídico dista mucho de responder a esta condición. Sin embargo, ello no tiene porqué seguir siendo siempre así tanto en lo que —sobre todo— afecta a la Cámara alta como, por supuesto, también al estatuto orgánico del Tribunal Constitucional.

En este sentido, la necesaria reforma constitucional del Senado largo tiempo anunciada podría ser una vía, siguiendo el modelo de los estados federales, para implicar a las Comunidades Autónomas en la composición del Tribunal Constitucional. En este sentido, un Senado de representación autonómica y no provincial permitiría introducir una lógica institucional y un composición política más adecuada a lo que hoy es el Estado de las Autonomías, definido por su pluralidad nacional y, por tanto, cultural y lingüística. En todo caso, esta forma de participación indirecta de las Comunidades Autónomas en el nombramiento de una parte de los magistrados, debería ser entendida no como una garantía de representación de intereses específicos sino como una vía de *vinculación decisoria a la voluntad de un órgano estatal*, aportándole, por supuesto, la imprescindible calidad profesional de los magistrados propuestos y una mayor pluralidad de concepciones jurídicas. No se olvide que si en algún ámbito tiene mayor trascendencia la sensibilidad jurídica y la metajurídica es el de la jurisdicción constitucional.

¹¹ Vid. L. Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*. Ariel. Barcelona, 1994.

¹² Vid. R.Mª Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías en la II República Española*. Ed. Bosch. Barcelona, 1982.

La imagen de la justicia y la esfera privada del juez

José A. FOLGUERA CRESPO

1. TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Como cualquier otro poder del Estado, el Poder Judicial en su conjunto, los órganos que lo forman (Juzgados y Tribunales) y sus órganos de gobierno, están sometidos a los principios de transparencia y publicidad. Todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de analizar las resoluciones judiciales y contrastar los criterios y principios que inspiran éstas, para expresar, en su caso, su desacuerdo; mediante la crítica que ampara la libertad de expresión. Así, la publicidad de las actuaciones judiciales sólo encuentra su límite necesario en el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, con la finalidad, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de proteger a las partes de una justicia secreta u oscura, sustraída al control público y, por otra parte, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales¹.

La satisfacción de estas exigencias de transparencia y publicidad no puede, sin embargo, realizarse en abstracto. El derecho de los ciudadanos a saber lo que ocurre en todos los ámbitos públicos, que es condición necesaria para la formación de un criterio sobre los asuntos de interés general, y el derecho también de todos a poder expresar libremente su opinión al respecto pasan necesariamente por la mediación de unos instrumentos sumamente complejos, de posibilidades y dimensiones cada vez mayores, que son precisamente los medios de comunicación de masas, escritos o audiovisuales, que proporcionan los elementos de conocimiento y constituyen también un medio de expresión de las críticas, en estrecha relación con otras manifestaciones del derecho a participar en los asuntos públicos, personalmente o por medio de representantes elegidos. De ahí la necesidad de analizar, con mayor profundidad que la permitida por estas breves notas, los problemas de la publicidad del proceso y sus restricciones, las obligaciones informativas de los tribunales, la presencia de los medios, particularmente de los medios audiovisuales, en las audiencias, y de los llamados juicios paralelos, partiendo siempre de que los Tribunales, sean sujetos y protagonistas de la información, o responsables de establecer los límites de ésta, han de preservar en todo momento las exigencias de la libertad de información en una sociedad democrática.

El juez está sujeto, como cualquier otra autoridad o poder público, al control de la opinión pública, manifestado a través de las críticas a la actuación de los órganos del poder judicial. Los tribunales no

pueden operar en el vacío. Las cuestiones que concierne pueden dar lugar a discusiones, no solamente en las revistas especializadas, sino en la gran prensa en general. Las informaciones y los comentarios, en su doble vertiente de estricto suministro de hechos y de emisión de opiniones o valoraciones al respecto, contribuyen a dar a conocer la actuación de la Justicia y son, pues, plenamente compatibles con la exigencia de publicidad de los juicios (art. 6.1 del Convenio Europeo)². Se trata, además de una forma de hacer posible la característica esencial de responsabilidad de los tribunales³ que ha de informar el sistema público de administración de justicia en todo sistema democrático, e incluso puede decirse que, aunque bajo una forma diferente a la responsabilidad que es propia de los demás poderes, constituye también una forma de exigencia de esa misma responsabilidad. La sumisión del juez a la crítica pública forma parte de un control social de la jurisdicción, basado, de una parte, en el legítimo ejercicio de las libertades de información y de opinión, y de otra, es una garantía institucional del poder judicial y un derecho de los ciudadanos a una justicia administrada en condiciones de publicidad y transparencia.

2. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LIMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESION

Sin embargo, los jueces no pueden estar sometidos a los dictados de la opinión pública, sino exclusivamente al imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular en un Estado de Derecho. No lo están, ciertamente, a la opinión que mayoritariamente puedan haberse formado los ciudadanos sobre un determinado asunto en un momento dado, si en las circunstancias del caso no se acredita, en un procedimiento sujeto a las debidas garantías procesales, el supuesto de hecho previsto en la ley. Es evidente que los pronunciamientos judiciales no pueden quedar a merced de los vaivenes de la opinión. Pero menos aun pueden quedar sujetos a los intereses de los sectores o grupos determinados que puedan tener el control de los medios de formación de la opinión.

Conforme al artículo 10.2 del Convenio Europeo, la garantía de la autoridad y de la imparcialidad del poder judicial pueden fundamentar el establecimiento de determinadas restricciones a la libertad de información, que con sujeción a las exigencias constitucionales que constituyen patrimonio común del ámbito de los países de nuestro entorno, pue-

¹ "La transparencia de la Justicia". Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, don Francisco Javier Delgado Barrio, en la apertura del año judicial el 23 de septiembre de 1996, págs. 41 a 43.

² TEDH, asunto Worm c. Austria, de 29 de agosto de 1997

³ De acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución Española, la justicia se administra por jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

den limitar a su vez la publicidad y transparencia de la actuación de los Tribunales. Dotar al poder judicial de garantías frente a la opinión pública, o mejor acaso, ante la opinión publicada tiene un doble fundamento. De una parte, el contenido mismo de la actividad jurisdiccional, que requiere un marco adecuado de independencia a la hora de administrar justicia. De otra, el hecho innegable de que mediante determinadas campañas de prensa se puede menoscabar la autoridad del poder judicial, en detrimento de su cometido protector.

Otra cosa es que la presión social dirigida a los tribunales de justicia no consiga efectivamente perturbar a los jueces, en la medida en que cuentan con un estatuto suficientemente sólido. Antes al contrario, la libre expresión de ideas y de opiniones y la libre información normalmente ayudan al juzgador, pues se beneficia del conocimiento de los contenidos que ese flujo encierra y así se aproxima a la realidad de que participa. Una correcta administración de justicia necesita de la proyección que aseguran los medios de comunicación para trasladar a la sociedad los frutos de su actuación y cumplir con su finalidad tuitiva y conciliadora⁴

La protección de la reputación de otros y el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del sistema judicial, pueden, pues, justificar la previsión legal y la adopción en el caso concreto de determinadas medidas de restricción o de injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión o de opinión. La búsqueda de estos legítimos intereses ha de ser ponderada con los requerimientos derivados de la libre discusión de los asuntos de interés público⁵, por más que no corresponda a los jueces sustituir a la prensa en la utilización de una u otra técnica de reportaje⁶, y que en la libertad de expresión quepan no solamente informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideraciones inofensivas, sino también aquéllas que se oponen, chocan o inquietan al Estado o a un sector de la población⁷, criterio aplicable también a la administración de justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido⁸. La validez de la medida se sujetará en cada caso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al triple canon prescrito en el Convenio Europeo, es decir, si se trata de una actuación prevista en la ley, si con ella se persigue un objetivo legítimo y si se puede considerar necesaria en una sociedad democrática para conseguir los fines pretendidos.

Puede señalarse a este respecto que, si bien indudablemente la acción de la administración de justicia está sujeta a las exigencias de transparencia y publicidad comunes a cualquier otro poder y autoridad, y que respecto de la misma los medios de comunicación pueden comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los tribunales, como sobre otros sectores de interés público, función a la que se añade el derecho del público a recibir tal in-

formación⁹, el Tribunal Europeo se ha cuidado muy bien de extender a los miembros del Poder Judicial el criterio aplicable a la generalidad de las personas e instituciones vinculadas al poder político. En efecto, el Tribunal ha señalado que los límites de la crítica aceptable son más amplios en relación con el Gobierno, e incluso respecto de un político, que respecto de un sujeto privado, puesto que, en cuanto al Gobierno, es obligada su sumisión a la crítica de la prensa y de la opinión pública, y en cuanto al segundo de ellos, se le exige una mayor tolerancia, especialmente cuando hace manifestaciones públicas susceptibles de crítica pública, con independencia de que las exigencias derivadas de la protección de su reputación deban ser ponderadas respecto de los intereses unidos a la discusión libre y abierta de las cuestiones políticas¹⁰.

En cambio en lo que se refiere a los tribunales, cuyos miembros se encuentran obligados a mantenerse apartados del debate público, como secuela derivada de su posición de independencia e imparcialidad, no cabe aceptar la legitimidad de ataques personales y directos a los titulares de estos órganos. El derecho a criticar públicamente la composición de un tribunal, plenamente legítimo conforme a las exigencias del Convenio, no debe confundirse con la protección de la reputación de sus miembros¹¹. El papel destacado de la prensa en un Estado de derecho y la responsabilidad de informar sobre el funcionamiento de la justicia no impide que la confianza de los ciudadanos en la acción de los tribunales no deba estar protegida contra ataques destructivos faltos de un fundamento serio. Por ello la alegación de hechos de extremada gravedad, consistentes en el reproche implícito a los jueces de haber violado la ley o quebrantado sus obligaciones profesionales pueden haber perjudicado la reputación de las personas concernidas y perjudicado la confianza pública en la integridad del sistema judicial en su conjunto, dada la generalidad de los reproches, en ausencia de una base fáctica suficiente, aspectos que se unen a la infracción de los deberes de la buena fe y de las reglas de la ética periodística, por no haber desarrollado una actividad suficiente para la comprobación de alegaciones tan seria¹². Puede por ello exigirse responsabilidad a quienes hacen referencias al pasado del padre de uno de los magistrados, con independencia de la validez de otras críticas severas pero a la medida de la emoción y de la indignación suscitada por los hechos alegados, respecto de las cuales no se aprecia la necesidad de la injerencia en la libertad de expresión¹³.

⁹ TEDH, as. *The Sunday Times c. Reino Unido* (n° 1), de 26 de abril de 1979.

¹⁰ TEDH, as. *The Sunday Times c. Reino Unido* (n° 1), de 26 de abril de 1979. Id. *As. Castells c. España*, de 23 de abril de 1992. Más aun, no cabe distinción, respecto de los supuestos de crítica a la acción de gobierno, entre cuestiones políticas y otras cuestiones de interés público (TEDH, as. *Thorger Thorgeirson c. Islandia*, de 25 de junio de 1992).

¹¹ TEDH, as. *Barford c. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989.

¹² TEDH, as. *Prager y Oberschlick c. Austria*, de 26 de abril de 1995.

¹³ TEDH, as. *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997.

⁴ Francisco Javier Delgado Barrio, *ibidem*, pág. 48

⁵ TEDH, as. *Barford c. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989.

⁶ TEDH, as. *Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994.

⁷ TEDH, as. *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976.

⁸ TEDH, as. *The Sunday Times c. Reino Unido* (n° 1), de 26 de abril de 1979.

Es importante en este punto, pues, establecer la distinción entre las reacciones de crítica ante la decisión final del proceso y las afirmaciones que acompañan su desarrollo, particularmente si se aprecia una motivación desleal, o incluso un efecto perturbador de carácter objetivo, aspecto éste que podrá condicionar el alcance y el carácter de la medida, según se trate de una reacción penal o sancionadora, o bien de otra índole. El Tribunal Europeo se muestra más estricto cuando la actuación ha comportado un efecto prejudicial negativo sobre el desarrollo del proceso, momento en el que está en juego no solamente la imagen de la justicia, sino también los derechos y garantías de las partes. Así ha señalado que la expresión de un criterio sobre la culpabilidad del acusado que pudiera influir sobre el desarrollo del proceso, perjudicando la autoridad y la imparcialidad del tribunal puede justificar una intervención restrictiva sobre la libertad de información¹⁴

3. SISTEMAS DE GARANTIA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LIBERTAD DE EXPRESION

Entre las distintas medidas destinadas a asegurar la independencia judicial frente a posibles abusos en el ejercicio de la libertad de expresión e información cabe distinguir entre actuaciones previas y posteriores a la producción del acto, entre medidas normativas (legales o reglamentarias) y judiciales, entre medidas adoptadas en el curso de un proceso respecto de alguna de las partes o de alguien que interviene en el mismo en virtud de otro título y medidas cuyo destinatario es un tercero al proceso mismo, así como entre medidas de garantía o amparo institucional y medidas sancionadoras penales y administrativas. La concreción de estas medidas dependerá de los diversos sistemas y culturas jurídicas, así como de la regulación del proceso en el orden jurisdiccional de que se trate.

En el caso de las restricciones previas, que el Tribunal considera no prohibidas en sí mismas por el artículo 10 del Convenio Europeo, se hace necesario un examen escrupuloso y estricto¹⁵. El Tribunal ha tenido ocasión de analizar las distintas medidas aplicables en el Derecho anglosajón ("injunction, disclosure order"), cuyo interés se relativiza en los sistemas de derecho continental, si bien es importante la mención que hace al propio tiempo del papel esencial de la prensa como perro guardián ("watchdog, chien de garde", en las distintas versiones de la sentencia), así como a la importancia de la protección de las fuentes de la noticia para la libertad de prensa, todo ello a propósito de una orden judicial solicitada por una compañía privada, sobre la base del peligro de serios perjuicios a su negocio y a los puestos de trabajo de sus empleados, como consecuencia de la difusión de un plan secreto de la misma que había desaparecido¹⁶.

4. GARANTIAS DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LIBERTAD DE INFORMACION

Excede de los límites del presente trabajo el análisis del conjunto de garantías normativas de la independencia judicial en España. Ya en relación con los factores de perturbación de la independencia judicial vinculados al ejercicio de la libertad de información, es necesario dejar también al margen los aspectos que corresponden a otras ponencias, como con la publicidad de las actuaciones procesales, los juicios paralelos, el acceso a los medios informativos a las audiencias y las obligaciones informativas de los tribunales. Cabe destacar aquí únicamente que mediante una adecuada regulación de las obligaciones procesales de las partes, de sus defensores, de quienes intervienen como testigos o como profesionales (peritos, agentes de policía u otros funcionarios); mediante una regulación adecuada del secreto sumarial, o del secreto parcial de ciertas actuaciones, especialmente en función de la garantía de los derechos de los menores o incapacitados, o de la víctima; mediante la existencia de cauces institucionales, propios del órgano jurisdiccional o bien a cargo de los órganos de gobierno, para facilitar información objetiva o para la puntualización o rectificación de noticias inveraces... se evitarían muchas de las delicadas situaciones en que hoy se ven situados los tribunales, y así lo ha puesto de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial, de modo que en estos casos no resulten innecesariamente afectadas la autoridad del Tribunal o su posición de independencia, e incluso el prestigio o reputación de sus miembros.

Se analizarán seguidamente por ello las restantes disposiciones o medidas susceptibles de contribuir al aseguramiento de la posición de independencia e imparcialidad de los tribunales en relación con los medios de información y de opinión.

A) Garantías institucionales

Como garantía institucional genérica se ha utilizado con cierta frecuencia por los jueces y tribunales la posibilidad de recurrir al Consejo General del Poder Judicial¹⁷, para que éste, conforme a su posición constitucional de órgano de gobierno del mismo, emita una declaración de amparo al juez o Tribunal cuya independencia se puede ver menoscabada como consecuencia de la actuación perturbadora de una determinada campaña o actuación informativa. Los criterios del Consejo General en su concesión vienen siendo sumamente estrictos, por

¹⁷ El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 dispone que: "1. Los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. 2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial".

¹⁴ TEDH, as. Worm, de 29 de agosto de 1997

¹⁵ TEDH, AS. Sunday Times c. Reino Unido (nº 2), de 26 de noviembre de 1991.

¹⁶ TEDH, as. Goodwin c. Reino Unido, de 27 de marzo de 1996.

considerar que se trata de un último remedio, ante situaciones suficientemente objetivadas y graves en las que las posibilidades de actuación a cargo del juez o tribunal no son suficientes, teniendo en cuenta además que este tipo de remedio o de amparo tiene un carácter fundamentalmente simbólico y moral, situado más en el terreno de la "auctoritas" que en el de la "potestas", como remedio ante una situación de conflicto institucional o social no susceptible de remedio por otras vías, lo que reduce su eficacia inmediata notablemente, sobre todo si se llegara a utilizar de modo generalizado. Cabe también complementar la regulación legal de las medidas a adoptar por el Consejo en estos casos, de modo que pudiera obtenerse también esa mayor eficacia inmediata, con el problema que a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo comporta la imposición de medidas restrictivas sobre la libertad de información, en los términos antes apuntados.

El Ministerio Fiscal, por su parte, tiene constitucionalmente atribuida la defensa de la independencia e imparcialidad judicial¹⁸, si bien la eficacia práctica de esta disposición se reduce a la intervención del Fiscal en los procesos en los que es parte, así como a la posibilidad de interponer la acción penal cuando la actuación de que se trata revista caracteres de delito.

B) Garantías normativas. La tutela jurídico-penal de la imagen de la justicia y de la independencia de sus miembros

En la actualidad, conforme al Código Penal de 1995, no se contempla la figura del desacato, sino exclusivamente, conforme al artículo 504 del mismo, las "calumnias, injurias y amenazas al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o a los Consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas o Tribunales Superiores de Justicia de las mismas. El delito de calumnias, por su parte, en la configuración dada por el legislador, es un ilícito privado, cuyo bien jurídico protegido es fundamentalmente el honor personal. Por tal motivo, sólo puede perseguirse mediante el ejercicio de la correspondiente acción penal, cuyo vehículo es la querrela, o la denuncia del ofendido en aquellos casos permitidos por el Código Penal, cualesquiera que sea la condición profesional del sujeto pasivo.

Una vez suprimido, felizmente, el delito de desacato, subsiste el problema de que, con ocasión de una actuación jurisdiccional, el titular o titulares del órgano pueden ser objeto de insultos o intromisiones en su esfera personal, en términos tales que revelan el propósito de provocar al juez, de "hacerle perder los estribos". Es cierto que los jueces profesionales deben estar preparados para soportar fuertes presiones, ya provengan del ejecutivo, de poderes fácticos, de intereses económicos, de grupos mafiosos o terroristas o bien, sim-

plemente, de climas de opinión, y que se les puede exigir un sacrificio de su interés personal. Sin embargo, ¿puede exigírseles el sacrificio absoluto de su honor e intimidad personal y familiar? Como la acción para perseguir el posible delito no es pública, ha de optar entre el sacrificio de su interés individual, o el recurso a los Tribunales, perdiendo así, en este último caso, la imparcialidad, con la obligada consecuencia de su abstención (art. 219.4º LOPJ). Algo similar ocurriría con el ejercicio de acciones civiles de protección del honor (art. 219.7º LOPJ). Así es como recientemente se vienen sucediendo prácticas de estrategia procesal deliberadamente orientadas a provocar al titular del órgano, con el doble objetivo de debilitar el prestigio del juez o Tribunal, disminuyendo su legitimación social para actuar, y conseguir eventualmente su apartamiento del caso.

La solución de este punto vulnerable de nuestro sistema de Administración de Justicia no puede estar, evidentemente, en la restauración del desacato, que, con una u otra vestimenta, sería una mordaza permanente de la libertad de expresión. Tampoco parece adecuada la extensión del tipo del artículo 504 del Código Penal a cualquier Tribunal, entre otras razones, porque esa figura, muy próxima al desacato, no protege precisamente de las actuaciones potencialmente más peligrosas, es decir, aquellas que no se dirigen, aparentemente, contra el órgano jurisdiccional, sino contra el ámbito de honor e intimidad del titular del órgano. Es necesario concebir, a este respecto, una fórmula de protección de la imparcialidad del órgano jurisdiccional que conozca de un determinado asunto frente a fenómenos como los antes mencionados.

En efecto, en las conductas y actuaciones contra jueces y magistrados penalmente significativas, por hechos relacionados con el ejercicio de su actividad jurisdiccional, puede verse afectado un bien jurídico protegido de contenido adicional y distinto al bien jurídico que sustenta el delito de calumnias, que puede ser relacionado con la dignidad de la función judicial, con su legitimidad, o con el normal ejercicio de la potestad jurisdiccional, en los términos contenidos en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La persecución de estas conductas, a instancia de persona o institución distinta del propio ofendido, no puede hacerse adecuadamente en tanto no se procesa a su tipificación penal como figura penal específica, relacionada con los delitos contra la Administración de Justicia.

5. LA LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION Y EL ESTATUTO DE LOS JUECES

A) El juez como ciudadano y como servidor público

El juez, durante el ejercicio de su función profesional, sigue siendo titular de derechos y libertades fundamentales, como cualquier otro ciudadano.

¹⁸ La Constitución Española, en su artículo 124, atribuye al Ministerio Fiscal la misión de velar por la independencia de los Tribunales.

no. Pero en su esfera profesional, con arreglo al compromiso (acto-condición) de ingreso en la carrera judicial, se coloca en una relación estatutaria en la que tiene limitado de manera importante el ejercicio de esos derechos fundamentales. Tal es el caso, de manera expresa, de los derechos de acceso a cargos públicos (art. 23.2 CE) y de asociación (arts. 22 y 28 CE), conforme al artículo 127 de la Constitución, no pudiendo los jueces y magistrados desempeñar, mientras se encuentren en activo, otros cargos públicos ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos, y sí en cambio pertenecer a asociaciones profesionales, en los términos establecidos por la ley. En lo que se refiere a la libertad de expresión, el Juez no ejerce este derecho fundamental cuando resuelve, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que actúa como poder público y lleva a cabo un acto de autoridad, expresando el fundamento de la decisión de un poder público, el poder judicial. Si en su actuación jurisdiccional se expresa como lo haría un simple ciudadano, e instrumentaliza el ejercicio de su función al servicio de sus sentimientos o intereses personales, no solamente su decisión pierde el fundamento de autoridad que justifica la eficacia vinculante de la misma, sino que se extralimita y puede incurrir en responsabilidad.

La relación estatutaria de servicio, en el caso de juez, con arreglo a las peculiaridades que se derivan de la inserción en el Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional, comporta no solamente las restricciones que serían aplicables a cualquier funcionario público, sino que tales obligaciones, cuya determinación esencial se ajusta al principio de legalidad y a la reserva de ley orgánica ("estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera", art. 122.1 CE), como garantía estructural de independencia frente al ejecutivo, e incluso frente a una determinada composición en cada momento del poder legislativo, sirven precisamente para asegurar la imagen y la realidad de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial.

B) El ciudadano-juez y la imagen de la justicia

Es posible por tanto, desde la peculiar posición del Poder Judicial y de los órganos que lo integran, configurar de modo más estricto las exigencias de restricción en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los que es titular el juez, respecto de las pautas de comportamiento que se impondrían a cualquier otro servidor público. El juez, como representante del Poder Judicial, ha de ofrecer a los demás ciudadanos, posibles o actuales destinatarios de sus resoluciones, la garantía de que puede considerar de manera imparcial cuantas alegaciones le sean presentadas por las partes o por sus defensores y que puede asimismo enjuiciar sin prejuicio cuantas conductas y actuaciones deban quedar sometidas a su decisión. La independencia no es privilegio del magistrado, sino que debe asegurarse, ante todo, en interés del justiciable.

C) El juez servidor público y la formación de opinión

Supuestas las anteriores responsabilidades, la primera cuestión a resolver después sería si el Juez, como miembro cualificado del sistema de Administración de Justicia, no ya como simple ciudadano, debe quedar enteramente al margen del proceso de formación de una opinión pública libre. El juez, incluso el funcionario-juez, no puede ser absolutamente ajeno a los debates que interesan a la población y guardan directa relación con la justicia. No puede ser un "eunuco político" (*a political eunuch*), como se sugiere desde la cultura judicial anglosajona¹⁹, al menos de una concepción amplia y más elevada de la política como participación en los asuntos públicos (art. 23 CE). Otra cuestión es que la emisión pública de criterio sobre un determinado asunto haga perder la imparcialidad al juez si posteriormente ha de juzgar sobre esa cuestión, aspecto en el cual no se atendieron las sugerencias formuladas por el Consejo General del Poder Judicial con ocasión de la reforma de la Ley Orgánica en 1997.²⁰

Más aun, puede afirmarse que las estructuras representativas y de gobierno del Poder Judicial, y el propio juez en particular, tienen un positivo deber de contribuir a la existencia de una opinión pública informada, que es condición previa para la existencia de una opinión libre. La responsabilidad de los jueces, conforme al artículo 117.1 de la Constitución, en el ejercicio de este derecho y en el cumplimiento de este deber se expresará, ante todo, mediante su propia prudencia, su autorrestricción. Si el juez elige públicamente una determinada posición, sea desde su cargo judicial, o desde su condición de miembro de la Carrera Judicial, en un marco asociativo judicial, o incluso como ciudadano privado, debe emitir siempre responsablemente su criterio, si bien con muy diferente exigencia de responsabilidades según los casos. Pero también en la emisión de criterio como juez sobre asuntos públicos, algo que no puede hacerse ciertamente desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ha de haber un margen de libertad, sin que la existencia de otras opiniones distintas o incluso encontradas deban imponer el silencio a los discrepantes. Esta es la esencia de la libertad de expresión: aunque no me agrade lo que dices, daría mi vida porque puedas decirlo libre-

¹⁹ Sir Thomas Bingham, "Judicial Ethics", en "Legal Ethics and professional responsibility", Ross Cranston Ed., Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 43.

²⁰ "Ha de tratarse... (la causa de recusación) ... de haber participado directamente en el debate público, desde el ejecutivo o desde una actividad de representación..., o incluso en el proceso de formación de criterio sobre ese concreto asunto por parte de la opinión, expresando parecer u opinión sobre el mismo en términos no puramente abstractos o doctrinales, sino concretamente referidos al objeto de la controversia jurisdiccional y determinantes del sentido de su resolución, que pongan de manifiesto una situación, actual y efectiva, de pérdida de la imparcialidad subjetiva" (Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Pleno el 12 de agosto de 1996 *Estudios Informes y Dictámenes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, pág. 58).

mente²¹. También en este punto la heterorrestricción, particularmente la de signo coercitivo deberá ser el último remedio, so pena de incurrir en un efecto indirecto de censura, discriminatorio además, porque contra opiniones favorables, de conveniencia y de halago difícilmente habrá reacción de condena. En conclusión, los jueces pueden, y aun deben, pues, participar responsablemente en el debate público sobre asuntos de justicia, asociadamente o de manera individual, en su calidad de tales, siempre que no emitan criterios que impliquen la formación de un prejuicio sobre cuestiones que puedan serles más tarde sometidas.

D) La esfera privada del juez

El juez conserva, además, una esfera privada como individuo, en la que es titular de los derechos de los que gozaría como cualquier otro ciudadano. En ella tiene derecho a su intimidad, honor y propia imagen, al derecho a participar en asuntos públicos y al sufragio activo, y en general al catálogo de derechos y libertades fundamentales previsto en la Constitución. Pero cuando actúa como juez o magistrado, señaladamente cuando expresamente invoca tal condición en el concreto acto de ejercicio de la libertad de expresión de que se trate, no está actuando en su esfera privada como ciudadano, aunque escriba o hable fuera del Juzgado o Tribunal o fuera de su horario de trabajo. Más aún, cuando sus palabras son percibidas por la opinión como emanadas de un miembro del Poder Judicial, gozando así de una credibilidad no sólo distinta sino superior a la que tendría otro ciudadano cualquiera, se trata de una actuación como poder o autoridad, aunque en el ámbito privado, actuación en la que existe asimismo un fundamento de responsabilidad común al que es predicable del resto de sus actuaciones como parte del Poder Judicial (art. 117.1 CE), por más que dicha responsabilidad, en cuanto a su alcance y procedimiento de exigencia, deba quedar sometida al imperio de la ley y a la propia reserva de ley orgánica. No me parece, pues, que deba actuarse a veces como ciudadano particular, a veces como ciudadano-juez, según convenga, sino según lo requiera objetivamente la actuación de que se trate, presuponiendo, según lo dicho antes, una esfera de libertad, tan amplia como responsable, en la actuación pública como juez que permita contribuir a la formación de una opinión libre.

E) Heterorregulación y autorregulación. La ética privada del juez y el papel de las asociaciones judiciales

Con independencia de la regulación legal aplicable, en cuanto a la formulación del deber o de la li-

mitación del derecho y en cuanto a la dimensión disciplinaria de las conductas infractoras, puede afirmarse que en las actuaciones públicas o pseudo-privadas del juez-poder público, sean manifiestas o encubiertas, se encuentra también un fundamento ético, vinculado a la "ética privada del juez". La regulación de la conducta del juez, en el ámbito profesional y fuera de él, podría encontrar un marco adecuado de regulación en la formulación de códigos de conducta por los propios jueces y magistrados y por sus asociaciones judiciales, superando así el estrecho marco reivindicativo-corporativo de sus actuaciones relativas a condiciones retributivas y profesionales, haciendo innecesarias, salvo como última "ratio", las previsiones legales sobre responsabilidad disciplinaria o de otro orden. Es más, este tipo de medidas sancionadoras han probado sobradamente su ineficacia y/o en los contados casos en que se llegan a aplicar, pueden dar lugar a una sensación de agravio comparativo en la mayoría de los casos, a falta de un marco mucho más amplio que el actual de formulaciones positivas de normas de conducta y de intervenciones distintas de las puramente represivas.

F) La actual regulación de los deberes estatutarios del juez en relación con la independencia judicial

En la Ley Orgánica del Poder Judicial se contemplan diversas conductas relacionadas con la independencia judicial. Así, en relación con la independencia del propio juez, la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas tipificada como falta muy grave (art. 417, núm. 8), al igual que la revelación de hechos o datos conocidos en el ejercicio de la función jurisdiccional o con ocasión de ésta, cuando se ocasione algún perjuicio al proceso o a alguna persona (núm. 12), o que el abuso de la condición de juez para obtener un trato favorable e injustificado (art. 13), o que la solicitud o desempeño de un cargo judicial en situación de incompatibilidad o prohibición (núm. 7), conductas todas ellas que pueden en determinados casos guardar relación con la libertad de prensa e información. También puede guardar relación con estas libertades la intromisión en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado (núm. 4^a del mismo artículo) o el ejercicio de actividades incompatibles. Como falta grave está tipificada la falta de respeto a los superiores o interesarse mediante recomendación en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado (núm. 1 y 2 del artículo 418, respectivamente), conductas que pueden venir relacionadas con el ejercicio de la libertad de expresión, al igual que la formulación a otras autoridades felicitaciones o censuras invocando la condición de juez o sirviéndose de esta condición (núm. 3 del mismo art. 418), y la revelación de datos conocidos en el ejercicio de la función cuando no perjudique al proceso o a terceros (núm. 7). Es falta leve (art. 410) faltar al respeto a los superiores cuando no se

²¹ "No nos está permitido ni escribir, ni hablar, ni siquiera pensar. Si hablamos, fácil es interpretar nuestras palabras y aun más nuestros escritos. En fin, como no nos pueden condenar a un auto de fe a causa de nuestros pensamientos secretos, nos amenazan con ser quemados eternamente" Voltaire, Dic Filológico, Ed. Juan Bergua, pág. 354

hace en su presencia, o por escrito o con publicidad (núm. 1), la desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, o con los ciudadanos, abogados y personal de los tribunales. Se aprecia en todo caso la ausencia de un código ético, en cuya elaboración podrían jugar un papel esencial las asociaciones judiciales, para cubrir el total vacío actual de criterios positivos de conducta,

de autorregulación, que no puede desde luego sustituir ningún catálogo de sanciones, y menos aun el inadecuado que establece la ley orgánica, y evitar que solamente mediante intervenciones disciplinarias²² ocasionales, que serán casi siempre contempladas como injustificadas o como insuficientes, además de desiguales o discriminatorias, se actúe en una materia de tanta trascendencia.

EDITORIAL TROTTA

Tfno. 34-1-593 90 40
E-mail: trotta@informer.es
<http://www.trotta.es>

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO
Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después

AURELIO DESDENTADO Y BERTA VALDÉS
La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia

ANDREW VON HIRSCH
Censurar y castigar

JÜRGEN HABERMAS
Facticidad y validez

JÜRGEN HABERMAS
Ética del discurso

MAURIZIO FIORAVANTI
Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones (2.ª edición)

MARÍA CASADO (ed.)
Bioética, derecho y sociedad

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

THEODOR W. ADORNO
Y WALTER BENJAMIN
Correspondencia 1928-1940

NIKLAS LUHMANN
Complejidad y modernidad

IGNASI BRUNET
Y ANTONIO MORELL
Clases, educación y trabajo

VIRGINIO BETTINI
Elementos de ecología urbana (edición de Manuel Peinado Lorca)

²² "... cómo controlar... la falta... de virtud... (del juez) Por razones que me parecen obvias descarto que ello pueda —o deba— hacerse mediante mecanismos disciplinarios" Manuel Atienza, "Virtudes Judiciales" en *Claves de razon política*, n.º 86, octubre, 1998.

La discriminación por razón de sexo en la legislación penal

Patricia LAURENZO COPELLO

I. INTRODUCCION

En la literatura feminista son frecuentes los estudios que ponen de manifiesto la perspectiva esencialmente masculina que caracteriza al ordenamiento jurídico en general —y al Derecho penal en particular— a la hora de abordar la solución de los conflictos sociales¹. Se trata, sin duda, de uno de los posibles enfoques para analizar el tema que nos ocupa, puesto que en última instancia con ello se pretende desvelar el tratamiento discriminatorio que recibe la mujer en el sistema penal. Sin embargo, y al igual que sucede con otros colectivos situados en posiciones de desventaja o subordinación social, se da la paradoja de que esas mismas instancias sospechosas de desatender en sus grandes líneas rectoras las particularidades de género, adoptan una actitud proteccionista hacia la mujer frente a ciertos actos de discriminación originados en otros ámbitos de la realidad comunitaria².

Esa ambigüedad en la que parece moverse el Derecho penal —ciertamente atento a las reivindicaciones de los grupos marginados por lo que a la actitud de *otros* se refiere, pero incapaz de asumir su propia cuota de responsabilidad— ha llevado a ciertos sectores a poner seriamente en duda la conveniencia de utilizar la vía represiva como medio para corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos. En particular, desde la perspectiva de género, son muchas las voces que alertan sobre el peligro de reivindicar la constante criminalización de conductas como estrategia adecuada en la lucha por alcanzar una posición autónoma de la mujer³. Y si este punto de vista es digno de atención respecto de las medidas proteccionistas de carácter sectorial —piénsese, por ejemplo, en el siempre debatido ámbito de la prostitución o

en la reciente prohibición penal del acoso sexual—, aún más interés despierta cuando se trata de discutir sobre la eficacia y oportunidad de la tutela penal frente a conductas genéricas de discriminación. Porque si desde el principio se acusa al Derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de "normalidad", permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad⁴, no resulta fácil comprender cómo esa misma herramienta puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas.

No quiero decir con ello que deba descartarse sin más la posible eficacia de la vía punitiva, pero tampoco parece aconsejable acudir irreflexivamente a ella, sin analizar con cierto detenimiento su auténtica utilidad y efectos. Especialmente interesante resulta este análisis en un momento en el que el legislador ha apostado decididamente por el Derecho penal como medio idóneo para combatir la discriminación, incluida aquella que encuentra su fundamento en el sexo de la persona discriminada.

II. LAS CAUSAS DE DISCRIMINACION EN LA ACTUAL LEGISLACION PENAL

El Código penal de 1995 contiene una amplia gama de preceptos vinculados con la discriminación, entre los que cabe citar, por su importancia, los delitos de provocación a la discriminación (art. 510 CP); de discriminación en el empleo (art. 314 CP); de denegación de prestaciones correspondientes a un servicio público o privado (arts. 511 y 512 CP); la específica punición de las asociaciones ilícitas que promuevan o inciten a la discriminación (art. 515.5º CP) y la agravante de cometer cualquier delito por esos motivos (art. 22. 4º CP).

Al margen de algunas particularidades que por el momento no son trascendentes, todas aquellas figuras recogen un catálogo homogéneo de causas

¹ Sobre los distintos enfoques que al respecto se sostienen cfr. Smart, *La mujer en el discurso jurídico*, en Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Madrid, 1994, págs. 170 y ss.; Pitch, *Diritto e diritto. Un percorso nel dibattito femminista, in democrazia e diritto*, nº 2, 1993, págs. 7 y ss.

² Como se ha dicho, esa ambigüedad valorativa con la que el Derecho penal se enfrenta a la mujer es aún más patente en relación a otros colectivos socialmente infravalorados. Es el caso, por ejemplo, de los extranjeros, a quienes el legislador tutela de modo especialmente intenso frente a conductas xenófobas de terceros, pero al mismo tiempo discrimina a la hora de aplicarle sus propias sanciones. Buena prueba de ello es el recurso abusivo a la expulsión del territorio nacional que prevé el Código penal para todo extranjero no residente en España que cometa algún delito —Cfr. al respecto, Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1996, págs. 108 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal*, P.G., 3ª ed., pág. 601.

³ Cfr., por ejemplo, Van Swaaningen, *Feminismo, criminalidad y derecho penal: una relación controvertida* y Brown, *Desviación femenina: Perspectivas teóricas británicas en 1988*, ambos en *Papers d'estudis i formació*, nº 5, 1989, págs. 94 y ss. y 29, respectivamente.

⁴ Resulta muy convincente en este sentido la clasificación propuesta por Ferrajoli sobre los diversos modelos que se han sucedido a través de la historia en relación a la configuración jurídica de la diferencia. Entre ellos señala el modelo de la "homologación jurídica de las diferencias", propio, entre otros, del Estado liberal, cuya peculiaridad reside en el desconocimiento y anulación de las diferencias en el plano jurídico en nombre de la igualdad formal. Para que el sistema funcione, el Derecho asume implícitamente una identidad como "normal" y asimila a ésta el resto de las identidades diferenciales: "La diferencia femenina resulta no discriminada en el plano jurídico en tanto y en cuanto es desconocida, ocultada y enmascarada en este plano: las mujeres tienen los mismos derechos que los hombres en la medida en que son consideradas o se finge que son (como los) hombres y se asimilan a éstos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento". Ferrajoli, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, en *Democrazia e diritto*, nº 2, 1993, pág. 52.

de discriminación, cuya enumeración, no siempre coincidente en la terminología legal⁵, se concreta en las siguientes circunstancias personales o sociales de los individuos: raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión u otras creencias, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía⁶. Esa uniformidad en la tutela penal no ofrece, sin embargo, un reflejo adecuado de los motivos que llevaron al legislador a ampliar la intervención punitiva en el terreno que nos ocupa. Por lo que aquí interesa conviene tener presente, sobre todo, el escaso protagonismo que jugó la circunstancia de sexo en aquella decisión legislativa. De hecho, y a salvo del primer impulso que en esta línea representó la reforma de 1983⁷, lo cierto es que el motivo directo del avance prohibicionista se encuentra muy alejado de la discriminación por razón de sexo, concretamente, en la preocupación que han suscitado en el ámbito europeo los brotes *racistas* y *xenófobos* vinculados a ciertas ideologías extremas⁸. Hasta tal punto es así que la Ley Orgánica 4/1995⁹ —precedente inmediato de los preceptos contenidos en la actual legislación penal— ni siquiera contemplaba el sexo entre las causas que daban origen a la discriminación punible¹⁰. Fue durante la discusión parlamentaria del nuevo Código penal cuando se tomó la decisión de homogeneizar y ampliar los motivos discriminadores, dando cabida en todos los preceptos a circunstancias que hasta entonces no se habían tomado en consideración —v.g., la enfermedad, minusvalías u orientación sexual— o sólo estaban previstas en algunas figuras, como sucedía con el sexo¹¹.

La razón de esa ampliación de los colectivos protegidos, que, como se ve, ha superado con creces a las circunstancias personales que juga-

ron como auténticos motores del incremento punitivo —esto es, la raza, la etnia o la nacionalidad— responde, muy probablemente, a la configuración y alcance que adquiere el mandato de no discriminación en la Constitución española. En efecto, el artículo 14 CE no se limita a mencionar explícita o implícitamente aquellos tres supuestos y ni siquiera se detiene en otros previstos actualmente por la legislación penal —como el sexo, la religión u opinión—, sino que, además, deja abierto el catálogo de los posibles motivos discriminadores a través de la referencia genérica a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. De este modo, y como tendremos oportunidad de aclarar más adelante, nuestra ley fundamental pretende integrar en su tutela antidiscriminatoria a todos aquellos grupos minoritarios que en virtud de determinados caracteres diferenciales de identidad, ajenos a los cánones de “normalidad” imperantes, son objeto de desvaloración social¹².

El amplio espectro de causas de discriminación contenidas en el Código penal de 1995 encuentra su explicación, en consecuencia, en el modelo de la Constitución española. El legislador penal, seguramente dispuesto a respetar al máximo el mandato constitucional, no ha querido realizar distinción alguna entre las circunstancias que dan origen a discriminaciones en la sociedad de nuestros días, limitándose a conceder idéntica protección a todos aquellos ciudadanos que, en virtud de ciertos caracteres diferenciales, se ven relegados a situaciones de marginación o subordinación. Sin embargo, ese tratamiento paritario, que adquiere pleno sentido cuando nos situamos en el plano de los grandes principios configuradores de la vida comunitaria —esto es, en el plano constitucional—, no resulta tan evidente al descender al terreno concreto en el que actúa el Derecho penal. Es preciso tener en cuenta que las sanciones penales constituyen la herramienta más drástica de cuantas dispone el Estado para prevenir los conflictos sociales, circunstancia que obliga a extremar las precauciones cuando se trata de acudir a ellas como medio de tutela y control social. Esta característica de las sanciones con las que opera el Derecho penal explica, por lo demás, que el ordenamiento punitivo se reserve para prevenir las conductas que producen un mayor daño social, es decir, aquéllas que lesionan de un modo especialmente intenso y grave las bases de la convivencia comunitaria¹³. Por eso, el hecho de que la actual legislación penal se base en el modelo antidiscriminatorio recogido en la Constitución y que éste, en su propio nivel normativo, merezca una aceptación sin reservas, no constituye necesariamente una garantía de acierto a la hora de configurar el ámbito de la discriminación punible. El nivel de garantías básicas propio del ordenamiento constitucional justifica, en efecto, que su tutela antidiscriminatoria alcance por igual a todos los ciudada-

⁵ En algunas ocasiones el Código penal, con una mala técnica legislativa, reitera en un mismo precepto idénticas causas de discriminación a través de fórmulas diferentes. Buen ejemplo de ello es la agravante genérica del artículo 22.4^º, donde se menciona como circunstancia agravante el hecho de cometer el delito por “motivos racistas o antisemitas” para añadir luego cualquier otra clase de discriminación referente, entre otros motivos, a la *etnia* o *raza* de la víctima.

⁶ El delito de discriminación en el empleo añade otras circunstancias, como el parentesco con otros trabajadores de la empresa o el uso de alguna de las lenguas oficiales del Estado español, cuyo origen se encuentra en el artículo 17.1. del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ De ella proviene el delito de discriminación en la prestación de un servicio público, donde ya se incluía el sexo entre las causas de discriminación. Cfr. al respecto, con más datos, Lorenzo Copello, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, págs. 226 y s.

⁸ De la misma opinión, Tamarit Sumalla, en Quintero Olivas/Valle Muñiz, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, pág. 1434.

⁹ La exposición de motivos de la mencionada Ley hace expresa referencia a la finalidad de combatir la violencia racista y xenófoba a través de medios contundentes, una iniciativa que, por lo demás, encuentra su origen primordial en las recomendaciones internacionales al respecto. Cfr. Lorenzo Copello, *La discriminación...*, cit., págs. 223 y ss.

¹⁰ Esta Ley introdujo en el Código penal anterior, entre otros, el delito de provocación y apología de la discriminación y la agravante genérica de cometer un delito por motivos racistas u otra clase de discriminación. Las causas que se contemplaban en ambos casos eran las siguientes: raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión y otras creencias.

¹¹ Como se ha advertido anteriormente, el sexo figuraba ya en el delito de denegación de un servicio público introducido en el Código penal anterior con motivo de la reforma de 1983, pero no así en los otros preceptos que se incorporaron en 1995.

¹² Cfr. Rodríguez Piñero/Fernández López, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 72 y ss.

¹³ Cfr. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pág. 44; Zugaldia Espinar, *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia, 1993, págs. 236 y ss.

nos que son objeto de desvaloración social por concurrir en ellos ciertos caracteres diferenciales que les apartan de la "normalidad", con independencia del ámbito en el que se manifiesten las consecuencias de aquella minusvaloración fáctica. El Derecho penal, en cambio, debe permanecer atento a los efectos específicos que se derivan de esas posiciones de subordinación, porque sólo cuando aquéllos revistan un carácter especialmente grave y difícil de prevenir a través de otros mecanismos jurídicos menos lesivos, se habrán dado las bases para su legítima intervención¹⁴. La circunstancia de sexo como seña de identidad creadora de discriminación ofrece un buen ejemplo de esta diferencia de niveles garantísticos.

En efecto, si bien tiene sentido que el sexo aparezca expresamente recogido entre los motivos de discriminación enumerados en el artículo 14 de la Constitución, porque es innegable que la mujer se encuentra aún relegada en la vida comunitaria, ello no significa que las consecuencias prácticas de esa desvaloración social sean asimilables en todos los casos a las que padecen otros colectivos también discriminados. Así, mientras que en el ámbito laboral, por ejemplo, las desventajas derivadas del sexo se aproximan notablemente a las que sufren ciertos grupos en razón de su origen racial o su nacionalidad, no sucede lo mismo, en cambio, cuando se vuelve la vista a la hostilidad que despiertan estos últimos en algunos sectores de la sociedad, convirtiéndose en blanco de frecuentes actos de violencia. De ahí que donde la Constitución no distingue —porque su función no es prevenir parcelas concretas de discriminación— sí deba hacerlo el Derecho penal.

Estas diferencias, directamente vinculadas con los cometidos concretos de los diversos sectores normativos, no parece haber estado presente, sin embargo, en la mente del legislador del 95. Da la impresión, más bien, de que la protección penal de la mujer frente a las diversas formas de discriminación recogidas en el actual Código penal es una consecuencia residual y probablemente poco reflexiva de una decisión que en sus orígenes y motivos poco tenía que ver con este problema concreto. En síntesis, la nueva legislación punitiva se ha limitado a penalizar de modo indiferenciado todas aquellas circunstancias personales creadoras de desigualdades en la sociedad actual, sin atender a las particulares consecuencias de cada una de ellas.

A la vista de esta situación y teniendo en cuenta las peculiaridades de la causa de discriminación que nos ocupa, en lo que sigue intentaré introducir, al menos, una duda razonable sobre la conveniencia de prevenir este fenómeno concreto con las armas represivas del Derecho penal.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL MANDATO DE NO DISCRIMINACION

En el apartado anterior he sugerido que la prohibición penal de discriminar a una persona en razón de su sexo constituye una medida de tutela específica de la mujer y no, como podría pensarse, una fórmula "neutra" que protege por igual a mujeres y hombres cuando unos u otros son objeto de un trato desigual respecto del sexo contrario. Se trata de una hipótesis directamente dependiente del concepto de discriminación contenido en la Constitución. Veámoslo.

1. Un sector importante de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional a partir del año 1987¹⁵, señalan diferencias muy significativas entre el principio de igualdad ante la ley —o igualdad formal— recogido en el primer inciso del artículo 14 CE y el mandato de no discriminación que sigue a aquella declaración inicial.

Según esta corriente, la prohibición de discriminar se basa en un dato fáctico, proveniente de la realidad social y no (necesariamente) del mundo normativo, que permite constatar la existencia de grupos socialmente minusvalorados en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres personales que les apartan de los cánones de "normalidad" imperantes. En otros términos, se trata de colectivos que comparten determinadas señas de identidad ajenas a las que son propias del grupo dominante y que, precisamente por esas diferencias, son objeto de desvaloración social¹⁶. Aquí reside, por lo demás, el concepto de "minorías" que hoy se admite en la teoría, criterio que no se identifica, en consecuencia, con la inferioridad numérica, sino con la posición desventajosa que ocupan estos colectivos en la estructura comunitaria debido a sus caracteres diferenciales¹⁷.

Una vez asumida esta realidad, no es difícil deducir que esa situación de subordinación repercute en el goce efectivo de los derechos y libertades públicas, porque la propia posición de partida coloca en desventaja a quienes comparten aquellos caracteres diferenciales respecto del grupo mayoritario. En otros términos, las *oportunidades* de unos y otros para acceder a los derechos y libertades no son iguales: el colectivo dominante cuenta con la ventaja de que sus miembros reúnen las condiciones que la sociedad valora y reconoce como signos de "normalidad". Los otros, en cambio, deben superar el obstáculo que representa su diferencia. De ahí que el principio de igualdad ante la ley resulte insuficiente para garantizar la igualdad real y efectiva que según el artículo 9.2 de la Constitución deben promover los poderes públicos¹⁸. Como bien lo ex-

¹⁴ Cfr. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 246 y ss.

¹⁵ Cfr. Fernández López, "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", en *Relaciones Laborales*, I-1993, págs. 160 y ss.

¹⁶ Cfr. Rodríguez Piñero/Fernández López, *Igualdad*, cit., págs. 72 y s.; De Lucas, "Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993, pág. 101.

¹⁷ Cfr. De Lucas, *Algunos problemas...*, cit., págs. 99 y ss.

¹⁸ Cfr. Ferrajoli, *La diferencia...*, cit., págs. 65 y ss.; Pérez del

presa Fernández López, aquellas desigualdades fácticas "niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos"¹⁹

De esta manera se justifica que los grupos socialmente subordinados reciban una tutela adicional por parte del Estado, una tutela que tiende directamente a cerrar las puertas a las condiciones que originan aquella situación de desventaja²⁰. Y precisamente por eso la Constitución prohíbe de modo tajante cualquier diversidad de trato fundada en los motivos que sirven de base a la desvaloración social de determinados colectivos. El mandato de no discriminación, en consecuencia, no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino una medida específicamente dirigida a superar los obstáculos que impiden la realización de la igualdad sustancial.

Este sentido nítidamente tuitivo de la prohibición de discriminación ha permitido a la jurisprudencia constitucional trazar las pautas que en la práctica distinguen el trato desigual genérico del trato discriminatorio. El primero se caracteriza por la falta de razonabilidad en las diferencias, es decir, por el hecho de dispensar un trato diferente a dos ciudadanos sin que existan motivos fundados para ello²¹. Desigualdad es aquí equivalente a arbitrariedad. El trato discriminatorio, en cambio, no se identifica por la falta de razones para la diferencia, sino por la naturaleza de estos motivos, concretamente, porque se basa en ciertas particularidades del perjudicado que son objeto de desvaloración social, permitiendo así la perpetuación o incluso la profundización de las diferencias fácticas preexistentes²². Sólo cuando se constata que el motivo de la desigualdad de trato es objeto de rechazo y minusvaloración en el seno de la sociedad, estaremos, pues, ante un auténtico comportamiento discriminatorio. Esto explica que algunas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la desigualdad de trato entre hombres y mujeres hagan expresa referencia a la situación histórica de marginación que han sufrido estas últimas en nuestra sociedad²³. No se trata de un dato intrascendente

o meramente anecdótico, sino del parámetro esencial que permite juzgar la naturaleza del trato diferenciador.

2. La consecuencia inmediata de esta forma de concebir el contenido del mandato de no discriminación es su consiguiente carácter *unilateral*, es decir, su exclusiva aplicación a quienes sufren de facto la marginación²⁴: únicamente cuando el perjudicado por el trato desigual forme parte de alguno de los colectivos desfavorecidos cabrá hablar de un acto de discriminación, porque es la existencia de esos grupos la que da sentido a aquel mandato. Haciendo un ejercicio de imaginación, podría decirse que en una sociedad ideal, donde todos los ciudadanos disfrutaran de idéntico respeto y consideración social, la prohibición de discriminación carecería de toda justificación o, lo que es lo mismo, el principio de igualdad ante la ley resultaría suficiente para garantizar a todos el goce efectivo de los derechos y libertades. Así vistas las cosas, es posible afirmar que, a pesar de las fórmulas neutras utilizadas en la legislación, todos los preceptos normativos dirigidos a prevenir aquel fenómeno excluyen de su contenido a quienes conforman la identidad del grupo dominante. En concreto, cuando la Constitución o el Código penal se refieren a la raza, el sexo o la etnia, están dirigiendo su tutela, por ejemplo, a las personas de raza negra, a las mujeres o a los gitanos y no así a los blancos, a los hombres o a los "payos".

Por lo que aquí interesa, la conclusión anterior significa que un acto perjudicial para una mujer por el solo hecho de pertenecer a ese sexo deberá calificarse de discriminatorio, sin que pueda alcanzarse el mismo resultado en el caso contrario, esto es, cuando sea un hombre el destinatario del trato desigual respecto de las mujeres. De ahí que sea posible justificar las llamadas *acciones positivas*²⁵, caracterizadas, en este caso, por un trato favorable a las mujeres dirigido a remover los obstáculos que les impiden disfrutar de los derechos y libertades en condiciones de igualdad con los hombres²⁶. Llegamos así a la otra cara del mandato de no discriminación, es decir, aquella que permite aceptar ciertas desigualdades *precisamente* porque éstas se fundan en alguna de las circunstancias personales

Río, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del trabajo*, Madrid, 1984, págs. 15 y ss.

¹⁹ Fernández López, *La discriminación...*, cit., pág. 154, subrayado añadido.

²⁰ Cfr. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, pág. 59. Un resumen de la normativa internacional dirigida a promover la igualdad de oportunidades entre los sexos puede verse en QUESADA SEGURA, *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*, Sevilla/Málaga, 1994, págs. 21 y ss.

²¹ En un primer período, el Tribunal Constitucional aplicó indistintamente estos presupuestos al trato perjudicial que sufrían las mujeres, sobre todo, en el ámbito laboral. Cfr. Rey Martínez, *El derecho fundamental...*, cit., págs. 18 y ss.

²² Cfr. Fernández López, *La discriminación...*, cit. pág. 163.

²³ Especialmente significativa en este sentido es la STC 128/1987, señalada por muchos como el punto de arranque de la doctrina jurisprudencial que se ha indicado en el texto. Aun más explícita resulta la STC 145/1991, donde textualmente se lee: "La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo socialmente determinado objeto histórica-

mente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad" (F.J. 2).

²⁴ Así, con sólidos argumentos, Fernández López, *La discriminación...*, cit. págs. 160 y ss.

²⁵ La Unión Europea ha sido especialmente sensible a este tipo de medidas en el ámbito laboral, fomentando su desarrollo a través de diversos programas dirigidos a promover la igualdad de oportunidades, Cfr. Quesada Segura, *Guía*, cit., págs. 22 y ss.

²⁶ La STC 128/1987 ofrece un nítido ejemplo de estos supuestos. El Tribunal debía decidir si era discriminatoria para los hombres una norma del INSALUD que otorgaba una prestación por guardería a todas las trabajadoras con hijos menores de seis años y sólo concedía el mismo derecho a los hombres cuando fueran viudos. A partir del reconocimiento de los hábitos socialmente arraigados que conceden a la mujer el papel fundamental en el cuidado de los hijos, la sentencia deniega el trato discriminatorio por entender que "la medida se dirige a remover uno de los obstáculos que tradicionalmente han encontrado aquéllas en el acceso al trabajo. Un análisis detenido de la jurisprudencia constitucional en este campo puede verse en Rey Martínez, *El derecho fundamental...*, cit., págs. 21 y ss.

normativamente reconocidas²⁷. Esta afirmación, que a primera vista parece contradecir el tenor literal del artículo 14 CE ("sin que pueda prevalecer *discriminación alguna* por razón de... sexo"), adquiere, sin embargo, plena legitimidad en cuanto se atiende a la finalidad del precepto. Es más, desde este último punto de vista, lo único contradictorio sería impedir el desarrollo de las acciones positivas amparándose en la prohibición de discriminación. Porque si la razón se ser de este precepto se encuentra en las desventajas que, de hecho, implican para algunos ciudadanos ciertos caracteres de su identidad, resulta totalmente ilógico que esa misma norma presente un obstáculo para el desarrollo de medidas dirigidas a corregir ese desequilibrio fáctico²⁸. De ahí la posibilidad de sostener que la prohibición de discriminación y el reconocimiento de determinadas desigualdades favorecedoras de los grupos socialmente subordinados no son más que las dos caras de la misma moneda.

3. Lo dicho hasta aquí permite concluir, como ya se adelantó, que la prohibición de discriminación no es una simple concreción del principio de igualdad, sino, más bien, una garantía del ejercicio de los derechos y libertades para todos los ciudadanos en términos de igualdad, es decir, con independencia de sus particularidades diferenciales. De este modo es posible alejarse del peligro de confundir no discriminación con "igualación". No se trata, en efecto, de ignorar las diferencias, sino, por el contrario, de asegurar que éstas serán respetadas y no supondrán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades²⁹. El mandato de no discriminación implica, por tanto, una garantía de la diversidad, una afirmación de las diferencias³⁰ y, precisamente por eso, un reconocimiento normativo del principio de dignidad personal³¹.

²⁷ De todos modos, es evidente que no basta con que la diferencia de trato beneficie a alguno de los grupos tutelados a través del mandato de no discriminación para que quede justificada. Como bien ha advertido el Tribunal Constitucional al definir el alcance de las acciones positivas en favor de las mujeres, ha de comprobarse caso a caso si se trata realmente de una medida "compensadora" y no de una simple actitud "paternalista" que en última instancia repercute en contra de las propias mujeres, perpetuando su imagen de debilidad y sumisión. Así lo entendió el alto tribunal en el supuesto de prohibición de trabajo femenino en las minas —STC 229/92— o del derecho al retiro anticipado de las auxiliares de vuelo —STC 207/87—. Cfr. al respecto, Rey Martínez, *El derecho fundamental...*, cit., págs. 25 y ss. Un claro ejemplo de decisiones puramente "paternalistas" y, consecuentemente, perpetuadoras de la situación de subordinación femenina nos ofrece Ellis —*Sex discrimination law*, Aldershot, 1988, págs. 76 y s.—: se trataba de una fábrica con alrededor de 4.000 empleados, 400 de ellos mujeres, que permitía a estas últimas finalizar su jornada laboral cinco minutos antes que los hombres para evitarles las molestias de las aglomeraciones de la salida conjunta. Un Tribunal británico decidió que no se trataba de una medida "discriminatoria" para los hombres porque, entre otros argumentos, sólo representaba la esencia de la "caballerosidad y cortesía" que, según los valores sociales imperantes, deben dispensar los hombres al sexo femenino.

²⁸ Como señala Dworkin, las medidas dirigidas a alcanzar mayores niveles de igualdad entre todos los ciudadanos se justifican desde el punto de vista de la Justicia, porque "una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad" - *La discriminación inversa*, en *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984 (se cita la reimpresión de 1995), pág. 347.

²⁹ Así, con argumentos muy convincentes, Ferrajoli, *La diferencia...*, cit., págs. 52 y s.

³⁰ *Ibidem*, págs. 59 y ss.

³¹ Cfr. Fernández López, *La discriminación...*, cit., pág. 154.

Ese distanciamiento entre no discriminación e ignorancia de las diferencias resulta útil, además, para cerrar el paso a aquellas medidas que pretenden prevenir el fenómeno mediante la asimilación de las minorías al modelo del grupo dominante, modelo éste que implícitamente no hace más que reconocer las valoraciones sociales imperantes, perpetuando así la situación de subordinación que sufren aquellos grupos. Si la prohibición de discriminar se explica, en cambio, como una garantía de la diferencia, su prevención adquiere un sentido completamente distinto que de modo genérico tal vez podría describirse como la búsqueda de un espacio autónomo —no subordinado— para los diversos grupos con sus respectivas identidades.

IV. EL DERECHO PENAL ANTE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: COSTES Y BENEFICIOS

1. El sentido de la intervención penal y su efecto sobre las causas específicas de discriminación

La relación que se ha establecido en el apartado precedente entre las situaciones fácticas de discriminación y la mayor vulnerabilidad de quienes las sufren a la hora de ver garantizado el efectivo goce de sus derechos fundamentales ofrece, quizás, un punto de partida adecuada para comprender el papel del Derecho penal en la prevención de tales fenómenos. En efecto, si desde el principio se reconoce que la marginación y desvaloración social en la que viven ciertos colectivos origina un peligro real de ver desconocidos sus derechos básicos, es lógico que el ordenamiento punitivo tome en cuenta ese riesgo adicional y conceda a aquellas personas una protección especialmente intensa. No se trata, como es obvio, de privilegiar a estos grupos respecto de los otros miembros de la comunidad, sino sencillamente de tutelarlos frente a determinados peligros que a los demás les son ajenos³².

En otras palabras: el Derecho penal garantiza por

³² Por eso no comparto la opinión radicalmente contraria a la intervención penal en el campo de la discriminación que últimamente ha manifestado, entre nosotros, Portilla Contreras —En Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español*, P.E., II, Madrid, 1997, págs. 678 y ss.—. Es cierto que el Derecho penal no es el instrumento idóneo para subvertir los valores sociales preponderantes eliminando así las causas que dan origen a la discriminación y convengo con él igualmente en el papel esencial que en este sentido debe atribuirse a la educación. Pero es evidente que este último camino, por el que desde luego debe lucharse, constituye una estrategia a largo plazo. Y, mientras tanto, hay colectivos a los que acecha hoy, y de un modo nada desdeñable, el riesgo de verse agredidos por grupos intolerantes y violentos. Frente a ese peligro real para los derechos fundamentales de unos pocos, el Derecho penal no puede permanecer ajeno. Si simplemente ignorase el problema, estaría dando muestras una vez más de su propia tendencia discriminatoria, limitándose a actuar allí donde la mayoría dominante siente y padece las posibles agresiones a sus derechos básicos. Nada de esto significa que el modelo elegido por nuestro legislador sea el adecuado. Pero los excesos paternalistas en los que ha incurrido —ciertamente cargados de una dosis considerable de hipocresía, como afirma Portilla— no pueden desvirtuar el fondo de razón que le asiste en la decisión inicial de acudir al ordenamiento punitivo para combatir los actuales brotes de intolerancia violenta.

igual a todos los ciudadanos un determinado ámbito de tutela de los derechos fundamentales —en el caso de la vida, por ejemplo, a través del delito de homicidio e incluso de la provocación a cometer tal hecho—. Pero, además, introduce mecanismos específicos destinados a prevenir los riesgos adicionales que sólo afectan a los grupos socialmente minusvalorados por determinadas señas de identidad. Así se explica, v.g., la punición de la provocación a la violencia racista, xenófoba o similar (art. 510 CP)³³, un delito que intenta prevenir, entre otras cosas, el peligro específico de sufrir actos lesivos de la vida o integridad física que pende sobre las personas de determinadas razas, nacionalidades, orientación sexual, etc., por el sólo hecho de pertenecer a un colectivo marginado.

Pero estas mismas premisas que justifican, en términos genéricos, el recurso al Derecho penal, suscitan al mismo tiempo serias dudas sobre la conveniencia y oportunidad de mantener una absoluta homogeneidad de las causas de discriminación en todos los delitos dirigidos a prevenirla. Porque de inmediato se comprende que no todas las circunstancias personales o sociales originadoras de situaciones de subordinación implican la misma clase de peligros para el goce de los derechos fundamentales. Como bien afirma De Lucas, en función de la causa de discriminación de que se trate, cabrá determinar un ámbito de derechos o bienes especialmente "sensibles" a su vulneración³⁴. Y aquí es precisamente donde, desde mi punto de vista, reside la singularidad del sexo como motivo de discriminación.

No se discute que el sexo representa un dato de la identidad de las personas que coloca a un grupo —las mujeres— en una posición de subordinación respecto de otro y por eso he afirmado con rotundidad que el trato perjudicial dispensado a una mujer por el solo hecho de serlo ciertamente es discriminatorio. Pero no es menos cierto que la situación desventajosa que aún sufre este sector de la población es difícilmente comparable con la de otros grupos a los que la legislación penal siempre pretende asimilarlo —v.g., algunas razas o nacionalidades o los colectivos de homosexuales—. Aunque en determinadas ocasiones, como sucede en el terreno laboral, sus respectivos ámbitos de vulnerabilidad efectivamente coinciden, a nadie se le oculta que existen otros muchos peligros propios de las auténticas situaciones de "marginalidad" —y no sólo de "subordinación"—, que resultan completamente ajenos a la naturaleza de la discriminación que aún afecta a las mujeres.

Así, si se piensa en el delito de provocación a la violencia por motivos discriminadores recogido en el

³³ Este delito contiene otras dos modalidades —la provocación a la discriminación y al odio— que a mi entender no pueden explicarse con los argumentos del texto. Ello no invalida, con todo, la justificación expuesta, sino que únicamente pone de manifiesto uno de los muchos excesos en los que se ha incurrido a la hora de seleccionar las conductas discriminadoras que realmente justifican la intervención penal. Me he ocupado extensamente de este problema en el ya citado artículo *La discriminación en el Código Penal de 1995*, al que remito.

³⁴ Cfr. De Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, 1994, págs. 192 y ss.

artículo 510 CP, es posible encontrarle justificación atendiendo a las agresiones que en los últimos tiempos vienen sufriendo algunos sectores marginados —piénsese en los inmigrantes ilegales provenientes de países del tercer mundo—. Aquí funciona ese papel de garantía adicional de los derechos de la personalidad que hemos atribuido a la intervención penal, porque es evidente que tales actos vandálicos no se limitan a lesionar el derecho de toda persona a ser tratado en condiciones de igualdad, sino que implican, además, un serio riesgo para bienes tan básicos como la vida o la integridad física de las personas. Pero en cuanto se vuelve la vista a la circunstancia que ahora nos ocupa —el sexo—, aquella justificación se desvanece. ¿Quién podría mencionar un solo caso en la sociedad actual en el que las mujeres —solo por pertenecer a este sexo— hayan sido el blanco de ataques violentos más o menos organizados³⁵?

Seguramente se objetará que, a pesar de todo, subsisten en nuestra comunidad numerosas manifestaciones de exclusión de aquel sexo, con el consiguiente efecto de perpetuación del modelo discriminador imperante. Ello podría justificar, por ejemplo, la incriminación de las asociaciones ilícitas "que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas... por razón de... su sexo..., o inciten a ello" (art. 515.5^º CP). Tomado en su tenor literal, este precepto permitiría sancionar con pena de prisión de dos a cuatro años, entre otros casos, a los responsables de las asociaciones encargadas de organizar ciertos festejos populares en los que no está permitida la participación de mujeres y con prisión de uno a tres años al resto de sus miembros³⁶. La pregunta es si tiene sentido —e incluso justificación— tratar con la misma severidad a unos individuos integrados, en términos generales, a los cánones democráticos de la sociedad actual —aunque con mentalidad ciertamente retrógrada— y a quienes, v.g., forman parte de grupos neonazis promotores de la violencia racista y xenófoba.

2. La dudosa utilidad del Derecho penal

Llegados a este punto, resulta ineludible preguntarse por la utilidad y conveniencia de acudir al Derecho penal para combatir conductas discriminadoras como las que se acaban de mencionar.

Seguramente podrá alegarse que el mantenimiento del sexo junto a las demás causas de discriminación punible tiene la ventaja de recordar a la sociedad que la mujer ocupa aún una posición subordinada en la vida comunitaria, es decir, que el

³⁵ Tal vez muchos piensen de inmediato en la persecución que en no pocas ocasiones sufren las prostitutas, provenientes además, con frecuencia, de los mismos grupos de intolerantes que agreden a inmigrantes o a homosexuales. Pero en estos casos la razón de los ataques no se encuentra en el sexo —de hecho, tampoco están exentos de tales persecuciones los hombres que ejercen la prostitución—, sino en la clase de actividad que realizan, circunstancia ésta que, por cierto, inexplicablemente no se encuentra contenida entre las causas de discriminación punible.

³⁶ Además de penas de multa para todos ellos e inhabilitación especial para los primeros. Cfr. art. 517 CP.

sexo sigue siendo fuente de tratos perjudiciales para un sector de la población. Pero más allá de esta función estrictamente *simbólica*³⁷, no es fácil vislumbrar otros beneficios y sí, en cambio, numerosos inconvenientes.

Por un lado, es indudable que un afán protector desmedido por parte del legislador corre el riesgo de perpetuar la imagen de una mujer necesitada de una tutela especial, débil e incapaz de hacerse respetar sin la protección paternalista del Estado³⁸.

Además, no debería desdeñarse el recelo que puede originar en los jueces un uso abusivo de la vía represiva, actitud que, en última instancia, no haría más que repercutir negativamente sobre los intereses esenciales de las propias mujeres. La aplicación que actualmente están haciendo los tribunales del delito de impago de pensiones —otra de las conquistas de algunos sectores feministas en sus demandas criminalizadoras— ofrece un buen ejemplo de ello. Veámoslo.

Recientemente hemos tenido oportunidad de constatar a través de un estudio de campo³⁹ que en la gran mayoría de los casos la pena impuesta al marido que deja de pagar la prestación económica debida a la mujer o a sus hijos por una ruptura matrimonial no supera el mínimo previsto en la ley⁴⁰, con total independencia de los efectos reales que el incumplimiento haya podido producir sobre la situación de sus beneficiarios. Resulta especialmente significativa la falta de relevancia que se concede al tiempo de incumplimiento, de modo tal que los efectos penales son prácticamente los mismos para quien no paga dos mensualidades y quien incumple, por ejemplo, durante dos años⁴¹. Así, el efecto preventivo que se pretendía conseguir con la penalización del impago de pensiones se resiente seriamente, ya que el incumplidor sabe que mientras no se produzca la denuncia penal, la pena a la que se arriesga es exactamente la misma cualquiera que sea el período durante el que omita el pago. Una interpretación de estas características acaba por repercutir obviamente en las mujeres que confiaban en el Derecho penal por su necesidad real de percibir el dinero mes a mes para mantenerse a sí mismas y a sus hijos y no únicamente por ánimo de venganza o para cobrar una deuda. La responsabilidad por este debilitamiento en la eficacia preventiva no puede atribuirse, sin embargo, de modo exclusivo a los aplicadores del Derecho. La interpretación restrictiva que se ha impuesto no

³⁷ Cfr., en este sentido, Van Swaaningen, *Feminismo*,..., cit., pág. 95.

³⁸ Cfr. Larrauri, en *Mujeres. Derecho penal y criminología*, cit., pág. 100.

³⁹ Cfr. Sillero Crovetto/Laurenzo Copello, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Sevilla/Málaga, 1996. Se trata de un análisis de los casos de impago de pensiones registrados en los juzgados de lo penal y de familia de Málaga en el período 1992/1993.

⁴⁰ En el estudio citado en la nota anterior —págs. 112 y s.— se comprueba que en el 63% de las condenas los jueces optaron por aplicar el mínimo de pena privativa de libertad, aumentando esta proporción hasta el 96% en lo relativo a la pena de multa.

⁴¹ *Ibidem*, págs. 143 y ss. A pesar de que en la mayoría de los casos el período de impago se corresponde con más de uno de los lapsos temporales previstos en la ley, los tribunales no aplican las reglas del concurso de delitos y generalmente ni siquiera tienen en cuenta la duración del incumplimiento para graduar la pena concreta.

parece ajena la extensión desmedida del delito de impago de pensiones —donde caben por igual los incumplimientos originadores de auténticas situaciones de necesidad y aquéllos que en nada perturban las condiciones de subsistencia digna de la familia⁴²— y la consecuente sospecha de un inaceptable regreso a la proscrita prisión por deudas⁴³. Si el legislador hubiera sido más cauto a la hora de configurar la responsabilidad penal en este terreno, limitándose a penalizar los incumplimientos que producen un efecto grave sobre la situación personal de los beneficiarios, tal vez los jueces no sintieran tanto recelo a la hora de aplicar las sanciones con severidad y adecuación a las normas generales del Derecho penal.

Con ejemplos como el mencionado, llama la atención que en el campo de la discriminación por razón de sexo la legislación penal haya optado, una vez más, por un paternalismo excesivo. Los abusos que puede originar la presencia de la causa de sexo en ciertos delitos dirigidos a evitar riesgos que las mujeres no sufren realmente en la sociedad actual, bien podrían dar lugar a un efecto semejante al que acabamos de ver en el impago de pensiones. Así, por seguir con un ejemplo ya citado, si los jueces se vieran obligados a decidir sobre el castigo penal de algunos individuos por el sólo hecho de excluir a las mujeres de determinados festejos populares —un caso que, en mi opinión, carece de la gravedad mínima necesaria para justificar la intervención punitiva—, no sería de extrañar que optaran por un concepto restringido de discriminación suficiente para fundamentar una sentencia absolutoria, vía ésta que en última instancia acabaría por repercutir negativamente en los ámbitos donde el sexo supone un auténtico y grave obstáculo para el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer como es el caso, sin duda, de la discriminación en el empleo.

Pero los inconvenientes de acudir al papel simbólico del Derecho penal no acaban aquí. Los propios poderes públicos pueden encontrar en esa vía una buena coartada para eludir la responsabilidad que la Constitución les atribuye en la búsqueda de las condiciones que garanticen la igualdad real y efectiva (art. 9º.2 CE). A nadie se le escapa, en efecto, que resulta mucho más sencillo y cómodo para el Estado ampliar el catálogo de delitos recogidos en el Código penal que emprender acciones positivas destinadas a remover los auténticos obstáculos que impiden a la mujer ocupar una posición autónoma en la sociedad de nuestros días. Si, además, los sectores que están

⁴² Al menos así parecen haberlo entendido los jueces en base al tenor literal del precepto. Una interpretación atenta a los fines garantísticos del Derecho penal permitiría, sin embargo, excluir los supuestos en los que queda descartado de antemano cualquier peligro para los bienes esenciales de los beneficiarios. He expuesto detenidamente mi opinión al respecto en Laurenzo Copello, *El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio*, en CPC nº 51, 1993, págs. 792 y ss.

⁴³ Cfr. en esta línea, Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, págs. 171 y ss.; Gómez Pavón, *El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis CP). Su posible inconstitucionalidad*, en CPC nº 44, 1991, pág. 309. En contra Pérez Manzano, *El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio*, en Poder Judicial, nº 21, 1991, págs. 45 y ss.

al frente de la lucha contra la discriminación por razón de sexo dan una buena acogida a ese recurso indiscriminado al Derecho penal e incluso fomentan su ampliación, difícilmente podrá reprocharse a los poderes públicos que opten por el camino más fácil y menos comprometido⁴⁴.

En suma, los inconvenientes reseñados acaban por echar por tierra la posible eficacia simbólica de la presencia del sexo entre los motivos discriminadores que dan lugar a la punición de un número amplio de conductas en el vigente Código penal. Tanto desde el punto de vista práctico de la aplicación de tales delitos como desde la perspectiva más amplia de la búsqueda de estrategias adecuadas para producir cambios reales en el actual estado de cosas, el recurso generalizado al Derecho penal,

lejos de solucionar los problemas reales, corre el riesgo de convertirse en un nuevo obstáculo para solucionarlos. Ello no implica, sin embargo, que deba descartarse sin más cualquier posible eficacia de las sanciones penales. Tal vez el delito de discriminación en el empleo constituya en este sentido una excepción digna de un análisis riguroso. Porque si bien es cierto que con la criminalización de tales comportamientos no se conseguirá un cambio decisivo en las valoraciones sociales aún imperantes, no lo es menos que el Derecho penal está llamado a intervenir ahí donde se detecte un grave riesgo de lesión de los derechos básicos de las personas. Y, desde esta perspectiva, son innegables los graves perjuicios que la desvaloración del trabajo femenino sigue ocasionando a muchas mujeres.

⁴⁴ Por eso tienen razón los autores que reprochan a ciertos grupos feministas su constante demanda de una mayor intervención penal. En última instancia, como bien se ha señalado, estas actitudes sólo consiguen apoyar el proceso expansivo del sistema penal que muy poco tiene que ver con los postulados progresistas sobre los que se ha construido el pensamiento feminista moderno. Cfr. Van Swaaningen, *Feminismo*, cit., pág. 98; Uijt Beijerse/Kool, *La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandes, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, en Larrauri, *Mujeres...*, cit., pág. 161.

Algunos problemas en torno a la cooficialidad lingüística y el Poder Judicial

Alberto LOPEZ BASAGUREN

1. ALGUNAS PREMISAS SOBRE LA COOFICIALIDAD LINGÜÍSTICA

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las lenguas vernáculas como lenguas oficiales, junto con el castellano, en los territorios de las correspondientes Comunidades Autónomas fue una más de las grandes transformaciones que provocó la proclamación de la Constitución de 1978. De esta forma, nuestra Constitución eleva al más alto *status* jurídico a las diferentes lenguas vernáculas arraigadas en las diferentes partes de España, de forma que se sitúa entre los ordenamientos más avanzados en el reconocimiento del pluralismo lingüístico, en una regulación prácticamente inédita en nuestra historia.

La innovadora posición de nuestro texto constitucional tiene aún mayor trascendencia si tenemos en cuenta las peculiaridades y las circunstancias en que se realiza la declaración de oficialidad. En primer lugar, se establece el carácter oficial de las lenguas vernáculas de las Comunidades Autónomas con independencia de la vigencia social de las mismas, lo que tiene gran trascendencia pues llegan a alcanzar el referido *status* lenguas que, incluso en el territorio de su correspondiente Comunidad Autónoma, tienen una vigencia social minoritaria.

En segundo lugar, la atribución del *status* de lenguas oficiales en sus respectivos territorios de las lenguas vernáculas de las Comunidades Autónomas se realiza directamente por la Constitución, pero se atribuye a cada Estatuto de Autonomía la competencia para determinar el régimen jurídico de cada una de ellas como lengua oficial, junto con el castellano. Es decir, si, por una parte, la atribución de la naturaleza de lengua oficial se realiza en el vértice del ordenamiento jurídico, con las consecuencias ordinamentales que de ello derivan, la determinación concreta del régimen jurídico de la lengua propia oficial corresponde a una norma jurídica en la que la voluntad de las fuerzas políticas de la Comunidad Autónoma tiene —ha tenido, de hecho— una incidencia determinante¹; lo que, a su vez, se ha reforzado por el hecho de que todos los Estatutos de Autonomía, expresa o tácitamente, remiten al legislador autonómico para el desarrollo del referido régimen jurídico.

¹ Hay que tener en cuenta que los Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña han sido el modelo de las demás regulaciones estatutarias, Estatutos que, además de ser aprobados por el procedimiento establecido en el artículo 151 CE, se tramitaron en unas circunstancias políticas que convirtieron en prácticamente determinante la voluntad autonómica representada por la delegación de la Asamblea de Parlamentarios en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados.

Finalmente, todo ello se ha producido en un contexto en el que, por primera vez en la historia de España, la vigencia del sistema constitucional democrático está siendo duradera, lo que ha permitido que los presupuestos sobre los que se fundamenta estén incidiendo de forma efectiva en la articulación social, lo que está teniendo una importancia decisiva en el ámbito que nos ocupa, pues los sistemas de cooficialidad lingüística de las diferentes Comunidades Autónomas están produciendo, en la mayoría de ellas, una profunda evolución de la vigencia social de las lenguas vernáculas, es decir, en definitiva, de su conocimiento y uso por parte de los ciudadanos de las correspondientes Comunidades Autónomas.

La declaración de oficialidad de una lengua, tal y como correctamente ha precisado el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 82/1984, relativa a la ley lingüística del País Vasco, significa que la misma "es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos". Como quiera que las lenguas vernáculas son lenguas oficiales junto con el castellano, lengua oficial del Estado, el carácter oficial significa, por ser "inherente a la cooficialidad..., que en los territorios donde exista, la utilización de una u otra lengua por cualquiera de los poderes públicos en ellos radicados tenga en principio la misma validez jurídica", aunque "la posibilidad de usar sólo una de ellas en vez de ambas a la vez y de usarlas indistintamente, aparece condicionada, en sus relaciones con los particulares, por los derechos que la Constitución y los Estatutos atribuyen". La declaración de oficialidad afecta a todos los poderes públicos radicados en la Comunidad Autónoma "independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los diferentes poderes públicos", y produce sus efectos jurídicos "independientemente de su realidad y peso como fenómeno social".

Es decir, la declaración de oficialidad supone, en efecto, plena validez jurídica en la utilización de la lengua oficial tanto por parte de los poderes públicos como por parte de los ciudadanos en el territorio en el que la lengua de que se trate esté investida de ese *status* jurídico. Pero los efectos de la cooficialidad no son idénticos para los poderes públicos y para los ciudadanos.

La declaración de oficialidad de la lengua vernácula junto con el castellano atribuye a los ciudadanos el derecho al uso de la lengua oficial de su elección, frente a cualquier poder público radicado en el territorio de la Comunidad Autónoma, sin restricción alguna, salvo los límites que, por lo que se refiere a

la lengua vernácula, determine el Estatuto o, en su caso, el legislador autonómico, al regular el régimen jurídico de aquella lengua como lengua oficial. No ocurre así, sin embargo, con los poderes públicos, quienes tienen limitada su capacidad de opción sobre la lengua a utilizar. La plena validez jurídica de los actos realizados en cualquiera de las lenguas oficiales no permite, sin embargo, a los poderes públicos utilizar libremente la lengua oficial de su elección, pues la capacidad de opción se ve limitada por el derecho de uso de los ciudadanos. Un derecho de uso de la lengua oficial de su elección por parte de los ciudadanos que, en cuanto derecho subjetivo, se convierte, necesariamente, en el eje sobre el que gira la capacidad de utilización de cualquiera de las lenguas oficiales. Como ha señalado el TC, tal y como hemos visto, los poderes públicos que, en principio, tienen capacidad para actuar en cualquiera de las dos lenguas oficiales, con plena validez, ven limitada su capacidad de opción por el derecho de uso de los ciudadanos. Derecho de uso de los ciudadanos de la lengua oficial de su elección en sus relaciones con los poderes públicos que tienen tanto una vertiente *activa* como una vertiente *pasiva*. Es decir, el derecho de los ciudadanos de uso de la lengua oficial de su elección no se limita a los actos en los que el ciudadano actúa como sujeto activo, dirigiéndose a los poderes públicos, sino, igualmente, cuando el ciudadano es sujeto pasivo de la relación con los poderes públicos, en la que los poderes públicos se dirigen a éste. Ello hace que, por una parte, los ciudadanos puedan, expresa o tácitamente, determinar la lengua de relación con los poderes públicos, que deberá ser respetada por éstos en todas sus relaciones con la persona referida. Pero, asimismo, impone, por otra parte, que cuando los destinatarios sean indeterminados, para salvaguardar el derecho de opción lingüística de la generalidad de los ciudadanos, los poderes públicos estén obligados a utilizar ambas lenguas oficiales, de forma simultánea.

Y esta limitación de la capacidad de opción lingüística de los poderes públicos, derivada del derecho al uso de la lengua oficial de su elección de los ciudadanos, no queda alterada por el hecho de que la Constitución vincule el carácter del castellano como lengua oficial del Estado al deber de su conocimiento por parte de los ciudadanos. El deber de conocimiento del castellano, como ya hemos señalado en otras ocasiones², no puede suponer, en puridad, sino la imposibilidad de alegar válidamente su desconocimiento. Ciertamente, de esta configuración se podrían derivar importantes consecuencias en el régimen de cooficialidad lingüística, en la medida en que esa imposibilidad de alegar válidamente su desconocimiento permitiese a los poderes públicos utilizar exclusivamente esta lengua, con independencia, y por encima, de la opción lingüística de los ciudadanos. Pero, de esta forma, se desvanecería la base misma de todo el sistema de co-

oficialidad lingüística, constituida por el derecho de los ciudadanos al uso de la lengua oficial de su elección, y se transformaría en un derecho de los poderes públicos a imponer el uso del castellano, al menos en lo que a sus actos se refiere. Pero esto no resulta aceptable, porque el derecho al uso de la lengua oficial de su elección por los ciudadanos incluye, necesariamente, los actos de los poderes públicos de los que el ciudadano es receptor; es decir, incluye el derecho a que los poderes públicos se dirijan al ciudadano en la lengua de elección de éste. En este sentido, el deber de conocimiento del castellano no puede convertirse en el eje central sobre el que gire, de forma efectiva, el régimen de la cooficialidad lingüística, con independencia de que del referido deber podamos extraer algunas consecuencias de importancia en el ámbito que nos ocupa.

La configuración de los derechos derivados de la declaración de oficialidad exige, por tanto, a los poderes públicos que tengan la capacidad de relacionarse con los ciudadanos en cualquiera de las lenguas oficiales en que los mismos estén radicados. Ello impone la necesidad de adaptación de las estructuras administrativas a través de las que actúan a la situación de cooficialidad, para lo que, en mayor o menor medida, tendrán que disponer de personal que tenga capacidad de relacionarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales del territorio en que actúa. Lo que, a su vez, justifica la exigibilidad por parte de los poderes públicos del conocimiento, también, de la lengua vernácula oficial para el personal al servicio de los mismos. Sin duda, la cooficialidad impone a los poderes públicos un proceso de adaptación que puede plantear importantes dificultades, pero, como ha señalado el TC, ya desde la Sentencia 82/1986, se trata de dificultades que deben ser afrontadas porque "tales dificultades son resultado de una decisión constitucional".

Finalmente, para cerrar los presupuestos generales relativos a la cooficialidad lingüística, previos al análisis de su incidencia en el ámbito de actuación del Poder Judicial, nos parece necesario hacer referencia a la cuestión de la vigencia social de la lengua oficial y los efectos sobre su régimen jurídico, lo que habitualmente se suele soslayar en el análisis de estas cuestiones. Como ya hemos visto, la declaración constitucional de oficialidad de las lenguas vernáculas se realiza al margen de su vigencia social; y el TC afirma, igualmente, que los efectos jurídicos de la declaración de oficialidad se producen independientemente de su realidad y peso como fenómeno social. Y no podría ser de otra forma en razón del principio de seguridad jurídica. Pero ello no nos puede llevar a considerar que la mayor o menor vigencia social de la lengua sea indiferente en la determinación de las consecuencias que se derivan de la consideración de una lengua como lengua oficial.

Ciertamente, la diferente vigencia social de la lengua vernácula dentro del territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente ha llevado, en algunos casos, a delimitar —o, al menos, a afectar— territo-

² Sobre esta cuestión, permítasenos remitir a nuestro trabajo «El pluralismo lingüístico en el Estado autonómico», en *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, nº 9, 1988, esp. pp.

rialmente el régimen de cooficialidad³, aunque no todos los Estatutos haya tenido las mismas consecuencias⁴.

Pero no es ésta la cuestión que ahora queremos poner de relieve, sino, directamente, la incidencia que la vigencia social de la lengua tiene en el interior del sistema de cooficialidad o, más en concreto, en el interior del régimen jurídico de la lengua oficial. Ciertamente, como sabemos, la declaración de una lengua como lengua oficial exige que los poderes públicos garanticen la plena validez jurídica de los actos realizados utilizando la misma, lo que exigirá la adopción de medidas de diverso tipo por parte de aquellos, pudiendo llegar, incluso, a modular el contenido de derechos constitucionales; tal es lo que ocurre con el derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas contenido en el artículo 23.2 CE⁵. Pero esto no puede significar que la declaración de oficialidad legitime cualquier medida dirigida a garantizar efectivamente la plena validez jurídica de los actos realizados en la lengua oficial. Por el contrario, las medidas a adoptar en esta dirección tienen que ser el resultado de la ponderación de las exigencias derivadas de la declaración de oficialidad y las necesidades reales que se deriven de la vigencia social que efectivamente tenga la lengua oficial. Es lo que se materializa en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas tendentes a garantizar efectivamente la plena validez jurídica del derecho al uso de la lengua oficial. De forma que solamente aquellas medidas que, encontrando fundamento en la condición de lengua oficial, sean razonables y proporcionales a las exigencias efectivas que se deriven del carácter oficial de la lengua a la luz de su vigencia social serán constitucionalmente legítimas, especialmente cuando afecten a derechos de los ciudadanos, modulando su contenido.

Esta es una cuestión que el TC ha intuido ya desde sus primeras Sentencias sobre esta materia, aunque no haya llegado a expresarlo de forma precisa en los términos aquí expuestos. En efecto, en la STC 82/1986 se precisa, en relación con la exigencia del conocimiento de la lengua vernácula oficial en el acceso a la función pública, que la utilización de medidas de este tipo debe hacerse, por una parte, con el "necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la CE y sin que en la aplicación... se produzca discriminación", así como "con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad desde la perspectiva de lo dispuesto en los artículos 23.2, 139.1 y 149.1.1 de la Constitución". Y se reitera en la STC 46/1991, sobre la Ley de Función Pública de Cataluña, en la que si, por una parte, se reitera que "el establecimiento de un régimen de

cooficialidad lingüística en una parte del territorio del Estado no contradice el principio de igualdad", por lo que la exigencia del conocimiento de la lengua propia oficial de la Comunidad Autónoma "no es discriminatoria desde la vertiente de la igualdad de los españoles en todo el territorio nacional", al reconducirse, de forma natural, al criterio de mérito y capacidad en la selección del personal al servicio de las administraciones públicas, por otra parte, se precisa que se trata de una exigencia que "ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar" en el puesto de trabajo de cuya cobertura se trate, como quiera que el artículo 23.2 CE impone que aquella exigencia esté caracterizada por la proporcionalidad, pues sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública exigir un nivel de conocimiento de la lengua propia oficial "sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate", de forma que una aplicación desproporcionada "podría llevar a resultados discriminatorios, contrarios tanto al art. 14 como al 23.2 CE"⁶.

Así pues, la declaración de una lengua como lengua oficial impone, ciertamente, determinadas consecuencias, pero no justifica cualquier actuación de los poderes públicos desligada de su realidad sociolingüística, pues ésta constituye la base para la concreción del contenido material de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

2. LA INCIDENCIA DE LA COOFICIALIDAD LINGÜÍSTICA SOBRE EL PODER JUDICIAL

Sobre la base de estas premisas, debemos precisar la forma en que la declaración de oficialidad de una lengua y, en consecuencia, el derecho al uso de la lengua oficial por parte de los ciudadanos, afecta al Poder Judicial.

En primer lugar, hay que afirmar que los derechos que derivan de la declaración de oficialidad de la lengua vernácula tienen, ciertamente, plena vigencia en el ámbito de actuación de los órganos del Poder Judicial. El derecho al uso de la lengua oficial se configura como un derecho que deriva directamente de la declaración constitucional de oficialidad, en los términos precisados por el correspondiente Estatuto de autonomía; la declaración de oficialidad de la lengua vernácula tiene carácter territorial, por lo que sus efectos lo son en el territorio en el que aquella tenga reconocido el carácter oficial y frente a todos los poderes públicos en él radicados, cualquiera que sea su carácter, tal y como hemos visto que afirmaba, sin ambages, el propio TC. Y esto es lo que se recoge en los párrafos 2 y 3 del artículo 231 de la LOTC.

El problema se plantea en torno a la cuestión de las consecuencias que pueden derivarse de la co-

³ Se trata de los sistemas de cooficialidad de Navarra y de la Comunidad Valenciana.

⁴ En el País Vasco, por el contrario, el artículo 6 del Estatuto de Autonomía se ha limitado a establecer que las instituciones habrán de "tener en cuenta la diversidad sociolingüística del País Vasco".

⁵ *vid.*, sobre esta exigencia, especialmente, Baño León, José M^o: "El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 54, 1987, págs. 234 ss., así como Vernet i Llobet, J.: *Normalització lingüística...*, *cit.*, págs. 130 ss.

⁶ Sobre la base de la jurisprudencia constitucional que acabamos de referir, el TS, modificando la línea jurisprudencial que había venido manteniendo —más refractaria a las exigencias derivadas de la declaración de cooficialidad—, ha precisado las consecuencias que se derivan de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos por el TC: jurisprudencia que se encuentra recogida de forma muy completa en la STS de 16 de abril de 1990, y que se reitera, entre otras, en las SsTS de 8 de julio de 1994 y de 18 de abril de 1995.

oficialidad lingüística y la necesidad de adaptar a esa situación los órganos del Poder Judicial radicados en los territorios de las Comunidades Autónomas con lengua vernácula oficial. Y, en concreto, si en esa adaptación, el conocimiento de la lengua vernácula oficial es utilizable como criterio para la cobertura de los puestos en los órganos judiciales; es decir, si ese conocimiento es exigible, de una u otra forma, bien sea como mérito o como requisito en la cobertura de puestos por parte de los integrantes del Poder Judicial.

Por parte de algunos sectores judiciales —que no son, precisamente, los jueces que, al menos en el País Vasco, están siendo sometidos a una mayor “persecución” personal— se sostiene que el derecho al uso de la lengua oficial de su elección por parte del justiciable o de cualquier ciudadano que intervenga en el procedimiento judicial no puede tener consecuencia alguna en la organización de la estructura del Poder Judicial con el fin de garantizar, de la forma más adecuada posible, y de forma efectiva, la plena validez jurídica de los derechos que derivan de la declaración de oficialidad. Se sostiene, así, que la declaración de oficialidad, en este sentido, sólo puede afectar al personal al servicio de la Administración de Justicia, pero no a los integrantes del Poder Judicial. Mientras que los primeros son pura organización administrativa, se argumenta, los segundos integran un *poder del Estado*, por lo que el conocimiento de la lengua vernácula oficial del territorio donde radique el órgano judicial que, en su caso, vaya a cubrir, no puede, en ningún caso, constituirse en un criterio —cuando menos, no en un criterio determinante— o en requisito de su cobertura. Y se sostiene que ello es así por tratarse de órganos de un *poder del Estado*, de la misma forma que de la cooficialidad no puede derivar la exigibilidad del conocimiento de la lengua vernácula oficial a los integrantes del poder legislativo o el poder ejecutivo para poder acceder a la correspondiente función pública.

A nuestro juicio, y a los efectos de la incidencia de la declaración de oficialidad de la lengua vernácula, junto con el castellano, en el acceso a los cargos y funciones públicas que aquí nos ocupa, no puede equipararse la posición de los jueces y magistrados y la de los integrantes de los poderes legislativo y ejecutivo —o, más en general, de los órganos representativos y de los órganos colegiados ejecutivos de las diferentes instituciones radicadas en el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma—. En primer lugar, mientras que el acceso de estos últimos se realiza en razón de un criterio de naturaleza estrictamente política, cuyo fundamento se encuentra en el principio democrático-representativo, los integrantes del Poder Judicial acceden a su función en razón del criterio de capacidad y mérito, al que es reconducible, como afirma de forma taxativa el TC, el conocimiento de la lengua vernácula oficial. Y, en segundo lugar, el Poder Judicial constituye una estructura de carácter *presidencial*, de forma que las actuaciones de sus integrantes se caracterizan, en muchas ocasiones, por la *inmediatez* en la relación con los ciudadanos, tanto con el justiciable como con quienes, de una u

otra forma y por unas u otras razones, intervienen en el proceso. La confluencia entre estas dos características es la que hace que el Poder Judicial se vea afectado por la necesidad de adaptarse, en mayor o menor grado, y de acuerdo con las circunstancias de cada situación lingüística, a la cooficialidad lingüística en los territorios de las Comunidades Autónomas en que la misma tiene vigencia.

Ciertamente, si hemos visto que, en nuestro sistema, la declaración de oficialidad de las lenguas vernáculas de las Comunidades Autónomas tiene un carácter que podríamos denominar *territorial*, en el sentido de que afecta a todos los poderes públicos radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma que corresponda y no sólo a los poderes públicos autonómicos, en sentido estricto, nada parece impedir la capacidad de adaptación de los órganos del Poder Judicial radicados en territorios con lengua vernácula oficial a los efectos de hacer efectivos, en condiciones adecuadas, los derechos que derivan de la cooficialidad.

Pero la adopción de medidas para adecuar la organización del Poder Judicial a la situación de cooficialidad parece necesaria por dos tipos de razones. En primer lugar, por una razón de eficacia, tan directamente vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 CE, que exige la adaptación de los órganos del Poder Judicial radicados en territorios con lengua vernácula oficial, junto con el castellano, a la lengua o lenguas efectivamente utilizadas por quienes intervienen en el procedimiento. Y, en segundo lugar, y en directa conexión con esto, por una razón de legitimación social del Poder Judicial, pues éste no puede aparecer como un Poder absolutamente refractario a la declaración de oficialidad de la lengua vernácula, amparada constitucionalmente y, en concreto, a la vigencia social real de la lengua vernácula oficial.

3. COOFICIALIDAD LINGÜÍSTICA Y DERECHOS DEL PROCESO

Una vez llegados a este punto, y antes de entrar a examinar el proceso de adecuación de los órganos del Poder Judicial a la cooficialidad lingüística, hay que realizar unas precisiones que, en el contexto en el que se está produciendo el debate sobre esta cuestión, al menos en algunos lugares como el País Vasco, nos parecen de gran importancia.

En efecto, en el País Vasco se está produciendo, en los últimos tiempos, un enconado debate sobre esta cuestión en el que un sector, especialmente de abogados, exige que el juez se relacione directamente con la persona que interviene en el proceso (tanto justiciable, como testigos o, incluso —y muchas veces, especialmente— abogados) en la lengua oficial de elección de éste, pues, se sostiene, forma parte de los derechos del proceso el que el juez comprenda directamente la lengua de aquél, de forma que si no ocurre así, se produce una vulneración de los derechos del proceso.

Esta es una posición que, desde un punto de vista jurídico, hay que rechazar radicalmente, pero que,

quizás como consecuencia de su machacona reiteración, está calando profundamente en determinados sectores; y no sólo en sectores políticos del nacionalismo radical, sino, incluso, lo que provoca perplejidad, en sectores de profesionales del Derecho y judiciales no necesariamente relacionados con aquél. En definitiva, como es evidente, con una afirmación como ésta lo que se está haciendo, voluntaria o involuntariamente, es deslegitimar no ya social o políticamente, sino jurídicamente, a los jueces o magistrados que, para cualquier trámite judicial en el que una persona que interviene en el proceso utiliza la lengua vernácula oficial, necesitan auxiliarse de traductor o intérprete.

En este sentido, hay que precisar que la necesidad de adaptación de los órganos judiciales radicados en territorios donde vige la cooficialidad lingüística a esta situación carece de relación alguna con los derechos del proceso y que encuentra su fundamento exclusivo en la propia declaración de oficialidad. Por tanto, la adaptación deberá hacerse dentro de los límites y sobre las exigencias que se deriven de aquella declaración, no para excluir la vulneración de los derechos del proceso, que en nada se ven afectados por el hecho de que el juez conozca directamente o no la lengua oficial utilizada, siempre y cuando existan medios que le garanticen un conocimiento preciso de lo alegado o declarado en lengua vernácula oficial. Confundir uno y otro plano, además de incorrecto, produce efectos aberrantes que alteran los presupuestos sobre los que se asienta no sólo nuestro ordenamiento jurídico, sino todo el sistema de derechos fundamentales configurado tanto en nuestro ordenamiento interno como en el Derecho Internacional.

La garantía de los derechos del proceso exige que el juez tenga conocimiento de las declaraciones y alegaciones de quienes intervienen en el mismo, pero para llegar a ese conocimiento no resulta indispensable conocer la lengua en que unas u otras se expresen, pues el juez puede ser auxiliado para ello, sin que este acceso interpuesto al conocimiento de las declaraciones o alegaciones realizadas en el proceso suponga necesariamente, por sí mismo, imposibilidad de conocer con garantía el contenido de unas u otras. Y esta capacidad se produce tanto en los supuestos de trámites escritos —como demuestra su recurso habitual en las actuaciones, en este orden, de todos los poderes públicos— como en los supuestos de trámites orales.

Los derechos del proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva, no contiene, en sí mismo, un derecho de opción lingüística en los términos que, según venimos precisando, se derivan de la cooficialidad lingüística. Ciertamente, los derechos del proceso tienen un contenido lingüístico, pero el derecho a la lengua tiene, en este ámbito, un carácter meramente instrumental, vinculado a la característica de eficacia que necesariamente identifica al derecho de defensa y, más en general, a la necesaria efectividad del conocimiento de la realidad objeto de enjuiciamiento por parte del juzgador⁷. De aquí, efecti-

vamente, derivan importantes consecuencias, como es la posibilidad de utilización en el proceso, incluso, de lenguas que no tengan carácter oficial, cuando se desconoce la lengua oficial o se tiene un deficiente conocimiento de la misma. Y el carácter instrumental de la lengua en el proceso, vinculado a la efectividad de los derechos en el ámbito del mismo, cede, necesariamente, frente a cualquier otra situación. Esto es lo que ha ocurrido entre nosotros con ocasión de la utilización de lenguas vernáculas oficiales en las correspondientes Comunidades Autónomas en órganos judiciales radicados fuera del territorio de las mismas, habiendo debido ceder, en aras de la efectividad de los derechos del proceso, incluso la presunción de conocimiento del castellano derivada del deber de conocimiento establecido en el artículo 3 CE⁸, tal y como el propio TC ha debido ratificar⁹. Las consecuencias derivadas del carácter *instrumental* de la lengua en el proceso son independientes de la declaración de oficialidad. Pero, además, si bien, por una parte, como vemos, el carácter *instrumental* de la lengua en relación con los derechos del proceso tiene consecuencias trascendentales, tiene, asimismo, importantes límites, pues esa misma *instrumentalidad* no permite llevar sus efectos más allá de la necesaria garantía tanto, por una parte, del fehaciente conocimiento de todo lo que afecte al acto objeto de enjuiciamiento, como, por otra, el conocimiento fehaciente de las circunstancias del proceso por parte del justiciable.

Es decir, como ya se desprendía de los propios términos utilizados, la *instrumentalidad* de la lengua queda reconducida a los límites estrictos de la *efectividad* de los derechos del proceso, pero carece de virtualidad autónoma en su seno. Desde el punto de vista del proceso, por tanto, sólo en la medida en que sea necesario para la efectividad de los derechos del proceso existirá un derecho a la lengua en el ámbito del mismo. Pero los derechos del proceso, su efectividad, en ningún caso ampara la libre opción lingüística de quien participa en el proceso, ni exige el conocimiento directo por parte del juez de la lengua utilizada por aquél. Pues, ni una ni otra son necesariamente indispensables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

Vergottini, Giuseppe: "Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo", en *Diritto e società*, 1986, esp. pág. 99

⁸ Sobre la interpretación del deber de conocimiento del castellano, vid. nuestro trabajo "El pluralismo lingüístico...", cit. págs. 49 ss.

⁹ Vid. la STC 74/1987, de 25 de mayo, en la que se desarrollan las bases sentadas ya en la STC 2/1987, de 21 de enero, con la que se rectificaba la rígida posición inicialmente sostenida en la STC 30/1986, de 20 de febrero. Hay que tener en cuenta que en el ámbito de los derechos del proceso, y al margen de su clara regulación en el ámbito internacional en lo que se refiere a esta cuestión, como veremos más adelante, los jueces y tribunales, preocupados, por encima de todo, por las garantías del proceso, no entran en lo que podríamos denominar el *juicio de verosimilitud* de la alegación del desconocimiento o insuficiente conocimiento de la lengua oficial del Estado, por lo que su simple alegación está dando lugar, en la práctica, a la utilización de intérprete incluso en sedes jurisdiccionales situadas fuera del territorio de la Comunidad Autónoma en el que es oficial la lengua que se alega como propia tanto por procesados como por testigos, como se pone de manifiesto en la práctica de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

⁷ Sobre la característica de la necesaria *efectividad* del derecho de defensa y el carácter instrumental de la lengua, vid. De

Esto es, ciertamente, lo que nos pone de manifiesto la normativa internacional en la materia, cuya interpretación se incorpora a nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución. Y entre la normativa internacional en materia de derechos fundamentales que precisan el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, la más avanzada, sin duda, es la contenida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, en el ámbito del Consejo de Europa. Pues bien, en el artículo 6 del Convenio se recoge, precisamente, el *derecho a un proceso equitativo*, cuyo contenido incluye, por lo que a nosotros ahora nos interesa, el derecho de todo acusado "a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él" —núm. 3, letra a)—, así como "a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia" —núm. 3, letra e)—; todo ello completado, evidentemente, con el derecho de defensa y otros.

Desde la perspectiva de los derechos del proceso, por tanto, lo único que forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva es el derecho a comunicarse con el juez o tribunal en una lengua que sea comprensible para el justiciable, lo que se realizará, si es necesario, a través de intérprete¹⁰.

En consecuencia, y frente a la argumentación que se ha convertido en el ariete fundamental de algunos sectores, especialmente de abogados, en el País Vasco, no hay vulneración de los derechos del proceso ni por el hecho de que el juez no conozca la lengua oficial de elección de cualquiera de las personas que intervienen en el proceso, ni por el hecho de que, si ello ocurre, el juez o tribunal se sirva —como debe— de traductor o intérprete, para llegar a conocer fehacientemente sus alegaciones o declaraciones, de forma que la resolución judicial se realice con auténtico *conocimiento de causa*.

Hay que reconocer, en todo caso, que este error de base en el planteamiento de la cuestión de las lenguas en el proceso como una cuestión que afecta a los derechos del proceso se encuentra en la misma LOPJ, de la que ha sido recogido literal y directamente por el propio TC.

En efecto, el artículo 231 LOPJ, al regular la utilización por el juez de las lenguas oficiales en el proceso establece que la lengua vernácula solo podrá ser utilizada "si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella que pudiese producir indefensión". Ciertamente, en el supuesto al que se refiere la disposición legal, es decir de participación en un mismo proceso de personas que quieren optar por diferente lengua en el proceso, nos encontramos ante una situación que entraña una extraordinaria complejidad en el plano práctico y que puede complicar el desarrollo del proceso. Pero no es esta la cuestión en la que queremos

detenernos ahora¹¹, sino en la vinculación entre utilización de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, cuyo desconocimiento es alegado por alguna de las partes, e indefensión. En esta misma línea ha incidido el TC en la Sentencia 56/1990, en la que, al enjuiciar la constitucionalidad del citado artículo 231 LOPJ precisa su perfecto encaje en la norma suprema porque, a juicio del juez de la constitucionalidad, en la misma línea establecida en la disposición legal, "el derecho a no sufrir indefensión del que goza todo ciudadano según lo previsto por el artículo 24 de la Constitución se anuda a la obligación del conocimiento del castellano (art. 3.1 de la Norma Fundamental), obligación que no existe respecto del resto de las lenguas españolas"

Esta vinculación es, a nuestro juicio, muy desafortunada, en la medida en que vincula indefensión y desconocimiento —o deficiente conocimiento, habría que añadir— de la lengua utilizada en el proceso.

La indefensión es una situación objetiva¹², por lo que no puede asentarse sobre presunciones: o se produce efectivamente indefensión o no hay indefensión. Así, si el desconocimiento de la lengua utilizada en el proceso produce indefensión en quien no la conoce, se producirá indefensión siempre que se desconozca la lengua utilizada en el proceso, con independencia de que sea oficial o no, o de que, siéndolo, exista o no un deber de conocimiento de la misma. En este sentido, causa perplejidad que la indefensión se module en torno a un criterio no material, sino en torno a un criterio puramente formal, del que no necesariamente se derivan consecuencias prácticas en la posición de las partes en el proceso, como pone de manifiesto la práctica de nuestros Tribunales cuando enjuician a extranjeros (especialmente a emigrantes de la pobreza) que desconocen o conocen muy deficientemente la lengua castellana o la práctica del TJCE o, más en general, la de las jurisdicciones internacionales, entre las que se encuentra el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La utilización de una de las lenguas oficiales no puede, *per se*, provocar indefensión en la parte que la desconoce o la conoce deficientemente. En primer lugar, porque la intervención de las partes en el proceso se hace de forma interpuesta a través de la representación procesal y la asistencia letrada, por

¹¹ Ciertamente, parece lógico que, al ser el castellano, incluso —o sobre todo— desde el punto de vista sociológico, realmente, una lengua común, la opción lógica tendría que ser la de su utilización en el proceso en supuestos como el señalado, en la medida en que es comprensible para todos. Pero, en primer lugar, ello no elude la necesidad, en su caso, de que, si quien realiza la opción por la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma así lo requiere, tenga derecho al traslado de todas las actuaciones en la lengua de su elección. Vid., en todo caso, en contra, Ignacio de Otto: «La Administración de Justicia y las Comunidades Autónomas», ahora en *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 213 ss.

¹² En este sentido, la STC 181/1994, de 20 de junio, señala que la indefensión "ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo", lo que lleva al Alto Tribunal a hablar de una "indefensión «material» y no formal" que debe suponer realmente, en el caso concreto, "la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías".

¹⁰ Y ésta es, ciertamente, la interpretación que, correctamente, ha acogido el TC: cfr. SsTC 2/1994, de 17 de enero y 181/1994, de 20 de junio.

lo que el desconocimiento de la lengua oficial utilizada en el proceso no impide ni dificulta la defensa; lo que será necesario es dotarse de una representación procesal y de una dirección letrada que conozca la lengua oficial utilizada en el proceso. Y, en segundo lugar, porque es posible tener preciso conocimiento de todos los elementos del proceso a través de la oportuna traducción, con lo que se excluye la indefensión¹³.

El problema de la utilización de las lenguas en el proceso no puede hacerse, por tanto, como una afectación a los derechos del proceso, salvo dentro de los límites que hemos señalado; es decir, la interrelación entre lengua comprensible y auxilio de traducción o intérprete. Se trata, por el contrario, de una cuestión que hace referencia a las consecuencias que se derivan de la declaración de oficialidad y los efectos que la misma tiene en el ámbito de la estructura del Poder Judicial.

Para concluir con la cuestión de las lenguas y los derechos del proceso, sin embargo, hay que hacer referencia a un último aspecto del problema tal y como se está planteando en la práctica. Al menos en lo que se refiere al País Vasco, donde, sin duda, el problema se está planteando en términos más conflictivos, la exigencia de que el juez conozca la lengua oficial de elección de quien interviene en el proceso, lo que se concreta en la exigencia de que sólo puedan actuar jueces o magistrados que conocen la lengua vernácula oficial en todos los procesos en que intervienen personas que optan por la utilización de esta lengua, está siendo planteada, fundamentalmente, por abogados, desconectada esta exigencia, incluso, en ocasiones, de la opción lingüística del justiciable a quien representa y asiste. Y esto resulta absolutamente inaceptable. El abogado, en cuanto asistencia técnica del imputado o de cualquiera de las partes, tiene una posición subordinada a éstos, sin que pueda erigirse en protagonista de los derechos del proceso, por encima, incluso, de su propio representado. La defensa es instrumental al derecho de defensa, que, como es evidente, no es un derecho del abogado, sino de las partes en el proceso, por lo que el abogado tendrá, en todo caso, que sueditarse a las condiciones de su representado y a las condiciones del proceso.

4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO DE ADECUACION DE LA ORGANIZACION DEL PODER JUDICIAL A LA COOFICIALIDAD LINGÜISTICA

Realizadas estas precisiones nos encontramos, por tanto, con que la cuestión de la utilización de

¹³ En todo caso, desde la perspectiva en que nos situamos en este momento, la presunción de conocimiento del castellano que, como presunción *iuris tantum*, deriva del deber de conocimiento del castellano sí puede desplegar efectos de importancia en este ámbito, excluyendo la indefensión, sobre la base del *juicio de verosimilitud* que realice el órgano judicial sobre la alegación de desconocimiento o deficiente conocimiento del castellano. En todo caso, la práctica de nuestros Tribunales parece estar siendo extraordinariamente prudente permitiendo la utilización de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas, incluso fuera del territorio respectivo de las mismas, más allá de las conclusiones a las que pudiese llevar aquél *juicio de verosimilitud*.

la lengua vernácula oficial en el ámbito de actuación de los órganos del Poder Judicial debe plantearse en un terreno que queda fuera del que es propio al derecho a la tutela judicial efectiva o, dicho de otra forma, de los derechos del proceso, y que no es otro que el de la cooficialidad lingüística y las consecuencias que, en sentido estricto, derivan de ésta.

La cooficialidad lingüística, como ya hemos señalado, tiene como consecuencia fundamental la existencia de un derecho de uso por parte de los ciudadanos de la lengua oficial de su elección en sus relaciones con los poderes públicos radicados en el territorio correspondiente, teniendo los actos así realizados plena validez jurídica.

Si los órganos del Poder Judicial están obligados a garantizar la efectividad de los derechos lingüísticos de los ciudadanos de las Comunidades Autónomas con lengua propia oficial será necesario que se adapten a la situación de cooficialidad lingüística en los territorios donde existe otra lengua oficial junto con el castellano. Y será necesario que ello ocurra, en primer lugar y ante todo, por una cuestión de eficacia en sus actuaciones, de necesaria celeridad en el ejercicio de la función jurisdiccional, exigida por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dado que el continuo recurso a la traducción, en situaciones sociolingüísticas en las que la utilización de la lengua propia es mayoritaria o, cuando menos, muy amplia, puede convertirse, realmente, en una fuente de retardo o cuasi paralización de la actividad jurisdiccional, vulneradora de aquél derecho fundamental. Y, en segundo lugar, por la propia credibilidad del Poder Judicial, en términos que se correspondan con la transformación que respecto al tratamiento de las lenguas propias ha supuesto la Constitución de 1978, frente a la que el Poder Judicial no puede aparecer como un poder refractario.

La adaptación de la estructura del Poder Judicial a las situaciones de cooficialidad lingüística es, en primer lugar, competencia del CGPJ en virtud, en desarrollo del artículo 122.2 CE, de lo previsto en los artículos 110 y concordantes LOPJ, en cuanto reconducible a la competencia de autoorganización propia de cada institución o poder público¹⁴. Es decir, el CGPJ, al residir en él la competencia de organización, es el órgano que tiene la responsabilidad de analizar la situación, precisar las necesidades de adaptación de la estructura del Poder Judicial a las necesidades derivadas de la cooficialidad y establecer los medios para que ello se refleje de forma efectiva en los órganos judiciales que corresponda.

A nuestro juicio, el órgano de gobierno del Poder Judicial tendría que realizar un análisis detallado de las necesidades reales derivadas de las diferentes situaciones de cooficialidad para, dentro e las peculiaridades del Poder Judicial, precisar las plazas cuya provisión, en su caso, debiera hacerse preferentemente por jueces o magistrados que conozcan

¹⁴ Sobre la competencia de autoorganización, sometida, en todo caso, a la regulación del régimen jurídico de la lengua oficial realizada por el Estatuto de Autonomía y, en su caso, por el legislador autonómico, vid. nuestro trabajo "El pluralismo lingüístico...", cit., esp. págs. 76 ss.

la lengua vernácula oficial, planificando, en su caso, el proceso temporal de adecuación a los objetivos señalados, así como precisar los medios que permitan lograrlos. Y, sobre la base de las consideraciones que hemos venido realizando en las líneas precedentes, este proceso de adaptación tendría que realizarse teniendo en cuenta, por una parte, la situación sociolingüística de la Comunidad Autónoma en la que tienen su sede los órganos judiciales, pero no sólo la situación general, sino, aún más, la situación concreta del territorio, dentro de aquella, sobre el que ejerce la jurisdicción cada órgano judicial; y, por otra parte, sobre la base de las peculiaridades concretas de cada jurisdicción, y, aún más, dentro de cada jurisdicción, adecuándose a las peculiaridades de las funciones de cada órgano y nivel jurisdiccional, atendiendo siempre a la relación entre las características de los trámites judiciales a realizar por el órgano judicial y la intervención, especialmente de las partes y de otras personas que puedan intervenir en el proceso, como testigos, etc.

Se trata de criterios con los que, por una parte, se tendría que dar contenido a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, como hemos señalado, deben estar en la base de las medidas a adoptar en el proceso de adecuación a la situación de cooficialidad, respecto de los cuales es determinante la vigencia social real de la lengua vernácula. Y, por otra parte, se tendría que responder a la necesidad de dar prioridad a la garantía de los derechos lingüísticos en los ámbitos en los que se plantea un problema real como consecuencia de su ejercicio y que, en consecuencia, debe ser abordado. Criterios cuya aplicación es especialmente importante en una estructura tan peculiar como la del Poder Judicial, de necesaria —e ineludible— configuración unitaria, de importante capacitación técnica e integrada, en lo que se refiere al ámbito territorial de cada lengua vernácula —especialmente en el de algunas—, por un reducido número de plazas.

Pues bien, hay que decir que, a nuestro juicio, el CGPJ no ha hecho gran cosa en la dirección indicada y cuando ha hecho algo no lo ha hecho de forma acertada.

El marco dentro del que el CGPJ debe moverse, necesariamente, viene delimitado por la LOPJ que, en esto, ha seguido la pauta establecida por los Estatutos de Autonomía¹⁵, y ha establecido como instrumento exclusivo de intervención en este campo la valoración del conocimiento de la lengua vernácula oficial como “mérito preferente... en la provisión de plazas judiciales en el territorio de la Comunidad respectiva” [art. 110.2, letra h) LOPJ].

Ciertamente, esta regulación es limitativa de las medidas que, hipotéticamente, podrían haber estado a disposición del CGPJ en la planificación del proceso de adaptación de la estructura del Poder Judicial a las si-

tuaciones de cooficialidad lingüística, en la medida en que excluye la posibilidad de exigencia, pura y simple, del conocimiento de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate para la provisión de las plazas en las que se considere indispensable el conocimiento de aquella lengua. Pero no es menos cierto que, por una parte, puede tratarse, ciertamente, de una regulación que resulta más adecuada a las peculiares características del Poder Judicial, especialmente en relación con algunas situaciones de lenguas de una limitada vigencia social. Y, por otra, la calificación del mérito como *preferente* permite, ciertamente, extraer consecuencias suficientemente penetrantes como para garantizar la efectividad de la adaptación de la estructura del Poder Judicial a las exigencias derivadas de la cooficialidad.

El CGPJ, por Acuerdo de 23 de octubre de 1991, aprobó un Reglamento sobre la valoración como mérito preferente del conocimiento de la lengua vernácula oficial y del derecho civil foral en el que atribuía a aquél un incremento de tres años en la antigüedad. Este Reglamento fue anulado por STS de 29 de abril de 1995. Cuando, por Acuerdo de 7 de junio de 1995 el Consejo procede a aprobar el Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial, en el que se recogen las regulaciones que hasta entonces habían estado dispersas en diferentes Reglamentos, no incluye ninguna normativa que sustituya a la regulación anulada por el TS, por lo que quedan sin contenido lo que en este Reglamento aparecerá como artículos 108 a 114, referidos a la valoración como mérito preferente del conocimiento de la lengua vernácula oficial y del derecho foral propio.

En este sentido, resulta sorprendente la STS de 29 de abril de 1995, por la que se declara la nulidad del Título III del Reglamento de la Carrera Judicial, de 23 de octubre de 1991, aprobado por el CGPJ. Anulación que se realiza sobre la base de la inadmisibilidad, a juicio del Alto Tribunal, de que el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma, en cuanto “criterio extrajurídico” (sic) pueda tener, en la provisión de las plazas de la Carrera Judicial, más relieve entre los méritos a valorar que un “criterio jurídico” (sic) como es el conocimiento del derecho foral. Ciertamente, una posición como la indicada supone desconocer las consecuencias que se derivan de la declaración de oficialidad de las lenguas propias de la Comunidad Autónoma, de lo que el TS ha dado muestras reiteradas en su jurisprudencia a lo largo de estos años, en la que, continuamente, ha tenido que ir adaptando sus posiciones a remolque de la jurisprudencia del TC, además de obviar que el eje sobre el que gira, por lo demás, la promoción en la carrera judicial se fundamenta en algo tan “extrajurídico” —por utilizar la terminología del TS— como la antigüedad.

En primer lugar, hay que señalar que el CGPJ tiene capacidad para modular la importancia respectiva como mérito del conocimiento, respectivamente, de la lengua oficial propia y del derecho civil foral¹⁶, de acuerdo con las características de

¹⁵ ... en una muestra clara de extralimitación normativa, pues las pautas concretas de adaptación de las estructuras de los poderes públicos a la situación de cooficialidad, como hemos dicho, no forma parte de la regulación del régimen de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, sino que es parte integrante de la competencia de autoorganización de cada poder público respectivo, vid., sobre la cuestión de la extralimitación de los Estatutos de autonomía en este ámbito, I de Otto: “Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas”, *cit.*, págs. 193 ss.

¹⁶ .. allí donde exista, pues, como es sabido, no en todas las Comunidades Autónomas con lengua propia oficial existe derecho civil foral.

las diferentes plazas de cuya provisión se trate, pues la relevancia de uno y otro conocimiento no tiene por qué ser idéntico en las funciones a desempeñar en todas y cada una de ellas. En segundo lugar, en un contexto de cooficialidad lingüística es absolutamente inaceptable una diferenciación entre "criterios jurídicos" y "criterios extrajurídicos" como la realizada por el TS. La valoración del conocimiento de la lengua propia oficial como uno de los criterios para la provisión de determinadas plazas en la carrera judicial no tiene, por su naturaleza, limitación alguna en relación con el mérito del conocimiento del derecho civil foral. Es el CGPJ el que debe ponderar las necesidades de las diferentes plazas a la hora de determinar la valoración respectiva de cada uno de ellos. En tercer lugar, el TS realiza una delimitación del significado de la dicción "mérito preferente" ciertamente mezquina al concluir que debe entenderse en el sentido de que la valoración del mérito no puede ser determinante en la provisión de la plaza, realizando un análisis de las valoraciones previstas en aquél Reglamento sobre la aplicación a una sola promoción de donde concluye que la valoración otorgada resulta excesiva dado que, en esas condiciones, se convertiría en un mérito determinante de la provisión de la plaza.

No parece que el TS haya asumido las exigencias de la cooficialidad lingüística y su aplicación al ámbito del Poder Judicial, pues si, según establece la propia LOPJ, el conocimiento de la lengua propia oficial puede ser "mérito preferente" para la provisión de determinadas plazas, quiere decir que podrá tener preferencia sobre todos los demás méritos —sin excluirlos— a tener en cuenta, lo que incluye la posibilidad de ser determinante en la provisión de concretas plazas de la carrera judicial, sin que quepa imponer límites, por su propia naturaleza, que desvirtúen la regulación legal.

Sobre la base de la STS de 29 de abril, el CGPJ procedió a modificar el Reglamento, lo que finalmente fue aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 1998, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial. En esta nueva regulación, el conocimiento de la lengua propia oficial de la Comunidad Autónoma se computa como "antigüedad" en una escala que va de un año para la provisión de plazas de juez, dos años para la provisión de plazas de magistrado en órganos unipersonales y tres años para plazas de magistrado en órganos colegiados.

A nuestro juicio no se trata de una regulación afortunada. Y no lo es ya desde la propia reconducción del conocimiento de la lengua propia oficial a la antigüedad, lo que puede llegar a diluir totalmente la potencialidad de su caracterización como "mérito preferente" establecido en la LOPJ. En segundo lugar, con la aplicación del criterio en estos términos, la utilización del conocimiento de la lengua propia oficial como mérito se desconecta de las necesidades reales de adaptación de la estructura del Poder Judicial a la situación de cooficialidad lingüística, pues, por una parte, su aplicación no tiene conexión alguna

con la mayor o menor necesidad según las diferentes zonas y su situación sociolingüística, ni con las diferentes necesidades en este ámbito según las jurisdicciones y los grados dentro de cada una de ellas. Finalmente, si tiene alguna virtualidad es la de "promocionar" a quienes conozcan la lengua propia oficial, promoción desconectada de las necesidades reales de utilización de la lengua propia oficial en los órganos jurisdiccionales, con el efecto de concentrar a aquellos en los niveles superiores de la organización judicial en la Comunidad Autónoma, niveles en los que, precisamente, menos necesidades reales existen, probablemente, de utilización de la lengua propia oficial.

De esta forma, lo que ocurre es que no se resuelven los problemas reales existentes en relación con la utilización de las lenguas propias en el ámbito de actuación de los órganos jurisdiccionales, por lo que los problemas se irán enconando cada vez más, provocando un desprestigio del Poder Judicial, una pérdida de legitimación social, en la medida en que permite descalificar globalmente al Poder Judicial como refractario a las situaciones de cooficialidad, que irá en aumento y que provocará, finalmente, la necesidad de adopción de medidas en condiciones incomparablemente peores de las actuales. Y sobre todo, desmintiendo aquella afirmación del TC, convierte cada vez más el problema de la adaptación de la estructura del Poder Judicial a las situaciones de cooficialidad en un problema personal del juez, en lugar de en una responsabilidad del gobierno del Poder Judicial, que tiene que enfrentarse, en solitario, a la presión social y política, sin ningún instrumento adecuado a su alcance y en un contexto de (relativa) deslegitimación en este ámbito del Poder Judicial en su conjunto.

El CGPJ debe, en primer lugar, realizar un pormenorizado análisis de las necesidades reales que se derivan de la cooficialidad en las diferentes Comunidades Autónomas con lengua vernácula oficial, tanto en cada demarcación judicial, como en cada jurisdicción y, dentro de cada una de éstas en los diferentes grados de la misma. A partir de hay tiene que establecer los objetivos a cumplir, teniendo siempre presente la vigencia social real de la lengua vernácula y las peculiaridades del propio Poder Judicial, así como los efectos combinados que pueden lograrse entre la cobertura de determinadas plazas, de forma preferente por jueces o magistrados que conozcan la lengua vernácula oficial y el recurso, por aquellos otros que la desconozcan o no la conozcan suficientemente, a traductores e intérpretes. Pero lo que no se puede convertir el conocimiento de la lengua vernácula y su valoración como mérito es en una pura vía de promoción privilegiada en la carrera judicial, desconectada totalmente de las necesidades que, en relación con su uso, se producen en el ámbito de actuación de los órganos judiciales.

La salida del atolladero actual sólo es posible si se empieza a plantear el problema en términos reales y se empieza a dar soluciones a los problemas reales.

siquiera parciales y en un proceso temporal más o menos dilatado. Porque sólo sobre estas bases es posible que deje de plantearse esta cuestión en los términos puramente genéricos y absolutamente ideologizados en los que, al menos en algunas

Comunidades Autónomas se está planteando y que se está saldando no sólo con un alto coste personal y profesional de muchos jueces —sin tener responsabilidad— y en una erosión sin precedentes en la legitimidad social del Poder Judicial en su conjunto.

JORNADAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Fundación Antonio Carretero
Asociación Jueces para la Democracia



Instancias, apelaciones, casaciones, cuantías y materias y otras cuestiones innombrables

Ricardo RIVERO ORTEGA

En un trabajo anterior publicado en el número 29 de esta misma revista se analizaba quién y cómo asumía la labor de controlar al controlador en nuestro Derecho, lo que traducido en términos prácticos suponía indagar a quién le corresponde la función de revisar las decisiones de fiscalización de la actuación de la Administración, así como a través de qué técnicas se llevaba a cabo este control del control. Puede parecer que se pretende rizar el rizo con el planteamiento de esta cuestión, pero cuando se trata de analizar en detalle el funcionamiento real del sistema de división de poderes, en el que tanto nos jugamos todos los ciudadanos, no parece que el prurito de preguntar y el afán de descubrir estén nunca de más, pues no deja de ser la tarea del iuspublicista el preguntarse el quién, qué y cómo decide lo que pueda afectarnos, y en base a qué criterios se ordenan y resuelven estos tres interrogantes que, desde este punto de vista, resumen la esencia del régimen de las decisiones públicas.

Aquel estudio dio lugar a una valoración crítica de la regulación del recurso de casación en lo contencioso-administrativo fundamentada en lo que se consideraba la verdadera naturaleza de este recurso —por su origen y los fines que persigue— y en el incumplimiento de su razón de ser, al menos de la razón de ser de la casación tal y como suele ser aceptada por el pensamiento jurídico ortodoxo. Si este recurso se dirige a proteger la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación judicial de la Ley y la correcta aplicación de las garantías procesales, no parece de recibo que se limite el acceso al mismo en función de criterios materiales o económicos, o, al menos, no parece lo más adecuado que sólo se pueda acceder al mismo en base a criterios materiales o económicos —sin perjuicio de que la utilización de éstos pueda ser aceptable— proscribiendo el conocimiento por vía casacional de todos aquellos asuntos que no cumplieren los requisitos materiales o económicos exigidos por nuestro legislador.

Este nuevo análisis no se dirige únicamente a reiterar la defensa de unos postulados pretendidamente convincentes, sino que intenta extenderlos más allá del objeto antes estudiado en la valoración, no sólo de la regulación de la casación, sino en general del complicado problema de las instancias y los recursos en lo contencioso administrativo, tomando además como perfecto motivo de la oportunidad del trabajo la aprobación de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, que en este punto concreto contiene importantes innovaciones con respecto al sistema anterior, el de la Ley de 1956 con la refor-

ma de 1992, determinadas sobre todo por la introducción de una primera instancia representada por los Juzgados de lo contencioso-administrativo, en cuyo diseño e instauración se juega mucho este orden jurisdiccional.

Con el ya hace tiempo esperado y parece ser que ahora definitivo establecimiento de los Juzgados de lo contencioso-administrativo tendremos por fin en lo contencioso una auténtica primera instancia, tal y como estaba ya prevista hace trece años en la Ley Orgánica del Poder Judicial y tres años después en la Ley de Demarcación y Planta. Una primera instancia que permitía concebir esperanzas sobre el perfeccionamiento del sistema de recursos en este orden jurisdiccional, que para merecer el nombre de tal con mayor razón debería presentarse más articulado y sistemático en el dictado y control de sus propias resoluciones. Los Juzgados de lo contencioso no son la panacea a los males que asolan a esta Jurisdicción, pero su necesidad, debates aparte sobre su composición y funciones, parece clara si partimos del convencimiento de que el esquema organizativo de control jurisdiccional de las Administraciones públicas debe responder a la complejidad y a la articulación territorial del diseño organizativo y competencial de estas mismas Administraciones. Si esto es así, si el órgano de control debe seguir, como la sombra al cuerpo, al órgano que adopta la decisión controlable, no sólo debe incrementarse el número de los órganos controladores como consecuencia del considerable crecimiento de los órganos susceptibles de control y de sus decisiones fiscalizables, sino que además debe articularse este incremento de tal forma que el control sea lo más adecuado posible, es decir, técnicamente correcto, rápido, respetable y legítimo.

Los órganos de control deben legitimarse al menos tanto como los órganos cuyas decisiones controlan —he aquí un principio capital del Derecho público de la división de poderes— lo que significa que no es admisible un control *per se* adecuado e incontestable. Como la legitimación de los órganos jurisdiccionales no es una legitimación democrática de origen tan inmediata como la de algunos de los órganos decisorios cuya actuación fiscalizan, deben extremarse las cautelas que les garanticen una cierta legitimación de ejercicio, una admisibilidad de sus decisiones que se fundamente en la calidad y aceptabilidad de sus resoluciones que parte de su propio poder de convencimiento, que como es natural no es idéntico en el caso de todos los órganos jurisdiccionales, pues está en función de su autoridad —*auctoritas*— proveniente de su propia composición, el procedi-

miento utilizado y los argumentos empleados para decidir en un determinado sentido.

Esta es la razón de ser del sistema de recursos en cualquier orden jurisdiccional: buscar una segunda o tercera opinión que nos pueda convencer mejor de que nuestro interés no prevalece, de que los argumentos de defensa de nuestro derecho no son los triunfantes. No es igual una Sentencia en primera o en segunda o en tercera instancia, y si buscamos agotar recursos es, salvo causas espurias, porque no compartimos las razones que nos ofrece el órgano que resuelve el conflicto que nos afecta. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además, lo que está en juego es el control de las decisiones del poder ejecutivo, muchas veces en sus relaciones con los sujetos privados, y si del resultado de este control depende en buena medida la aceptabilidad de las resoluciones públicas, de cómo se articule el sistema de recursos también dependerá el que el control sea o no aceptable. El ciudadano que se aproxime a la Jurisdicción contenciosa tiene que observar necesariamente que las razones que se esgrimen en sus Sentencias son de tanta o mayor calidad que las utilizadas por la Administración, pues de lo contrario no comprenderá la protección que le ofrece este orden de Tribunales.

Tal vez una planteamiento tan abstracto como este pueda parecer desacorde con el estado real de la Jurisdicción contencioso-administrativa, bastante problemático de por sí desde un punto de vista cuantitativo como para introducir elementos de juicio cualitativos, pero volviendo de nuevo al sentido del control ejercido, no podemos dejar de pensar que éste sólo es posible siendo legítimo, y sólo es admisible siendo revisable. Claro está, que las circunstancias en las que se desenvuelve el papel de la Jurisdicción necesariamente deben afectar a su tratamiento normativo, lo que quiere decir que no se puede pedir a los órganos jurisdiccionales que den más de sí de lo que el tiempo y sus recursos materiales e intelectuales permiten. Sí se puede, sin embargo, pedirle al legislador que articule más coherentemente los órganos, la competencias y los procedimientos en este orden jurisdiccional, para que la situación bastante grave del considerable retraso en la resolución de los pleitos no venga acompañada de la circunstancia igualmente condenable del tratamiento desigual de los recurrentes, en función de sus intereses económicos y de sus aspiraciones materiales.

El planteamiento del sistema de recursos en lo contencioso-administrativo utiliza en la Ley de 1956 el criterio de las cuantías y las materias para definir las Sentencias apelables ante el Tribunal Supremo. Remontándonos más atrás en los textos reguladores de lo contencioso descubrimos este criterio ya en el Reglamento sobre el modo de proceder los Consejos Provinciales de 1845, que distingue el recurso de nulidad, por motivos en algún caso coincidentes con los casacionales (cuando la Sentencia firme contrariara en su tenor el texto expreso de las Leyes, o en caso de graves infracciones procedimentales), del recurso de apelación, indicando que

sólo serían apelables las Sentencias en las que el interés del litigio o el valor de la demanda, pudiendo sujetarse a una apreciación material, llegara a 2.000 reales. La Ley de medidas urgentes de reforma procesal de 1992 reafirmará la aplicación de criterios económicos y materiales en la admisión del recurso de casación, siguiendo criterios no muy distintos a los hasta ese momento empleados para el conocimiento de las apelaciones. Con este tratamiento lo cierto es que en este orden jurisdiccional las diferencias entre la apelación y la casación se han difuminado, probablemente porque, como ya hemos dicho en otro lugar, se ha confundido una especialidad procedimental con lo que debe ser ante todo una especialidad orgánica. La efectividad de la casación depende de la existencia de un órgano que se encuentre en condiciones de sentar una jurisprudencia uniforme y respetable, y no parece que el aluvión de trabajo al que tiene que dar respuesta un órgano de composición tan numerosa como la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo simplifique esta labor.

Esta afirmación nos lleva a resaltar el nexo indisoluble que existe entre la articulación de la planta, el sistema de recursos y el funcionamiento de un orden jurisdiccional como tal, precisamente el punto al que queremos llegar con el análisis de estas cuestiones en el nuevo texto de la Ley 29/1998. La introducción de los Juzgados de lo contencioso debería alterar considerablemente tanto la planta como los recursos posibles, pero la regulación concreta elegida en la determinación de las competencias de los distintos órganos jurisdiccionales utiliza criterios tan semejantes a los de la regulación precedente que uno llega a pensar que, o bien se cambia todo para que nada cambie, o se cambia poco para que todo vaya a peor. Una impresión pesimista que se deriva de los criterios empleados para regular el sistema de recursos entre los distintos órganos jurisdiccionales. El recurso de apelación de las Sentencias de los Juzgados de lo contencioso ante los Tribunales Superiores de Justicia se limita en función de cuantías (3 millones de pesetas) y de materias; en la regulación del recurso de casación ordinario se eleva la cuantía de los asuntos recurribles de 6 a 25 millones de pesetas, y en el recurso de casación para la unificación de la doctrina se pasa del límite del millón al de 3 millones de pesetas.

Recurrir continuamente a la cifra de lo que esta en juego para determinar cuando se adopta la decisión firme que resuelve un conflicto es desde este punto de vista una práctica que encaja mal en nuestro marco constitucional, en el que el derecho a la tutela judicial efectiva se debería reconocer a todos los recurrentes por igual, y si es cierto que se ha reiterado que este derecho no confiere el de la segunda instancia, igualmente cierto parece que la segunda instancia, o la casación, garantizan una mayor calidad en la tutela judicial, que debe otorgarse a todos los recurrentes por igual. En el tenor del 24 CE no cabe una tutela judicial de primera y otra de segunda categoría, y si las posibilidades de respuesta de los Tribunales impiden generalizar la

vía de recurso, la distinción entre quién puede y quién no puede recurrir una resolución judicial debe hacerse en base a criterios justificables, no sólo desde un punto de vista objetivo, sino también de coherencia constitucional.

El criterio de la cuantía es un criterio objetivamente incontestable, defendible no sólo enarbolando estadísticas, sino en un contexto como el actual en el que el interés es la clave del movimiento económico y de buena parte de la sociedad. Por ello puede ser aceptable que donde se ventilan grandes cantidades la sociedad y sobre todo los recurrentes necesiten una mayor calidad de las decisiones judiciales. No parece tan aceptable, en cambio, que este criterio prime sobre cualquier otro, como sucede en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la hora de articular el sistema de recursos. Ofrecer la posibilidad de una segunda opinión, de una segunda defensa, de una segunda oportunidad a quien más aspiración económica demuestra en su reclamación puede ser un tributo a un sistema social que se mueve sobre todo por el interés crematístico, puede ser también interpretado como un residuo del liberalismo decimonónico en el que la propiedad era la base de la legitimación en el proceso de toma de las decisiones públicas, puede ser incluso respetado por ser una decisión democrática de quien está en condiciones de adoptarla. Pero que esta decisión, que este criterio, excluya cualquier otro, que la admisión de los recursos en los asuntos por encima de determinada cuantía suponga al mismo tiempo la proscripción del recurso en los asuntos de menor cuantía, que en todo caso los que pleitean por más tengan preferencia sobre los que pleitean por menos, esto, siendo así, no parece sostenerse en el esquema de un Estado que se dice Social y Democrático de Derecho.

Se dirá que, más allá de lo contencioso administrativo, en algún otro orden jurisdiccional encontramos también manifestaciones de este criterio, que parece especialmente caro a los constructores de nuestro sistema procesal. Lo civil señaladamente nos muestra algún paralelismo con lo contencioso en el empleo de las cuantías. Pero este orden jurisdiccional no comparte con lo contencioso una idéntica finalidad —se ha dicho que el control jurisdiccional de las Administraciones públicas es una pieza capital del Estado de Derecho— ni comparte afortunadamente la situación de colapso que la tardanza en acometer reformas ha ocasionado en el control jurisdiccional de las Administraciones públicas. Tampoco comparte la solución a la que se ha llegado en lo contencioso en la definitiva articulación del sistema de recursos, una reducción al absurdo de la entronización de los criterios de las cuantías y las materias a la hora de encomendar competencias a los distintos órganos jurisdiccionales.

La Ley 29/1998 ha llegado al extremo, en un intento desesperado por descargar al colapsado Tribunal Supremo, no sólo de incrementar hasta cifras astronómicas la cuantía casacional, sino de romper la esencia misma del orden jurisdiccional que acaba de recrear. Se desnaturaliza el concepto de orden

jurisdiccional mediante una regulación de los recursos que imposibilita prácticamente la comunicabilidad entre los órganos superiores y los inferiores de la planta jurisdiccional. El juego de la regulación de los recursos de apelación y, sobre todo, el nuevo diseño del recurso de casación, no permiten que un asunto del que conozca un Juzgado de lo contencioso pueda llegar, con las dificultades que se quiera, hasta la cúspide del sistema de Tribunales que componen el orden contencioso-administrativo. Y en estas condiciones no puede hablarse de la existencia de un verdadero orden jurisdiccional.

Claro que puede que esta impresión parta de la peregrina idea de que un orden jurisdiccional es algo así como un camino que uno puede transitar buscando llegar a la montaña-justicia en la defensa de sus intereses, un camino bien marcado que tiene un principio y un final. Una senda que se estrecha, por supuesto, según nos vamos acercando a la cima de la montaña, y en la que nos encontramos obstáculos, piedras, que nos impiden a veces coronar. Estas piedras son los requisitos que nos exige el legislador para permitirnos continuar en nuestro intento, y que sólo salvaremos si reunimos las condiciones adecuadas. Al final sólo un mínimo porcentaje de los que se acercaron a la falda de la montaña encontrarán reposo en su cumbre, aunque otros muchos descansarán por el camino, satisfechos de lo alcanzado, y otros sufrirán los rigores de la marcha y claudicarán.

En esta visión mental no encaja el panorama del actual sistema contencioso-administrativo, que se convierte por obra de los repartos de competencias en un camino no sólo intransitable sino interrumpido, una senda partida en la que, de repente, sin esperarlo, nos encontramos con un precipicio que nos impide llegar hasta esa cumbre que promete que nuestra aspiración puede ser satisfecha. Aquellos que por mandato legislativo tengan que iniciar el ascenso desde abajo nunca podrán llegar arriba, mientras que los que parten del otro lado del abismo puede que lleguen si van suficientemente equipados. Los pequeños, los humildes, tienen cerrado el acceso a la cumbre, porque hay ya demasiada gente esperando por poder contemplar las vistas desde arriba (decenas de miles) y algún criterio debe establecerse para decidir quién puede y quién no puede respirar el poco aire que se presume más puro.

Habría que estudiar si en el Derecho comparado de los ordenamientos en los que debemos mirarnos, por tener algo que ofrecernos, es concebible una situación igual. Si en otro orden jurisdiccional se ha producido en algún momento una regulación semejante. Analizar en detalle lo que sea un orden y lo que sea la planta, y la diferencia entre el orden y el desorden jurisdiccional. Reflexionar si un principio no de jerarquía, pero sí de coordinación y, desde luego, de comunicación, o comunicabilidad de las decisiones y control de las mismas, está en la base de todos los sistemas, de todas las organizaciones, y su falta de funcionamiento suele ser una de las causas del derrumbe de las mismas.

Quizás convenga aquí traer a colación la polémica sobre el control de la discrecionalidad de la Administración, que entre otras cosas plantea el debate sobre el órgano y el procedimiento más indicado para tomar una decisión: el órgano y el procedimiento administrativo frente al órgano y el procedimiento jurisdiccional. Presumimos la calidad de la resolución judicial en base a la independencia y la objetividad del órgano, y de los criterios y del procedimiento que se sigue para adoptarla. Pero no es ésta una presunción absoluta. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos afecta a todos ellos, y no es sólo un parámetro de control, sino sobre todo un mandamiento de calidad y aceptabilidad en la

adopción de las decisiones del poder público. Si admitimos la generalidad de este principio lo podemos aplicar a cada uno de los tres clásicos poderes: no parece aceptable un tratamiento radicalmente desigual de los recurrentes en función de los intereses económicos en conflicto (arbitrariedad del legislador); no parece aceptable una resolución administrativa que prescindiera total y absolutamente de especificar las razones que motivan su adopción (arbitrariedad de la Administración); tampoco parece aceptable una decisión judicial que, ofreciendo insuficientes razones, no pueda ser revisada, por resolver un conflicto entre la Administración y un ciudadano en el que sólo se ventilan 3. 6 o 25 millones de pesetas.

Principios de derecho y discrecionalidad judicial

Riccardo GUASTINI

En las páginas que siguen me propongo examinar de forma sumaria los puntos de intersección entre principios de derecho y discrecionalidad judicial.

A mi modo de ver, tales puntos de intersección son al menos siete:

(a) la identificación de los (de algunos) principios: aquéllos que no son expresamente precalificados como tales por la misma autoridad normativa que los ha formulado;

(b) la interpretación de las disposiciones que se supone expresan principios;

(c) la “concretización” de los principios, es decir, su aplicación a casos concretos;

(d) la construcción de los (de algunos) principios: los no expresos;

(e) la ponderación de los principios, especialmente de los principios constitucionales;

(f) la interpretación (no de los principios mismos, sino) de las disposiciones normativas que giran en torno a ellos; y, finalmente

(g) la elaboración, por parte de la jurisprudencia constitucional, de la categoría de los principios supremos absolutamente inmodificables, así como la identificación de los principios supremos mismos.

1. LA IDENTIFICACION DE LOS PRINCIPIOS

Algunos principios se encuentran no sólo expresamente formulados, sino también expresamente identificados como tales por las mismas autoridades normativas¹.

Es el caso, por proponer un ejemplo, de los artículos 1-12 de la Constitución italiana (CI), que el propio constituyente quiso calificar como “Principios fundamentales”; es el caso de la ley 382/1978, “Normas de principio sobre la disciplina militar”, como también de la ley 335/1979, “Principios fundamentales y normas de coordinación en materia de presupuesto y de contabilidad de las Regiones”; y, asimismo, el del artículo 1 de la ley 833/1978 (“Instituciones del servicio sanitario nacional”), que contiene la rúbrica “Los principios”, o el del artículo 22 de la ley 93/1983 (“Ley-cuadro sobre el empleo público”), que incluye la rúbrica “Principios en tema de responsabilidad, procedimientos, y sanciones disciplinarias”; etc.

Otros principios, en cambio, son tales en virtud de una expresa calificación de la autoridad normativa, sino de una valoración del intérprete². En el

sentido de que los intérpretes —y, en particular, los jueces— identifican como principios ciertas disposiciones normativas, precisamente en el momento de la interpretación, en ausencia de cualquier estatución expresa del legislador en tal sentido³.

Un solo ejemplo entre mil: una decisión reciente de la Corte constitucional italiana⁴ atribuye el *status* de “principio fundamental”, vinculante para la legislación regional (a los efectos del art. 117, I CI), al artículo 3 bis del decreto-ley 361/1987 (introducido mediante la ley de conversión 441/1987), que dispone lo siguiente: la Junta regional aprueba los proyectos de nuevas plantas de tratamiento y almacenamiento de residuos conforme al resultado de una conferencia *ad hoc*, en la que participan los responsables de los organismos regionales competentes y los representantes de los entes locales afectados; la conferencia recaba y valora todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; si fuera necesario, la aprobación del proyecto constituye una variante del instrumento urbanístico general. La disposición mencionada —hay que decirlo— no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio que circulan en la literatura.

La operación consistente en atribuir valor de principio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionalidad, por el hecho —ciertamente obvio— de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas específicas) están altamente controvertidos en la literatura.

Estaría fuera de lugar dar cuenta exhaustiva de las diversas doctrinas⁵, por ello me limitaré a dos ejemplos:

(a) Algunos pretenden que el rasgo que caracteriza a los principios frente a las reglas radica en su peculiar estructura lógica. Las reglas serían normas hipotéticas, que conectan precisas consecuencias jurídicas a no menos precisas (clases de) supuestos de hecho; en cambio, los principios serían normas incondicionadas, es decir, carentes de supuesto de hecho, o, en cualquier caso, con supuesto de hecho abierto, de manera que su campo de aplicación quedaría totalmente indeterminado⁶.

³ Por lo demás, no está excluido que los intérpretes realicen también la operación opuesta: o sea, que nieguen el *status* de principio a una disposición que el legislador ha calificado expresamente como tal.

⁴ Corte constitucional 79/1996.

⁵ Cfr. también R. Guastini, “Principi di diritto”, cit.

⁶ Cfr., por ejemplo, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las prezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.

¹ V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milán 1970.

² Cfr. R. Guastini, “Principi di diritto”, en *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Turin, 1996.

(b) Otros pretenden que lo que distingue a los principios no es su contenido normativo sino, sobre todo, la posición peculiar que ocupan en el ordenamiento jurídico (o en uno de sus subsectores). Los principios serían normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica al ordenamiento (o a uno de sus subsectores) y ofrecen justificación a las restantes normas (del ordenamiento en su conjunto o de ese particular subsector)⁷.

Ahora bien, es bastante probable que quienes se adhieren a la primera doctrina atribuyan el *status* de principios a disposiciones diversas de las que serán identificadas como principios por los partidarios de la segunda.

Además, para los partidarios de la primera doctrina, la identificación de un principio es necesariamente fruto de la discrecionalidad interpretativa (como veremos, al interpretar una misma disposición puede entenderse, alternativamente, que expresa una regla jurídica o bien un principio). Para los partidarios de la segunda, la identificación de un principio exige un juicio de valor acerca de la importancia relativa de las diversas disposiciones que componen el ordenamiento. En ambos casos, la identificación de un principio en cuanto tal (me refiero siempre a disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa) comporta discrecionalidad.

Para concluir sobre este punto, conviene observar que la identificación de los principios no es —como algunos podrían verse inducidos a pensar— un problema exquisitamente teórico— general o filosófico— jurídico, carente de consecuencias prácticas. Al contrario, la identificación de los principios (como, por otra parte, resulta de cuanto he dicho antes a propósito de una decisión constitucional) es un problema de derecho positivo.

Renuncio al intento de realizar un examen completo de las normas vigentes que hacen referencia a principios, y que, por consiguiente, exigen la identificación de los principios para su aplicación. Sólo recordaré que el artículo 117, I CI —que autoriza a las Regiones (con estatuto ordinario) a emanar “normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos en las leyes del Estado”— impone la distinción entre “normas” y “principios fundamentales”⁸. De otra parte, el artículo 3 de la ley constitucional 3/1948, Estatuto especial para Cerdeña, el artículo 2 de la ley constitucional 4/1948, Estatuto especial para el Valle de Aosta, así como el artículo 4 del D. P. R. 670/1972, Texto único de las leyes constitucionales concernientes al Estatuto especial para el Trentino—Alto Adige, exigen que las correspondientes leyes regionales sean conformes a los “principios del ordenamiento jurídico del Estado”. De “principios e intere-

ses generales que informan la legislación del Estado”, como límites a la legislación regional, habla también el artículo 17 del Regio decreto legislativo 455/1945, convertido en ley constitucional 2/1948, Estatuto de la Región siciliana.

2. INTERPRETACION DE LAS DISPOSICIONES QUE EXPRESAN PRINCIPIOS

En una diversa perspectiva, la identificación de los principios comporta discrecionalidad también por el hecho de que una misma disposición normativa puede —a menudo, aunque no siempre— ser interpretada, de modo que resulta indiferente, como una regla específica o como un principio. El punto puede ser ilustrado con un simple ejemplo.

El artículo 3, I CI —“Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”— admite dos interpretaciones.

(a) En la primera interpretación⁹, expresa una regla específica. *Grosso modo* la siguiente: si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etc. (supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica).

Por un lado, una regla semejante no admite excepciones: está excluido que una ley, que discrimine según el sexo, la raza, etc., pueda ser conforme a constitución.

Por otra parte, una regla semejante tiene un supuesto de hecho cerrado: está excluido que (a los efectos de esta norma) una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima cuando discrimine por razones diversas del sexo, la raza, etc.

(b) En la segunda interpretación (la hecha propia por la Corte constitucional a partir de los años sesenta¹⁰), la misma disposición expresa un genérico principio de igualdad, que quizá pudiera formularse así: los casos iguales deben ser tratados de un modo igual, y los casos diversos deben ser tratados de un modo diverso.

Por un lado, este principio admite excepciones: en efecto, no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aunque discrimine entre ciudadanos, por ejemplo, según el sexo (el legislador debe tratar de modo diverso situaciones objetivamente diversas).

Por otro, este principio tiene un supuesto de hecho abierto: en efecto, no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima porque discrimine según criterios diversos del sexo, la raza, etc., (el legislador debe tratar de un modo igual situaciones objetivamente iguales).

Obsérvese que no sólo es obviamente discrecional la opción entre la primera y la segunda interpretación, sino —además— la elección de la segunda tiene el efecto de conferir ulterior poder discrecional al órgano de la aplicación (en este caso, el juez constitucional).

⁷ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, 1990.

⁸ La misma distinción del artículo 117, I de la Constitución está reiterada por el artículo 9, I de la ley 62/1953, según la modificación del citado artículo 17 de la ley 281/1970, que dispone que “la emanación de normas legislativas por las regiones [...] se desarrolla dentro de los límites de los principios fundamentales conforme resultan de las leyes que expresamente los establecen para cada materia o como se desprenden de las leyes vigentes”.

⁹ Cfr., por ejemplo, Corte const. 28/1957.

¹⁰ Cfr., por ejemplo, Corte const. 15/1960.

3. CONCRETIZACION DE LOS PRINCIPIOS

El artículo 12,II, disposición preliminar del Código civil, establece: "Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se tomarán en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso continúa siendo dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado".

Las controversias que no pueden ser decididas con una "precisa disposición", es decir, con una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Así pues, la disposición mencionada invoca los principios como instrumentos de integración del derecho en presencia de lagunas (por ejemplo, el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber experimentado inútilmente el argumento analógico).

Sin embargo, los principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, "concretización".

Pongamos un ejemplo para aclarar la cuestión. Supongamos convenir que, a pesar de las apariencias, el llamado "daño biológico" no constituye un daño no-patrimonial a los efectos del artículo 2059 del Código civil, y que por tanto el Código civil no prevé disciplina alguna sobre la resarcibilidad del daño biológico. De ello puede concluirse que el Código civil presenta una laguna. ¿Cómo colmarla? Cabe entender que la laguna deba ser colmada recurriendo al principio de tutela de la salud (art. 32 CI)¹¹.

Pero es evidente que tal principio no es por sí suficiente para resolver alguna controversia en la materia, puesto que no dice nada acerca de la resarcibilidad del daño biológico. Se puede usar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico, sólo a condición de recabar de él una norma particular (implícita), idónea, ésta sí, para colmar la laguna y regular el supuesto que se pretende disciplinar.

La construcción de esta norma específica constituye, precisamente, la "concretización" del principio. Pero, de otra parte, no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad.

4. LA CONSTRUCCION DE LOS PRINCIPIOS NO EXPRESOS

Son principios expresos los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa, de la que puedan recabarse (como cualquier otra norma) mediante interpretación.

Por ejemplo —partiendo de que la cuestión de si una determinada disposición expresa un principio o una regla es a veces opinable— pueden considerarse principios expresos del ordenamiento italiano: el de igualdad (art. 3,I CI); el de irretroactividad de la

ley penal (art. 25,II CI); el principio de *neminem laedere* (art. 2043 del Código civil); el llamado de interpretación estricta de la ley penal (art. 1 del Código penal y artículo 14 disposición preliminar del Código civil); el de legalidad en la jurisdicción (art. 101,II CI); y otros que cabría citar.

Por el contrario, son principios no expresos los que carecen de disposición¹², es decir, los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o "construidos" por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio no expreso, no se convierten en legisladores, sino que asumen que tal principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes¹³.

Por ejemplo, son principios no expresos del ordenamiento italiano: el de tutela de la confianza, el principio dispositivo en el proceso civil, el de conservación de los documentos normativos, el de la separación de poderes, (quizá) el principio de legalidad en la administración, los llamados principios del orden público, el conocido como principio del *favor* en derecho laboral, etc.

Los principios no expresos son fruto no de interpretación (es decir de adscripción de sentido a específicos textos normativos), sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. Los operadores jurídicos los obtienen a veces de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Se obtiene un principio de una norma singular cada vez que se formula la hipótesis de una *ratio*, es decir, un fin, como perseguido por la norma, o de un valor que la justifica. Pero son principios elaborados a partir de una norma singular también, por ejemplo, el principio conocido como de razonabilidad o no arbitrariedad de la legislación (que la Corte constitucional encuentra en el art. 3,I CI), el principio de libertad de las formas negociales (que la doctrina prevalente extrae del art. 1325 del Código civil), etc.

Como extraídos de una multiplicidad de normas, pueden citarse, por ejemplo, el principio de tutela de la confianza y el principio dispositivo en el proceso civil. El primero se obtiene de las disposiciones sobre el error como causa de anulación del contrato (art. 1428 del Código civil), de las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto de terceros y a los acreedores (arts. 1415 y 1416 del Código civil), de las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación del poder (art. 1396 del Código civil), etc. El segundo, se extrae de los artículos 2907,I y 2697 del Código civil, de los artículos 99 y siguientes del Código procesal civil, de la disciplina de la transacción (arts. 1965 y ss. del Código civil), etc.

Para algunos, son principios implícitos en el ordenamiento jurídico en su conjunto, por ejemplo, la llamada "norma general exclusiva" (o principio de libertad: todo lo que no está expresamente prohibi-

¹¹ Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, en *Giurisprudenza italiana*, 1975, I,2,54.

¹² V. Crisafulli, "Disposizione (e norma)", en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milán, 1964, pág. 197.

¹³ Cfr. R. Guastini, "Principi di diritto", cit.

do está permitido), el principio de certeza del derecho, el principio de conservación de los documentos normativos.

Ahora bien, es posible sostener, como hipótesis, que en nuestra cultura jurídica se hace uso de, al menos, tres diversas técnicas de construcción de principios.

(a) Una primera técnica de construcción consiste en la "inducción" de normas generales —mediante abstracción, generalización, o universalización, según se quiera denominar— a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional¹⁴

Pongamos que la norma particular, N, que se toma como punto de partida, conecta la consecuencia jurídica, Z, a un supuesto de hecho complejo, F, que se realiza cuando se presentan conjuntamente las circunstancias A, B, y C. La estructura de la norma N será por tanto: "Si A y B y C, entonces Z". Ahora bien, la construcción del principio consiste en esto: en primer lugar, se distinguen dentro de los elementos (A, B, y C) que caracterizan al supuesto de hecho F, los componentes esenciales de los accidentales¹⁵; en segundo lugar, se construye un supuesto de hecho F1 que no comprende los componentes accidentales (y que por esto mismo es más general que F); en tercer lugar, se formula el principio que conecta la misma consecuencia jurídica Z al supuesto de hecho F1. El paso clave de esta operación es, naturalmente, el primero: la distinción —completamente discrecional— entre los componentes accidentales, de los que se hará abstracción, y los componentes esenciales, que entrarán, en cambio, a componer el supuesto de hecho del principio. El principio, obtenido por universalización, tendrá un contenido diverso según que, al construirlo, se haga abstracción sólo del componente A ("Si B y C, entonces Z"), o bien sólo de B ("Si A y C, entonces Z"), o sólo de C ("Si A y B, entonces Z"), o de A y B ("Si C, entonces Z"), o de A y C ("Si B, entonces Z"), o, en fin, de B y C ("Si A, entonces Z").

(b) Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones —a los fines, las intenciones, los valores— del legislador.

¹⁴ Es el mismo procedimiento intelectual mediante el cual, en particular en la cultura jurídica del *common law*, de una decisión individual y concreta se recaba una norma general y abstracta (la *ratio decidendi*). Por ejemplo, de la decisión que condena a un cervecero escocés a indemnizar a un cliente que ha encontrado en la cerveza restos de un caracol descompuesto, es posible remontarse indistintamente: a la norma conforme a la cual los productores escoceses de cerveza en botellas opacas tienen la obligación de operar con la diligencia necesaria para evitar que los caracoles muertos puedan acabar en el producto; a la norma que impone a los productores de cualesquiera alimentos y bebidas la obligación de usar la diligencia necesaria para evitar que cualquier sustancia nociva pueda acabar en el producto; etc. Es claro que la primera norma no tendría aplicación en el caso de que el cervecero implicado fuese galés; la segunda no sería aplicable al supuesto de que la cerveza hubiera sido contaminada con restos de lagarto; y así sucesivamente. El ejemplo está tomado de W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, Londres, 2ª ed 1982.

¹⁵ Esto, a su vez, supone la previa identificación de la *ratio* de la norma: considerar esencial un componente del supuesto de hecho, por ejemplo, el componente A, no es cosa diversa de suponer que A sea la razón (o una de las razones) que han inducido al legislador a conectar al supuesto de hecho en cuestión precisamente la consecuencia Z y no otra. Cfr. N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Turín, 1938, G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Turín, 1970

Es lo que se hace cada vez que se obtiene la *ratio* de una norma (o de un complejo de normas)¹⁶.

Tales conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales. Es raro que una norma responda a un fin unívoco y bien definido. Todo resultado que una norma (si observada y/o aplicada) puede producir es susceptible de ser asumido como razón de ser de tal norma. Si una cierta norma es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R1 y R2, se puede sostener tanto que la *ratio* de la norma es la realización de R1 como que es la realización de R2¹⁷.

(c) Una tercera técnica de construcción consiste: por un lado, en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio (previamente reconocido como tal); y, por otro lado, en elevar después la norma implícita así construida al rango de principio¹⁸.

En fin, debe tenerse en cuenta, ante todo, que no todas las normas que son condiciones necesarias de actuación de un principio pueden considerarse válidas por esto sólo; y, además, que las normas en cuestión, aun cuando sean válidas, no necesariamente constituyen principios.

5. LA PONDERACION DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios —al igual que acontece con las normas— entren en conflicto. Más aun, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con P1. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de P2 llevaría a resultados diversos de la aplicación de P1.

¹⁶ La distinción entre esta técnica de construcción y la precedente no es neta, desde el momento en que ambas exigen una conjetura en torno a la *ratio* de una o más normas.

¹⁷ Por ejemplo, la norma (constitucional) que requiere el refrendo ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (art. 89,1, de la Constitución italiana) puede ser reconducida indiferentemente al menos a dos fines distintos: poner al Jefe del Estado a salvo de toda responsabilidad política, o bien garantizar un control gubernamental sobre los actos del presidente. La norma (o, si se quiere, el principio) que establece la obligatoriedad de la acción penal (art. 109 CI) puede ser justificado con el (más general) principio de igualdad frente a la ley (art. 3,1 CI), con el fin de perseguir todos los delitos, al margen de cualquier consideración de utilidad; o con el fin de garantizar la neutralidad política del ministerio público. El artículo 11,1, disposición preliminar del Código Civil (que expresa a su vez un principio, el de irretroactividad de la ley en general) puede ser reconducido a cualquiera de tres fines diferentes: garantizar la estabilidad de las relaciones agotadas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos, garantizar a cada uno la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Una norma que establece un impuesto sobre la renta puede ser entendida como dirigida indiferentemente a aumentar los ingresos del Estado, o a desincentivar las actividades productivas de renta. Y, así, otros muchos ejemplos que cabría traer a colación.

¹⁸ Un ejemplo se encuentra en la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad de las partes en el proceso: la *par conditio* de las partes, considerada como un principio sin el cual no tendría plena actuación el derecho de defensa, del artículo 24,2 CI. Cfr. A. Pizzorusso, "Le principe d'égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne", en *Études et documents du Conseil d'Etat*, n° 48, pág. 459.

Ahora bien, los conflictos entre principios —ejemplo paradigmático: los conflictos entre principios constitucionales (sobre los que se centra lo que sigue)— presentan generalmente (no siempre y, por tanto, no necesariamente) tres características, que merecen ser reseñadas.

(a) En primer lugar, los conflictos entre principios —en particular, entre principios constitucionales— son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes.

(b) En segundo lugar, los conflictos entre principios son, por lo general, antinomias “en concreto”. Este punto requiere alguna explicación.

Se da una antinomia “en abstracto” (o necesaria) cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos, es decir a clases de supuestos de hecho (concretos), que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente. De suerte que la antinomia puede ser identificada ya en el plano de la interpretación textual, “en abstracto”, es decir, sin que sea necesario representarse un supuesto de hecho concreto. Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto y una segunda norma permite el aborto terapéutico, la antinomia puede ser reconocida “en abstracto”, con independencia de cualquier supuesto concreto, desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

Por el contrario, se da una antinomia “en concreto” (o contingente) cuando —en el momento de la aplicación— dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho diversos y no relacionados conceptualmente para los que el derecho prevé consecuencias jurídicas incompatibles. De este modo, la antinomia puede ser identificada sólo en sede de aplicación de las normas al caso concreto (al que, precisamente, se dé la circunstancia de que ambas sean aplicables). Imaginemos que una primera norma disponga: “Los ciudadanos deben pagar los impuestos”, y una segunda norma disponga: “Los parados no deben pagar ningún impuesto”. Los supuestos de hecho abstractos a que las dos normas se refieren —respectivamente, “ciudadanos” y “parados”— carecen de relación desde el punto de vista conceptual, pues que existan o no de hecho ciudadanos en paro es algo contingente. Por tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: ninguna antinomia se presenta hasta el momento en que se trata de decidir si la obligación tributaria grava —supongamos— a ciudadanos empleados o a extranjeros y apátridas desempleados. Pero, cada vez que esté en discusión la obligación tributaria de un ciudadano desempleado, comparece una antinomia. Esto sucede por la simple razón de que, aun siendo diversos los dos supuestos de hecho abstractos, existen supuestos de hecho concretos que entran dentro del campo de aplicación de ambas normas: los ciuda-

danos en paro pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos, como a la de los desempleados. En cambio, de hecho, no se presentaría ninguna antinomia si la clase de los desempleados estuviera vacía, es decir, si no existieran ciudadanos en situación de desempleo. Por tanto, puede decirse, las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del lenguaje legislativo, mientras las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo.

(c) En tercer lugar, los conflictos entre principios son normalmente antinomias de tipo eventual, o, según la terminología de A. Ross, “parcial-parcial”¹⁹. También en este caso parece oportuno hacer alguna precisión.

A veces, dos normas, N1 y N2, disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de manera que cada supuesto de hecho concreto que entre en el campo de aplicación de N1 entrará también en el campo de aplicación de N2. Este tipo de antinomia se llama absoluta (o “total-total”). Si, por ejemplo, una norma califica de lícito y otra califica de ilícito el divorcio, la antinomia será del tipo absoluto.

Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las dos normas, N1, está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra, N2, de manera que habrá supuestos de hecho que entran sólo en el campo de aplicación de N2, y supuestos de hecho que entran también en el campo de aplicación de N1: el conflicto nace sólo en relación con estas últimas. Este tipo de antinomia se llama unilateral (o “total-parcial”). Si, por ejemplo, una norma califica de ilícito el aborto y otra califica de lícito el aborto terapéutico, la antinomia será del tipo unilateral.

Otras veces, las dos normas, N1 y N2, disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente. Así, hay supuestos de hecho disciplinados sólo por N1, supuestos de hecho disciplinados sólo por N2, y supuestos de hecho disciplinados por ambas normas: el conflicto nace solamente en relación con estos últimos. Este tipo de antinomia se llama eventual (o “parcial-parcial”). Si, por ejemplo, una norma N1 impone un tributo a los productores de vino tinto, una segunda norma N2 atribuye la “denominación de origen controlada” a ciertos vinos blancos y tintos, y una tercera N3 exime del impuesto a los productores de vino con denominación de origen controlada, la antinomia entre N1 y N3 —o, si se prefiere, entre N1 y el combinado dispuesto por N2 y N3— será de tipo eventual.

Por consiguiente, la conclusión es que los conflictos entre principios —o al menos los que se dan entre principios constitucionales— no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas.

¹⁹ A. Ross, *Law and Justice*, Londres, 1958. Hay traducción española, de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1ª edición 1963.

No es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori*, porque se está hablando de normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes. Tampoco es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori*, porque los principios implicados se encuentran (al menos en el caso de los principios constitucionales) establecidos por un mismo documento normativo, y, en consecuencia, son coetáneos. Por último, no se puede aplicar el criterio *lex specialis derogat generali*, porque –cuando se trate de una antinomia del tipo eventual– no concurre entre las clases de supuestos de hecho disciplinados por los dos principios una relación de género a especie.

La técnica apropiada –y, por tanto, la que efectivamente se usa, en especial por los tribunales constitucionales– para resolver los conflictos de este tipo es la que se conoce con el nombre de ponderación²⁰.

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.

(i) Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor instituida (no por las mismas fuentes, sino) por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor²¹. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor “peso”, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe –no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino– en el sentido de que se deja de lado.

Obsérvese que, en este contexto, “ponderar” no significa atemperar, conciliar, o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos²². La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro.

(ii) Una jerarquía *móvil*, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso.

En efecto, para instituir esta relación jerárquica, el juez no sopesa el valor de dos principios en abstracto y de una vez por todas, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que tendría en el caso concreto la aplicación del principio P1 parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría la aplicación

del principio P2, entonces, en el caso concreto, se prescindirá del principio P2, mientras que, en el caso concreto, se aplicará el principio P1²³.

Pero, téngase en cuenta, “en el caso concreto”. Nada impide que, en un caso diverso, sea la aplicación de P2 la que tenga resultados que se consideren más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1, y que, por tanto, la relación jerárquica resulte invertida, aplicando P1 y prescindiendo de P2. En este sentido, pues, se trata de una jerarquía móvil: si en un caso se ha atribuido mayor peso o valor a P1, nada impide que en un caso diverso se atribuya mayor peso o valor a P2.

En consecuencia, el conflicto no se resuelve de manera estable, de una vez por todas, haciendo sin más prevalecer uno de los dos principios en litigio sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto, y, por tanto, la solución del conflicto en casos futuros resulta imprevisible²⁴.

Creo que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos.

6. LA INTERPRETACION ORIENTADA A PRINCIPIOS

Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible– y propiciando una interpretación adecuada.

La interpretación adecuada es una especie del género de la interpretación sistemática y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias²⁵. Supongamos que una disposición admita dos interpretaciones contrapuestas, S1 y S2, tales que

²⁰ Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, págs. 87 y ss.; R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, 1996, págs. 142 y ss.

²¹ Cfr. R. Guastini, *Distinguendo*, cit., págs. 331 y ss.
²² Una cosa es ponderar dos principios, es decir “sopesarlos”, para decidir cuál de los dos, por tener mayor “peso” o valor, debe ser aplicado y de cuál, por tener menor “peso” o valor, debe prescindirse; otra es “atemperar” dos principios. Como ejemplo de atemperación o conciliación entre principios, puede mencionarse la regla conforme a la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, frustrando así las expectativas de la contraparte, debe resarcir los gastos producidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables (cfr., por ejemplo, Casación 43=1981, 340/1988). Los principios atemperados son, obviamente, el de la libertad contractual y el de la obligación de buena fe en los negocios.

²³ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Turín, 1992. Hay traducción española, de Marina Gascón Abellán, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, con epílogo de G. Peçes-Barba, Trotta, Madrid, 1ª ed. 1995.

²⁴ Para aclarar este punto será útil ofrecer un par de ejemplos. Primer ejemplo: en algunas ocasiones la Corte constitucional italiana ha considerado que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad (cfr., por ejemplo, Corte const. 234/1988, 143/1989, 103/1991, etc., sobre inadmisibilidad de un conflicto entre normas estatales y normas regionales, o entre normas de diversas Regiones, para valorar la eventual violación del principio de igualdad); en otras ocasiones, en cambio, ha entendido que el principio de autonomía regional debe ceder ante el principio de igualdad (cfr. Corte const. 58/1959, 142/1969, sobre incompetencia de las Regiones en materia penal, Corte const. 109/1957, 6/1958, sobre incompetencia de las Regiones en materia de relaciones civiles). Segundo ejemplo: a veces la Corte ha entendido que el principio de igualdad formal del art. 3,2 CI (cfr. Corte const. 210/1986, sobre ilegitimidad de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, Corte const. 422/1995, sobre ilegitimidad constitucional de las cuotas en las listas electorales); otras veces, por el contrario, ha resuelto que el principio de igualdad sustancial debe prevalecer sobre el de igualdad formal (cfr. Corte const. 109/1993, sobre la legítimidad de acciones positivas en favor del empresariado femenino; Corte const. 13/1977, sobre legítimidad constitucional de un trato más favorable para los trabajadores en el proceso de trabajo).

²⁵ R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* Milan, 1993, págs. 381 y ss.

S1 sea conforme con un principio y S2 se halle en conflicto con este mismo principio. Ahora bien, si la disposición en cuestión fuera entendida en el sentido S2, sería inevitable el surgimiento de una antinomia. Pero la antinomia se evita, si, en cambio, se entiende tal disposición en el sentido S1. Esta última es, precisamente, la interpretación adecuada.

Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones opuestas, de modo que la primera sea conforme a un principio constitucional, mientras que la segunda esté en contraste con él, se hace interpretación adecuada eligiendo la primera interpretación y rechazando la segunda.

Las sentencias de la Corte constitucional llamadas "interpretativas", son otros tantos ejemplos paradigmáticos de interpretación adecuada. Tanto las sentencias interpretativas estimatorias (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición en su totalidad, y se limita a declarar ilegítima una de sus posibles interpretaciones), como –todavía de manera más clara– la sentencias interpretativas desestimatorias (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de modo que sea conforme con la Constitución)²⁶.

Pero se encuentran buenos ejemplos de interpretación adecuada también en las resoluciones mediante las que un juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión es manifiestamente infundada porque la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución.

La interpretación adecuada –al menos cuando no sea conforme al sentido común de las palabras y/o a la intención del legislador– es fruto de una opción discrecional, en consecuencia, altamente discutible, tanto desde el punto de vista de la legalidad como del de la oportunidad política. Lo cierto es que –aunque amparado por muchos pronunciamientos jurisprudenciales y por algunos juristas– un deber judicial de hacer interpretación adecuada, como tal, no existe²⁷.

Al interpretar la ley, los jueces no tienen otra obligación que la de atribuirle el sentido "hecho evidente por el significado propio [es decir, común] de las palabras según la conexión de éstas y por la intención del legislador" (art. 12,1, disposición preliminar, Código civil). De este modo, la interpretación adecuada, lejos de resultar obligatoria, está justificada sólo cuando coincide con el significado común de las palabras o con la intención del legislador, que no siempre es el caso (la presunción, en la que a veces se apoya la interpretación adecuada, de que el legislador es respetuoso con la Constitución y no tiene intención de violarla, carece de fundamento).

Sobre todo, es lícito sostener que, frente a una disposición legal que admita una sola interpretación contraria a la Constitución, el juez –lejos de tener la obligación de hacer interpretación adecuada– tiene más bien la obligación de promover una cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte. Ello, por la simple razón de que, evidentemente, no puede decirse "manifiestamente infundada" (art. 1 ley constitucional 1/1948; art. 23,2, ley 87/1953) una cuestión de legitimidad constitucional sobre una disposición susceptible de expresar una sola norma en contraste con la Constitución.

Desde el punto de vista de la oportunidad política, es también lícito entender que la interpretación adecuada (especialmente si realizada por jueces ordinarios, pero también cuando la realiza la Corte constitucional con decisiones "interpretativas desestimatorias") no sólo no es obligatoria, sino además perjudicial. En efecto, esta técnica interpretativa no produce otro resultado que el de mantener con vida disposiciones legales que *pueden* expresar normas inconstitucionales, y cuya interpretación conforme a la Constitución por parte de la generalidad de los jueces no puede decirse asegurada²⁸.

7. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SUPREMOS

Conforme a una jurisprudencia ya consolidada de la Corte constitucional, "se comparte la idea de que existe una jerarquía entre normas y normas de la misma Constitución, que permite identificar (como por lo demás en todo cuerpo de disposiciones ordenadas en sistema) un orden conducente a conferir preeminencia a algunas respecto de otras"²⁹.

En particular, según la Corte, en la Constitución hay algunos principios –llamados "principios supremos del ordenamiento constitucional"– que tienen un "valor superior" respecto a las restantes normas de rango constitucional³⁰. En consecuencia, los principios en cuestión no son en modo alguno susceptibles de revisión constitucional.

Es preciso subrayar que, según lo admitido por la propia Corte, tales principios *no* son "expresamente mencionados [en el texto constitucional] entre los sujetos al procedimiento de revisión constitucional". En otras palabras, la doctrina de los principios constitucionales supremos se resuelve en la construcción de un límite a la revisión constitucional totalmente inexpreso, e incluso carente de cualquier base textual. Se trata, por consiguiente, de un caso

²⁸ En efecto, las decisiones desestimatorias carecen de eficacia general, *erga omnes*: sus efectos se circunscriben al caso decidido. Al menos, tal es la opinión dominante, de la que disiente A. Ruggeri, *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milán, 1990.

²⁹ Corte const. 175/1971. Naturalmente, al expresarse de este modo, la Corte establece una jerarquía axiológica entre las normas constitucionales.

³⁰ Al respecto, F. Modugno, "I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale", en A. S. Agro, F. Modugno, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, 2ª ed 1991; M. Luciani, "La revisione costituzionale in Italia", en Association française des constitutionnalistes, *La révision de la constitution*, Aix-en-Provence-Paris, 1993.

²⁶ R. Guastini, "Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali", en *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1990; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., págs. 309 y ss.

²⁷ R. Guastini, "Specificità dell'interpretazione costituzionale?", en *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996.

evidente de creación jurisprudencial de derecho (constitucional)³¹.

En efecto, el fundamento de tal doctrina se encuentra no en alguna disposición constitucional, sino en una arbitraria construcción dogmática (tácitamente hecha suya por la propia Corte), según la cual³²:

(a) una constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores;

(b) el criterio de identidad de toda constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan;

(c) el cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva constitución;

(d) en consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).

Por otra parte, la doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir un ulterior poder discrecional a la Corte, cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que se suponen inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional una ley de revisión que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos)³³.


(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ).

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: _____ C. Postal: _____
Dirección: _____
Ciudad: _____

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



³¹ Corte const 1146/1988. Cfr. también Corte const. 183/1973, 170/1984. Se trata de los mismos principios que operan como "contralímites" a la incorporación del derecho comunitario al ordenamiento interno. Cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e intergrazione europea*, Milán, 1995; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1995.

³² R. Guastini, "Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza", en *Region pratica*, nº 3, 1994

³³ Obsérvese que la Corte crea derecho constitucional no solo cuando *incluye* un determinado principio (por ejemplo, el derecho a la tutela jurisdiccional, Corte const. 232/1989) en la lista de los principios supremos, sino también cuando *excluye* otro de la misma lista (por ejemplo, la Corte no reconoce como principio supremo la reserva de ley, de manera que no considera que la reserva de ley actúe como "contralímite" a la incorporación del derecho comunitario en el ordenamiento interno)

Contrato de trabajo: una realidad cambiante y desprotegida

Pablo ARAMENDI SANCHEZ

1. UNA REALIDAD QUE SE EXTINGUE Y OTRAS QUE NACEN

El Derecho del Trabajo hasta las reformas legislativas acaecidas a partir de 1994 se concibió como un derecho especial para regular sistemáticamente los conflictos que pudieran originarse en el desarrollo del contrato de trabajo, concebido éste como la institución jurídica paradigmática¹ en la ordenación social del modo de producción en la sociedad capitalista.

El contrato de trabajo sobre el que opera esta disciplina es el que responde al vasto período histórico de industrialización del mundo moderno, desde el estado liberal hasta el de bienestar, período al que con sus obvias variaciones, corresponde un específico modelo de organización productiva y que podría resumirse en el siguiente estándar: empresas del sector industrial de tamaño medio en las que la producción se lleva a cabo preferentemente de forma unificada en un solo centro de trabajo y que precisa de una mano de obra vinculada permanentemente a un proceso productivo que requiere mayoritariamente de personal obrero especializado.

También este estándar organizativo modeliza la figura del trabajador y del empresario. Aquel responde habitualmente al cabeza de familia único que aporta ingresos para una unidad familiar estable y que espera culminar su vida laboral en la empresa y alcanzar una adecuada jubilación. El empresario a su vez responde al modelo del patrón: bien un antiguo trabajador, bien vinculado a la empresa por lazos familiares, que dirige con su propia actividad personal su negocio y espera legarlo a generaciones venideras.

Este contexto sociológico encaja plenamente con el diseño clásico del contrato de trabajo en los términos que se configura desde la ley republicana de 1931 hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980, a saber aquel vínculo que consiste en la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena y bajo la organización y dirección del empresario.

Era, y de varias maneras sigue siendo, el contrato de trabajo en su clásica definición, un elemento válido para acoplarse a la realidad social que pretendía regular: el modo de producción capitalista y para configurar el centro de imputación normativa sobre el que gira la especial disciplina del Derecho del Trabajo.

Con la crisis del estado de bienestar se produce un punto de inflexión. Como indica Romagnoli²: el más

ilustre de los mitos: trabajo estable, a tiempo completo, en las instalaciones de una empresa preferentemente industrial y de dimensiones medio-grandes, se tambalea; y con ello los modelos de empresa, empresario y trabajador, a los que respondía normativamente el contrato de trabajo clásico.

Para que así sea concurren diversas causas a su vez interrelacionadas pero que se podrían resumir en una propuesta: que ha cambiado profundamente el sistema de producción.

La empresa media industrial ha dado paso a las grandes corporaciones societarias de estructura grupal compleja, dispersa e internacionalizada. Junto a este modelo conviven simbióticamente multitud de pequeñas empresas subsidiarias de aquellas, dependientes económica y tecnológicamente. El empresario con frecuencia se despersonaliza y abandona en manos de cualificados directivos la gestión de la empresa. La propiedad del capital es versátil en el mercado de valores y pertenece sobre todo a grupos especulativos: bancos, fondos de pensiones.

Los avances tecnológicos han simplificado mecánicamente la producción industrial con la robotización, al tiempo que progresivamente sustituyen materiales naturales pesados y medioambientalmente tóxicos, carbón, mercurio, hierro, por otros más livianos como los derivados químicos del petróleo, no tóxicos, abundantes y de propiedades insospechadas como la sílice.

Ello ha permitido desplazar mano de obra industrial a países del tercer mundo o de baja industrialización, aprovechando inferiores costes salariales directos e inducidos.

El fordismo como método de organización industrial predominante, caracterizado por el desarrollo de la actividad productiva a través de la cadena de montaje, ha dejado de ser útil desde el momento en que los incrementos de productividad que genera empiezan a ser inferiores a los propios salarios. Entra en cuestión con ello el modelo de empresa clásica de producción masiva y estandarizada destinada a un consumo masivo también homogéneo. Se buscan entonces nuevos cauces organizativos que atiendan a nuevos mercados ahora cada vez más diversificados en sus necesidades y más versátiles en sus deseos. La vida comercial de los productos se acorta y con ello resulta acuciante la limitación de stocks y compras a lo imprescindible, se busca un sistema de producción casi a la carta de las peticiones del comprador. Entran entonces en juego nuevos sistemas organizativos como el toyotismo³ y la especialización flexible. Con ellos la

¹ Ver Durán López, Federico, en "El futuro del derecho del Trabajo" REDT nº 78, Civitas Madrid, 1996, pág. 602.

² Ver Romagnoli, Umberto, en "Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural" en *Relaciones Laborales* nº 1/97 págs. 10 y ss.

³ Al respecto puede consultarse Lope Peña, Andreu, en "Innovación tecnológica y cualificación" Consejo Económico y Social, Madrid 1996, págs. 66 y ss.

estructura piramidal clásica de la empresa da paso a nuevas fórmulas organizativas internas: el trabajo en equipo, la especialización profesional, la polivalencia, etc., al tiempo que nuevos valores como el de cooperación, coordinación, capacidad de delegar en terceros, comienzan a sustituir a estructuras de mando rígidas y verticales.

Por otra parte, las nuevas tecnologías en su aplicación exigen no ya de trabajadores especialistas en el manejo de máquinas sino de técnicos capaces de resolver dificultades complejas y heterogéneas cuya solución pasa por detentar un amplio grado de libertad en la toma de decisiones. Incluso las opciones estratégicas no serán en muchos casos soluciones dadas por el propietario del capital sino por grupos de asesores, a veces externos. Las técnicas de organización, el management profesionalizado, se imponen al simple olfato del empresario emprendedor.

La figura del directivo de empresa aparece ante los ojos de la sociedad como ejemplo de quien ha conseguido el éxito; se potencian sus virtudes y se admite su liderazgo social, lo que no debe ser obstáculo para exigirle un código ético en su comportamiento⁴.

La tecnificación empresarial es por tanto un proceso generalizado y permanente por así requerirlo las constantes innovaciones tecnológicas y en definitiva la propia competitividad que induce el mercado. Ello exige apostar e invertir en la formación del personal, lo que conduce a predecir una mayor y solvente intercomunicación futura entre los mundos de la enseñanza y el trabajo.

Pero el conocimiento es libertad. El trabajador formado no se siente tan ligado a la empresa desde el momento en que está más capacitado para mejorar sus condiciones en el mercado de trabajo. Ello le conducirá también a desvincularse de su propia categoría con la que no siente complicidades sustanciales al estimar que puede por sí mismo defender mejor sus propios derechos. Se reinventará el contrato como fuente obligacional.

Mientras el trabajador cualificado se tiende a desvincular de la empresa, ésta, deudora de la formación dispensada, comprenderá las ventajas de la vinculación prolongada, admitiendo ciertos beneficios a la contratación indefinida.

El cambio de puesto de trabajo se introduce en la cultura del trabajo como un fenómeno que empieza a ser natural, no solo por el auge de las modalidades de contratación temporal, también la formación continuada y la constante aparición de nuevas profesiones, auguran que pocos serán quienes se jubilen en la empresa donde comenzaron su vida productiva.

A ello también ayudan los cambios que se vienen produciendo en la unidad familiar. Existe una cierta regresión del modelo familiar clásico: padres e hijos y la aparición de nuevas unidades convivenciales: solteros sin familia, uniones de hecho, uniones tribales, etc., que en ocasiones son consecuencia de las dificultades para acceder a empleos estables,

⁴ En este sentido ver Cortina, Adela, en "Ética de la empresa". Ed Trotta, Madrid. 1996, págs. 100 y ss

pero que también son más adaptables a las inestabilidades laborales.

El mercado de bienes y servicios en el que se mueve la empresa se enriquece cada día con novedosas figuras contractuales de naturaleza mercantil orientadas en unos casos a la configuración de ágiles instrumentos financieros y en otros a dotarla de nuevos sistemas organizativos con especial repercusión en la gestión de los recursos humanos.

La virulenta creatividad normativa del mundo económico, a la que el Derecho mercantil sería receptivo, se contrapone a su lenta asimilación por las clásicas instituciones del Derecho del Trabajo.

Con todo ello se diseñan variados sistemas de organización empresarial.

Así, tenemos el caso de la "empresa red"⁵ que se dispersa en diversas unidades productivas dotadas de cierta autonomía organizativa, interrelacionadas funcionalmente todas con todas como formando una red y que aun sometidas a un control final unitario, rompen con la clásica visión organizativa piramidal que proporcionaba la empresa clásica.

Nos encontramos con los más variados supuestos de descentralización productiva, desde las conocidas contratas y subcontratas, el teletrabajo, la habitual encomienda de actividades a trabajadores más o menos autónomos, supuestos a los que desde 1994 debe añadirse el trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Entre estos mecanismos de descentralización por su novedad y sofisticación destaca el "outsourcing"⁶, descentralización subcontratada en actividades punteras que normalmente conlleva traspaso de personal.

Estos nuevos fenómenos organizativos en unas ocasiones constituyen soluciones a problemas derivados del coste de mano de obra, es paradigmático el fenómeno de las ETTs, un abaratamiento de la actividad por el empleo de personal sometido a peores condiciones salariales; pero en otras ocasiones las soluciones organizativas traen causa en necesidades técnicas o productivas. La complejidad de la fabricación y distribución en el mercado de los productos se acrecienta a pasos agigantados, siendo habitual en muchas ocasiones que el resultado final que se ofrece al consumidor sea consecuencia de la colaboración productiva de diversas empresas, estén ("joint venture") o no vinculadas al éxito o fracaso de la operación.

Puede así observarse que en muchas ocasiones la relación lineal y simple entre producción y consumo, se enmaraña con la intervención en el proceso de múltiples empresas entre las que subyacen vínculos organizativos, financieros o productivos mas o menos tangibles y que generan graves problemas de identificación de quien es el verdadero

⁵ Ver Castells, Manuel, en "La empresa red", Diario *El País* de 20-5-97 y sobre todo puede consultarse su magna obra "La era de la información", 3 vols., Alianza Editorial, 1996, 1997 y 1998, donde se profundiza acerca de este nuevo fenómeno de implantación cada vez más generalizada.

⁶ Sobre este tema y el teletrabajo puede consultarse Martín Flórez, Lourdes, en "Outsourcing y teletrabajo consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo" en *REDT* nº 71/95 págs. 401 y ss.

empresario, entendiendo por tal aquel que recibe la utilidad patrimonial del trabajo.

Castells, en el artículo citado con anterioridad, menciona el caso de la empresa californiana Cisco que con un capital valorado en 50.000 millones de dólares, apenas produce nada material. Cabe suponer que ese capital constituye un potencial económico de primera magnitud y quien lo maneja ostenta un poder real e incontestable que sin embargo no se concreta en algo tangible.

La empresa industrial clásica se caracterizaba por presentar un patrimonio fundamentalmente visual: terrenos, maquinaria, stocks, etc.; la empresa actual fija sus relaciones de poder en los intangibles: acceso privilegiado a la información, posiciones contractuales, derechos sobre marcas o patentes, reconocimiento de la marca en el mercado, etc. El control financiero, tecnológico y de la información es hoy sinónimo de propiedad y dominio.

Un ejemplo, aun con todo más rudimentario, ilustraría lo dicho: las franquicias constituyen una técnica de integración empresarial conforme la cual el franquiciado canaliza en el mercado los productos o servicios, cuya patente e imagen pertenecen al franquiciador, quien a su vez adquiere un compromiso formativo, en técnicas de producción o de venta, para con el franquiciado, el cual ha de respetar la imagen de marca y la organización productiva y de ventas impuesta por el franquiciador⁷.

Se advierte con este ejemplo la existencia de una posición de preeminencia contractual del franquiciador en tanto que propietario del saber, de la tecnología, del "know-how", frente al franquiciado a quien se reservan las actividades directamente productivas y comercializadoras y que para ello asumirá una parte importante de la mano de obra necesaria para la presencia en el mercado del producto cuya marca identifica al franquiciador.

Que la propiedad sobre los intangibles confiera a quien la ostente una situación jurídica de poder frente a quienes asumen iniciativas empresariales de producción o venta, evidencia la subordinación a que hoy se somete a la empresa industrial clásica y si se me apura a muchas del sector servicios; y de igual manera, es clara la subordinación de aquellos países en los que predomina el sector productivo secundario o industrial frente a los distinguidos por el sector terciario o de servicios.

Interesa apuntar, a modo de reflexión para debatir en otros foros, hasta que punto en las relaciones mercantiles, reguladas por el ordenamiento civil, se advierten indicios que ponen en cuestión la vigencia de sus principios definitorios de igualdad entre las partes y de autonomía de la voluntad, lo que exigiría adoptar en este orden mecanismos de tutela parangonables a los propios del ordenamiento laboral. Por el contrario, desde el orden social, numerosas voces apuntarían por la recuperación matizada de los principios inspiradores de la autonomía de la voluntad. Todo ello denota un contradictorio acercamiento entre Derecho Civil y del Trabajo que nos interroga sobre la intensidad del Derecho en su fun-

ción de tutela y garantía frente a situaciones jurídicas de poder.

La empresa clásica se asienta físicamente en el centro de trabajo: habitualmente único, centralizado y coincidente con el lugar donde se desarrolla todo el ciclo productivo. La empresa actual se caracteriza por la dispersión; como señala Romagnoli⁸ hoy día no migran los trabajadores sino las empresas, intentándose adaptar a aquellos lugares en los que pueda abaratar costes. Pero además los modernos sistemas de comunicación permiten disociar la actividad productiva de un espacio físico unitario sin pérdida de su control real e incluso la dispersión transnacional permite diseminar las unidades productivas en función de los recursos materiales y humanos que resulten necesarios al proceso de producción.

Especial importancia adquiere en relación con lo dicho el denominado teletrabajo, versión modernizada del trabajo a domicilio. En estos casos lo que se desplaza no es el trabajador sino el trabajo.

No obstante se caería en un error si se pensara que la empresa en su concepción clásica ha desaparecido. Lo verdaderamente asombroso del estado actual de la situación es que todas las posibilidades organizativas, nuevas y viejas se muestran sin pudor en un desordenado revoltijo entre la postmodernidad y el clasicismo, haciendo de la realidad una especie de hipermercado en el que estarían presentes las diversas experiencias. Ciertamente para crear riqueza y empleo igual sirve el comercio de barrio que la multinacional. El problema es hasta que punto tanta diversidad puede regularse de forma ordenada por un sistema normativo técnicamente coherente y socialmente eficaz; si ese sistema es el actual Derecho del Trabajo tal como lo conocemos y concebimos; si las importantes reformas habidas son suficientes para resolver tales interrogantes; si sería oportuno plantear otras reformas y hacia que dirección.

2. LA HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Tomo prestado este título de Rodríguez Piñero⁹ que en 1992 formuló este fenómeno al advertir que existían relaciones de producción que se escapaban del control normativo del Derecho del Trabajo y que también en ocasiones el propio ordenamiento facilitaba con sus instituciones y recursos este abandono. Decía el autor que ello debía ponerse en conexión con una revisión crítica del Derecho del Trabajo por cuanto su evitación no sólo era resultado de una perversión, que también, sino en cierta medida una reacción contra la aplicación de normas que, disfuncionales por constringentes, pueden constituir un impedimento para la operatividad y productividad de la empresa.

Hoy, creo que esa revisión crítica también debe plantearse si el Derecho del Trabajo construido a partir del concepto clásico de contrato de trabajo:

⁷ Ver Gallego Sánchez, Esperanza, en "La franquicia", Ed. Trivium, Madrid, 1991.

⁸ Ver Romagnoli en "Del trabajo declinado .", ob. cit

⁹ Ver Rodríguez Piñero, Miguel, en "La huida del Derecho del Trabajo" en *Relaciones Laborales* 1/92, págs. 85 y ss.

prestación de servicios remunerados por cuenta del empresario bajo cuya dirección el servicio se presta, resulta en cierta medida incapaz para seguir siendo el referente normativo fundamental para regular el modo de producción capitalista, dadas las transformaciones de tan grueso calibre producidas.

Resultaría entonces que no toda la actividad productiva profesional en la terminología acuñada por Almansa¹⁰, no todo trabajo en definitiva, constituiría el objeto de regulación del Derecho del Trabajo; existirían otros tipos de actividades productivas no reguladas por este derecho especial con la evidente consecuencia de pérdida de sentido de su función económico social.

Una extensión del concepto contrato de trabajo desnaturalizando sus notas esenciales de dependencia y ajenidad conduciría a la ausencia de rigor y sistemática, a la confusión desorganizada con otras figuras contractuales próximas como el arrendamiento de servicios, el arrendamiento de obra e incluso el mandato. Una restricción del concepto reivindicando la estricta presencia de sus notas conformadoras conduciría a la presencia de innumerables lagunas debilitando la finalidad tuitiva del sistema.

Como indica Romagnoli¹¹: "en la mejor de las hipótesis gobernará una provincia cada vez menos habitada porque escapan de ella no sólo los operadores económicos con pocos escrúpulos y mucho talento trapacero; se marcharán de ella también los demás, y los propios trabajadores. Es decir, que el Derecho del Trabajo ya no será a medida del hombre, porque la pasión por una especie le ha hecho perder de vista el género".

Las soluciones, no son fáciles. Si se persevera en seguir reivindicando el contrato de trabajo como referente normativo fundamental el debate quedará circunscrito a la delimitación de sus fronteras a través de un mayor o menor rigor en la apreciación de las notas que lo conforman; si por el contrario se llegara a apreciar que hoy las relaciones de producción se establecen a través de nuevas figuras contractuales en las que las citadas notas no aparecen, el debate trasciende los propios límites del Derecho del Trabajo y conduce a una revisión de los propios presupuestos del Código Civil, desde los sustantivos, enraizados en el principio de autonomía de la voluntad, hasta los adjetivos: jurisdicción y proceso civiles.

Analicemos ambas soluciones.

2.1. La revisión de los límites del Derecho del Trabajo

Los mecanismos principales para conseguir la huida del Derecho del Trabajo son de dos tipos:

— Unos consisten en negar la existencia del empresario o del trabajador y con ello desvirtuar la la-

boralidad de su relación. Su consecuencia final será la inaplicación del sistema.

— Otros en desnaturalizar el contenido obligatorio típico del contrato de trabajo. Su consecuencia en estos casos será la limitación de los riesgos a que conducen las obligaciones impuestas por el sistema.

En el primer caso la negación de los sujetos puede ser salvaje o normada.

Negación salvaje serían los supuestos de ocultamiento de la relación jurídica por sus propios protagonistas, contraviniendo de plano la legalidad: trabajo negro y empresario aparente, serían los ejemplos más característicos. Negación normada serían los diversos procedimientos normativos o interpretativos, legales o jurisprudenciales, para no reconocer la naturaleza laboral del vínculo: Ley de contrato de agencia respecto de representantes mercantiles o transportistas con vehículo propio serían ejemplo de lo primero, interpretaciones estrictas en requerimiento de las notas caracterizadoras del contrato serían ejemplo de lo segundo.

A su vez, la negación por desnaturalización se produciría separando la persona del empresario de quien recibe la utilidad patrimonial del trabajo: descentralización productiva, ETTs, serían los ejemplos más próximos.

El trabajo negro en su más brusca presentación se configura como la ocultación del vínculo contractual: se niega exista relación jurídica de ningún tipo y con ello se eluden las consecuencias derivadas del contrato como la cotización a la Seguridad Social. Necesariamente va acompañado de una opacidad fiscal del empresario, el trabajo negro se paga con dinero negro, pero resulta en muchos casos beneficiosa para ambas partes, sobre todo en supuestos de pluriempleo o jubilación del trabajador; de ahí la dificultad de su erradicación. Habitual es que acontezca en la agricultura o en industrias en zonas agrarias, pero también en pequeñas empresas del sector servicios como la hostelería. También es característico que la relación carezca de soporte documental que la acredite en manos del trabajador; en cambio el empresario justifica el cumplimiento de sus obligaciones salariales con recibos, siendo habitual que obligue al trabajador al inicio del vínculo a suscribir un finiquito en blanco. El ejemplo más lacerante lo encontramos hoy día en la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, su irregular situación les invita a no ejercitar sus derechos frente al empleador, los niveles de explotación pueden resultar insospechados.

En ocasiones se ennegrece parcialmente el trabajo normal. Ocurre cuando se oculta parte del salario: primas, horas extras etc. y también cuando se disimulan los conceptos retributivos: dietas o pluses extrasalariales por salario.

Con la figura del empresario aparente¹² no se pretende negar la existencia del vínculo contractual ni siquiera su carácter laboral, sino que consiste en una sustitución fraudulenta de la persona del empresario por un testaferro y a fin de eludir mediante

¹⁰ En Almansa Pastor, José Manuel, "El sistema del Derecho del Trabajo" en "Estudios Homenaje al Profesor Alonso Olea", págs. 197 y ss.

¹¹ Romagnoli, Umberto, en "Del trabajo declinado. .", ob cit, pág. 15.

¹² En este sentido ver Martínez Girón, Jesús, en "El empresario aparente", Civitas, Madrid, 1992, págs. 31 y ss

esta simulación subjetiva las obligaciones del contrato. Se disocian en definitiva las responsabilidades empresariales del vínculo contractual del aprovechamiento de la utilidad del trabajo y se coloca al trabajador en una situación de riesgo en orden al percibo de su remuneración y resto de sus derechos. La conocida doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo constituirá el remedio contra este fraude caracterizado por simular como empresario a quien no lo es a través de una entidad jurídica o persona física meramente nominal pero caren de vida productiva y económica real, en beneficio del verdadero empresario real cuya opacidad le hace impermeable a las obligaciones.

En ambos casos nos encontramos ante supuestos que el sistema repudia y persigue, constituyendo ilícitos sancionables administrativamente y actuaciones antijurídicas contrarias a la legalidad vigente, cuyas consecuencias negativas pueden remediarse obligando al cumplimiento exacto del contrato y sus consecuencias. El problema es fundamentalmente de política social, pues con estas figuras se pone en cuestión por un lado la verdadera capacidad del sistema para reprimirlas y satisfacer al perjudicado de los daños causados y por otro si el límite para llevar a cabo una actividad empresarial dentro de la legalidad resulta imposible de alcanzar en determinados lugares y sectores productivos.

De mayor interés que estos supuestos de elusión salvaje del vínculo, cuya patología el propio sistema dispone remedios, resultarían aquellas negaciones del vínculo, o exclusiones constitutivas, que desde la propia ley o su interpretación se puedan producir.

En la lógica del estado de bienestar y de su compromiso social encajaba que las modificaciones productivas que dieran lugar a nuevos tipos de trabajo se incorporaran para su regulación al sistema del Derecho del Trabajo. Se produce así una fase expansiva del mismo a través de dos mecanismos:

— La presunción de existencia del contrato laboral.

— La extensión del carácter laboral a toda una serie de relaciones contractuales denominadas por el propio legislador especiales: alta dirección, hogar familiar, penados, deportistas, artistas, representantes mercantiles, así como cualquier otro trabajo declarado especial por una ley, lo que puede considerarse acontecido con los minusválidos, estibadores portuarios, socios trabajadores de cooperativas.

La presunción de existencia del contrato se articula de diferente manera en la Ley de Contrato de Trabajo y en el Estatuto de los Trabajadores¹³. El artículo 3 LCT que indicaba que el contrato se presumía siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, constituía la presunción en base a la acreditación del hecho mismo de la prestación de trabajo, obligando con ello a la contraparte a probar que no existían las notas caracterizadoras del vínculo como laboral.

El artículo 8.1 ET, presume que existe relación laboral cuando su objeto, el servicio, se preste por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, a cambio de una remuneración, lo que obliga a quien predica la existencia del vínculo a acreditar las notas de ajenidad y dependencia, o lo que es lo mismo a acreditar en definitiva la existencia misma del contrato de trabajo, lo que se llevara a cabo aportando hechos de los que inferir la existencia de las notas, ajenidad y dependencia, que lo conforman. De la LCT al ET se evidencia una exigencia de mayor rigidez probatoria de la cualidad de laboralidad del vínculo para el trabajador como indicó González Ortega¹⁴.

Esta mayor rigidez se reitera enfáticamente con la reforma laboral de 1994 al introducir en su artículo 1.3.g) como supuesto genérico de exclusión "en general todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que se define en el apartado 1 de este artículo" y por tanto el legislador acepta ahora que no todo trabajo constituye una relación laboral, sino sólo aquel en el que aparezcan de forma nítida las notas caracterizadoras.

Se advierte por tanto una clara voluntad restrictiva del legislador al momento de fijar las fronteras del Derecho del Trabajo y que explícitamente se puede observar con más nitidez en dos supuestos concretos: el contrato de agencia mercantil y el del transportista con vehículo propio, que sin vacilaciones han sido admitidos por la más reciente jurisprudencia, consolidando una línea interpretativa que ratificaría que nos encontrásemos en un momento histórico de reacomodación restrictiva de las fronteras del Derecho del Trabajo, en lo que se ha llamado por Martín Valverde el discreto retorno del arrendamiento de servicios¹⁵.

En estos dos supuestos: representantes mercantiles y transportistas con vehículo propio, la relación laboral deja paso al arrendamiento de servicios, excluyendo el vínculo del ámbito de protección y garantía que para quien presta su actividad profesional constituye el marco del Derecho del Trabajo. A idénticos resultados se llegará en muchos otros supuestos cuando las notas de ajenidad y dependencia no aparezcan nítidamente configuradas.

Se produce entonces un resurgir paulatino del trabajo autónomo para lo que confluyen tanto la voluntad escapista del marco laboral como determinadas transformaciones en el sistema productivo que exigirían por sí mismas un tipo de vinculación¹⁶ distinto del clásico laboral. Queda ahora por saber si a esta nueva postura restrictiva de las fronteras del Derecho del Trabajo que se vislumbran desde el legislador, va a acompañarse de una interpretación paralela desde los tribunales. En tal caso, en los

¹⁴ Ver González Ortega, Santiago, en "La presunción de existencia de contrato de trabajo" en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo Libro-Homenaje a Alonso Olea*, Madrid, 1990, pág. 790.

¹⁵ Ver Martín Valverde, Antonio, en "El discreto retorno del arrendamiento de servicios" en *Estudios en Homenaje al profesor Alonso Olea*, Madrid, 1990, págs. 209 y ss. En los mismos términos Monereo Pérez, José Luis, en "Introducción al nuevo Derecho del Trabajo", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pag 95.

¹⁶ Ver Martín Valverde, en "El discreto retorno..." ob. cit., pag 235.

¹³ Ver Luján Alcaraz, José, en "La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo", MTSS, Madrid, 1994, págs. 278 y ss.

trabajos más cualificados técnicamente, en las denominadas profesiones liberales y también en aquellos que por su propia naturaleza se desarrollan con un amplio margen de independencia¹⁷ fuera de los locales de la empresa, volverá a suscitarse la eterna cuestión de la naturaleza del vínculo.

Dentro del género trabajo autónomo aparece la figura del trabajo parasubordinado concebido como aquel caracterizado no tanto por el hecho de que la prestación del servicio se lleve a cabo de forma dependiente bajo el ámbito organizativo empresarial, sino porque resulta económica y existencialmente dependiente del empresario destinatario habitual de los servicios¹⁸ y diferenciado del trabajador autónomo esencialmente por razón de la exclusividad de su vinculación con un solo empleador. La nota de dependencia en estos casos se traslada del objeto del contrato, el trabajo, a su causa, la contraprestación. El trabajador parasubordinado podrá organizarse en su actividad, pero el hecho de que su trabajo tenga un único usuario al que el trabajador se vincula con continuidad, resaltan en el empresario destinatario su papel de dador de trabajo y con ello la relevancia de su posición de supremacía contractual, permitiéndole fijar los precios del servicio con gran dosis de libertad no constreñida, como ocurre con los trabajadores comunes, por el marco negocial convencional, aquí inexistente.

Sin embargo y pese a los esfuerzos de Ruiz Castillo¹⁹ por encontrar un encaje de estos fenómenos en el seno del Derecho del Trabajo, ampliando su ámbito a las prestaciones de carácter personal por cuenta ajena concurra o no la nota de dependencia y buscando con ello un resultado parangonable al italiano, que somete las controversias del trabajo parasubordinado a la jurisdicción laboral, las orientaciones actuales tanto legales como jurisprudenciales y tras la reforma laboral de 1994, no parece que vayan por esos derroteros, ni que tampoco sea voluntad del legislador abrir la espita de las relaciones laborales de carácter especial introduciendo nuevas modalidades contractuales que respondan a las nuevas actividades que el sistema productivo demanda. Buena ocasión tuvo con los transportistas con vehículo propio.

Parece por tanto que la restricción de fronteras del Derecho del Trabajo se impone irremisiblemente y con ello la desprotección de numerosas actividades profesionales.

Junto a los supuestos que se han calificado de negación salvaje o normada del vínculo, otro mecanismo de huida del Derecho del Trabajo tiene como fin el desnaturalizar el contenido obligacional típico del contrato de trabajo. Su consecuencia en estos casos será la limitación de los riesgos a que conducen las obligaciones impuestas al empresario, en-

tendiendo por tal aquel que recibe la utilidad patrimonial del trabajo.

También aquí se entremezclan razones estrictamente productivas que por sí mismas justificarian en muchas ocasiones, tanto la no directa vinculación entre el empresario y el trabajador como la realización de la actividad productiva a través de figuras contractuales distintas de la propiamente laboral, con justificaciones oportunistas cuyo único fin es aliviar al empresario de costes y responsabilidades; incluso es más, la búsqueda de soluciones al desempleo va a caucionar desde la legalidad medidas cuyo expreso fin consistirá en encontrar ese alivio económico y obligacional, tal como ocurre con las empresas de trabajo temporal.

La descentralización productiva, fenómeno que con Martín Valverde²⁰ puede definirse como el modo de producción caracterizado porque los objetivos de la empresa se consiguen con la participación coordinada o subsidiaria de otras empresas o colaboradores externos, se perfila actualmente a través de dos mecanismos: el "outsourcing" y la contrata. La diferencia entre ambos radica en que en el "outsourcing" se produce una desagregación de los elementos productivos que desde una empresa, la principal, se transmiten a otras para su ejecución directa, mientras que en la contrata se produce una agregación de elementos productivos entre empresas inicialmente independientes que se vinculan en la realización de un servicio o una obra.

En el primer caso, "outsourcing", estamos frente a un supuesto de sucesión por descentralización que parte de la existencia de una actividad desarrollada en el seno de la empresa descentralizadora por sus propios trabajadores, actividad que se externaliza. Constituye entonces el objeto del debate si los trabajadores que realizaban dicha actividad en el seno de la empresa, deben seguir a ésta y por tanto ser traspasados, y en que condiciones, junto con ella, o por el contrario han de continuar en la empresa originaria.

La normativa aplicable es el artículo 44 ET así como la Directiva Comunitaria 77/187 modificada recientemente por la Directiva 98/50. Ambas disposiciones parten del principio de garantizar la indemnidad a los trabajadores en sus derechos por el hecho del traspaso. Sin embargo la interpretación jurisprudencial de ambas va a resultar discrepante.

A la luz de las últimas resoluciones del TS²¹, paradigma de todas ellas puede ser la de 5-4-93 Ar. 2906, que optan por reforzar la necesidad de que se transmitan los elementos patrimoniales y organizativos insitos en todo proyecto empresarial²², se

¹⁷ Me refiero a los casos de los encuestadores (Ar. 1035/94), guías turísticos (Ar. 3040/95), peritos tasadores (Ar. 7622/92), supuestos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado estimando la existencia de relación laboral y en los que la nota de dependencia se encuentra muy difuminada.

¹⁸ Ver Ruiz Castillo, M^o Mar, en "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo.- Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado", *Relaciones Laborales* n^o 15/91, pág. 37.

¹⁹ En ob. cit., págs. 57 y ss.

²⁰ Ver Martín Valverde, Antonio en "El discreto retorno", ob. cit., pág. 225.

²¹ En "La sucesión de empresas en el ordenamiento jurídico español" de Varela Aufrán, Benigno, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII, págs. 253 y ss., CGPJ, Madrid, 1994, puede encontrarse ejemplos de las últimas tendencias jurisprudenciales. Incluso tras este trabajo el TS ha sido más rotundo si cabe y así en la STS de 14-12-94 Ar. 10094 confirma la línea perfilada en las anteriores STS de 22-1-90 y de 5-4-93 al indicar con nitidez que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET.

²² En el supuesto de que nos ocupamos, dice la STS que se comenta, lo transmitido no es en realidad una empresa, ni un centro ni una unidad de la misma, sino una contrata que se rea-

advierde que la línea de tendencia viene marcada por exigir una materialización del objeto de la transmisión para que esta pueda ser susceptible de incardinación en el artículo 44 ET, rompiéndose el progresivo proceso de espiritualización²³ que hasta entonces se había venido admitiendo y que nucleaba el hecho de la transmisión en el mero traspaso de la actividad, total o parcial, de la empresa.

Por el contrario la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad, opta por esta línea interpretativa espiritualizadora y considera que hay traspaso cuando el nuevo empresario continúe con la actividad del anterior²⁴. Incluso la Directiva será de aplicación cuando lo que se produce es una mera sustitución en la posición contractual que da lugar al ejercicio de la actividad, tal como se desprende del análisis de las sentencias de los casos *Stiching* (asunto 29/91 de 19-5-92) y *Daddy's Dance Hall* (asunto 324/86 de 10-2-88).

En la actualidad el posible debate que podía surgir de la jurisprudencia contradictoria del Tribunal de Justicia de la Comunidad se debe considerar cerrado tras la publicación de la Directiva 96/50 que modifica la anterior 77/187. En ella se considera ahora que existe traspaso cuando el objeto transmitido lo constituya una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica ya fuere esencial o accesorio.

Tras esta reforma se advierde que la normativa comunitaria coincide en sus rasgos maestros, con la interpretación dada por el Tribunal Supremo al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a la exigencia de que el traspaso lo sea de toda una serie de elementos materiales y personales organizados que constituyen la noción clásica de empresa desde un punto de vista productivo.

Consecuencia de todo ello será que se rebajan los niveles de protección y garantía de numerosos colectivos afectados por procesos de descentralización en los que no se produzca la transmisión de elementos materiales organizados. Además resulta de interés resaltar que los fenómenos de descentralización productiva vía sucesión o "outsourcing" son cada vez más habituales debidos a la propia complejidad de los sistemas de producción que exigen la participación de diversas empresas especializadas cada una en determinadas parcelas del proceso y que esta necesidad ha sido contemplada positivamente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 27-10-94 Ar. 8531/94.

Fenómenos específicos vinculados con la descentralización productiva que interesa destacar son los contratos de *parrainage* y *essaimage* de los que

da noticia García Rubio²⁵ ideados y auspiciados por los poderes públicos de Francia con la finalidad última de crear empleo. Por el *parrainage* las empresas incitan a su personal a crear sus propias organizaciones empresariales que contarán con su patronazgo, participación minoritaria en el capital o aportación de recursos. Con el *essaimage* se produce una descentralización por subcontratación con una empresa creada por los propios trabajadores que se desvinculan de la principal que adquiere el compromiso de suministrarles trabajo mediante subcontratas.

El otro mecanismo de descentralización encaja dentro de la denominación *contratas* que regula el artículo 42 ET y se caracterizaría por la no incorporación desde el inicio al proceso productivo de determinadas parcelas de su necesaria actividad que se encomiendan a empresas y personal externo. En este caso las garantías que desde la ley se establecen no buscan responsabilizar a la nueva persona del empleador en el contrato, sino ampliar el sujeto responsable de las obligaciones contractuales haciendo partícipe al empresario principal de determinadas obligaciones del empresario directo de los trabajadores. El objeto del debate consistirá en la delimitación de los supuestos de existencia de contrata frente a otros fenómenos de mera relación contractual interempresarial en el mercado de bienes y servicios, así como en la determinación de la extensión cuantitativa de la garantía.

El artículo 42 ET va a establecer la frontera entre las *contratas* y el resto de actividades empresariales interrelacionadas en el mismo proceso productivo en el hecho de que el contratista se dedique a la misma actividad que el empresario principal.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18-1-1995, Ar. 1995\514.

En definitiva las líneas de tendencia que marca actualmente el Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad exigible del empresario principal sobre las obligaciones para con los trabajadores directos del contratista, basculan entre limitar su ámbito subjetivo precisando el término propia actividad²⁶ y ampliar el contenido material abarcando prestaciones más allá de las estrictamente salariales²⁷.

²⁵ Ver García Rubio, M^a Amparo, en "Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente. la experiencia francesa", *Relaciones Laborales* n^o 18/96, pág. 27.

²⁶ Interesa también por su importancia aplicativa retener el criterio de la STS de 23-12-1996 Ar. 1996\9844 en cuanto dispone que: "Una interpretación del reiterado artículo 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto «contratas o subcontratas» celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de «concesión administrativa» ya que, de una parte, la generalidad de los términos «contratas o subcontratas» no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida."

²⁷ Sin embargo la reciente STS de 14-7-98, evitando la condena por salarios de tramitación, recupera la tendencia hacia la limitación de la responsabilidad de los empresarios principales a las obligaciones estrictamente salariales.

liza de una empresa a otra, entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero.

²³ Ver Fernández López, M^a Fernanda, en "Fusiones y escisiones. Aspectos laborales" en *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Ed. Trotta, Madrid 1994, pág. 124.

²⁴ Ver De las Heras Borrero, Manuel, y Lladó Arburúa, María, en "Mantenimiento de los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de cesión de empresas conforme a la Directiva 77/187/CEE: noción, jurisprudencia y propuesta de reforma", *REDT* n^o 83, Civitas, Madrid, 1997, págs 393 y ss

Las ETTs, empresas de trabajo temporal son el ejemplo más evidente de disociación entre riesgos y utilidad patrimonial del trabajo. Los trabajadores prestan su servicio al empresario denominado usuario, pero perteneciendo a la plantilla de la ETT que asume por sí todas las obligaciones derivadas del contrato laboral. A diferencia de la subcontrata, la ETT no realiza organizadamente por sí misma ninguna actividad del ciclo productivo de la usuaria. Su único cometido es proporcionarle los trabajadores que necesita para cubrir sus necesidades de contratación temporal, pero corresponderá a la usuaria el ejercicio de las facultades directivas sobre la persona del contratado no incorporado a su plantilla. Se crea con ello una relación triangular que desvanece el carácter sinalagmático del contrato de trabajo por cuanto su objeto, la actividad laboral, relaciona al trabajador y la usuaria pudiendo ésta ejercer su facultad directiva sobre el mismo, mientras que la causa del contrato, la retribución por los servicios prestados relaciona al trabajador con la ETT que también conserva frente al mismo la potestad disciplinaria asumiendo con ello la responsabilidad indemnizatoria en caso de despidos o extinciones injustificadas.

La ETT desde un punto de vista dogmático constituye la negación misma del contrato de trabajo ya que no es sujeto del contrato laboral quien recibe el trabajo ni organiza su prestación y por tanto quien ocupa el papel de empresario en la relación jurídica, sino una persona distinta e interpuesta entre el auténtico empresario y el trabajador que asume de hecho el papel de aquel en orden a las responsabilidades derivadas del contrato.

Además las ETTs cumplen otra función en el mercado de trabajo consistente en el abaratamiento de la mano de obra al establecerse condiciones retributivas distintas de las fijadas convencionalmente para la empresa usuaria y su personal de plantilla. Se resuelve con ello el escollo constitucional de trato igualitario entre trabajadores fijos y temporales al servicio de una misma empresa cuando realicen trabajo de igual valor. Con la interposición de la ETT y la ficción de ser ella quien contrate laboralmente al trabajador se va a permitir un tratamiento diferenciado con el que debiera dispensar la empresa usuaria.

Si estos son los fines a los que responde la institución, procederá cuestionarse hasta que punto su posible eficacia legítima su existencia. Ciertamente es que en determinadas ocasiones y ante necesidades de personal acuciantes por su imprevisibilidad puede ocurrir que la empresa usuaria precisara de una respuesta ágil en materia de personal que le permitiera una cobertura inmediata de determinados puestos de trabajo no permanentes, y cierto es por tanto que desde esta perspectiva las ETTs pueden servir para la creación de empleo inestable. Sin embargo las posibles inseguridades y desigualdades que introducen para con los trabajadores a su servicio ponen en entredicho su posible justificación social. Como en tantos otros casos el legislador podía haber previsto conjugar riesgos y necesidades reales introduciendo mecanismos correctores. Una posibilidad no desdeñable hubiera sido sólo autorizar aquellas ETTs que

se constituyeran a través de cooperativas de trabajo asociado²⁸. En tal caso el empresario interpuesto entre la usuaria y los trabajadores hubiera sido la propia cooperativa por ellos constituida y no un tercero para quien el mercado de trabajo constituye su propio mercado de bienes y servicios.

2.2. La trasposición de los principios garantistas del Derecho del Trabajo

Hasta ahora se ha podido ver como el Derecho del Trabajo que respondía a una voluntad sistemática de regular los conflictos que pudieran acontecer en el desarrollo del contrato de trabajo como institución jurídica clave para el desarrollo de las relaciones de producción en la economía de mercado, ha dejado en cierto sentido de cumplir esa finalidad social ya que de una parte el contrato de trabajo mismo en su definición clásica pierde relevancia al momento de la configuración jurídica de las nuevas relaciones de producción y de otra será la propia realidad social la que, considerándose constreñida inadecuadamente por el sistema normativo intente escapar del marco regulador.

Esta situación no deja de producir desazón a cualquier estudioso por múltiples motivos.

Ferrajoli²⁹ ha demostrado como el derecho vigente ha de cumplir en tanto que instrumento de solución de conflictos dos requisitos que no le vienen dados: el de validez y el de efectividad. Su posición filosófica, positivismo crítico según la denomina, aceptando como punto de partida la estructura kelseniana del ordenamiento, considera que el derecho vigente será válido en tanto las normas cumplan con aquellas que regulan su producción y que será efectivo cuando sus normas son observadas por aquellas cuya producción regula. De este modo el ordenamiento jurídico se configuraría en niveles jerárquicamente ordenados, siendo las leyes del nivel superior normativas respecto del inferior y por tanto justificarían su validez, mientras que las del nivel inferior se nos aparecen como presupuestos de hecho del nivel superior, justificando su eficacia³⁰.

Las cualidades indicadas aun cuando teóricamente se corresponden con lo que debería ser un ordenamiento jurídico ideal nunca existente en la realidad, no por ello deben despreciarse como instrumentos válidos para el análisis crítico del ordenamiento jurídico y más concretamente para determinar su eficacia instrumental para la solución del conflicto social.

Cuando el derecho no es válido deja de ser coherente y presenta en su edificio estructural antinomias protagonizadas por normas inferiores que chocan con los valores formales y sustantivos prefigurados por las normas superiores. Cuando el derecho es inefectivo su estructura se puebla de lagunas que atacan a su plenitud dogmática y lo

²⁸ La DA 2ª de la Ley 14/94 admite la posibilidad de que las ETTs se constituyan por cooperativas de trabajo asociado, pero no lo configura como el único cauce posible.

²⁹ Ver Ferrajoli, Luigi, en "Derecho y Razon. Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, Madrid, 1996, pág. 871.

³⁰ Ob. cit., pág. 872.

convierten en ineficaz para resolver el conflicto social.

Atendiendo a estos razonamientos, el Derecho del Trabajo se encontraría hoy en una difícil encrucijada, ya que se muestra incapaz de resolver todo conflicto social derivado del desarrollo de la actividad productiva profesional, generando con ello múltiples lagunas o espacios contractuales desregularizados; y en muchas ocasiones cuando lo resuelve lo hace desatendiendo sus propios presupuestos normativos así como los principios y valores que como derecho especial engarzado en el tronco constitucional debe respetar, ocasionando antinomias o contradicciones entre esos presupuestos y algunas de las diversas instituciones creadas por el mismo ordenamiento laboral.

Lagunas se producirían vgr. al constreñirse las fronteras del derecho del trabajo expulsando de su seno las actividades productivas parasubordinadas; antinomias admitiendo instituciones que niegan las consecuencias obligacionales del contrato de trabajo, vgr. las ETTs, pero también, cuando el proteccionismo del Derecho del Trabajo se distribuye irregularmente entre diversos colectivos sociales, dando lugar a meras posiciones de privilegio.

Así ocurre actualmente con los altos cargos y los deportistas profesionales. En ambos casos no existe justificación ideológica, ni siquiera metodológica para el personal de alta dirección vinculado por lo que no es sino un contrato de mandato civil, para incardinarlos en el ámbito proteccionista del Derecho del Trabajo al tiempo que se excluye al transportista con vehículo propio cuyo elevado salario se aplica mayoritariamente en la amortización del vehículo. Tampoco en esta misma línea existe hoy justificación para que el personal estatutario al servicio del Insalud siga acudiendo a resolver la mayor parte de sus conflictos laborales ante la jurisdicción social y no lo puedan hacer el resto de funcionarios. O viceversa, si estos deben pasar por la jurisdicción contenciosa, que el personal estatutario acuda a la laboral constituye comparativamente un privilegio carente de suficiente justificación.

Y estas interrogantes no son hoy día producto de especulaciones teóricas más o menos afortunadas, sino que derivan de problemas actuales, también advertidos en los países de nuestro entorno, a los que se intenta dar respuesta desde la ley y la jurisprudencia.

Centrándonos en la actividad productiva parasubordinada de la que en páginas atrás se trató, entendida ésta como aquella realizada de forma autónoma por el trabajador pero en régimen de dependencia económica del empresario comitente, se advierte como ha recibido diversa respuesta en los países vecinos.

En Italia se optó por una salida progresista en la Ley 749/59 y después en la 409/73 tipificando la figura: prestación de obra continuada, coordinada y prevalentemente personal, haciendo inderogables los derechos establecidos en su favor por la negociación colectiva y residenciando sus conflictos en el orden jurisdiccional laboral³¹.

En Francia, más recientemente y una vez instaurada la crisis, la opción pasa por establecer desde la ley, artículo 120-3 del Code du Travail incorporado por la Ley Madelin de 1994, la presunción *iuris tantum* de inexistencia del contrato de trabajo cuando la actividad la desarrollen personas inscritas en diversos registros profesionales: artesanos, industriales, comerciantes y profesiones liberales, lo que obliga a quien reivindique la naturaleza laboral del vínculo a acreditar la existencia de una subordinación jurídica permanente³².

En España, como ya se vio anteriormente, se ha procedido paulatinamente desde la Ley de Contrato de Trabajo hasta la reforma de 1994 a reforzar la presencia cualificadora de las notas de ajenidad y dependencia en el vínculo laboral y paralelamente a excluir constitutivamente de esta relación determinadas actividades: transportistas con vehículo propio y representantes de comercio, pero no se opta por ninguna regulación genérica y expresa del trabajo parasubordinado que, desterrado extramuros del Derecho del Trabajo, queda destinado a soportar un deficiente trato normativo desde los parámetros propios del Derecho Civil.

Ante este estado de cosas, con razón se cuestiona Molina Navarrete³³ acerca de que tipo de legalidad hay que preservar ante una sociedad dominada por una "racionalidad" económica que excluye de ella a amplias capas de la población y que fomentaría incluso soluciones normativamente ilegales pero económicamente eficaces, como controlar en definitiva democráticamente la "tiranía del fin" económico y garantizar la efectividad del ordenamiento, como impedir que el principio del cálculo económico se convierta en principio cúspide del ordenamiento jurídico.

El interrogante no parece que presente hoy soluciones claras, coherentes y plenas a todos los problemas que se suscitan. El envite que desde la economía se lanza en pro de un derecho postmoderno en el que frente a la uniformidad que exigiría cualquier sistema jurídico, prima la multiplicidad o diversidad de soluciones concretas a problemas concretos, y en el que frente al principio de jerarquía normativa se introduce la flexibilidad, es demasiado sugerente como para poder despreciarse, máxime si pese a todo no existen alternativas reales al propio sistema económico.

Propugnar hoy un Derecho del Trabajo con un elevado grado de efectividad dogmática significa reducir en lo posible sus lagunas aplicativas y por tanto:

— Ampliar sus fronteras acogiendo en su seno determinadas actividades profesionales realizadas bajo una marcada dependencia económica, ampliación que puede llevarse a cabo a través del

realidades económicas y sociales: ¿Un criterio en crisis?" en *Temas Laborales*, nº 40, Junta de Andalucía, pag. 68.

³² Esta información se obtiene de García Rubio, M^a Amparo, en "Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa", en *Relaciones Laborales* nº 18/96, pag. 32.

³³ Ver Molina Navarrete, Cristóbal, en "El *status* científico 'post-positivista' del jurista del trabajo y el interrogante sobre la condición de positividad de su nuevo derecho" en *REDT* n.º 83, Ed. Civitas, Madrid 1997, págs. 343 y ss.

³¹ Ver Ruiz Castillo, en ob. cit. págs. 14 y ss., así como Sanguinetti Raymond, Wifredo, en "La dependencia y las nuevas

mecanismo del artículo 2.1.i) ET, adicionando al catálogo existente nuevas relaciones laborales especiales.

— Reforzar el mecanismo de las presunciones volviendo al planteamiento de la LCT: del hecho de trabajar se presume la existencia de relación laboral.

A su vez, propugnar hoy un Derecho del Trabajo con un elevado grado de validez dogmática significa dotarle de coherencia interna reduciendo en lo posible sus antinomias y por tanto:

— Impedir en lo posible que la norma se fragmente en tantas soluciones como supuestos de hecho a regular.

— Invalidar aquellas soluciones contrarias a los presupuestos básicos del sistema.

La duda siempre será si estas soluciones resultan hoy económicamente viables y además si se acomodan a los importantes cambios productivos o si por el contrario la situación empuja a buscar alternativas menos compactas ideológica y dogmáticamente y particularizadas a los distintos casos concretos que se pretendan regular; de ahí la desazón a que conduce el actual estado de cosas.

No obstante, abocados a soluciones pragmáticas, convendría tener presente las siguientes reflexiones:

— El marco constitucional sigue siendo inamovible y con él los principios inspiradores del estado social y democrático de derecho que mandatan a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y grupos sociales sean reales y efectivas así como a remover los obstáculos que lo impidan o dificulten.

— Los derechos fundamentales, aplicables no sólo frente a los poderes públicos sino frente a situaciones jurídicas de poder detentadas por personas privadas, la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* ha sido plenamente asumida por el intérprete constitucional español, siguen constituyendo en su aplicación la mejor garantía de protección del individuo.

— El Derecho del Trabajo en este contexto constitucional sigue siendo un derecho garantista y proteccionista de las situaciones subordinadas en que se encuentra el trabajador en el contrato de trabajo. Los derechos fundamentales impregnan el contrato laboral en cualquiera de sus modalidades e instituciones jurídicas que del mismo deriven.

Por último, si el Derecho del Trabajo se ve obligado a recomponer sus fronteras, merecería la pena considerar hasta que punto sus finalidades garantistas no deberían hoy exportarse a otras parcelas del ordenamiento. A la crisis del Derecho del Trabajo le acompaña otra, si cabe más profunda del Derecho Civil³⁴. De una parte los derechos de propiedad y crédito resultan plenamente cuestionables como derechos fundamentales puesto que constituyen como se ha podido ver situaciones jurídicas de poder excluyentes y sometidas al tráfico mercantil, de otra emergen nuevos derechos que se corresponden con lo que se han denominado intereses difusos, cuyo objeto serían bienes globales de pertenencia mancomunada a toda la sociedad: el derecho a un adecuado medio ambiente, derecho a la protección frente a especulaciones económicas a gran escala, derechos de los consumidores, etc.³⁵. Ello conduce a la revisión no sólo de los principios de igualdad teórica y autonomía de la voluntad imperantes en el ordenamiento civil, sino también al diseño de un nuevo marco procesal.

En ambos casos el Derecho del Trabajo ha acumulado experiencias que bien pueden servir de punto de referencia válido para ser aplicadas a otros Derechos. De este modo achicaríamos las fronteras a cambio de la exportación de unos principios y metodología esencialmente válidos para otros ordenamientos. Obviamente el prurito en defensa del Derecho del Trabajo, no responde sólo a razones estéticas, que también, sino a las profundas razones de imperativo democrático a que conduce nuestra Constitución y que deberían aplicarse a cualquier ordenamiento jurídico específico.

Un ejemplo práctico de este mecanismo de exportación de garantías lo constituye, conforme entiende Sanguinetti³⁶, la Ley 12/92 antes comentada de Contrato de Agencia Mercantil, pues pese a que deslaboriza aquello que antes era relación laboral, traspa al vínculo civil elementos de protección muy significativos para una tutela del agente frente a su empresa.

Esta práctica no cabe duda que puede multiplicarse para otros supuestos y redondearse eficazmente con una nueva concepción del procedimiento civil para el que también sin duda la Ley Procesal Laboral aporta numerosas soluciones imaginativas, pragmáticas, eficazmente contrastadas en la práctica y plenamente asimilables.

³⁴ Con más amplitud en Navarro Fernández, Jose A. en "Garantismo, democracia y derecho civil", ob. cit., pags 1958 y ss.

³⁵ En este sentido ver Reich, Norbert en "Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica" en "Derecho y Economía social del Estado", Tecnos, Madrid, 1988, pág. 111.

³⁶ Ver Sanguinetti Raymond, Wilfredo, en ob. cit., pag 70

Seguridad en la construcción y responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Trascendencia del Real Decreto 1627/1997

Rafael SARAZA JIMENA

INTRODUCCION

El tema de la protección de la seguridad y la salud laboral en la construcción tiene una trascendencia social innegable, ya que tenemos en España una de las tasas más altas de siniestralidad laboral de los países de nuestro entorno, y el sector de la construcción es uno de los que destaca por su alta siniestralidad¹.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, y en concreto en lo que afecta al estudio de la responsabilidad de los distintos intervinientes en el proceso constructivo por las consecuencias de los accidentes de trabajo, el confusiónismo reinante en la normativa que regula la materia, la ambigüedad de muchas de estas normas —no se sabe bien si por torpeza del legislador o del “reglamentador” o por el deseo de no enfrentarse a los diversos sectores profesionales con intereses corporativos contrapuestos en esta materia—, la falta de una definición clara de atribuciones y consecuentemente de responsabilidades, la existencia de normas que se superponen unas a otras sin que quede claro cual es la regulación vigente que resulta de esa sucesión de normas de diverso tipo, dibujan un panorama poco atractivo.

En el Juzgado de Primera Instancia la cuestión que se plantea es la exigencia de responsabilidades civiles derivadas de un accidente. No se trata, pues, de decidir “a priori” sobre cuestiones atinentes a las atribuciones profesionales de los distintos técnicos y demás intervinientes en el proceso constructivo, conflictos entre distintos profesionales que se disputan entre sí la facultad de realizar el estudio de seguridad o de controlar dicha seguridad en la obra, o sobre la correcta organización y coordinación de dichos intervinientes cara a las fases de proyecto y ejecución de la obra. Se trata de dar una respuesta jurídica a una solicitud de indemnización por los daños —muerte o lesiones— sufridos por el trabajador de la construcción en un accidente laboral.

Normalmente, ha existido un proceso penal sobre la materia², que ha sido sobreesido o bien ha termi-

nado por sentencia absolutoria, y los perjudicados han acudido al juzgado civil a exigir una indemnización. El proceso civil en el que se exige tal indemnización responde a unos principios distintos de los que rigen el precedente proceso penal: ni existe un principio de “intervención mínima”, ni existe una presunción de inocencia que exija una rigurosa prueba de cargo que la destruya³.

Por otra parte, son aplicables por regla general a estos litigios de exigencia de responsabilidad civil como consecuencia de un accidente laboral, los principios en que se concreta la evolución de la institución de la responsabilidad civil en la mayor parte de sus facetas, tanto la extracontractual en general como las especificidades que han ido apareciendo en diversos campos —nuclear, aviación civil, responsabilidad del fabricante, etc.—, y que pueden resumirse en un proceso de objetivización con paulatina pérdida de importancia del factor culpabilístico, inversión de la carga de la prueba, progresiva importancia del principio de responsabilidad por riesgo, etc.⁴.

consultarse el artículo “Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de obras de la construcción”, de Carlos Almela Vich en *Actualidad Penal* nº 28, 13 al 19 de julio de 1998.

³ El Tribunal Constitucional ha declarado la inaplicabilidad del derecho a la presunción de inocencia en lo referente a las declaraciones de responsabilidad civil. Así, la STC 72/1991, de 8 de abril, declara:

“Igualmente ha de rechazarse la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia; la condena, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, por responsabilidad civil, no guarda relación directa con dicha presunción ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del artículo 24.2 de la Constitución; este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador y no a la responsabilidad indemnizatoria subsidiaria en el ámbito civil, aunque esta responsabilidad se derive de un delito declarado en Sentencia penal...”

En el mismo sentido, la STC 110/1993, de 25 de marzo, declara:

“Ante todo hay que decir que resulta fuera de lugar la invocación que se hace en el Auto de planteamiento de esta cuestión (49/1989) de la presunción constitucional de inocencia que, como regla general, no es de aplicación al enjuiciamiento civil de los asuntos y, en concreto, al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales (SSTC 52/1984 y 72/1991, entre otras muchas resoluciones)”.

⁴ Tan sólo reproducir unas palabras de Díez-Picazo que, a pesar del tiempo transcurrido desde que fueron escritas (“La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979), resumen muy acertadamente el nuevo enfoque de esta cuestión: “la evolución experimentada por la jurisprudencia en el curso de los últimos años hace más claro ese nuevo sistema de la responsabilidad civil, que hoy, lejos de buscar una moralización de la conducta, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas. Es lo que hemos llamado el principio *pro damnato* o la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño... () Van perdiendo paulatinamente importancia los demás factores que imponía la disciplina codificada. Prime-

¹ El 20% de los accidentes laborales corresponden al sector de la construcción, cuya población activa supone el 10% del total. En el primer trimestre de 1998, mientras que a nivel general el incremento de la siniestralidad laboral es de un 6,5%, en el sector de la construcción supera ligeramente el 14%. El porcentaje de accidentes graves y mortales en el sector de la construcción supuso en 1997 el 22% del total, y de los 1.070 trabajadores muertos en accidentes laborales, 253 lo fueron en el sector de la construcción (fuente. Boletín de Estadísticas Laborales).

² Sobre el tratamiento de esta cuestión en vía penal, puede

En consecuencia, y puede observarse en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la cristalización de este enfoque, la trascendencia social de este tema lleva a soluciones conforme a las cuales la víctima y su familia no han de correr con las consecuencias dañosas del accidente más que en los casos en que esté probada una culpa exclusiva de dicha víctima. En todos los demás casos, ha de procederse a la indemnización de las consecuencias lesivas del accidente laboral, si bien la indemnización habrá de ser minorada en caso de haber concurrido también una culpa exclusiva de la víctima. Mientras que en el ámbito penal la falta de una prueba rigurosa —prueba de cargo que destruya la presunción de inocencia— sobre cuál de los intervinientes en el proceso constructivo ha tenido con su actuación negligente una incidencia determinante en la producción del accidente laboral habrá de llevar a una sentencia absolutoria, en la jurisdicción civil esta situación no puede llevar en ningún caso a una sentencia absolutoria que deje sin indemnizar el percance sino, en todo caso y como regla general, a una solución de responsabilidad solidaria entre los intervinientes en el proceso constructivo que tengan atribuidas competencias en materia de seguridad laboral, como se analizará más adelante.

Por otra parte, y contemplando la cuestión desde una perspectiva estrictamente económica o economicista, perspectiva siempre delicada en esta materia, que está asociada a situaciones humanas tan graves, esta evolución de la legislación y, sobre todo, de la jurisprudencia —que ha llevado a un punto en el que se veda la posibilidad de que un siniestro de estas características quede sin cobertura indemnizatoria—, unida a la progresiva implantación de seguros que cubren la responsabilidad civil de los intervinientes en el proceso constructivo, conducen a una situación en la que se produce una distribución del riesgo entre un amplio número de personas, dado que por regla general las consecuencias lesivas de los accidentes laborales serán indemnizadas en base a esos contratos de seguro, cuyas primas serán abonadas en primera instancia por los intervinientes en el proceso constructivo pero lógicamente repercutidas en la retribución de su intervención profesional o empresarial, por lo que finalmente el coste de tales riesgos es distribuido entre el colectivo de particulares y empresas adquirentes de viviendas y locales, Administraciones comitentes de obras públicas, etc., lo que viene a equivaler a toda la sociedad. De este modo, se pasa de una situación en la que el accidente de trabajo era una

fatalidad que podía suponer la condena a la miseria del trabajador accidentado que tenía la mala suerte de sufrir el accidente, a una situación en la que el riesgo económico del accidente laboral se distribuye entre la sociedad en su conjunto a través del sistema de aseguramiento privado y de Seguridad Social pública.

Un adecuado sistema de Inspección de Trabajo y la represión penal para los supuestos de negligencia criminalmente reprochable, de un lado, de otro lado, un sistema de franquicias, bonificaciones y recargos por siniestralidad, y un mayor rigor en el examen, en vía judicial, de quién es el auténtico responsable del siniestro, que evite que tengan el mismo tratamiento el profesional o el empresario que muestra el máximo celo en la previsión de los riesgos y la evitación de los accidentes que el que no lo hace, han de completar el sistema.

EL BINOMIO ATRIBUCION PROFESIONAL-RESPONSABILIDAD

Es evidente que, en lo que se refiere a la exigencia en vía judicial de la responsabilidad civil por los daños causados por un accidente laboral, en principio es fundamental ver cómo está regulada la asignación de atribuciones a los distintos intervinientes en el proceso constructivo —fundamentalmente promotor, contratista y técnicos—, puesto que la responsabilidad viene fundamentalmente determinada por la relación del evento dañoso con las actividades propias de cada interviniente. El binomio responsabilidad-atribución profesional es, pues, esencial, y así ha sido considerado por la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.⁵

⁵ Así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1993, declara:

"Que éste [el arquitecto superior] supiera que sobre la cimentación y vaciado del solar había que instalar una grúa y que, además, no diere órdenes al aparejador, no son omisiones calificables de negligentes porque la negligencia, la falta de actuación culposa, requiere que la conducta positiva sea exigible conforme a los deberes propios de la profesión y encargo o que dicho actuar positivo sea la respuesta esperada y, por tanto, exigible en atención a la situación planteada, pero tales circunstancias no se dan en el caso de autos pues no le incumbe al arquitecto vigilar la colocación de utensilios auxiliares de la construcción ni se le ha consultado por la constructora ni por la arrendadora del pesado aparato, a pesar de que conocedora de sus características pesa sobre ella la comprobación del lugar donde la colocan sus propios operarios, previo requerimiento en su caso de los asesoramientos técnicos que correspondan".

Del mismo modo, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993, declara:

"Por otra, aun estimando que tal texto legal contiene un módulo de la diligencia que ha de observarse en la ejecución de cualquier obra de construcción de edificios, al establecer las medidas de seguridad que deben observarse en esa clase de trabajos a fin de evitar accidentes, es lo cierto que no existe precepto legal alguno que imponga a los arquitectos superiores la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo y si bien el artículo 210 de la citada Ordenanza obligaba al contratista, al haber sido adquirido el andamio que se rompió de segunda mano, a una prueba de reconocimiento y a una prueba a plena carga por persona competente, delegada de la Dirección técnica de la obra, o por esta misma, en su caso, tal mención a la Dirección técnica no ha de entenderse referida al arquitecto Superior director de la obra, sino al arquitecto técnico a quien el artículo 1.3 a) D 29-2-71 atribuye en la dirección de la obra el "controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad

ro la culpa mediante el juego de la inversión de la carga de la prueba o de la concepción de la responsabilidad propiamente sin culpa a través de los esquemas de la teoría del riesgo. Después los embates que experimente la figura de la causalidad como título de imputación. El paso de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada. La conclusión de todo ello, sencillamente expuesta, me parece que es que ya no hay que reparar porque existió antes una conducta reprochable, sino que hay que reparar a secas: que no se trata tanto de moralizar las conductas de los eventuales autores de los daños como de asegurar las indemnizaciones a las víctimas y que se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la mano de Dios para ver por todas partes la mano del hombre. No hay, pues, razón sólida que aconseje la resignación".

Resulta sorprendente que en este sentido la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo haya realizado una interpretación mucho más amplia de las normas reguladoras de las atribuciones profesionales en el sector de la construcción. Y al contrario que la Sala 1ª, que suele eximir de responsabilidad civil al arquitecto superior en los casos de accidentes laborales por entender que la normativa reguladora de sus atribuciones profesionales no le otorga ninguna relacionada con el control de la seguridad laboral en las obras de construcción, la Sala 2ª ha entendido que el hecho de que las normas reglamentarias atribuyan a los arquitectos técnicos las responsabilidades en este campo no exonera de posibles responsabilidades a otros profesionales y en concreto a los arquitectos superiores, y ha interpretado las normas reguladoras de las atribuciones profesionales en la construcción de modo que ha ampliado notablemente las obligaciones de los arquitectos superiores en relación al control de la seguridad y salud laboral en las obras, confirmando la condena penal impuesta al arquitecto superior en supuestos de accidentes laborales en los que se había infringido en la obra las normas de seguridad e higiene en el trabajo⁶.

del trabajo", no existiendo norma legal que imponga al arquitecto Superior tal obligación; en este sentido es de tener en cuenta que, como dice la S 22-11-71, "en orden a la diligencia debida, que la normal previsión, exigible al arquitecto director de las obras, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada, por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional, que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida"; de ahí que al no entrar dentro de sus específicas funciones relativas a la realización del proyecto y a la dirección de la obra, la de comprobar el concreto cumplimiento por el contratista o sus encargados de las medidas de seguridad previstas en los preceptos que se citan en la sentencia recurrida, ha de afirmarse la falta de responsabilidad del recurrente en el accidente acaecido por la rotura del andamio al no haber infringido el deber de diligencia que sobre él pesaba en relación con la obra en que se produjeron los hechos."

Las dos sentencias citadas versan sobre acciones entabladas con motivo de accidentes laborales en la construcción, y en ambas se absuelve al arquitecto superior de toda responsabilidad por entender que no entraba en el ámbito de sus atribuciones profesionales la adopción y supervisión de medidas de seguridad en obras de construcción.

⁶ En este sentido, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1991 declara:

"No cabe duda que la normativa vigente (D de 1971), siguiendo la anterior reglamentación (D de 1935), impone a los aparejadores o arquitectos técnicos, y en lo que aquí interesa, estas obligaciones: ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con "las reglas y normas de la buena construcción"; y "controlar las instalaciones provisionales, las medidas auxiliares y los sistemas de protección" (art. 1, ap. a), núms. 1 y 3 D de 1971).

Sin embargo, estas normas de tipo reglamentario, si bien hacen atribución a los arquitectos técnicos (aparejadores) de una serie de derechos y obligaciones que han de ejercer de modo directo en la obra de que son encargados, ello no quiere decir que esas atribuciones exoneren, sin más, de posibles responsabilidades a otros profesionales, ni, en concreto, a los arquitectos superiores encargados de los proyectos de las obras y su realización, pues entender lo contrario, sería amén de injusto, desconocer la realidad de la escala de valores jerárquica que toda empresa organizada nos ofrece, tanto en el aspecto de atribuciones como de subsiguientes obligaciones responsables.

Y esto es lo que, sin duda, las propias normas reglamentarias de referencia, tanto se interpreten desde el punto de vista literal, como lógico o finalista, nos están enseñando, ya que:

a) El ap. a) 1 art. 1, cuando habla de las atribuciones del aparejador como director ejecutivo material de las obras, siempre las está condicionando (las atribuciones) a lo ordenado por el arquitecto superior como proyectista y director principal de las

EL REAL DECRETO 1627/1997, DE 24 DE OCTUBRE

En materia de seguridad y salud laboral en las obras de construcción, la mayor innovación acaecida recientemente en cuanto a la normativa que la regula está constituida por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, en vigor desde el 25 de diciembre de 1997.

El Real Decreto 1627/1997 tiene por finalidad, según se reconoce en su exposición de motivos, desarrollar reglamentariamente en el campo de la construcción la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y transponer al Derecho Interno la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio⁷.

obras a realizar, y así, no en balde, el mismo precepto señala que la organización de los trabajos se efectuará "de acuerdo con el proyecto que las define... y con las instrucciones del arquitecto superior, director de las obras".

b) Además, cuando la norma (ap. 3ª) habla de las instalaciones provisionales, de los medios auxiliares de la construcción y de los sistemas de protección, emplea el vocablo "controlar" que es indicativo, no de ordenar o decidir previamente lo que ha de hacerse y cómo ha de hacerse, sino de procurar, con la diligencia debida (reglas de la buena construcción), el cumplimiento de lo ya previamente ordenado por el máximo responsable de la construcción proyectada, que no es otro que el arquitecto superior.

Para completar estos razonamientos, hemos de indicar lo que sigue:

a) Al tratarse de un delito de imprudencia por omisión, la figura del arquitecto como "garante" se deriva de manera clara de la propia narración fáctica de la sentencia impugnada, pues una de las obras importantes a realizar dentro de la misma construcción proyectada era la colocación de cuatrocientas pilastras de hormigón armado de peso y características que entrañaban, además de un evidente peligro, unos riesgos no esporádicos o de poca duración temporal, ni de incidencia rutinaria e intrascendente, sino todo lo contrario, de continuidad necesaria a través de todo o casi todo el tiempo de duración constructiva del edificio en su esencial estructura, de ahí que unido esto a la ubicación urbana del mismo, debieron acordarse desde el principio (en el mismo proyecto) las medidas de protección necesarias respecto, no sólo a los obreros, sino también a cualquier tercera persona.

b) Con arreglo a la O 9-6-71, el técnico superior está obligado a la "levanza" del "libro de órdenes y asistencias", obligación que refuerza su posición de "garante" como "barrera de contención del riesgo".

⁷ En el sistema de fuentes del Derecho comunitario la Directiva ocupa un lugar singular. El párrafo 3º del artículo 189 del Tratado CEE la define diciendo que "obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios".

La Directiva es una categoría original entre las fuentes del Derecho comunitario, concebida de acuerdo con las funciones particulares que caracterizan las disposiciones de los Tratados comunitarios que prevén su uso. Representa un método de legislación en dos etapas, que responde a la voluntad de los redactores de los textos constitutivos de las Comunidades, de ofrecer a las instituciones, junto al Reglamento, instrumento uniformador directo, una fórmula fundada en un reparto de tareas y en una colaboración entre las instancias comunitarias y las nacionales, más flexible y respetuosa de las particularidades internas, especialmente adaptada a la idea de la aproximación de las legislaciones estatales.

Mientras que la Directiva no estuvo transpuesta en nuestro Derecho interno, sus disposiciones no eran directamente aplicables en las relaciones jurídicas entre particulares, si bien a partir de la fecha en que la Directiva debía estar transpuesta a nuestro Derecho interno —el 31 de diciembre de 1993, según el art. 14 de la Directiva—, los órganos judiciales debían interpretar las normas de Derecho interno preexistente "a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva" a fin de conseguir "el fin útil de la misma", de acuerdo con lo declarado por varias sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en

Esta norma desarrolla la Ley de Prevención de Riesgos Laborales teniendo en cuenta las especialidades de este sector productivo, y concretamente de los intervinientes en el mismo, ya que en las obras de construcción hay sujetos que no son los habituales en otros ámbitos. El nuevo Real Decreto establece obligaciones para el promotor, el proyectista, el contratista y subcontratista, haciendo referencia a los trabajadores autónomos, tan usuales en el sector de la construcción —tanto los reales como los “falsos” autónomos—, creando la figura del coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, y tomando en consideración el hecho de que se trate de un sector con una elevada tasa de siniestralidad.

De acuerdo con su Disposición Derogatoria Única, deroga expresamente el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, modificado por el Real Decreto 84/1990, de 19 de enero, que era el que regulaba anteriormente esta materia⁸. En el régimen normativo conformado por este Decreto hoy derogado, resultaba suficientemente clara la atribución al arquitecto técnico de las facultades profesionales relativas a la adopción de medidas de seguridad en la construcción arquitectónica, tanto en la fase de proyecto como en la de ejecución, y de ahí su consiguiente responsabilidad por las deficiencias en la adopción de tales medidas⁹.

Respecto de la regulación contenida en este Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, la nueva norma en ocasiones reproduce con pocas modificaciones algunos epígrafes de esa regulación anterior —así ocurre por ejemplo con el art. 7 del nuevo Real Decreto, que reproduce algunos epí-

grafes del art. 4 del Real Decreto 555/86, o con el art. 13 del nuevo Decreto, que incorpora también algunos párrafos extraídos casi literalmente del art. 6 del antiguo Decreto—; y en otros aspectos, introduce elementos novedosos, fundamentalmente la figura del coordinador. Se prevé un coordinador en materia de seguridad y de salud durante el proyecto de obra, que ha de ser designado por el promotor de la obra cuando en el proyecto intervengan varios proyectistas, y otro coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra, que ha de ser designado por el promotor de la obra cuando en la obra intervienen más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos —art. 3, 1º y 2º, en relación al art. 2.1 “e” y “f”—.

Pero esta regulación sólo supone parcialmente la introducción de una nueva actividad sustantiva de prevención de riesgos laborales durante el proyecto y la ejecución de las obras. La actividad de prevención de tales riesgos venía ya prevista en el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, y concretamente la modificación operada por el Real Decreto 84/1990, de 19 de enero, atribuía esas funciones, en las obras de arquitectura, al arquitecto técnico: sería un arquitecto técnico quien debería realizar el Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo y realizar el seguimiento del mismo en la obra, integrándose a tal efecto en la dirección facultativa.

Lo que hace el Real Decreto 1627/1997 es, fundamentalmente, prever la coordinación de los trabajos de prevención y eliminación de riesgos laborales cuando existen varios proyectistas o varias empresas o trabajadores autónomos ejecutando la obra. Pero si bien en este caso de obras complejas, con intervención de una pluralidad de proyectistas y/o ejecutantes, se viene a colmar esta laguna de la anterior normativa, que no preveía la coordinación en estas labores, por el contrario el nuevo Decreto supone un paso atrás en cuanto a la clarificación en determinación de atribuciones y, consecuentemente, de responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo. Porque si el Real Decreto 84/1990, al modificar el 555/1986, deja clara la atribución de estas funciones de prevención de riesgos laborales y control de la seguridad en la obra al arquitecto técnico, al menos en lo que a las obras de arquitectura se refiere, el Real Decreto 1627/1997 vuelve a la indefinición y ambigüedad que caracterizaba tanto al RD 555/1986 en su redacción original como a la situación normativa anterior. Tanto a la hora de establecer quién ha de ser el coordinador, cuando tal coordinador deba existir, como quién ha de asumir las tareas relacionadas con la seguridad en la construcción durante la fase del proyecto —elaboración del estudio o estudio básico de seguridad y salud— y la fase de ejecución de obra —aprobación del plan de seguridad elaborado por el contratista y en general control de la observancia de las medidas de seguridad y salud laboral— en los casos en que no es preciso tal coordinador, el nuevo RD habla de “técnico competente” o bien atribuye tales funciones a la “dirección facultativa”, sin concretar a quién dentro de la misma.

Luxemburgo, como las de los casos “Marleasing”, “Faccini Dori” y “El Corte Inglés”, entre otras.

⁸ Pese a que la vigencia de los Reales Decretos 555/86 y 84/90 en todo aquello en que no contradijeran al nuevo Real Decreto 1627/97 es una tesis que supone dotar a la regulación de esta materia de una mayor seguridad jurídica, dado que tales Reales Decretos establecían una clara atribución competencial a los arquitectos técnicos en materia de seguridad en la construcción, sin embargo la claudia de la dición de la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1627/97, que hace una derogación expresa de dicha normativa, no permite, en mi opinión, mantener esta tesis, y tales Reales Decretos han de entenderse derogados en su totalidad.

⁹ Así se declara, por ejemplo, en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3ª, de 24 de noviembre de 1997, que afirma:

“En cuanto al recurso interpuesto por la representación de don Francisco, arquitecto técnico de la obra, en que se produjo el accidente, su responsabilidad solidaria, por el accidente sufrido por don José Luis, debe ser mantenida en los propios términos de la sentencia apelada, y abundando en las argumentaciones que se contienen en el f. j. 4º de la sentencia apelada, debe concluirse, que toda la normativa específica, reguladora de esta profesión, entre las que se encuentran, el D 19 de 1971, el RD 555/1986, la L 12/1986 de 1 abril, y el RD 84/1990 de 19 enero, imponen al arquitecto técnico, entre otras funciones específicas, el control de los sistemas de seguridad y protección de la obra, exigiendo cumplimiento por el contratista de las disposiciones vigentes, en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, cuya dirección técnica, vigilancia y comprobación le competen, de modo específico, sin que baste para exonerarle de tal obligación, la declaración genérica hecha constar en el Libro de Ordenes de la obra, que tienen un carácter teórico, y previo a la iniciación de la obra, sino que además sus obligaciones reglamentarias le imponen deberes específicos de comprobación y cuidado, en materias de seguridad e higiene en el trabajo, que, evidentemente fueron omitidas.”

LAS ATRIBUCIONES PROFESIONALES DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO EN RELACION A LA SEGURIDAD LABORAL

Esta indefinición que caracteriza al Real Decreto 1627/97 obliga a acudir, en buena medida, a las normas sectoriales reguladoras de las atribuciones profesionales de los diversos técnicos intervinientes en el proceso constructivo, para ver quién tiene atribuida la función de diseño y control de las medidas de seguridad, a efectos de ser considerado como el "técnico competente" del que habla el RD 1627/1997, o bien como el integrante de la "dirección facultativa" que ha de asumir tales funciones.

El problema es que la delimitación de las competencias o atribuciones de los técnicos intervinientes en las obras es otra materia que no se caracteriza precisamente por su regulación depurada.

Respecto de los arquitectos técnicos, sus atribuciones vienen reguladas en los Decretos de 16 de julio de 1935, el Decreto 265/1971, de 19 de febrero y la Ley 12/1986, de 1 de abril. En el artículo 1-A-3 del Decreto 265/1971 se establece como una de las "facultades y competencias profesionales" de los arquitectos técnicos: "Controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo". Por su parte, el artículo 2º.2 de la Ley 12/1986 atribuye a los arquitectos técnicos la elaboración de proyectos "de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza".

En lo referente a los arquitectos superiores, si bien existen normas que hacen referencia a algunas funciones tanto de los arquitectos superiores como técnicos —como por ejemplo el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, de normas sobre redacción de proyectos y dirección de obras de edificación—, de un modo muy genérico y sin una clara delimitación del reparto de tareas entre uno y otro profesional, la única norma de la que pueden inferirse cuáles sean las atribuciones profesionales de los arquitectos superiores es el Decreto 2512/1977, de 17 de junio, por el que se aprueban las tarifas de honorarios de los arquitectos, en la que se detallan los diversos cometidos profesionales a efectos de fijar sus tarifas¹⁰,

¹⁰ No puede dejar de sorprender el contraste entre la falta de una normativa clara sobre las atribuciones profesionales de los profesionales intervinientes en el proceso constructivo y la vinculación entre normas de tarificación y atribución de competencias. No sólo en el caso de los arquitectos superiores se observa esta vinculación, al ser la norma que fija los honorarios profesionales la única norma que fija de un modo mínimamente detallado sus competencias profesionales. También en el caso de los arquitectos técnicos, y en relación al concreto tema de la seguridad en la construcción, cuando el Real Decreto 84/1990 viene a modificar el Real Decreto 555/1986, determinando ya con claridad que las funciones relativas a la prevención de accidentes y control de medidas de seguridad corresponden al arquitecto técnico, se complementa esta concreta atribución de facultades profesionales con la creación de nuevos apígrafos de tarifas profesionales de los arquitectos técnicos. De este modo, parece que a efectos normativos existe un claro binomio entre atribución de competencias y creación de la tarifa retributiva de

y así parece haberlo entendido la Sala 1ª del Tribunal Supremo¹¹.

Pues bien, en dicha norma no se hace mención a función alguna relacionada con la realización de un estudio de seguridad durante la fase de proyecto o al control del cumplimiento de las normas y planes de seguridad durante la ejecución de la obra

De esta situación normativa resultaría que, pese a la derogación de los Reales Decretos 555/86 y 84/90, la función del control de la seguridad laboral en las obras de construcción, tanto en fase de proyecto como de ejecución, corresponde a los arquitectos Técnicos, de acuerdo con la normativa que regula sus atribuciones profesionales, y en concreto el Decreto 265/1971, de 19 de febrero y la Ley 12/1986, de 1 de abril¹².

TRASCENDENCIA DEL ARTICULO 14 DEL REAL DECRETO 1627/97 EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS TECNICOS POR ACCIDENTES LABORALES

La afirmación realizada en el anterior apartado precisaría algunas matizaciones, a la vista de la concreta regulación del nuevo Real Decreto 1627/1997. En el artículo 14 de esta norma, al regular la "paralización de los trabajos", se establece

tales facultades profesionales, reconociéndose en alguna norma posterior que las normas tarifarias presentan aspectos no económicos, como son los relativos a delimitación de atribuciones profesionales, y así ocurre por ejemplo con la Disposición Derogatoria de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales, que establece que "queda, igualmente, derogado el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio [regulador de las tarifas de honorarios de los arquitectos superiores], salvo en sus aspectos no económicos y en particular en lo establecido en los siguientes puntos de las tarifas de honorarios ..."

¹¹ La Sentencia de 22 de mayo de 1995, dictada en un litigio no relacionado con un accidente laboral en la construcción sino relativo a una reclamación de indemnización derivada del derrumbamiento del inmueble propiedad de la actora, declara.

"...ha de tenerse en cuenta el alcance de las obligaciones profesionales de todo arquitecto cuando interviene en una construcción abarcando tanto la redacción del proyecto con la memoria explicativa (proyecto que habrá de ser respetado por el contratista) así como su ulterior participación en la dirección de la obra, todo ello, con base a lo expuesto en el RD 2512/77 de 17 junio sobre Aprobación de Tarifa de Honorarios..."

¹² Así se declara en la antes mencionada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993, conforme a la cual

"...tal mención a la Dirección técnica no ha de entenderse referida al arquitecto Superior director de la obra, sino al arquitecto técnico a quien el artículo 1.3 a) D 29-2-71 atribuye en la dirección de la obra el "controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad del trabajo".

En similar sentido, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994, declara:

"A los aparejadores o arquitectos técnicos se atribuye la inmediata inspección de la obra, ordenando y dirigiendo su ejecución material e instalaciones, el control de las instalaciones provisionales, medios auxiliares de la construcción y sistemas de protección y la exigencia de las disposiciones vigentes sobre seguridad en el trabajo, por lo que parece claro que correspondía a los deberes profesionales de los aparejadores el cuidar de la adopción de las medidas necesarias para la protección y seguridad de la construcción".

En esta segunda sentencia, si bien no se citan las normas concretas que establecen esta atribución de facultades profesionales, la terminología empleada muestra con claridad que se trata del Decreto 265/1971, de 19 de febrero y no del Real Decreto 555/1986, en la redacción dada por el Real Decreto 84/1990

que "sin perjuicio de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 21 y en el artículo 44 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa observase incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, advertirá al contratista de ello, dejando constancia de tal incumplimiento en el libro de incidencias, cuando éste exista de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 13, y quedando facultado para, en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores disponer la paralización de los tajos o, en su caso, de la totalidad de la obra".

Se observa en este precepto que se atribuye a "cualquier persona integrada en la dirección facultativa" la función de advertir al contratista del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, dejando constancia de tal incumplimiento en el libro de incidencias y quedando facultado para disponer la paralización de los tajos o de la totalidad de la obra si hubiera riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores. Esta atribución, además, se hace incluso para el caso de que existiese un coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, pues se utiliza una conjunción copulativa "o", que implica que tal atribución de paralización de la obra se concede tanto a uno, el coordinador, como a otros, los demás integrantes de la dirección facultativa, y no a los segundos para el caso de que no exista el primero.

Habida cuenta del binomio atribución profesional-responsabilidad a que antes se ha hecho referencia, ha de entenderse que al establecerse como atribución de cualquier integrante de la dirección facultativa, sea o no el coordinador en materia de seguridad y salud, la de advertir al contratista del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud y la de paralizar la obra en circunstancias de riesgo grave e inminente, ha de predicarse también la responsabilidad de estos miembros de la dirección facultativa en los supuestos de accidentes laborales producidos en caso de no haberse ejercitado tales atribuciones profesionales previstas en este Real Decreto.

Entiendo que esta atribución contenida en el artículo 14 ha de ser ponderada a la vista del cargo que cada integrante de la dirección facultativa desempeña, y en concreto me refiero a una mayor exigibilidad de diligencia en este campo a quien ostente el cargo de coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, en los casos en que dicha figura haya de ser designada por tratarse de una obra en la que participen varias empresas y/o trabajadores autónomos, y también de las atribuciones que cada categoría profesional tiene asignada, dado que, como se ha expuesto antes, la normativa que regula las competencias profesionales de Arquitectos Superiores y de Arquitectos Técnicos atribuyen a éstos las atribuciones profesionales relacionadas con la seguridad.

Pero también los otros componentes de la direc-

ción facultativa, concretamente los arquitectos superiores, están afectados por esa atribución profesional contenida en el artículo 14 del Real Decreto 1627/1997, sin que les releve de la misma el hecho de que en la dirección facultativa exista un coordinador o, caso de no ser este preciso, un arquitecto técnico. Este deber de diligencia es especialmente remarcable en los supuestos de riesgo evidente, en los que no cabe escudarse para permanecer inactivo en la falta de una previsión normativa clara de funciones profesionales relacionadas con la seguridad laboral, sobre todo a partir de la nueva norma citada¹³.

En consecuencia, cuando el riesgo es evidente, cualquier miembro de la dirección facultativa está obligado a ejercitar las funciones que le atribuye el artículo 14 del RD 1627/1997, sin que valgan excusas de que existe un coordinador o de que la tarificación de los arquitectos superiores no prevé ningún epígrafe relativo a la seguridad laboral en la obra.

Lo que sí parece evidente es que cuando exista un coordinador en materia de seguridad y salud laboral durante la ejecución de la obra, será quien en mayor grado haya de responder del cumplimiento de las adecuadas medidas de seguridad, y en concreto de las previstas en el estudio de seguridad y en el plan de seguridad, y que todos los accidentes provocados por defectos de coordinación entre las diversas empresas o trabajadores autónomos intervinientes en la obra serán de su responsabilidad, por ser dicha coordinación en materia de seguridad función específica suya, no delegable ni compartible con los demás técnicos que integren la dirección facultativa.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMAS INTERVINIENTES EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO¹⁴

El promotor de la obra también tiene una serie de obligaciones que le vienen impuestas por el RD 1627/97: la de designar el coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y durante la ejecución de la misma cuando así proceda conforme al artículo 3, sin que dicha designación "exima al promotor de sus responsabilidades" —apartado 4º del art. 3—; la de

¹³ A este tipo de situaciones parece referirse la Sala 1ª del Tribunal Supremo cuando en su sentencia de 15 de septiembre de 1997 declara:

"La valoración racional y lógica del resultado probatorio acabado de referir, permite concluir, en coincidencia con el criterio mantenido en las sentencias de 1ª y 2ª instancia, que fueron tan elementales las medidas precautorias que no se adoptaron, —ausencia de carteles anunciadores del peligro y de muro de protección que impidiese acercarse a la obra— y tan previsible el riesgo dañoso potencial, que la exigibilidad de tales medidas afectaba a cualquier persona o entidad que tuviera alguna clase de participación en orden a la ejecución de la obra, y ello, en razón a que la misma era singularmente peligrosa en función de las propias características que ofrecía y del lugar de su emplazamiento"

¹⁴ El artículo 2 del R D 1627/97 contiene un catálogo de definiciones, tanto de las obras y trabajos que constituyen el supuesto de hecho de aplicación de la norma, como de los distintos intervinientes en el proceso constructivo.

que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud o un estudio básico de seguridad y salud, dependiendo de la envergadura de la obra constructiva —art. 4—, a cuyo efecto habrá de designar un “técnico competente” o bien será el coordinador designado por el promotor el que haya de elaborar o hacer que se elabore dicho estudio —art. 5-1º—. Además, entiendo que es imputable al promotor una responsabilidad por culpa “in eligendo” cuando la elección del contratista que ha de ejecutar la obra o de los técnicos que han de proyectarla e integrar la dirección facultativa, especialmente el “técnico competente” que ha de ostentar el cargo de coordinador, sea inadecuada por la falta de cualificación o especialización de dicho contratista o de dichos técnicos, a la vista de las concretas características de cada obra.

En cuanto al contratista, como empresario de los trabajadores de la obra de construcción, el ordenamiento jurídico le atribuye numerosas e importantes obligaciones cara a la seguridad laboral de sus empleados. Conforme al artículo 19.4 del Estatuto de los Trabajadores, está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene; conforme al artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en cumplimiento del deber de protección deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, y conforme al artículo 14.3 de dicha norma legal, estará obligado a cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Asimismo, conforme al artículo 42.2 de dicha norma legal, el contratista tiene una responsabilidad solidaria para el cumplimiento de tales obligaciones con relación a los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas.

En virtud de lo dispuesto en el RD 1627/97, el contratista deberá elaborar, en aplicación del estudio o del estudio básico de seguridad y salud, un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en dicho estudio o estudio básico, con inclusión de las propuestas de medidas alternativas de prevención, plan que podrá ser modificado por el contratista en función del proceso de ejecución de obra, la evolución de los trabajos y las posibles incidencias o modificaciones que puedan surgir a lo largo de la obra. Para todo ello necesita la aprobación del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución o, si dicha figura no existiera por no ser precisa, de la dirección facultativa, sin que el Decreto distinga dentro de la misma cuál habrá de ser el técnico que otorgue tal aprobación —art. 7—. Asimismo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto, en relación al artículo 15 y concordantes de la Ley 35/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, los contratistas tienen unas importantes obligaciones en materia de seguridad, como son las de aplicar los principios de acción preventiva recogidos en el artículo 15 de la referida ley de Prevención de Riesgos Laborales, y concretamente desarrollar las tareas o actividades que enumera el artículo 10 del Decreto, cumplir y hacer cumplir a su personal el

plan de seguridad y salud, cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, informar y proporcionar instrucciones adecuadas a los trabajadores autónomos sobre las medidas que hayan de adoptarse en lo que se refiere a su seguridad y salud en la obra, atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa.

De acuerdo con el apartado 2º del citado artículo 11, los contratistas y subcontratistas serán responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en lo relativo a las obligaciones que les correspondan a ellos directamente o a los trabajadores autónomos por ellos contratados, respondiendo solidariamente de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de las medidas previstas en el plan. El último apartado de dicho artículo establece la significativa mención de que las responsabilidades de los coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor no eximirán de sus responsabilidades a los contratistas y subcontratistas.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones la responsabilidad de los contratistas por los accidentes laborales sufridos por sus trabajadores, e incluso ha entendido que la responsabilidad del técnico interviniente en la obra no puede exculpar de la suya a dicho contratista¹⁵. Es difícil prever un supuesto en el que el contratista quede exonerado de responsabilidad por un accidente laboral —salvo naturalmente aquellos casos en que el accidente se daba únicamente a la culpa

¹⁵ Así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 declara:

«... Doña Feliciano contrató los servicios de don Miguel, quien a continuación de su nombre ponía “Arquitectura y Demolición”, para que llevase la dirección técnica de la de la casa ruinosa y para el efectivo derribo a la empresa “Grúas Manuel M” de Hellín para la cual trabajaba el fallecido, pero el Juzgado afirma que “la dirección de las obras de derribo, si bien correspondían a Miguel, fue asumida en parte por Manuel, empresario para el que trabajaba el fallecido, el cual en colaboración con aquel decidía, entre otros aspectos, sobre el lugar idóneo de colocación del camión grúa”, siendo ésta, la colocación del camión a 2 metros 10 centímetros de la fachada, una de las causas eficientes del trágico suceso (informe del Inspector de Trabajo y Seguridad Social; actuaciones penales seguidas), extremo en el que se insiste con el fundamento 3º al decir... “Manuel, como empresario, estuvo al pie de la obra, adoptando decisiones conjuntamente con Miguel y referida fundamentalmente al lugar de colocación del camión grúa, que, por lo dicho en el fundamento anterior, no era el lugar más idóneo y desde luego causa técnica principal que desencadenó el fatal desenlace”».

Por su parte, la Audiencia resalta: que... “la caída de un trozo de pared alejaba sobre la cabina del camión-grúa que el fallecido manejaba, originada por el gran estrépito y vibración que el derribo con la punta de un pilar de casi 1.000 kilos fue, sin duda, la causa eficiente del evento dañoso” y que, en consecuencia, “obvia es la responsabilidad del empresario a cuyo servicio trabajaba el fallecido causante de los actores, porque dueño del camión-grúa que la demolición hacía y experto en trabajos de esa clase y naturaleza debió y pudo prever las posibles contingencias que pudieran originarse y tomar las medidas necesarias para la evitabilidad de un dañoso resultado, sin que la presencia en la obra de un técnico deje sin efecto su obligación de observar y tener la diligencia debida, la racional y humanamente exigible, con arreglo a las circunstancias del caso y conocimientos del agente, para evitar en lo posible que algún daño ocurriera, como con acierto se razona por el juzgador “a quo”, poniendo los medios necesarios y a su alcance para su obligación de vigilancia y diligencia cumplir, con negativa incluso de obediencia al técnico en evitación de un posible riesgo”.

exclusiva del trabajador accidentado—, pues incluso en los supuestos en los que el estudio de seguridad y salud laboral sea inadecuado o defectuoso, ha de recordarse que en desarrollo del mismo el contratista ha de elaborar un plan de seguridad y salud laboral —art. 7 RD 1627/97—, con inclusión de propuestas de medidas alternativas de prevención. Debe entenderse que al ser el contratista un profesional de la construcción, debe tener los conocimientos técnicos suficientes para paliar las deficiencias que pudiera presentar un inadecuado estudio de seguridad y salud laboral, haciendo las propuestas alternativas al respecto¹⁶.

JURISDICCION COMPETENTE

Sobre este particular, ha de recordarse que recientes sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998, siguiendo la doctrina anteriormente sentada en varias resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia del propio Tribunal Supremo, han declarado la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de reclamaciones contra el empresario en solicitud de indemnización por accidente laboral cuando se ha producido infracción de las normas de seguridad y salud laboral¹⁷.

Pero en los casos en que junto al empresario contratista sean también demandados otros intervinientes en el proceso constructivo, y concretamente los técnicos proyectistas e integrantes de la dirección facultativa, la jurisdicción competente será la civil, por cuanto que dichos profesionales son ajenos a la relación laboral existente entre el trabajador siniestrado y su empresario, lo que excluye la competencia de la jurisdicción laboral.

COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACION EN VIAS LABORAL Y CIVIL

La reiteradamente reconocida compatibilidad entre la indemnización del accidente de trabajo satisfecha en el ámbito laboral, normalmente mediante

la concesión de una pensión por la incapacidad producida por el siniestro, y la reclamada ante la jurisdicción civil¹⁸, ha llevado a la Sala 1ª a declarar incluso que las prestaciones de carácter laboral reconocidas al trabajador que ha sufrido el accidente laboral no pueden minorar la indemnización que se reclame en vía civil¹⁹. El tema es delicado y merece un análisis cuidadoso.

Por un accidente laboral, con independencia de la conducta del empresario, y por tanto con carácter objetivo, en atención a la incapacidad temporal o permanente causada, el trabajador tiene derecho a la correspondiente prestación por incapacidad laboral o por invalidez. Parece lógico que esta prestación, que es concedida por el sistema público de Seguridad Social y con carácter objetivo, no sea tenida en cuenta en una posterior reclamación civil,

¹⁸ Recuérdese que, como se ha dicho, hasta hace bien poco la Sala 1ª del Tribunal Supremo aceptaba la competencia de la jurisdicción civil incluso para las reclamaciones dirigidas por este motivo exclusivamente contra el empresario, y que parece que esta jurisdicción seguirá siendo la competente cuando se demanda solidariamente a contratista y técnicos.

¹⁹ En este sentido, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 declara:

“...se impugna la determinación por el Tribunal “a quo” de la repetida cuantía, al haberse tenido en cuenta para ello, la posesión que percibe el actor a consecuencia de su incapacidad y establecida por la autoridad laboral competente; en el fundamento de derecho duodécimo de la sentencia de 1ª instancia, aceptado y tenido por reproducido en la que es objeto de este recurso, se dice que “es prudente fijar dicha indemnización por culpa extracontractual en la cantidad de 7.000.000 ptas. por ser su estado el de soltero sin cargas familiares y que por su invalidez, en el orden laboral percibe una pensión de 87.172 ptas. (f. 272) debiendo dicha pensión ser tenida en cuenta a los efectos de la indemnización obtenida y estimándose con ello suficientemente amparado”.

Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SS 5 enero, 4 y 6 octubre y 8 noviembre 1982, 9 marzo, 6 mayo, 5 julio y 28 octubre 1983, 7 mayo y 8 octubre 1984, y 2 enero 1991), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 del Código Civil) que es la culpa o negligencia no penadas por la ley; así lo declara el artículo 97, ap. 3ª TR LGSS, aprobado por D 2065/74 de 30 mayo, al disponer que “cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la Entidad Gestora o Mutua Patronal, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades”.

En estos casos, el trabajador o sus derechos habientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente”, compatibilidad que se reitera en el número 3, artículo 93 según el cual “la responsabilidad que regula este artículo es independiente con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”.

Al no entenderlo así el Tribunal “a quo” y tener en cuenta la indemnización de orden laboral que, en forma de pensión, ha sido reconocida a favor del aquí recurrente, ha infringido el artículo 1902 y la interpretación jurisprudencial expuesta ya que la minoración de la indemnización procedente en esta vía jurisdiccional por razón de aquella pensión, supone hacer incompatibles las responsabilidades de una y otra naturaleza que traen su origen en el accidente sufrido por el trabajador; consecuentemente, procede estimar en este sentido el submotivo A) del motivo segundo, con la casación y anulación parcial de la sentencia, debiendo incrementarse la indemnización concedida en la cantidad de 13.000.000 ptas.”

¹⁶ Ello choca con la realidad tantas veces denunciada de la falta de una normativa en nuestro país que exija a los empresarios del sector de la construcción una mínima habilitación profesional. En España cualquier persona puede ser empresario de la construcción, sin necesidad de acreditar unos mínimos conocimientos profesionales, y sea cual sea la dificultad y volumen de la obra que realice. Sólo en casos muy concretos algunos concursos y subastas de obras exigen dotaciones de personal y maquinaria para poder ofertar.

¹⁷ Declara sobre este particular la citada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1998:

“...cuando se ejercita una pretensión, como la de autos, con base a la infracción del empresario de las adecuadas medidas de seguridad, control, vigilancia que por razón del contrato de trabajo devienen exigibles, —a través de la extinta Ordenanza o de cualquier otra normativa posterior— y tanto se inste la tutela por vía contractual —arts. 1101 y ss. del C.c.— como a través de la aquiliana del artículo 1902 C.c., el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, y que late en cada uno de esos preceptos, no es posible descolgarlo de aquella disciplina del contrato de trabajo, y, por tanto, la competencia de este orden social deriva incuestionable por todo lo razonado; por lo cual, procede, y sin necesidad de examinar el recurso, y por la prioritaria necesidad de purgar de oficio la propia competencia, entender que deberá cederse el conocimiento de la misma, al correspondiente orden social de derecho...”

por cuanto que su naturaleza no es indemnizatoria y dado que quien está obligado a prestarla no es el empresario ni ninguna otra persona que pudiera ser responsable del accidente.

Ahora bien, en el caso de que el empresario haya incurrido en infracción de las medidas de seguridad y salud laboral establecidas reglamentariamente, al trabajador le es reconocido un recargo sobre la indemnización —caso de invalidez permanente parcial— o pensión —caso de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez— con cargo directamente al empresario, cantidad que además no puede ser objeto de aseguramiento²⁰.

Si se acude a la jurisdicción civil demandando al empresario que ha infringido las medidas de seguridad —conjuntamente con el promotor, los técnicos, etc., puesto que caso de dirigirse la acción exclusivamente contra el empresario la jurisdicción competente sería la social, como se ha indicado antes—, de no tenerse en cuenta, a la hora de fijar la indemnización, el recargo impuesto al empresario —que tiene el carácter de sanción administrativa pero de cuyo producto se beneficia no el erario público sino el trabajador— se estaría concediendo una indemnización doble por un mismo hecho generador de un determinado quebranto económico y moral.

Si se considera que las consecuencias dañosas de un accidente laboral —tanto las estrictamente económicas como las encuadrables de uno u otro modo en los daños morales— han de valorarse en determinada cantidad de dinero, entiendo que si se acude a la jurisdicción civil cuando ya por vía de recargo se ha abonado al trabajador parte de esa cantidad, no tenerlo en cuenta a la hora de fijar la indemnización en la jurisdicción civil supondría una duplicidad de indemnizaciones por un mismo hecho, aunque basadas en distintas normativas, es decir, en definitiva, una indemnización total superior a la que se considera adecuada para las consecuencias lesivas del accidente. Por eso entiendo que al dictarse sentencia en la jurisdicción civil, una vez analizadas y valoradas las consecuencias dañosas del accidente, y fijada la cantidad total que para indemnizar dichas consecuencias se entiende procedente, si por vía de recargo de prestaciones ya se ha

abonado cierta cantidad, la misma habrá de ser minorada de la indemnización que se conceda por el juzgado de primera instancia.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE COORDINADOR

Puede plantearse el supuesto de que, aun concurriendo los supuestos previstos en el artículo 3 del RD 1627/97 para que proceda el nombramiento de un coordinador en materia de seguridad bien en la fase de proyecto, bien en la de ejecución, o en ambas, dicha designación no se haya producido, y en tal caso que consecuencias ha de tener tal omisión en la responsabilidad por un accidente laboral. En primer lugar, es evidente que hay una responsabilidad del promotor, pues es el promotor quien tiene la obligación de realizar tal designación. Pero estimo que no se limita al promotor tal responsabilidad. Entiendo que los técnicos que intervienen en la obra conservan la responsabilidad propia de sus atribuciones en materia de seguridad y salud laboral, y sobre este particular ha de recordarse lo establecido en el Decreto 265/1971, de 19 de febrero y la Ley 12/1986, de 1 de abril, en virtud de los cuales los arquitectos técnicos tienen la atribución profesional relativa al control de las medidas de seguridad en proyecto y ejecución de la obra.

En todo caso, el hecho de que los técnicos integrantes de la dirección facultativa de la ejecución de la obra acepten llevarla a cabo sin la presencia del coordinador podría implicar, en mi opinión, la extensión a estos técnicos de la responsabilidad derivada de la falta de coordinación entre las distintas empresas intervinientes, dado que han aceptado formar parte de esa dirección facultativa conscientes del incumplimiento de una norma esencial de la normativa de prevención de accidentes laborales, que por su cualificación técnica y profesional han de conocer. En relación a los arquitectos técnicos, ha de recordarse que el Decreto 265/1971 les otorga la atribución profesional de "controlar... los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo", y entre esta exigencia del cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo ha de estar la de designación de un coordinador en materia de seguridad y salud en la fase de ejecución cuando concurren los requisitos establecidos en el RD 1627/97.

Otro tanto podría predicarse de los técnicos proyectistas que acepten realizar el proyecto sin la presencia de un coordinador en materia de seguridad y salud laboral, en el caso de que el accidente de trabajo pueda imputarse a problemas de coordinación en la fase de proyecto, dado que se trata de técnicos que por su cualificación profesional han de tener conocimiento de dicha exigencia legal y han de velar porque el proyecto se redacte con sujeción a la normativa vigente, una de cuyas exigencias es la presencia de tal coor-

²⁰ El artículo 123 de la vigente Ley General de la Seguridad Social (TR RDLeg. 1/1994, 20/06/94), bajo el título "Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional", establece:

"1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirlo, compensarlo o transmitirlo.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción."

dinador cuando en la fase de proyecto intervienen varios proyectistas²¹.

No obstante, hay que recordar que las funciones del coordinador en la fase de ejecución de la obra son sustancialmente, conforme al artículo 9 del RD, las de coordinar y planificar en materias de seguridad —aparte de los extremos relativos aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista, letra c) del apartado 2º del artículo, y a adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra—, por lo que independientemente de las cuestiones de coordinación y planificación, el resto de los integrantes de la dirección facultativa, y en concreto los arquitectos técnicos, siguen conservando sus atribuciones profesionales en materia de seguridad laboral.

CARGA DE LA PRUEBA. SOLIDARIDAD. LITISCONSORCIO

A la vista de la evolución de la jurisprudencia en esta materia de responsabilidad civil, especialmente en materias de acentuado contenido social como es el de la siniestralidad laboral, la falta de una prueba consistente sobre cuál de los intervinientes en el proceso constructivo ha tenido una incidencia determinante en la producción del accidente laboral no ha de llevar a una sentencia absolutoria que deje sin indemnizar el percance. Entiendo que los principios imperantes en esta materia —atenuación del principio culpabilista, inversión de la carga de la prueba, objetivización progresiva de la responsabilidad con acentuación del principio de responsabilidad por riesgo—, no es el demandante, la víctima o su familia, quien ha de probar de modo perfecto cual de los intervinientes ha actuado de forma negligente y con incidencia causal relevante en la producción del accidente. Producido el accidente laboral y las consecuencias dañosas del mismo, cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo habrá de probar de modo suficiente, y teniendo en cuenta sus concretas atribuciones —recordemos lo dicho sobre el binomio atribución profesional-responsabilidad—, que ha actuado de un modo diligente, cumpliendo con sus obligaciones en materia de seguridad laboral. Y caso de que se alegue la existencia de culpa exclusiva de la víctima, también será la parte demandada en el proceso quien haya de probarlo. Caso de que no se prueba dicha culpa exclusiva de la víctima, si no resulta acreditado cuál de los intervinientes en el proceso constructivo tuvo una actuación negligente

²¹ Ha de recordarse que en la elaboración de la Directiva 92/57/CEE, cuya transposición al Derecho interno ha sido llevada a cabo por el Real Decreto 1627/97, tuvo gran influencia el conocido como "Informe Lorent", elaborado en 1992, que analizaba los accidentes mortales ocurridos en el sector de la construcción en el ámbito geográfico de la Unión Europea, una de cuyas conclusiones era que los siniestros laborales en la construcción, en contra de lo que pudiera pensarse en un principio, no tienen todos su causa en los problemas de la propia ejecución de la obra, sino también en los problemas de proyecto y en los problemas de planificación, atribuyendo un porcentaje aproximado de 1/3 para cada uno de estos apartados. De ahí que el legislador diera enorme importancia a estos aspectos de proyecto y planificación, cuando lo habitual, hasta entonces, era centrar la atención en el desarrollo de la ejecución de la obra.

determinante en la producción del accidente, entiendo que tal falta de prueba no ha de perjudicar a la víctima, y que los intervinientes en el proceso constructivo con cuyo ámbito de atribuciones esten relacionadas las circunstancias que determinaron el accidente laboral habrán de responder solidariamente frente al perjudicado, y ello sin perjuicio de que posteriormente, en su relación "ad intra", puedan discutir su concreta responsabilidad individual, bien atribuyendo a uno sólo de ellos la total responsabilidad, o bien distribuyéndola en distintas cuotas proporcionales en atención a la gravedad de cada una de ellas. Ello también implica la imposibilidad de estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en caso de que se haya omitido dirigir la demanda contra uno de estos intervinientes en el proceso constructivo, en los supuestos en que no esté suficientemente determinada la implicación de cada interviniente en la causación del accidente²².

Ahora bien, esto no equivale a la condena automática de los profesionales o técnicos demandados, sin entrar a valorar cual es su atribución profesional, o, caso de que entre sus atribuciones profesionales esté la de controlar y vigilar las medidas de seguridad laboral, sin entrar a considerar si cumplió o no cumplió diligentemente con las funciones propias de su cargo. Porque si de lo actuado en el proceso resulta que un determinado accidente laboral aconteció en relación a un supuesto ajeno a

²² En este sentido, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, declara.

"1ª Que es doctrina constante de esta Sala la de que siendo el concepto de culpa la única explicación teórica y pragmática del supuesto generador de la indemnización que deriva de culpa extracontractual, cuando esta es imputable a más de un sujeto, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente (SS 20 mayo 1968, 20 febrero 1970, 3 enero 1979, 6 noviembre 1980, 27 noviembre y 30 diciembre 1981, 3, 4 y 28 mayo, 27 octubre y 29 noviembre 1982, 30 mayo y 13 septiembre 1985, 7 febrero 1986 y 1 diciembre 1987), estableciéndose la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes, ya sea como empresarios, promotores, constructores o técnicos, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos condenados o intervinientes en la vía que proceda (SS 21 noviembre 1959, 15 y 28 noviembre 1970 y 15 noviembre 1972), doctrina esta recientemente reiterada en S 21 abril 1993, al proclamar que, en los supuestos de culpa extracontractual, en el caso de haberse producido el evento dañoso indemnizable por la acción u omisión de diversas personas, y no siendo posible la individualización o cuantificación de las referidas actuaciones, surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad

² Que es igualmente doctrina de esta Sala que, en tales supuestos de solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social en los casos de responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, es permisible dirigirse contra cualquiera de los obligados sin necesidad de demandar a todos, de manera que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, estando, como está, bien constituida la relación jurídico procesal (SS 3 enero 1979, 30 diciembre 1981, 25 mayo 1982, 21 octubre, 14 noviembre y 19 diciembre 1984, 7 febrero 1986, 16 octubre 1987 y 20 febrero 1989).

³ Que, en el supuesto que nos ocupa, admitida por la resolución recurrida la participación de los demandados, en la relación de causalidad que implicó la producción del accidente laboral originador de los daños objeto de acción ejercitada en la demanda, ha de concluirse la válida constitución de la relación jurídico procesal y consiguiente inestimabilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que acepta la resolución recurrida, que, por estimación de este motivo, debe ser casada, entrandose a conocer del fondo de la demanda y confirmandose la resolución del Juzgado de Primera Instancia que la estima parcialmente "

las atribuciones profesionales de un determinado técnico, y que los técnicos encargados de vigilar y controlar las medidas de seguridad actuaron diligentemente, es claro que procede su absolución²³. Lo contrario supondría, en base a supuestos criterios de inspiración social, realizar caridad con el dinero ajeno.

De todos modos, ha de advertirse que en muchas ocasiones la jurisprudencia sobre esta materia es poco expresiva, a veces porque la técnica procesal casacional hace que las sentencias del Tribunal Supremo no entren en cuestiones de interés desde el punto de vista sustantivo o incluso no pueda llegar a saberse las circunstancias que rodearon los hechos, o porque la imposibilidad de "reformatio in peius" unido al hecho de que alguno de los intervinientes en el proceso constructivo condenado en la instancia no haya recurrido hace que la resolución

del Supremo sea poco significativa sobre la responsabilidad real de cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo. Asimismo, en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo abundan los "obiter dicta" que no pueden ser tomados como constitutivos de la doctrina jurisprudencial.

Por último, no puede dejarse de observar que la novedad de las reformas normativas en esta materia, la confusa o inexistente regulación legal de las atribuciones de los intervinientes en el proceso constructivo, que no sólo afecta a la cuestión de los accidentes laborales sino también a otros muchos relacionados con la construcción, siendo paradigmática la insuficiencia o práctica inexistencia de regulación normativa de las atribuciones profesionales de los técnicos intervinientes en las obras arquitectónicas²⁴, hace que cualquier consideración sobre esta materia no pueda ser tomada más que como un intento de aportar elementos a un debate abierto.

²³ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 25 de marzo de 1994 declara:

«Llegados a este punto y refiriéndonos concretamente al arquitecto don... debe señalarse que por la jurisprudencia se ha declarado recientemente que "es lo cierto que no existe precepto legal alguno que imponga a los arquitectos superiores la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo", añadiéndose que "no entra dentro de sus específicas funciones relativas a la realización del proyecto y a la dirección de la obra la de comprobar el correcto cumplimiento por el contratista o sus encargados de las medidas de seguridad previstas" (Stª T.S. 27-11-93 y en igual sentido la de 29-10-93); consiguientemente no puede estimarse que el Sr. ... deba estar incluido en la responsabilidad solidaria que se declaró en relación a..., en anterior pleito.

Pasando ahora a la posible responsabilidad del Aparejador Sr. ... que se dijo debía compartir con la aseguradora apelada, hay que acordar en primer lugar los escasos datos que aparecían evidenciados en las actuaciones a los que se ha aludido con anterioridad; no obstante sí que aparece justificado que por el arquitecto técnico, don ... se redactó un Estudio de Seguridad e Higiene referido al edificio en el que se produjo el accidente laboral (folios 134 a 202), señalándose concretamente que los huecos de los ascensores en cada piso llevaran protecciones realizadas a base de barandillas metálicas provistas de rodapié (folio 161); en este sentido cabe añadir que según declaró, don ..., que intervino en la construcción del edificio de autos en calidad de encargado, sabía que había asignado a tal obra un estudio de Seguridad e Higiene y que de acuerdo con el mismo se habían adoptado las oportunas medidas de seguridad, añadiendo que le consta que los huecos estaban convenientemente protegidos (folios 207-210); es decir, en razón de dichas declaraciones prestadas por persona muy cualificada consta que las instrucciones impartidas por el Sr. ... en relación a las medidas de seguridad que debían aplicarse al edificio en construcción por ... llegaron a conocimiento de esta empresa que realizaba las obras y que incluso llegaron a adoptarse, por tanto la responsabilidad del Aparejador quedó cubierta, sin que pueda saberse en que momento dejaron de observarse las prevenciones indicadas respecto a la protección de los huecos que debían de recibir los aparatos ascensores que eran las apropiadas; sin que resulte por ello aceptable que se alegue el que en un momento determinado, y no se sabe por cuanto tiempo, dejaron de cumplirse tales medidas preventivas y que de este incumplimiento deba responsabilizarse al Sr. ... que ciertamente no tenía obligación de permanecer continuamente en las obras, lo cierto es que este último ordenó a la empresa constructora que tomase unas medidas de protección adecuadas y que éstas en un momento determinado y por iniciativa de la constructora se sustituyesen por otras distintas e ineficaces, no estimando admisible que el incumplimiento de las repetidas indicaciones en el caso de autos deba imputarse al arquitecto técnico que cumplió su función debidamente, por ello no puede compartir la responsabilidad de lo sucedido, que se considera recae única y exclusivamente sobre la repetida sociedad.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos y conclusiones obtenidas, necesariamente debe darse lugar a las apelaciones promovidas por los Sres. ... arquitecto y aparejador y consiguientemente debe revocarse la sentencia impugnada dando lugar a otra por la que se absuelva de la demanda a los disidentes »

²⁴ Ha de recordarse aquí la interpretación que el Tribunal Supremo ha tenido que hacer del artículo 1591 del Código Civil regulador de la responsabilidad decenal, incluyendo a intervinientes como el promotor o el arquitecto técnico de los que nada dice dicho precepto legal.

INTERNACIONAL

La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)¹

María del Mar CARRASCO ANDRINO

Bajo el nombre de "*restorative justice*" ha ido tomando forma durante los últimos veinte años una nueva corriente político-criminal en los Estados Unidos, que persigue dar un mayor protagonismo a los intereses de la víctima. La crisis del movimiento resocializador y de la idea de tratamiento² producida en los años sesenta y setenta dio paso en los ochenta a las ideas de restitución penal y de reconciliación con la víctima y la sociedad. Comprobada la ineficacia del tratamiento reformador³ ante el incremento de la reincidencia y las escandalosas desigualdades a las que había conducido el sistema de sentencia indeterminada, en el que aquél se apoyaba, se propone, por un sector doctrinal, la vuelta a un retribucionismo renovado: la llamada teoría del *just desert*; mientras que otro sector aboga por un cambio de orientación en el Derecho penal, ahora enfocado hacia la víctima del delito⁴. A esta última tendencia es a la que se adscriben el movimiento reparador y la nueva teoría de la "justicia restauradora".

Los programas de mediación directa entre el delincuente y la víctima constituyen uno de estos procesos restauradores⁵ en los que se busca una solu-

ción de carácter transaccional, cuyo objetivo es alcanzar un acuerdo de restitución que reconcilie a ambas partes (delincuente y víctima), facilitando con ello su reintegración en la comunidad.

Ambos fenómenos —la introducción de elementos reparadores y de la mediación en el Derecho penal—, no dejan de ser perturbadores por cuanto se trata de instrumentos propios del Derecho privado⁶, y que como tales obligan a cuestionarse su compatibilidad con la naturaleza y fines del Derecho penal, así como su delimitación con el Derecho privado. A mayor abundamiento, si se defiende la existencia de la reparación como una nueva sanción penal, habrá que fijar acto seguido los criterios de diferenciación respecto de la responsabilidad civil ex delicto.

Este movimiento ha alcanzado una dimensión internacional⁷ como lo ponen de manifiesto los textos promovidos en el seno de organismos internacionales como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa. Así, podemos citar el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en agosto y septiembre de 1985, en el que se presenta la "*Declaración de principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y el abuso de poder*". Por su parte, en el ámbito europeo destaca la "Convención europea sobre la reparación de las víctimas de los delitos violentos", de 24 de noviembre de 1983, así

¹ El presente trabajo se ha beneficiado de una beca de investigación postdoctoral concedida por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia en resolución de 12 de junio de 1988 (BOE de 16 de junio de 1988) para una estancia en el Hastings College of the Law de la Universidad de California, en San Francisco. Debo agradecer al profesor Bisharat la inestimable ayuda prestada para el desarrollo de este trabajo, así como la buena acogida que recibí de todos sus miembros, y en particular del Decano Leo Martínez, quien me facilitó toda la infraestructura necesaria, y del prof. Bill Wang por sus útiles consejos.

² Sobre este particular, vid. entre otros, Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. adecuada al Código Penal de 1995 por Mª Isabel Valdecabres Ortiz, Valencia, 1996, págs. 763 y ss.; Boldova Pasamar, M.A.: "Las penas privativas de libertad", en Gracia Martín, L./Boldova Pasamar, M.A./Alastuey y Dobón, M.C.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, Valencia, 1996, págs. 93 y ss.; Landrove Díaz, G.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ª ed., Madrid, 1996, págs. 55 y ss.

³ Vid. sobre el particular, Loewy, A.H.: *Criminal Law*, 20 ed., St. Paul, Minnesota, 1987, págs. 2 y ss.

⁴ Silverman, E.: "National Report about United States of America", en Eser, A./Walther, S. (Ed.): *Reparation in Criminal Law, International Perspectives*, vol. 2, Freiburg im Breisgau, 1997, págs. 15 y ss.

⁵ De acuerdo con sus defensores se distingue entre procesos y resultados restauradores. Entre los primeros, además de los programas de mediación entre el delincuente y la víctima, se

encuentran las reuniones del grupo familiar (*family group conferencing*), aplicadas sobre todo en el ámbito de la justicia de menores, la prevención del crimen a través de asociaciones vecinales, etc. Como resultados restauradores destacan la reparación, los trabajos en beneficio de la comunidad, los servicios de asistencia a la víctima, la compensación, los programas de rehabilitación para el delincuente, etc. (por todos, Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for restorative justice", en *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 54).

⁶ Sobre el fenómeno privatizador en el ámbito de la ejecución penal, vid. al respecto el artículo del profesor Del Rosal Blasco, B.: "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1990, págs. 557 y ss.

⁷ Sobre la dimensión internacional de los programas de asistencia a las víctimas, vid. Landrove Díaz, G.: *La Moderna Victimología*, Valencia, 1998, págs. 59 y ss.; García-Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada 'victimización terciaria' (el penado como víctima del sistema legal)", en *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, págs. 296 y ss.

como la recomendación R (85)11 aprobada por el Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, en la que se anima a la introducción de medios de solución extrapenales (mediación o conciliación) para el conflicto criminal, en sustitución de los procedimientos formalizados⁸. Asimismo, el tema ha sido objeto de discusión en diversos congresos y seminarios internacionales como el patrocinado por las Naciones Unidas en Italia en 1991 sobre "El conflicto, el crimen y la reconciliación: la organización de la intervención del Estado social en el campo de la justicia reparadora", en donde específicamente se discutió sobre la aplicación de los programas de mediación entre la víctima y el delincuente.

Estas nuevas ideas han sido ya recogidas por algunos legisladores europeos como es el caso de la República Federal de Alemania⁹, Francia¹⁰, Grecia¹¹ o Italia¹², en los que no sólo se ha dado cabida a la reparación dentro de la dogmática del delito, sino que además se ha introducido por la vía de la conciliación o la mediación entre el delincuente y la víctima como alternativa o sustitutivo de la prisión¹³.

En España, el legislador de 1995 ha reconocido cierto valor a la reparación. Por un lado, se le ha atribuido relevancia a los efectos de mitigación de la pena bien como *atenuante genérica* (art. 21.5^a Cp)¹⁴

⁸ Para un comentario sobre dichos textos internacionales, vid. Landrove Díaz, G.: *La Moderna...*, ob. cit., págs. 52 a 55 y 59 y ss.

⁹ En este país no sólo hay que destacar la presentación por un grupo de profesores de derecho penal alemanes, suizos y austriacos de un Proyecto alternativo de Reparación en 1992, sino también modificaciones legislativas como La *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze* (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994, que introdujo el § 46, a) y modificó los §§ 56, 56, b) y 59 a) StGB (sobre ello, vid. la clara y esquemática exposición de Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación». en *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 184 y ss.). Asimismo, la *Jugendgerichtsgesetz* de 1990, en sus §§ 45.3, 45.10, nº 17 y 47, permite al fiscal, con el acuerdo del Tribunal, sobreseer el caso cuando exista una escasa culpabilidad del sujeto, o después de que este haya alcanzado un acuerdo con la víctima o, al menos, si ha realizado esfuerzos para ello. El Tribunal dictará, seguidamente, una orden de mediación o compensación.

¹⁰ La introducción de la tradicional figura del *conciliateur* en el ámbito del Derecho penal, una especie de mediación, se produjo en 1978, favorecida por el principio de oportunidad que rige en la persecución de los delitos para la fiscalía (art. 40 del Código de procedimiento penal). En este mismo Código de procedimiento penal, art. 469, se prevé la posibilidad de renunciar a pena siempre que sirva a la resocialización del autor y se hubieran reparado los daños y cesado las consecuencias sociales del hecho (vid. Witz, C.: "Der conciliateur in Frankreich – eine alternative zur staatlichen Justiz?", en *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen*, Bonn, 1989, págs. 239 y ss.).

¹¹ Alexiadis, S.: "Victim offender reconciliation schemes in the Greek Justice System", en *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, págs. 309 y ss.

¹² Centomani, P./Dighera, B.: "The new Juvenile Penal Procedure Code and the Reparation-reconciliation Process in Italy: a chance for a possible change", en *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, págs. 355 y ss.

¹³ Sobre la aplicación práctica y las peculiaridades de los distintos países, vid., Dunkel, F.: "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños. desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del derecho penal en el Derecho comparado", en *Victimología*, San Sebastián, 1990, págs. 116 y ss.

¹⁴ Aun cuando esta circunstancia no era extraña a nuestro Derecho, pues su aparición se remonta al Código penal de 1822 (vid. sobre el particular, Alvarez Garcia, F.J.: "Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5^a Código penal)", en

o de forma *específica*¹⁵ en la malversación cuando se produce el reintegro de la cuantía malversada (art. 433 Cp) o en el quebrantamiento de custodia cuando se restituye al menor (art. 225 Cp), en los delitos contra la protección del patrimonio histórico y medio ambiente cuando se repara el daño causado (art. 340 Cp); bien como *excusa absolutoria*¹⁶ en relación con algún grupo de delitos, a saber, los que se dirigen contra la hacienda pública (art. 305.4 Cp), contra la seguridad social (art. 307.3), en el fraude de subvenciones (art. 308.4 Cp), en el delito de discriminación en el empleo (art. 314 Cp), en el falso testimonio (art. 462 Cp). En cuanto a la *forma de la reparación*, aparte de la pecuniaria, el Código penal se refiere específicamente a la publicación de la sentencia, respecto de los delitos de injurias y calumnias (art. 216 Cp) y de los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288 Cp), y la demolición de la obra en los delitos sobre la ordenación del territorio (art. 319.3 Cp).

Por otro lado, el Estado ha establecido un sistema de *ayudas públicas* en favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁷ a través de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, cuyo reglamento se ha aprobado por RD 738/1997, de 23 de mayo. Asimismo, el 18 de julio de 1997 se aprobó por Real Decreto 1211/1997 el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo¹⁸.

La *mediación* no es tampoco un fenómeno ajeno a nuestro sistema jurídico, pues en el ámbito de la *justicia de menores*¹⁹ ya se ha venido empleando en unos casos, los menos, como *una alternativa al procedimiento judicial* a través de la reparación previa a la comparecencia²⁰, con base en el artículo 15,

Cuadernos de Política Criminal, nº 61, 1997, págs. 241 y ss.), el nuevo Código de 1995 ha dejado claro su carácter objetivo, eliminando toda referencia a los "impulsos de arrepentimiento espontáneo" que llevaron a la jurisprudencia a una interpretación subjetiva de esta atenuante (*ibidem*, págs. 244 y ss.).

¹⁵ Cfr. Larrauri Pijoán, E.: "La reparación", en Cid Moliné, J./Larrauri Pijoán, E. (Coord.): *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona, 1997, pág. 193, nota 40.

¹⁶ En este sentido se manifiesta Larrauri Pijoán, E. "La reparación", en Cid Moliné, J./Larrauri Pijoán, E. (Coord.) *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona, 1997, pág. 194.

¹⁷ La fundamentación teórica de este sistema de ayudas públicas se ha buscado en el carácter de Estado social que corresponde al Estado español y que se expresa en la responsabilidad de la sociedad por la prevención del delito (cfr. Landrove Díaz, G.: *La Moderna...*, ob. cit., págs. 57 y 58, una visión de las distintas posturas doctrinales al respecto se ofrece por Tamant Sumalla, J.M.: *La Reparación a la Víctima en el Derecho Penal (Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Político-criminales)*, Barcelona, 1994, págs. 27 y ss.).

¹⁸ Para una exposición de su contenido, vid. Landrove Díaz, G.: *La Moderna...*, ob. cit., págs. 147 y ss.

¹⁹ Fue en Cataluña donde se inició el funcionamiento de los programas de mediación a través de la Dirección General de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en concreto, el 1 de mayo de 1990 (cfr. Giménez-Salinas i Colomer, E.: "La conciliación víctima-delincuente hacia un derecho penal reparador", en *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, pág. 362).

²⁰ En este momento, el menor prácticamente sólo ha tenido contacto con el equipo técnico, ocasionalmente puede haber declarado ante el Fiscal (vid., sobre el particular, Ayora Mascairell, L.: "Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores", en Cid Moliné, J./Larrauri Pijoán, E.: *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona, 1997, pág. 264).

regla 60 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores; en otros, como *condición de la suspensión del fallo*, según dispone el artículo 16.3 de la citada LO 4/1992. De modo que, en el primer caso, el menor, antes de pasar a la situación procesal de imputado, puede elegir entre reparar a la víctima o continuar con el procedimiento judicial. En este sentido, es suficiente para la paralización de todas las actuaciones procesales con que se comprometa a reparar el daño causado. Por lo que se refiere a la suspensión del fallo, ésta podrá ser acordada por el juez de Menores, en atención a la naturaleza de los hechos, siempre que el menor y los perjudicados acepten una propuesta de reparación extrajudicial²¹, de la que se valorará su sentido pedagógico y educativo para el menor.

Siguiendo esta misma tónica el *Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores* aprobado por el Gobierno el 16 de octubre de 1998 establece, en su artículo 19, la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente cuando el menor se haya conciliado con su víctima o haya asumido un compromiso de reparación²². El prelegislador ha querido distinguir claramente la conciliación de la reparación. En concreto, el artículo 19.2 del Proyecto limita el contenido de la conciliación a una expresión de arrepentimiento y de petición de disculpas por parte del menor, siempre que éstas sean aceptadas por la víctima; mientras que la idea de reparación alude a la asunción de un compromiso de llevar a cabo determinadas actividades bien en favor de la víctima o del perjudicado, bien en favor de la comunidad. La mediación, artículo 19.3 PLORM, es el proceso elegido para alcanzar la conciliación y/o la reparación, cuya moderación se encarga al equipo técnico. De modo que si el menor cumple con el compromiso de reparación asumido o se concilia con la víctima se solicitará el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal (art. 19.4 PLORM). En caso contrario (incumplimiento) se continuará con la tramitación del procedimiento (art. 19.5 PLORM). Se llama la atención, asimismo, sobre el dato de que estas medidas han quedado expresamente fuera del ámbito de la responsabilidad civil²³, lo que abre la discusión a favor de su posible naturaleza penal²⁴. Si bien es

cierto que ninguna de ellas, ni la conciliación ni la reparación, se encuentran entre las medidas enumeradas por el artículo 7 PLORM²⁵. También se reconoce efectos a la conciliación entre el menor y la víctima en fase de ejecución de las medidas, después de dictarse sentencia condenatoria. En este sentido, el artículo 51.2 PLORM estipula que el citado acuerdo de conciliación puede dejar sin efecto la medida impuesta "cuando el juez, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado defensor, el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

En este contexto consideramos de interés someter a discusión el empleo de medios de solución transaccionales a través de la aproximación a lo que ya es práctica habitual en países como Canadá, Gran Bretaña o Estados Unidos: los procesos de mediación entre el delincuente y la víctima. Dedicaremos, pues, una primera parte al análisis de las causas que motivaron su aparición, para después abordar la descripción de las clases y el funcionamiento particular de estos programas, dejando, en fin, para un último momento la consideración de la nueva filosofía restauradora en la que se inspiran.

Antes de comenzar, sin embargo, conviene precisar cual es el concepto de restitución que de aquí en adelante va a emplearse. El término restitución se utiliza, entre los defensores de la *restorative justice* en un sentido muy amplio, más bien equivalente a la idea de resarcimiento²⁶. Comprende cualquier actividad dirigida a reparar el daño o a restaurar a la víctima en la situación previa a la comisión del hecho delictivo, siempre que se realice a cargo del delincuente²⁷. Si, en cambio, la actividad reparadora en favor de la víctima corre a cargo de fondos estatales, entonces el término que se emplea es el de "compensación"²⁸.

nes para que el Ministerio Fiscal desista del expediente por estos motivos tienen que ver con la "gravedad y circunstancias de los hechos y del menor", haciéndose una referencia especial a la ausencia de violencia o intimidación, aspectos propios del injusto. Por otra parte, la Exposición de Motivos del Proyecto conecta expresamente la conciliación y la reparación con los fines educativos y de resocialización que se asignan a las medidas penales a imponer a los menores que cometen delitos (vid especialmente los puntos 7 y 13 de la Exposición de Motivos)

²⁵ Sucintamente estas medidas son: internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, internamiento terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada simple o con supervisión intensiva, convivencia con una familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socioeducativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas

²⁶ Lo usual es que el concepto de restitución se reserve para la reparación en especie, esto es, para la devolución del bien sustraído, mientras que el concepto de reparación se aplica a cualquier otra prestación equivalente, no necesariamente de carácter pecuniario.

²⁷ Cfr. Boldt, R.C.: "Criminal Law: restitution, criminal law, and the ideology of individuality", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, pág. 970.

²⁸ Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach and reconciling the discordant: mediation in the criminal justice system", en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1497. Silverman, E. "National Report: United States of America", en Eser, A./Walther, S. (Ed.): *Wiedergutmachung in Kriminalrecht*, Inti-

²¹ El profesor Landrove Díaz, G. critica el empleo de esta terminología por el legislador, ya que dicha reparación se produce en el contexto de un proceso penal. Prefiere por ello hablar de "reparación procesal conciliada" (vid. en *La Moderna .. ob. cit.*, págs. 189 y 190).

²² Textualmente el artículo 19.1 PLORM dice "También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe".

²³ Así se extrae del último inciso del artículo 19.2 PLORM que, después de definir lo que se entiende por conciliación y reparación, textualmente dice: "todo ello con independencia de lo establecido en esta Ley sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta".

²⁴ En este sentido, hay que tener en cuenta que las condicio-

1. LAS BASES IDEOLÓGICAS DE LA MEDIACIÓN EN DERECHO PENAL

Aunque han sido varios los hechos que motivaron el nacimiento de un fuerte sentimiento de insatisfacción popular con respecto al funcionamiento de la administración de justicia²⁹, básicamente son dos los que se han conectado con la aparición de los programas de mediación: la crisis de la prisión y el redescubrimiento de la víctima por el Derecho penal.

Por un lado, se advierte una necesidad de cambio, de reforma del sistema penal, motivada en parte por la ineficacia que había demostrado la pena privativa de libertad para la consecución de los fines de prevención general y especial, especialmente en lo referente a la rehabilitación del delincuente. A ello se sumaba la constatación de los elevados costes que suponía el mantenimiento de una prisión. En efecto, entre los años setenta y noventa se produjo un fuerte incremento de la población carcelaria³⁰, que no se correspondía con un incremento paralelo ni de la población general ni tampoco del índice de criminalidad. Es más, se llega a constatar que esta mayor severidad en la aplicación de la pena de prisión no se traducía, sin embargo, en una disminución de la tasa de reincidencia. Más bien, al contrario, ésta acababa siendo mayor³¹. Estos datos generaron la discusión sobre la utilidad de la prisión, cuestionándose si no habría alguna alternativa a ésta, que fuese menos costosa y algo más efectiva.

Por otra parte, el gran número de asuntos pendientes de resolución judicial impedía a los Tribu-

nationale Perspektiven, Band 2, Freiburg i. Breisgau, 1997, págs. 40 y 87 y ss

²⁹ Así se reconoce como uno de los factores que provoca la insatisfacción popular con la administración de justicia la escasa libertad del juez para determinar la condena. Este sólo puede optar entre imponer una pena privativa de libertad o colocar al condenado en *probation*, lo que no permite dar una respuesta adecuada a las peculiaridades de los diversos tipos de delincuente (vid., entre otros, Mauer, M.: "Alice in wonderland goes to criminal court, or, how do we develop a more effective sentencing system?", en *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, págs. 262 y 263). Por otra parte, hay que tener en cuenta que la rigidez del sistema penal al que nos referimos es consecuencia de los abusos y arbitrariedades que durante los años setenta se habían producido bajo el sistema de sentencia indeterminada (*ibidem*, págs. 265 y 266). De acuerdo con él la determinación de la condena, dentro del amplio margen fijado por el juez, así como la decisión de conceder la libertad condicional (*parole*) quedaba en manos de órganos administrativos con un amplio margen de arbitrio y discrecionalidad (sobre el funcionamiento de este sistema penológico, vid. Del Rosal Blasco: "Las prisiones privadas...", cit., en *ADPCP*, II, 1990, págs. 567 y ss.). Para contrarrestar estos abusos se vuelve en los años ochenta al sistema de sentencia determinada, estableciéndose un conjunto de normas obligatorias para los jueces en el momento de dictar sentencia condenatoria conocidas como *sentenceguidelines*.

³⁰ La población carcelaria llega a cuadruplicarse, de forma que Estados Unidos se convierte en el segundo país del mundo, después de la URSS, con mayor índice de encarcelamientos, cfr. Mauer, M.: "Alice in wonderland...", cit., *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, pag. 260., MKA, H.: "The practice and prospect of victim-offender programs", en *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2193 y 2194.

³¹ Vid. al respecto, los datos citados por Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *N.C.L.Rev.*, 72, 1994, págs. 1492 y ss., en 1991 el total de penados en las prisiones norteamericanas asciende a unos 820.000, lo que supone un incremento de la población carcelaria del 149% respecto de 1980. Por otro lado, la tasa de reincidencia en 1983 se cifra en un 41%.

nales dar un tratamiento adecuado a la gran mayoría de casos³². Es por ello que, ante esta situación, y contando con los buenos resultados alcanzados en la resolución de los asuntos civiles a través de la mediación y de otros medios extrajudiciales, se proponga por algunos autores su aplicación en la resolución de los conflictos penales³³. Como el profesor Del Rosal Blasco ha puesto de manifiesto la causa común a los fenómenos de privatización dentro de la administración de justicia es la "total desconfianza en que el aparato del Estado vaya a ser alguna vez capaz de resolver los problemas"³⁴.

Desde otra perspectiva, existía también *descontento por el tratamiento que recibían las víctimas* dentro del proceso penal. Este es el segundo fenómeno relevante³⁵. En particular, los escasos derechos procesales reconocidos a la víctima junto a la casi nula asistencia postdelictiva³⁶ chocaban con los derechos y garantías que se venían otorgando al presunto autor del hecho delictivo. El Derecho penal moderno, preocupado por limitar el poder estatal y proteger a la parte más débil en esta contienda, se había olvidado de la víctima. De modo que ésta,

³² Mauer, M.: "Alice in wonderland...", cit., *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, págs. 260 y 261. Críticamente, sin embargo, Weinstein, J.B.: "Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR", en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 264 y ss., en donde se constata un decrecimiento del número de asuntos criminales que llegan a los Tribunales federales, debido sobre todo a una reducción de los casos por tráfico y consumo de drogas, probablemente consecuencia de la no persecución de los pequeños traficantes.

³³ Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation: what social and political factors will affect its development?", en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pag. 215.

³⁴ Del Rosal Blasco, B.: "Las prisiones privadas", cit. en *ADPCP*, II, 1990, pag. 559.

³⁵ En este sentido, Brown, J.G.: "The use of mediation to resolve criminal cases: a procedural critique", en *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1256 y ss., considera que los programas de mediación entre el delincuente y la víctima son una consecuencia del movimiento de los derechos de las víctimas. En el mismo sentido, Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 218 y ss., manifiesta que este movimiento en favor de las víctimas es uno de los factores que puede contribuir al crecimiento y consolidación de los programas de mediación. Si bien no todos los defensores de dicho movimiento están a favor de la mediación, ya que, en su opinión, más que en defensa de la víctima funcionan en defensa de los acusados, que ven en la reparación una forma fácil de eludir el proceso penal o la posible condena de prisión (vid. al respecto, *ibidem*, pag. 212, nota 56).

³⁶ A este respecto hay que diferenciar entre los derechos procesales y los derechos asistenciales que le corresponden a la víctima del delito. Así aun cuando se admita que deban incluirse dentro del procedimiento penal servicios en favor de la víctima como la prestación de ayuda psicológica o el tratamiento considerado y respetuoso por parte de los agentes que persiguen el delito, evitando, por ejemplo, que la víctima y el acusado acaben esperando en la misma sala la celebración del juicio, o proporcionando suficiente información de las fechas en que se celebrará el juicio, lo cierto es que no dejan de tener naturaleza de asistencia social. Por el contrario de esta naturaleza no participan derechos procesales de las víctimas tales como el derecho a ser consultada sobre la decisión de perseguir o no el delito, sobre la aceptación de un acuerdo de conformidad o sobre la condena, vid. sobre el particular, Ashworth, A. "Some Doubts about Restorative Justice", en *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 281, 282, y 296. Sobre las consecuencias que pueden traer el acuerdo de conformidad o *plea bargaining* para la víctima, reclamando una mayor participación de esta, vid. Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1256 y 1257. En la doctrina penal española el profesor Landrove Díaz, G. se ha referido a la escasa o nula participación que se da en el proceso penal español a la víctima cuando se llega a la conformidad del artículo 793.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal (vid. en *Le Moderna...ob cit.*, págs. 186 y ss.)

relegada a un papel pasivo de mero objeto de investigación, experimentaba en el procedimiento penal una segunda victimización³⁷, consecuencia de la falta de información y de la sensación de impotencia ante el delito³⁸. No puede desconocerse en este punto la transcendencia que las actitudes sociales tienen en relación con la efectividad del sistema legal, especialmente de quien tiene en su mano denunciar el hecho delictivo³⁹. Es por ello que preocupaba la desconfianza creciente hacia la administración de justicia.

El movimiento en favor de las víctimas culmina en 1982 con la declaración sobre "Las víctimas del Delito" del *Task Force* (grupo de trabajo) del presidente Reagan, en la que se acaba recomendando la modificación legislativa en favor de una mayor participación de la víctima dentro del procedimiento penal⁴⁰. Se concluye con una propuesta concreta de modificación de la Sexta Enmienda a la Constitución estadounidense, por la que se recogen como derechos de la víctima el de estar presente y ser oída en todas las fases del procedimiento penal.

La recomendación no es desoída, de modo que en ese mismo año 1982 se promulga el Acta Federal de Protección de Testigos y de la Víctima⁴¹, a la par que se comienzan a modificar algunas Constituciones de los Estados federados⁴². Es en dicho Acta Federal donde la restitución se presenta como una sanción penal independiente, regulándose su aplicación⁴³. Asimismo en el ámbito internacional se promulgan la Declaración de las Naciones Unidas de los Principios Básicos de Justicia para las víctimas del crimen y el abuso de poder en 1985, y la Recomendación de este mismo año del Consejo de Europa sobre la Posición de la Víctima en el ámbito del Derecho penal y procesal.

³⁷ En la doctrina española, vid. al respecto Landrove Diaz, G.: *La Moderna*. *ob. cit.*, págs. 49 y ss.

³⁸ Por ejemplo, se cita como muestra de la indiferencia de la administración de justicia por la víctima, el hecho de que el fiscal no consulte siquiera con ésta la adopción de acuerdos —*plea bargaining*— con el autor del delito, y la consiguiente eliminación o cambio de cargos penales, lo que después tiene relevancia a los efectos de fijar la cuantía de la reparación, vid. sobre el particular, Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1500. En España, vid., García-Pablos de Molina, A.: *Manual de Criminología, Introducción y Teorías de la Criminalidad*, Madrid, 1988, pág. 92; Martínez Arrieta, A.: "La víctima en el proceso penal", en *Actualidad Penal*, IV y V, 1990, tomo 1, págs. 41 y ss.

³⁹ Vid. a este respecto las reflexiones de García-Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento de...", cit., *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, págs. 307 y ss.

⁴⁰ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1496.

⁴¹ Ha sufrido diversas modificaciones, entre ellas las más significativas han sido las operadas en el año 1994 por el *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* (el acta sobre el cumplimiento de la ley y el control del crimen violento), y en el año 1996 a través del *Mandatory Victim Restitution Act* (el acta sobre la restitución obligatoria a la víctima).

⁴² En este sentido, El Estado de California es el primero en reconocer en su constitución, art. I, 28, el derecho de la víctima a la restitución. La modificación fue introducida en 1982 como parte de la proposición octava, conocida como la "declaración de derechos de las víctimas" (vid., más ampliamente *Deering's California Codes Annotated*, 1998).

⁴³ El Acta Federal de Protección de Testigos y de la Víctima autorizaba a los Tribunales a ordenar la restitución a la víctima en relación con algunos de los delitos allí enumerados. El Acta sobre la Restitución obligatoria a la víctima de 1996 lo amplió a todos los delitos enumerados en el texto legal de 1982 y a algunos tipos delictivos sobre drogas.

En este contexto resulta comprensible que la reparación a la víctima⁴⁴ sea considerada no ya como una alternativa a la pena privativa de libertad, sino también al sistema formalizado del Derecho penal, orientado hacia una *nueva*⁴⁵ concepción restauradora del delito y de la pena.

2. LA MEDIACION DENTRO DEL DERECHO PENAL

a) Concepto y clases

Los programas de mediación entre el delincuente y la víctima representan la forma penal de los llamados medios de resolución extrajudiciales o alternativos al litigio judicial, más conocidos por sus siglas: ADR—*alternative dispute resolution*—⁴⁶. Con esta expresión se hace referencia a una serie de procesos que buscan la resolución de los conflictos jurídicos fuera de los procedimientos formales de litigio⁴⁷. En este sentido, conviene recordar que desde una perspectiva general los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son básicamente tres: la negociación, la mediación y el arbitraje. Estas junto con la jurisdicción constituyen las cuatro formas básicas de un sistema jurídico desarrollado. De ellas sólo el arbitraje y la jurisdicción son mecanismos de adjudicación, esto es, de adopción de una decisión en favor de una de las partes por un tercero ajeno al conflicto; mientras que en la negociación y en la mediación son las propias partes en conflicto las que, en un caso por sí mismas y en el otro guiadas o ayudadas por un tercero, buscan la resolución a través de un acuerdo. Resulta, pues, que lo característico de la *negociación* es que la solución del conflicto queda en manos exclusivamente de las partes, controlando éstas tanto el procedimiento como la adopción del acuerdo de resolución. Si las partes no quieren o no

⁴⁴ Téngase en cuenta que el sistema judicial norteamericano no permite acumular en el procedimiento penal la responsabilidad civil derivada del delito, sino que ésta tiene que ser instruida independientemente del procedimiento penal ante los Tribunales civiles.

⁴⁵ Como veremos no tan nueva, pues, mas bien parece una vuelta a los sistemas de composición propios de épocas pasadas.

⁴⁶ Sobre los aspectos generales del movimiento de los ADR, vid. Edwards, H.T.: "Alternative dispute resolution: panacea or anathema?", en *Harvard Law Review*, 99, 1986, págs. 668 y ss.; Kerbeshian, L.A.: "ADR: to be or .?"; en *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 381 y ss.; Kovach, K.K.: *Mediation. principles and practice*, St. Paul, Minnesota, 1994, págs. 20 y 21. En general, el movimiento de los ADR comienza con la Conferencia *Pound* en 1976 sobre la insatisfacción de la sociedad con el sistema legal americano. Una de cuyas quejas era la multitud de casos pendientes en los juzgados y Tribunales y lo costoso de un sistema que se manifestaba tan ineficaz para resolver los conflictos.

⁴⁷ La idea que subyace en el empleo de estos mecanismos es la buscar un compromiso que aproxime los intereses diversos de las partes. En este sentido, se distingue entre lo que constituye la posición de cada una de las partes, lo que cada una de ellas quiere, de lo que integra su interés, el porqué lo quiere. De modo que mientras el proceso jurisdiccional persigue la adopción de una decisión en favor de una de las posiciones, los mecanismos alternativos tratan de aunar los intereses de las partes, pues de esta manera se consigue una prevención eficaz de futuros conflictos (vid. Riskin, L.L./Westbrook, J.E.: *Dispute Resolution and Lawyers*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998, págs. 8 y ss.)

pueden alcanzar dicho acuerdo, pueden, entonces, solicitar la intervención de un tercero, cuyo papel según el procedimiento de que se trate. Así, en la *mediación*, el tercero se limita a ayudar a las partes para que por sí mismas lleguen a un acuerdo. En cambio, cuando al tercero se le reconoce la facultad de tomar una decisión vinculante para las partes, el procedimiento se denomina *arbitraje* o *jurisdicción* según que, respectivamente, dicho tercero haya sido o no libremente elegido por las partes⁴⁸.

Los programas de mediación entre el delincuente y la víctima se incluyen como su propio nombre indica dentro de la segunda de estas categorías. La tipología de los mecanismos alternativos de resolución de disputas –ADR– no se agota, sin embargo, con ellas, sino que aparecen figuras híbridas de la combinación de sus elementos básicos⁴⁹. Asimismo, hay que advertir que, aunque se habla de mecanismos extrajudiciales, el concepto de *alternative dispute resolution* se aplica a procedimientos o técnicas que operan tanto desde dentro de la propia administración de justicia, y por tanto con vinculación a un procedimiento judicial, como al margen de aquélla –así, el arbitraje, el *ombussperson* designado para resolver los conflictos con las oficinas administrativas, etc.–, creándose de esta forma un sistema paralelo de justicia privada⁵⁰. Así, pueden distinguirse según el grado de privatización que alcanzan respecto de la administración de justicia tres clases de mecanismos: a) los *absolutamente privados*, en los que, a través de la formalización de un acuerdo o de una cláusula contractual, las partes se comprometen a solventar sus futuras disputas acudiendo a un tercero neutral, si es que falla la negociación directa entre ellos; b) los mecanismos *vinculados obligatoriamente* a un procedimiento judicial como paso previo al juicio. Así ocurre, por ejemplo, en los juicios por custodia en los que algunos Estados exigen obligatoriamente una previa mediación que al fracasar da paso al litigio. Se pretende con ello reducir el volumen de casos pendientes ante la administración justicia⁵¹; c) los mecanismos *em-*

pleados discrecional o voluntariamente por los propios Tribunales como forma de solucionar algunos de los conflictos jurídicos⁵², sobre todo, en el ámbito de las disputas civiles o mercantiles –medio ambiente, consumo, etc.–.

Por lo que se refiere a las disputas de carácter penal, la mediación se utiliza como una alternativa tanto al procedimiento penal como a la pena privativa de libertad. En este sentido, hay que advertir que la mediación delincuente-víctima difiere de la empleada en otros sectores del ordenamiento jurídico (mercantil, civil, etc.), ya que mientras en estos últimos casos ambos disputantes han contribuido a generar el conflicto, pudiendo, por tanto, entrar a negociar su responsabilidad en el mismo; en el ámbito penal, en cambio, se parte de la asunción de culpabilidad por el delincuente, que es el que ha generado el conflicto, siendo ésta la única materia que no puede ser objeto de negociación, de modo que el encuentro se dirige casi exclusivamente hacia el resarcimiento a la víctima⁵³.

Básicamente, los programas de mediación consisten en la celebración de un encuentro directo entre el delincuente y la víctima en presencia de un mediador entrenado, y dentro del contexto de la justicia penal, cuyo objetivo es facilitar, no solo la negociación de un acuerdo de restitución a la víctima, sino también la reconciliación entre las partes, a través de la expresión de sentimientos y de una mayor comprensión de los hechos⁵⁴. Bien entendido, que la mediación y el acuerdo de reparación consiguiente no constituyen una forma de conformidad en el procedimiento penal –*plea bargaining*–, pues, a diferencia de lo que ocurre en este último supuesto, la negociación se lleva a cabo directamente entre las partes en conflicto, el delincuente y la víctima, y no entre el fiscal y el abogado defensor⁵⁵. La diferencia es importante, puesto que la reducción de cargos en el *plea bargaining* genera en ocasiones algunas tensiones con la víctima, en cuanto que ésta sólo tendrá derecho a la restitución de los daños de los que sea declarado culpable el acusado, según dispone el Acta de Protección de la víctima y los testigos de 1982⁵⁶.

Concretamente en el ámbito de la justicia penal se han llevado a cabo dos⁵⁷ tipos de mediación: *los*

⁴⁸ Cfr. Goldberg, S.B./Green, E.D./Sander, F.E.A.: *Dispute Resolution*, Boston-Toronto, 1985, págs. 7 y ss.

⁴⁹ En este sentido, otra de las clasificaciones comúnmente empleada distingue entre los procedimientos adjudicadores, evaluadores y mediadores. Al primer grupo pertenecen el arbitraje, "el juez de alquiler o juez privado", "la búsqueda neutral de hechos" (*neutral fact-finding*), en todos ellos se persigue la toma de una decisión por el tercero neutral que resuelva el conflicto, vinculante o no para las partes. En los procesos evaluadores, en cambio, se trata de realizar una valoración objetiva de todos o alguno de los puntos controvertidos a través de la recopilación de información de profesionales, expertos, etc., que se plasma en un informe. De este tipo son el *peer evaluation* –la evaluación de igual a igual–, la evaluación de expertos o el *summary jury trial* –juicio sumario con jurado–. Por su parte, los procesos mediadores no persiguen ni la toma de decisiones por un tercero ni tampoco una valoración determinada, sino la adopción de un acuerdo aceptable para ambas partes en conflicto. A este grupo pertenecen los programas de mediación entre el delincuente y la víctima, la conciliación, etc. (vid. Kovach, K.K.: *Mediation. Principles and Practice*, St. Paul, Minnesota, 1994, págs. 8 y ss.; desde una dimensión práctica, Knight, H.W./Fannin, C.F./Disco, S.G./Chernick, R.: *California Practice Guide. Alternative Dispute Resolution*, 1997).

⁵⁰ Weinstein, J.B.: "Some benefits.", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 247.

⁵¹ De este tipo son, por ejemplo, los arbitrajes judiciales, exigidos por la Ley de California como paso previo al juicio civil cuando la cuantía de la demanda es menor o igual a 50.000

dólares. En ellos la decisión final del arbitraje no es vinculante para las partes, que pueden decidir ir a juicio. Del mismo tipo es la mediación en la custodia de los hijos (vid. los parágrafos 3170, 3175 del Código de Familia de California), cfr. Knight, H.W./Fannin, C.F./Disco, S.G./Chernick, R.: *California Practice Guide. Alternative Dispute Resolution*, 1997.

⁵² Vid. sobre el particular, Weinstein, J.B.: "Some benefits.", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 247.

⁵³ Cfr. Umbreit, M.S./Bradshaw, W.: "Victim experience of meeting adults versus juvenile offenders: a crossnational comparison", en *Federal Probation*, 61, diciembre, 1997, págs. 33 y 34.

⁵⁴ Cfr. *PACT Institute of Justice, Victim-offender reconciliation and mediation program directory* 1, 1993.

⁵⁵ Mika, H.: "The practice...", *cit.*, *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2191.

⁵⁶ Sobre los problemas que genera el *plea bargaining* con la participación de la víctima, vid. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", *cit.*, en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1499, nota 148.

⁵⁷ En otros países se han aplicado otras formas de mediación, por ejemplo, en Australia y Gran Bretaña se usa la técnica del "*family group conferencing*" –reuniones del grupo familiar–.

programas de reconciliación –VORP– y los de mediación –VOM– del delincuente con la víctima⁵⁸. En ambos casos, el programa consiste en reunir al delincuente con su víctima⁵⁹ en presencia de un tercero neutral, normalmente un voluntario, para discutir sobre los daños causados por el delito, buscando llegar a un acuerdo de restitución. El cumplimiento de este acuerdo permitirá, según los casos, no llegar a formular la acusación, sobreseer el procedimiento o sustituir la pena de prisión correspondiente. Como ya se advirtió el objeto de este acuerdo no tiene que ser necesariamente el pago de una cantidad dineraria, sino que puede consistir igualmente en la prestación de un servicio en favor de la víctima o en una simple disculpa⁶⁰, lo que entre la doctrina alemana se ha dado en llamar reparación simbólica⁶¹. Aun cuando ésta es la finalidad común a ambas categorías, existen, sin embargo, diferencias significativas que tienen que ver con sus propios orígenes. Este análisis permitirá comprender mejor su papel dentro del ámbito penal.

El primer programa de reconciliación entre el delincuente y la víctima (VORP) se llevó a cabo en Kitchener, una pequeña ciudad de Ontario (Canadá), en 1974. El Tribunal, siguiendo las recomendaciones del oficial de la *probation* –un hombre perteneciente a la congregación religiosa de los Mennonite– decide dejar en suspenso durante un mes la condena por vandalismo, y ordenar a los dos jóvenes condenados a encontrarse con sus veintuna víctimas al objeto de determinar la cuantía de los daños producidos por el delito. Asimismo se estipula que en esta tarea sean acompañados por el propio oficial de la *probation* además de por otro miembro de la citada congregación religiosa. Una vez determinada la cuantía, el juez fija como condición de la *probation* el pago de aquélla en concepto de reparación a las víctimas, para lo cual establece un plazo de tres meses. La condición es cumplida satisfactoriamente por ambos jóvenes⁶².

El éxito del programa se propaga rápidamente, y

para el tratamiento de la delincuencia juvenil, que consiste en un encuentro que reúne a la víctima, al delincuente y a otras partes interesadas para alcanzar un acuerdo de restitución, normalmente familiares de ambas partes, como por ejemplo, los padres del menor autor del hecho delictivo, etc., vid. al respecto, Scheff, T.J.: "Therapeutic Jurisprudence forum: community conferences: shame and anger in therapeutic jurisprudence", en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 67, 1998, págs. 97 y ss.

⁵⁸ Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *North Carolina Law Review*, 72, septiembre, 1994, págs. 1483 y ss.

⁵⁹ Existen algunos programas en los que se admite una "mediación vicaria", esto es, que en defecto de la participación de la verdadera víctima, bien porque no se encuentre determinada o bien porque no preste su consentimiento para ello, la mediación se lleva a cabo entre el delincuente y grupos de personas que fueron victimizadas por el mismo delito u otro semejante (vid., sobre el particular Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for...", cit., en *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 80; BAKKER, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, págs. 1513 y 1514).

⁶⁰ Niemeyer, M./Shichor, D.: "A preliminary study of a large victim-offender reconciliation program", en *Federal Probation*, 60, septiembre, 1996, pag. 33.

⁶¹ Vid. sobre el particular, la fundamentación al § 2.4 del Proyecto Alternativo de Reparación en *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, 1992, München, págs. 41 y ss.

⁶² Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 207 y 208.

en tan sólo unos pocos años después, en 1978, se implanta otro programa semejante en Elkhart, Indiana⁶³, existiendo en la actualidad multitud de ellos en los Estados Unidos y Canadá⁶⁴.

La característica definitoria de este grupo de programas radica en su insistencia en la *reconciliación* del delincuente con la víctima del delito⁶⁵, en la reconstrucción de las relaciones interpersonales. Si se consigue con ello la rehabilitación del delincuente, mejor, aunque no es éste su objetivo principal. El origen de los VORP no se vincula a la búsqueda de una alternativa a la privación de libertad que la sustituya en todo o en parte, sino más bien a la búsqueda de una alternativa al propio sistema penal. Esto es, la reparación acordada no es una nueva pena sino más bien una forma distinta de resolver el conflicto penal, en la que los esfuerzos se dirigen a generar un mayor entendimiento de lo ocurrido para ambas partes. En esta orientación se hace patente la influencia de sus propios orígenes religiosos, vinculados a los ideales pacifistas de la congregación Mennonite⁶⁶.

Los programas más antiguos son, sin embargo, los de *mediación entre el delincuente y la víctima (VOM)*. A diferencia de los anteriores, éstos se encuentran dentro del modelo social de resolución de disputas, por lo que vienen asociados generalmente a centros de justicia vecinal (*neighborhood justice system*), integrados por voluntarios del propio vecindario.

El primer programa de esta clase tuvo lugar en Columbus, Ohio, en 1969, en donde ante la gran cantidad de casos pendientes, la fiscalía decide establecer un fórum para someter a mediación los delitos más leves, que de cualquier forma, debido al volumen de casos, no serían adecuadamente tratados. El éxito del programa condujo a que en 1977 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos crease otros centros de justicia vecinal en Atlanta, Kansas City y Los Angeles⁶⁷.

A diferencia de lo que había ocurrido en los programas de reconciliación, la motivación en los programas de mediación se encontraba lejos de ideales religiosos. Se buscaba agilizar y mejorar el funcionamiento de la administración de justicia. No se estaba, por tanto, pensando tampoco en una al-

⁶³ Mika, H.: "The practice ...", cit., *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2195.

⁶⁴ De acuerdo con el FACT Institute of Justice, *Victim-offender Reconciliation and Mediation Program Directory*, 1993, los programas se han incrementado de 32 en 1985 a 122 en 1993. Uno de estos programas se desarrolla en la ciudad de Oakland (California).

⁶⁵ En este sentido, Brown, J.G.: "The use of ...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1260, pone de manifiesto la ideología cristiana que inspira estos programas y que tiene como consecuencia la insistencia en la reconciliación de las partes como objetivo central de la mediación.

⁶⁶ Generalmente los programas de mediación/reconciliación adoptan uno de estos tres esquemas: el *modelo religioso*, que se dirige a la reconciliación y el perdón; el *modelo social*, que se dirige a la restauración de las relaciones sociales y la tranquilidad pública; y el *modelo del sistema legal* que se apoya en la prevención del delito desde los propios departamentos dirigidos a ellos: la fiscalía, el departamento de la probation, etc (cfr. Urban Guill, T.: "A framework for understanding and using ADR", en *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1328).

⁶⁷ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *N C L Rev.*, 72, 1994, págs 1485 y ss

ternativa a la pena privativa de libertad, sino en un medio de solucionar los conflictos más rápido, menos costoso y más eficaz.

La insatisfacción ciudadana que se dejaba sentir con el sistema judicial se trata de contrarrestar fomentando la participación de las comunidades vecinales en la propia administración de justicia. De este modo se acaba generando en la población un sentimiento de confianza y respeto hacia dicha institución. Esta será una de las razones que, como veremos más adelante, mejor explica la expansión de estos programas y su vinculación al sistema de justicia criminal.

En la actualidad, según datos de la *American Bar Association*, se han identificado al menos unos 150 programas en todo el país que se ocupan de asuntos penales. Sólo en el Estado de California se cuenta con veinticinco programas registrados de mediación/restitución entre el delincuente y la víctima en el año 1998⁶⁸. Los buenos resultados alcanzados en relación con la reincidencia hacen que la reparación pactada se considere como una alternativa eficaz a la pena de privativa de libertad en la prevención de los delitos. En este sentido, actualmente se dice que éstas son las tres finalidades que aglutina la mediación dentro del Derecho penal: resarcir a la víctima, rehabilitar al delincuente y prevenir los delitos⁶⁹.

b) Su estructura y funcionamiento

Como ya se ha adelantado, la mediación entre el delincuente y su víctima supone una forma distinta de responder al delito, en la que la víctima recupera su protagonismo histórico en detrimento del Estado. La idea es llevar a cabo un proceso de negociación entre las verdaderas partes en conflicto: el autor del hecho delictivo y la persona que se ha visto directamente afectada por el mismo. No todos los delitos pueden ser, sin embargo, objeto de mediación⁷⁰. Las condiciones de admisión varían prácticamente con cada programa, dependiendo, por ejemplo de la naturaleza del delito o de la edad del delincuente a los que se dirigen. Así, por ejemplo, algunos sólo se dedican a la delincuencia juvenil, mientras otros se ocupan exclusivamente de delincuencia de adultos. En otros, en cambio, se admite a ambos grupos de delincuentes, siempre que sea la primera vez que delincan. Asimismo, la gran ma-

yoría de programas están pensados para delitos de carácter patrimonial⁷¹, delitos leves, los protagonizados por delincuentes juveniles y los delitos cometidos dentro del ámbito familiar, si bien, en fechas relativamente recientes se han comenzado a aplicar, además, a delitos violentos graves como, por ejemplo, el homicidio imprudente, el robo o la agresión sexual⁷². La gravedad del delito constituye, en fin, otro de los criterios de admisión para la mediación. Aunque una buena parte de los programas vienen referidos a delitos menores, lo que aquí serían faltas, *-misdemeanor-*, también han hecho su aparición otros especialmente dedicados a delitos graves *-felonys-*⁷³.

El *procedimiento de mediación* se lleva a cabo por voluntarios del propio barrio o vecindario, por voluntarios pertenecientes a una determinada iglesia, o por funcionarios entrenados de la propia administración de justicia, según que el programa de mediación sea de base social, religiosa o institucional. El proceso se divide en *cuatro fases*⁷⁴. La primera comienza con *el envío del caso* al programa de mediación, tarea que se lleva a cabo normalmente desde dentro de la administración de justicia. De modo que las fuentes suelen ser los propios agentes de la policía, el juez, el fiscal, el funcionario de la *probation* o el de la *parole* *-libertad condicional-*, etc. Durante la segunda fase los esfuerzos se dirigen a la *preparación del caso*. Para ello el mediador *-casi siempre un voluntario entrenado-* contacta por separado con la víctima y con el autor del hecho delictivo, recabando el consentimiento de ambas partes⁷⁵ para tomar parte en la mediación. Es el momento en el que se recopila toda la información necesaria para determinar si el caso reúne las condiciones exigidas por el programa.

El encuentro directo entre la víctima y el delin-

⁷¹ Algunos autores reclaman que se establezca la mediación como una alternativa en todos los delitos patrimoniales y socioeconómicos, vid., Bakker, M.W.: "Repairing the breach", *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1525.

⁷² Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1513.

⁷³ Vid. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1485. Así, por ejemplo, en el Estado de California hay algunos programas que solo admiten infracciones leves (*misdemeanors*) como el desarrollado en el Centro de Mediación de Costa Mesa, mientras otros incluyen también delitos graves (*felonys*): el VORP de Central Valley, Inc.

⁷⁴ Cfr. Joseph, K.L.: "Victim-offender...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 209 y ss.; Mika, H.: "The practice and prospect...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2197 y 2198.

⁷⁵ Los defensores de estos programas insisten siempre en que el consentimiento es voluntario y libre, pero lo cierto es que éste es un aspecto sumamente controvertido por la presión que se ejerce sobre las partes. Así, por una parte, el acusado si participa podrá eludir la condena de prisión y ser mejor visto por el juez en caso de que haya que decidir sobre la *probation* o la libertad condicional; y por otra, la víctima puede obtener de una manera más rápida la reparación de los daños causados por el delito (vid. sobre el particular, por todos, Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1266 y ss.) El elemento de la voluntariedad referida a la reparación ha sido también empleado por un sector de la doctrina alemana como criterio de distinción entre la reparación y la responsabilidad civil, vid. sobre este particular, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Munchen, 1992, pág. 40. Críticamente se manifiesta, sin embargo, Lampe, E.J.: "Wiedergutmachung als dritte Spur des Strafrechts?", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 11, 1993, págs. 487 y ss.)

⁶⁸ Cfr. *Directory of Victim-offender Mediation Programs in the US*, en la página-web del *Center for Restorative Justice and Mediation*, (<http://ssw.che.umn.edu/ctr4rjm/resources/VOMSsur/californ.htm>).

⁶⁹ Mika, H.: "The practice...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2196 y 2197.

⁷⁰ En general, los medios alternativos de resolución de conflictos no resultan adecuados para tratar conflictos en los que existe un acusado desequilibrio de fuerzas (emocionales, económicas o sociales) entre las partes, pues estos mecanismos acaban acentuándolo (cfr. Guill, T.U.: "A framework for understanding and using ADR", en *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1333; Goldberg, S.B./Green, E.D./Sander, F.E.A.: *Dispute Resolution*, cit., pág. 11). Es, por ello, por lo que se cuestiona su aplicación para delitos violentos como los de maltrato habitual al cónyuge o a los hijos (vid. sobre el particular, Fischer, K./Vidmar, N./Ellis, R.: "The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases", en *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2117 y ss.).

cuenta constituye la tercera fase, representando, además, el momento central del proceso de mediación en el que tiene lugar la discusión o negociación entre las partes. Corresponde al mediador guiar esta discusión, en primer lugar, a comprender lo ocurrido, concentrándose en la expresión de sentimientos y en la formulación de preguntas acerca del delito y de sus consecuencias; en segundo lugar, a evaluar el daño producido a la víctima y a adoptar un acuerdo de reparación.

La cuarta fase se corresponde con la *formalización por escrito de dicho acuerdo*, en el que se fija la clase, cantidad y forma de ejecución de la reparación a la víctima o de los trabajos en beneficio de la comunidad –*community service*–. Si no llegase a haber un acuerdo entre las partes, el caso sería devuelto a los Tribunales, continuando el curso judicial habitual.

Por lo que se refiere al *momento procesal en el que tiene lugar la mediación*, también varía con el programa en cuestión. Básicamente, puede introducirse en alguno de los siguientes momentos⁷⁶:

a) *Antes de la formulación de cargos contra el acusado*. En un gran número de casos el programa entra en el sistema de justicia penal a través de la *diversion*, una de las instituciones que funcionan como alternativa a la sentencia de prisión. De acuerdo con el parágrafo 1001.9 del Código Penal de California, la *diversion* consiste en la *suspensión del procedimiento penal* durante un determinado período de tiempo bajo ciertas condiciones, que de ser cumplidas por el sujeto eliminan los cargos. En otro caso, el procedimiento penal vuelve a reabrirse⁷⁷.

Lo característico, pues, de la *diversion* frente a otras alternativas es que puede tener lugar en cualquier momento antes de que se celebre el juicio oral. De modo que el sujeto, antes de que se formule la acusación contra él, o incluso, cuando los cargos ya han sido formulados⁷⁸, es *desviado* del procedimiento penal a alguno de los programas de *diversion* previamente establecidos. Además, la *diversion* no es una opción que se pueda aplicar respecto de cualquier clase de delito. En este sentido, el Código penal de California limita la posibilidad de

diversion a los siguientes hechos delictivos: algunos de los relativos al tráfico y posesión de drogas (parágrafo 1000 (a)), supuestos de violencia doméstica (parágrafos 1000.6–1000.11), para el maltrato de niños que no integren abusos sexuales (parágrafos 1000.12–1000.36), para las infracciones penales leves –*misdemeanor*– siempre que existan programas locales de *diversion* y cuenten con la aprobación del fiscal (1001–1001.9 y 1001.50–1001.55); para las personas mentalmente discapacitadas (parágrafos 1001.20–1001–34); para la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (parágrafo 1001.40); para el delito de cheque en descubierto (parágrafo 1001.60–1001.67).

Aunque el Código penal de California sólo se refiere al empleo de medios extrajudiciales en la resolución del conflicto en relación con las infracciones penales leves o *misdemeanor* (parágrafos 14150–14156), lo cierto es que la mediación ha sido también establecida en el resto de programas de *diversion*. Así, por ejemplo, uno de los casos más controvertidos en el momento presente es su aplicación dentro del ámbito de los maltratos habituales al cónyuge⁷⁹.

b) Los programas de mediación también tienen cabida una vez que se ha dictado el veredicto de culpabilidad del sujeto como una de las condiciones⁸⁰ de la *probation*, otra de las alternativas a la privación de libertad. La *probation*, a diferencia de lo que sucede con el caso de la *diversion*, sólo puede entrar en juego una vez que se ha emitido el veredicto de culpabilidad y se tiene que dictar por el juez la correspondiente sentencia condenatoria⁸¹. En particular, siguiendo con el ejemplo del Estado de California, su Código penal en el parágrafo 1203.a), la define como “*la suspensión de la imposición o de la ejecución de una sentencia y la consiguiente puesta en libertad revocable o condicional bajo la supervisión del funcionario de la probation*”⁸².

⁷⁶ En este sentido, Van Ness, D.W./Nolan, P.: “Legislating for...”, *Regent University Law Review*, 10, 1998, págs. 70 y ss., han puesto de relieve como los programas de mediación pueden ser aplicados, según cual sea el sistema judicial del país en cuestión, en momentos diversos del procedimiento penal, incluso una vez que el sujeto ha sido ya condenado y se encuentra cumpliendo la condena. Sobre la experiencia norteamericana, vid. igualmente, Mika, H.: “The practice and...”, *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2196; Brown, J.G.: “The use of...”, *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1248, nota nº 3.

⁷⁷ Cfr. Gagen, W.E.JR/Candela, M.P.: “Preplea probation report and diversion”, en *California Criminal Law Procedure and Practice*, 3 ed., Berkeley, 1996, págs. 190 y ss.

⁷⁸ En estos casos se exige una declaración de culpabilidad del sujeto –*plea of guilty*– “para ser desviado al programa en cuestión”. Algunos autores (vid., Brown, J.G.: “The use of...”, *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1285 y 1286) han criticado duramente esta condición del programa, muy frecuente en los casos de violencia doméstica, pues el sujeto no cuenta con el asesoramiento de un abogado, y por ello, normalmente no es informado sobre las consecuencias futuras de tal declaración de culpabilidad. Piénsese en el supuesto de que el acuerdo de restitución no sea alcanzado y que el caso vuelva de nuevo a los Tribunales.

⁷⁹ En contra de la admisibilidad de la mediación entre el delincuente y la víctima en estos casos se han pronunciado, entre otros, Fischer, K./Vidmar, N./Ellis, R.: “The culture of Battering and the role of mediation in domestic violence cases”, en *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2117 y ss., en donde se sostiene, a mi modo de ver razonablemente, que en esta clase de delitos existe una “*cultura del abuso*” que la mediación sólo contribuye a intensificar, pues la relación así establecida envuelve mecanismos de dominación entre ambos sujetos que pasan desapercibidos hasta para un mediador entrenado. En definitiva, la relación de dominación y sometimiento en que se apoya la violencia doméstica no se corresponde con los principios en los que se basa la mediación, impidiendo el logro de sus objetivos.

⁸⁰ Puede fijarse cualquier condición que guarde una relación razonable con el delito cometido. El Código penal de California, en su parágrafo 1203.1, establece que una de ellas puede ser incluso el cumplimiento de un tiempo de privación de libertad en la cárcel del condado. Una enumeración de los Estados que han recogido en sus códigos penales la mediación como una posible condición de la *probation* se encuentra en Boldt, R.C.: “Criminal Law: Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, pag. 970, nota 1.

⁸¹ Las opciones con las que contaba el juez ante un veredicto de culpabilidad eran básicamente dos: la condena a la pena privativa de libertad fijada en el Código penal o bien colocar al sujeto en *probation*. Es, por ello, que en los últimos años se ha hecho un esfuerzo por instituir opciones intermedias a través de los programas alternativos de mediación o del *community service* (Cfr. Mauer, M.: “Alice in wonderland...”, *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, págs. 261 y ss).

⁸² Esta forma de *probation* se conoce bajo el nombre de “*formal o*

En este contexto, la mediación se configura como una forma de alcanzar la reparación de la víctima, que al estar reconocida en el Estado de California como un derecho constitucional –art. I, parágrafo 28 (b)–⁸³, aparece como una consecuencia del delito, de naturaleza penal, que se une a la pena correspondiente –parágrafo 1202.4 (a) Código Penal de California–, o en cualquier caso como condición de la *probation* –parágrafo 1668 C. P. California–. Es más, incluso en los casos en los que no hay una víctima del delito resulta obligado el pago de una reparación al Fondo de Restitución –parágrafo 1203.04, a) Código Penal de California–.

c) La mediación entre el delincuente y la víctima también puede tener lugar una vez que el reo se encuentra cumpliendo condena. En estos casos, que son los menos frecuentes, la participación del condenado facilita la concesión de la libertad condicional (*parole*), convirtiéndose el acuerdo de reparación en una de las condiciones de la misma.

c) Resultados obtenidos con la mediación

El empleo de la mediación dentro del Derecho penal no es algo pacífico. Por una parte, sus defensores alaban no sólo su menor coste económico⁸⁴, si se compara con los gastos que genera el funcionamiento de una prisión⁸⁵, sino además los resultados positivos que se logran respecto de la víctima, del delincuente y de toda la comunidad, asociados a una mayor flexibilidad del proceso y de la intervención de las partes. En este sentido, los estudios empíricos⁸⁶ realizados destacan el alto nivel de sa-

supervisada". En los casos de infracciones leves –*misdeameanor*– el Código penal, parágrafo 1203, a), expresamente prevé la posibilidad de la *probation* "sin supervisión del funcionario", lo que se conoce como *probation* judicial –*court probation*–, aunque el texto legal lo denomina "sentencia condicional" (cfr. Kinnard, M./Beale, M./Urrutia, A.M.: "Probation", en *California Criminal Law. Procedure and Practice*, 3ed., Berkeley, 1996, págs. 1212 y ss.).

⁸³ El artículo I, parágrafo 28 (b) declara:

"Restitución. Es la intención inequívoca de las personas del Estado de California de que todo el que sufra pérdidas como resultado de un hecho delictivo tenga derecho a la restitución de las mismas por las personas condenadas por dicho delito.

La restitución será ordenada para todos los condenados y en todos los casos en que la víctima de un delito sufra pérdidas, con independencia de la sentencia o disposición impuesta, a no ser que existan razones extraordinarias e ineludibles que lo impidan. El legislador adoptará las previsiones necesarias para el desarrollo de esta sección durante el año siguiente a la aprobación de la misma".

⁸⁴ En general, respecto de cualquier método extrajudicial alternativo, cfr. Kerbeshian, L.A.: "ADR", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 392 y ss. Críticamente, sin embargo, Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 276, puesto que, según se advierte, estos costes pueden elevarse si, como ocurre en un alto porcentaje de los supuestos llevados a mediación, el asunto se acaba devolviendo a los Tribunales para su enjuiciamiento *ex novo*.

⁸⁵ Citando los datos recogidos por Mika, H.: "The practice and...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2193, unos 20 billones de dólares al año.

⁸⁶ Entre otros, destacan los estudios de Niemeyer, M./Shichor, D.: "A preliminary study...", cit., *Federal Probation*, 60, septiembre, 1996, págs. 30 y ss.; Umbreit, M.S./Bradshaw, W.: "Victim experience...", cit., *Federal Probation*, 61, diciembre, 1997, págs. 33 y ss. En este último trabajo se estudian las razones de porque las víctimas de los delitos protagonizados por menores experimentan una mayor satisfacción al participar en un programa de mediación que la que obtienen sus homónimas cuando los delincuentes son adultos. El estudio demuestra que

tisfacción tanto de la víctima como del autor⁸⁷ con el proceso de mediación, y en general con la administración de justicia.

Así, se dice que la víctima recibe una mayor participación en el proceso de persecución del delito, pudiendo formular preguntas y expresar sentimientos, que le servirán para eliminar el miedo a una futura victimización⁸⁸. Llega a sentirse, incluso, parte activa en la rehabilitación del delincuente⁸⁹. Por otra parte, el autor del hecho al ser igualmente escuchado por la víctima, recibe un trato de igualdad, en el que se le da la oportunidad de "hacer las cosas bien"⁹⁰, reconociendo el hecho cometido y dejándolo atrás al reparar a la víctima. La comprensión de las consecuencias que ha traído el hecho delictivo realizado, así como la asunción de la responsabilidad de subsanarlas, es lo que hace posible, a decir de sus partidarios, las bajas tasas de reincidencia de los que participan en los programas de mediación⁹¹.

De este modo, se consiguen beneficios adicionales para la sociedad en general, reduciendo los costes, previniendo el delito a través de la rehabilitación del delincuente, y en fin, incrementando la participación ciudadana en el propio proceso de administrar justicia. Se acaba generando, así, una mayor confianza y respeto de todos los implicados por el sistema de justicia.

Luego, bien puede decirse, que el éxito de estos medios extrajudiciales radica esencialmente en lo que se ha denominado la *repersonalisierung* –humanización–⁹² del Derecho penal precisamente porque se trata de contrarrestar el trato impersonal reciben la víctima y el autor del hecho dentro del procedimiento penal.

d) Obstáculos teóricos a la mediación dentro del Derecho penal

Los reparos que se dirigen a la mediación son tanto de orden teórico como práctico. En este apartado consideraremos sólo los de este primer grupo, esto es, aquellos que tienen que ver con principios constitucionales o con límites del propio Derecho penal. Las dificultades prácticas serán examinadas más adelante, pues, entiendo que

se debe básicamente a la escasa participación que de forma comparativa ha venido teniendo la víctima en la jurisdicción de menores frente a la de adultos.

⁸⁷ Muy documentado en este sentido el trabajo de Kerbeshian, L.A.: "ADR", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 385 y ss.

⁸⁸ Críticamente con estos beneficios para la víctima, Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1273 y ss., para quien el proceso de mediación puede llegar a inhibir la expresión de la cólera de la víctima y presionarla al perdón del autor del hecho, cuando puede ocurrir que aquella no quiera o no pueda perdonar a éste.

⁸⁹ Mika, H.: "The practice and...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2198.

⁹⁰ Vid. Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 212 y ss.

⁹¹ Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, págs. 1502 y ss.

⁹² El término es empleado por Baumann: "Zur Repersonalisierung des Strafrechts", en *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, págs. 41 y ss.

pertenecen más al concepto de reparación que al de mediación.

Por una parte, se les acusa de representar un riesgo de privatización del Derecho penal en cuanto que el interés público en la persecución del delito queda desplazado por el de la víctima a la obtención de una restitución. Se habla incluso de una devolución del conflicto a la víctima. En consecuencia, la línea que separa el Derecho penal del privado queda muy difuminada. De aquí, que algún sector llegue a defender la abolición del Derecho penal⁹³, o que desde una posición contraria, se proponga la despenalización⁹⁴ de las materias que pretenden someterse a mediación en base al principio de mínima intervención, ya que, en definitiva, supone un reconocimiento de la primacía en esos casos del interés particular sobre el público. No es legítimo, por tanto, utilizar la coerción pública allí donde no hay un interés público que defender⁹⁵.

Lo que ocurre es que estas consideraciones tienen mucho que ver con la naturaleza que se acabe otorgando a la reparación que resulta del proceso de mediación. Pues si se reconoce que puede servir a los fines de la pena, entonces, como veremos, es posible establecer una separación entre lo que es una pura indemnización civil y lo que constituye reparación penal.

Por otra parte, el empleo de medios extrajudiciales para resolver el conflicto penal, se dice, devalúa la función simbólica que desarrolla el proceso penal⁹⁶, ya que se pierde el efecto público de prevención. La existencia de muchos sistemas de normas y diversos valores en una sociedad sumamente pluralista como la norteamericana aconseja seguir dejando en manos de los Tribunales la proclamación de los valores jurídicos, que deben ser respetados por todos⁹⁷. Se dice, en este sentido, que los acuerdos privados difícilmente sirven para fomentar los valores de grupo, y difícilmente son dados a conocer a otros miembros del grupo⁹⁸.

En mi opinión, la renuncia a la pena por el acuerdo de reparación no tiene porqué cuestionar más el carácter público del Derecho penal que la propia existencia de delitos privados o semiprivados⁹⁹ o

que el reconocimiento de eficacia al perdón del ofendido¹⁰⁰. En este sentido el profesor Landrove Díaz ha puesto de manifiesto la paradoja de nuestro Código penal que, por un lado, manifiesta una tendencia hacia la privatización del sistema penal por el incremento de delitos perseguibles a instancia de parte; y por otro, reduce la incidencia del perdón del ofendido¹⁰¹. Además, la reparación no impide que el Derecho penal cumpla sus fines preventivos. En primer lugar, porque los fines que se persiguen en la fase de aplicación del Derecho penal no tienen que ser necesariamente coincidentes con los que rigen en el momento legislativo¹⁰². En segundo término, porque también se cumple un efecto preventivo, ordenador de conductas, cuando el sujeto por temor a la pena se aviene a reparar a la víctima el daño causado¹⁰³. Desde esta perspectiva se logra, asimismo, ser respetuoso con el principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que la reparación se muestra como un medio menos lesivo y más eficaz que la pena privativa de libertad para la prevención de, al menos, algunos tipos de delitos. Se reserva, así, la privación de libertad para los hechos más graves.

Se han formulado, sin embargo, objeciones a los programas de mediación desde el punto de vista de las garantías y de los principios penales. Así, la falta de uniformidad de los criterios de admisión que rigen en los diversos programas de mediación ha llegado a poner en tela de juicio el respeto al principio de igualdad. En efecto, al igual que ocurría con la pena de multa, se ha dicho que existe el riesgo de crear dos sistemas paralelos de justicia, uno para los pobres y otro para los ricos¹⁰⁴. Así, si la mediación se encamina a la formalización de un acuerdo de reparación, que normalmente consiste en el pago de una cantidad dineraria compensatoria de los daños sufridos por el delito, entonces, resulta evidente que sólo se colocaran en los procesos de *diversion* o *probation* a aquellos sujetos de los que se piense *a priori* que son capaces de cumplir con las condiciones estipuladas en ellos¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Quintero Olivares, G./Morales Prats, F./Prats Canut, M. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pág. 71.

¹⁰¹ Cfr. en *La Moderna... ob. cit.*, págs. 178 y 179.

¹⁰² Como pone de manifiesto Quintero Olivares, G.: "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", en *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 595 y ss., el efecto de prevención general del Derecho penal se produce desde el momento legislativo, no teniendo que ser la pena la única consecuencia ante el incumplimiento de la norma penal, momento en el que se demuestra la ineficacia de aquella prevención general.

¹⁰³ Cfr. Quintero Olivares, G.: "La reparación del...", cit. *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pág. 598.

¹⁰⁴ De esta opinión es Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 262. Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm of criminal justice" en Barnett, R.E./Hagel, J. (Ed.): *Assessing the Criminal Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, pág. 379, en donde se alega que lo esencial para la teoría restauradora son las necesidades y derechos de las víctimas, y estos son los mismos independientemente de que el ofensor sea rico o pobre. El tratamiento igualitario se busca para las víctimas.

¹⁰⁵ La información es recopilada por los agentes de la *probation* y presentada como un informe previo al juicio (*pre-trial report*) o a la sentencia (*pre-sentence report*)

⁹³ Vid las referencias al respecto recogidas por Van Ness, D.W.: "New wine and old wineskins: four challenges of restorative justice", en *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 261 y ss.

⁹⁴ De esta opinión se manifiesta en la doctrina española, Gracia Martín, L.: "El sistema de las consecuencias jurídicas del delito", en Gracia Martín, L./Baldova Pasamar, M.A./Alastuey y Dobon, M.C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996, pág. 43.

⁹⁵ Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1252.

⁹⁶ Sobre esta función simbólica, cfr. Boldt, R.C.: "Criminal Law...", cit., *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 1004 y 1005.

⁹⁷ En este sentido, Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 249 y 250, pone el ejemplo de la comunidad tailandesa que mantuvo las condiciones laborales de sus países de origen al contratar a sus compatriotas en las tiendas de dulces que regentaban, sin cuestionarse la legalidad de aquéllas en California. De la misma opinión, Brown, J.G.: "The use of mediation...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1251, Guill, T.U.: "A framework for understanding and using ADR", en *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1331.

⁹⁸ Kerbeshian, L.A.: "ADR...", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, pág. 420.

⁹⁹ Larrauri Pijoán, E.: "La reparación...", ob. cit., pág. 192.

Sus defensores¹⁰⁶ centran, sin embargo, las razones para negar la admisión de un sujeto en un programa de mediación en alguno de estos aspectos: la falta de reconocimiento por parte del autor de su responsabilidad en el hecho delictivo, la negativa de cualquiera de las partes a participar en el programa de mediación y la alta probabilidad de un elevado riesgo para la seguridad pública.

En mi opinión la reparación no debería plantear en lo referente a la igualdad mayores problemas que la pena de multa¹⁰⁷. Máxime si se tiene en cuenta que, aunque la forma más corriente sea la pecuniaria, aquélla puede consistir también en la petición de disculpas o en la prestación de algún servicio a la víctima¹⁰⁸. La capacidad económica del individuo puede ser tenida en cuenta para establecer la forma que adopte la reparación o la ejecución del acuerdo mismo, y siempre podría articularse un sustitutivo para caso de incumplimiento.

En este orden de cosas, la observación de una cierta disparidad racial entre los participantes de algunos de estos programas ha levantado algunas dudas sobre la existencia de discriminación en su aplicación¹⁰⁹. Algo que en Estados Unidos va normalmente asociado a los sectores económicos más marginados.

Asimismo, se aduce, que además de ponerse en peligro el principio de igualdad, puede llegar a conculcarse también el de *proporcionalidad*. En efecto, si como parece la reparación viene condicionada por el daño causado por el hecho delictivo y por los propios deseos de la víctima, entonces puede suceder que, a pesar de tratarse de hechos de distinta culpabilidad (imprudentes o dolosos) se acabe generando una misma responsabilidad si los resultados producidos son los mismos; o incluso que, ante hechos equivalentes en injusto, culpabilidad y daños, se alcancen, sin embargo, acuerdos de restitución diversos, porque una víctima sea más benevolente o vindicativa que otra¹¹⁰. Para paliar estos efectos los partidarios de la mediación¹¹¹ proponen

fijar un mínimo y un máximo entre el que se muevan las cantidades de reparación para cada uno de los delitos. En España los que han abogado por la naturaleza penal de la reparación siempre han requerido que, como en el resto de las sanciones penales, se tenga en cuenta tanto el injusto como el aspecto subjetivo del hecho delictivo¹¹². De este modo se conseguiría obviar otra de las objeciones hechas a la reparación penal, como es la relativa a los casos de ausencia de daño. Si, por ejemplo, no hay una víctima concreta (*victimless crimes*), como sucede en el tráfico de drogas, o en general en los delitos de peligro o en algunas tentativas de delito¹¹³. En estos supuestos se ha propuesto por algún autor que sea el legislador el que fije una cantidad acorde con las características referidas o bien que se reconduzca la restauración hacia el daño causado a la sociedad a través de sanciones como la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad¹¹⁴, obviando, a mi entender, el proceso de mediación¹¹⁵.

Dentro del ámbito de las *garantías procesales* las deficiencias se han detectado en relación con la *tutela judicial efectiva*, la presunción de inocencia y la asistencia de letrado. Lo primero porque al emplearse la mediación como una alternativa al procedimiento penal, a través de la *diversion*, se pone en cuestión el derecho, constitucionalmente garantizado en los Estados Unidos, a ser juzgado por un jurado¹¹⁶. Ahora bien, en tanto subsiste la posibilidad de acudir a juicio, incluso cuando ya se ha formalizado el acuerdo de restitución, no hay transgresión de la séptima enmienda¹¹⁷. Conviene advertir a este respecto que se parte de que los sujetos participan voluntariamente en el programa¹¹⁸.

Por otra parte, los procesos de *diversion* se encuentran sometidos al control judicial. Son los jueces y Tribunales los que resuelven sobreseer el procedimiento y "desviar" al sujeto a un proceso alternativo.

El peligro, más bien, parece radicar en una falta de información al autor de los hechos, el cual, ante la incertidumbre de un juicio y el temor de una posible pena de prisión, opta por la mediación sin llegar siquiera a conocer las bases probatorias que po-

¹⁰⁶ Cfr. Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for...", cit., *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 77.

¹⁰⁷ En definitiva, cuando la restitución es dineraria la diferencia con la multa radica en el destinatario del pago: en un caso la víctima del delito, y en otro, el Estado (Larrauri Pijoán, E.: "La reparación"..., *ob. cit.*, págs. 178 y 179, nota 14).

¹⁰⁸ Esta ha sido la solución adoptada en el Proyecto Alternativo alemán de Reparación, en su § 2, que se ha plasmado más tarde en el § 46, a) del StGB, introducido a través de la *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)*, de 28 de octubre de 1994.

¹⁰⁹ Algunos estudios en los Estados Unidos han puesto de manifiesto que la mayoría de los participantes en estos programas son de raza blanca, teniendo escasa incidencia entre la población de raza negra y los latinos. El dato se pone de relieve pues el resultado se invierte cuando se examina la población carcelaria. En todo caso, la conclusión es controvertida, ya que se aduce que los programas en que esto ocurre se debe a que precisamente en estas zonas el componente racial es de mayoría (vid. Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1284 y 1285).

¹¹⁰ Vid. Ashworth, A.: "Some doubts...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, pág. 290.

¹¹¹ En este sentido, Van Ness, D.W.: "New wine and...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 270 y 271, advierte que todo es una cuestión de fines, por ello, como la justicia restauradora tiene por finalidad restaurar a la víctima en la situación previa al delito, la consideración de otras variables funcionará exclusivamente como límite para aquel otro fin principal

¹¹² Entre otros, Larrauri Pijoán, E.: "La reparación" *ob. cit.*, pág. 178, Silva Sanchez, J.M.: "Sobre la relevancia", cit., *Poder Judicial*, 3ª época, nº 45, 1997, pág. 197.

¹¹³ Ashworth, A.: "Some doubts...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 285 y 286; Barnett, R.E.: "Restitution a new paradigm...", *ob. cit.*, págs. 376 y ss.

¹¹⁴ Van Ness, D.W.: "New wine and...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 262 y 263.

¹¹⁵ Las experiencias, sin embargo, de algunos programas desarrollados en Estados Unidos muestran que la mediación sigue realizándose aún para estos casos. La idea es que ante la ausencia de una víctima concreta, su lugar sea ocupado por uno o varios representantes de la comunidad vecinal donde el delito se ha cometido (vid. a este respecto el análisis de los resultados del programa del Condado de Polk, Iowa, recogidos por Gay, F./Quinn, T.J.: "Restorative justice and prosecution in the twenty-first century", en *The Prosecutor*, 30, septiembre-octubre 1996, págs. 21 y 22).

¹¹⁶ Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 246.

¹¹⁷ Kerbeshian, L.A.: "ADR...", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 418 y 419.

¹¹⁸ Aun cuando, como se verá más adelante, esta característica se encuentra discutida por los autores.

drían sustentar su acusación¹¹⁹, ya que cuando se recaba su consentimiento no cuenta con el *asesoramiento de un abogado*. Situación que se reproduce durante el propio proceso de mediación, pues se teme que la intervención de un abogado dificulte o perturbe de algún modo la adopción de un acuerdo de reparación¹²⁰.

La razón se halla en la propia idea de restauración que inspira a esta clase de mediación, y es que ésta, al igual que el resto de ADR, pretende una reconciliación de los intereses subyacentes de las partes antes que determinar a quien corresponde el derecho o quien tiene una mejor posición jurídica. Lo esencial es el restablecimiento de las relaciones interpersonales dañadas por el delito. Hay un cambio de perspectiva respecto del sistema judicial. A diferencia de lo que ocurre en éste, no se trata de enfrentar las posiciones y decidir en favor de una ellas, sino de conseguir conciliar los distintos intereses en una solución de compromiso¹²¹.

El problema radica en que la participación en la mediación puede llegar a suponer para el autor del hecho delictivo un verdadero *critical stage*¹²², en cuanto que lo declarado en el proceso de mediación puede afectar negativamente a su defensa en un ulterior juicio. Ello es así, porque la práctica totalidad de los programas de mediación exigen una previa declaración de culpabilidad del sujeto en el sentido de que sólo tras el reconocimiento de su responsabilidad por el hecho realizado puede asumir el compromiso de reparar a la víctima. Téngase en cuenta que, en ningún caso, la asunción de culpas puede ser objeto de negociación o discusión.

Asimismo, la exigencia de esta previa declaración pone en cuestión la propia *presunción de inocencia*¹²³. Ahora bien, si se considera que ésta es una manifestación del más amplio derecho a la defensa¹²⁴, entonces debe rechazarse que exista vulne-

ración de la presunción de inocencia cuando se acepta voluntariamente participar en el proceso de mediación. Ello, claro está, siempre que se garantice una información completa al individuo sobre cuáles sean las consecuencias de aquella declaración. De aquí la importancia de contar con el asesoramiento legal tanto respecto de la decisión de participar como respecto de la de formalizar el acuerdo de reparación. Precisamente, en este último caso, dicho asesoramiento permite contrarrestar un eventual exceso de poder de la víctima¹²⁵. Piénsese que es ésta, en definitiva, la que tiene en sus manos la posibilidad de que el ofensor sea procesado o condenado a prisión, según los supuestos.

Por otra parte, tampoco se ofrecen garantías de que la información proporcionada durante la mediación no será empleada en un ulterior proceso penal, pues no se impone ningún deber de reserva sobre ella ni se impide a los jueces, fiscales o jurado tener acceso a la misma¹²⁶. La confidencialidad en la mediación es algo que debería quedar garantizado. De nuevo se advierte la necesidad de contar con el asesoramiento de un abogado.

A todo ello se une que la *voluntariedad* es un punto sumamente controvertido en los procesos de mediación. Ambos, el autor de los hechos y la víctima tienen que manifestar su consentimiento en favor de la mediación. La falta de información acerca de lo que puede ocurrir en un procedimiento penal, por una parte, y la ausencia de confidencialidad en el proceso de mediación, por otra, pueden provocar lo que se ha dado en llamar el *"dilema de la víctima y el ofensor"*¹²⁷. Para el autor de los hechos, porque la mediación representa el medio de evitar la privación de libertad, en unos casos, o el proceso penal, en otros. En este sentido, se resalta que no importa tanto el que finalmente se llegue a formalizar un acuerdo de reparación con la víctima, sino que es el sólo hecho de consentir en la mediación lo que puede tener una influencia positiva en las autoridades y órganos judiciales o penitenciarios en el momento de decidir sobre la *probation* o la libertad condicional. Todavía resulta más dudoso cuando la mediación se convierte en una condición de la *probation*¹²⁸. Ciertamente que el individuo siempre puede declinar tomar parte en aquélla, pero es evidente que ante tales consecuencias se sentirá presionado fuertemente a no hacerlo¹²⁹. Sin embargo, a juicio de los defensores del Proyecto Alternativo de Reparación esta presión no es suficiente motivo para eliminar la autonomía de decisión respecto de la

¹¹⁹ Esto es lo que Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1266 y ss., denomina significativamente el "dilema de la víctima y el delincuente". Ambos sujetos se ven abocados, en definitiva, a participar en los programas de mediación, pues se les da a entender de alguna forma que su negativa puede traer consecuencias perjudiciales en un futuro procedimiento penal.

¹²⁰ Guill, T.U.: "A framework...", cit., *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1330, citando a Rice, P.: "Mediation and Arbitration as a civil alternative to the criminal justice system. An overview and legal analysis", en *Emory University Law Review*, 29, 1979, pág. 65. En el mismo sentido, vid. Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1289.

¹²¹ Vid. sobre esta idea, Kovach, K.K.: *ob. cit.*, págs. 4 y ss.; Riskin, L.L./Westbrook, J.E.: *ob. cit.*, págs. 8 y ss.

¹²² De acuerdo con la definición ofrecida por el Tribunal Supremo en el caso *United States v. Wade*, 388, U.S., 218, 1967, pág. 228, la situación crítica se produce en cualquier momento antes o durante el juicio, en el que la ausencia de asesoramiento jurídico podría conculcar el derecho a un juicio justo.

¹²³ En este sentido, Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1271, nota nº 88, págs. 1285 y 1286; Guill, T.U.: "A framework for...", cit., *Tulane Law Review*, 71, 1997, págs. 1329 y 1330. Claro está que la presunción de inocencia sólo se pone en cuestión cuando la mediación tiene lugar antes de la condena, esto es, como un proceso de *diversion*.

¹²⁴ Esta es la idea que recoge Larraun Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, pág. 185, nota 28, siguiendo a Pérez Sanzberrog *Reparación y Conciliación. Autor y Víctima*, Bilbao, 1996, tesis doctoral inédita, págs. 503 y 504. La idea se retuerza con el ejemplo de la conformidad en el proceso penal español. Con semejante fundamentación se recoge la declaración de culpabilidad en el Proyecto Alternativo alemán de Reparación, en el que además se trata de garantizar el derecho de defensa instituyendo el control judicial (vid., *Alternativ-Entwurf Wieder-*

gutmachung (AE-WGM). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München, 1992, págs. 34 y 35

¹²⁵ En otras ocasiones, los trabajos empíricos demuestran que la víctima se siente presionada a adoptar un acuerdo de mediación, pues esta disposición será bien vista por el Tribunal a la hora de otorgarle la restitución.

¹²⁶ Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1288 y ss.

¹²⁷ La expresión es empleada por Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1266 y ss.

¹²⁸ Así lo han reconocido sus propios partidarios, vid. Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for...", cit., *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 84.

¹²⁹ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1489, nota nº 78, Brown, J.G. "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pag 1268

reparación, sino que contribuye a fomentar su eficacia preventiva¹³⁰.

Para la víctima, porque ésta se sentirá igualmente presionada a participar. Su oposición también suele ser negativamente percibida por los jueces a la hora de decidir sobre la reparación. Téngase en cuenta, además, que en el sistema norteamericano la responsabilidad civil que pueda derivarse del hecho delictivo no puede sustanciarse en el mismo procedimiento penal. Ello hace que la mediación sea vista como un medio más rápido para alcanzar la reparación¹³¹.

Queda, en fin, por mencionar dentro de estas objeciones de carácter constitucional el posible quebrantamiento del principio de división de poderes¹³². De acuerdo con el artículo 3 de la Constitución norteamericana, para garantizar la imparcialidad y equilibrio de fuerzas en el proceso penal debe mantenerse la separación de poderes, esto es, el fiscal se encargará de formular la acusación, mientras al juez o Tribunal le corresponde hacer justicia, estructurar el procedimiento para que se llegue a determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto. Si como ocurre en los programas de mediación que operan como procesos de *diversion*, y por tanto, como alternativas al procedimiento penal, la declaración de culpabilidad es uno de los requisitos de admisibilidad en el programa, resulta que dicha declaración acaba quedando en manos de la fiscalía que promueve el programa, sustrayéndose con ello al poder judicial. La cuestión, se aduce, no es tanto dónde se toma la decisión, sino si ésta es o no vinculante para el Tribunal¹³³. Lo que no parece ser el caso, puesto que siempre queda abierta la posibilidad de acudir a juicio. Un problema diverso es, sin embargo, que dicha declaración de culpabilidad sea después utilizada en el procedimiento penal. Es por ello que resultaría deseable que las informaciones vertidas en el proceso de mediación se encontraran protegidas por un deber de reserva, que impidiera su uso en un proceso penal posterior.

3. EL FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DE LA MEDIACIÓN DELINCUENTE-VÍCTIMA: LA IDEA DE LA RESTORATIVE JUSTICE Y LA REPARACIÓN

La *restorative justice* supone un cambio de filosofía en la visión del delito y de su castigo. Se de-

nomina "restauradora", porque trata de promover la restauración de la situación anterior al hecho delictivo. Sus notas características han sido expuestas por Zehr¹³⁴, contrastando lo que este sistema significa frente a la tradicional concepción de la justicia distributiva. Si para esta última el delito se caracteriza por la transgresión de la ley establecida por el Estado, en cambio, para la aproximación "restauradora" se concentra en el daño infligido, en primer término, a la víctima, y en una amenaza para la paz social y la seguridad pública. El énfasis se pone en el daño, en la alteración de relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente dentro del contexto social.

Paralelamente, la respuesta al delito se dirige a la disminución de estos daños, o lo que es lo mismo, a la reparación a la víctima y al restablecimiento de los intereses públicos afectados. A mayor abundamiento, si para la justicia distributiva lo relevante es la atribución de culpabilidad al sujeto, para la restauradora lo es el reconocimiento de la responsabilidad y obligaciones hacia la víctima que ha generado el hecho delictivo. El autor tiene la oportunidad de "hacer las cosas bien", asumiendo la deuda contraída por la comisión del delito y de responsabilizarse por ella ante la víctima. De este modo, al tomar parte activa en el restablecimiento del equilibrio, alterado por el hecho delictivo, se está favoreciendo su reconciliación con la víctima, haciendo posible a la par su reintegración en la sociedad. De una parte, el enfrentamiento del delincuente con el sufrimiento de la víctima le hace tomar conciencia de los daños ocasionados con su actuación delictiva, lo que representa el primer paso hacia la rehabilitación. Por otra parte, la confrontación también tiene un efecto positivo para la víctima, ya que facilita su proceso de sanación, eliminando los temores hacia una futura victimización. Ambos aspectos contribuyen, en último término, a la prevención del delito¹³⁵.

Este enfoque ha sido criticado por su aproximación a lo ético o sociológico¹³⁶, aspectos que quedan, sin embargo, fuera del mundo de lo jurídico. En este sentido, se afirma que no es tarea del Derecho penal resolver el conflicto humano que se genera con el delito¹³⁷. Lo cierto es que esta nueva perspectiva implica un replanteamiento de los fines del Derecho penal. En este sentido, las raíces de la *justicia restauradora* se buscan, según algu-

¹³⁰ *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*, München, 1992, págs. 40 y ss., en cuya fundamentación se evidencia que semejante situación se repite respecto de otras instituciones, en las que a pesar de ello la voluntariedad no se cuestiona como ocurre, por ejemplo, con la terminación del procedimiento para el caso de los drogodependientes que se someten a tratamiento deshabitador (§ 37 BtMG).

¹³¹ En este sentido, Brown, J.G., "The use of ...", *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1266, también advierte que la presión puede ser incluso moral y psicológica, pues la retórica del programa puede inducirle a sentirse culpable de no dar esa oportunidad al ofensor para rehabilitarse.

¹³² Guill, T.U.: "A framework for...", cit., en *Tulane Law Review*, 71, 1997, págs. 1330 y 1331.

¹³³ En este sentido, Kerbeshian, L.A., "ADR", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, pág. 419, nota 318, recoge jurisprudencia en la que se invalida la decisión vinculante en la que participa un lego (*Dibernardino v. Dibernardino*, 568, A.2d 431, 437, Connecticut, 1990).

¹³⁴ Zehr, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Pennsylvania, 1990, especialmente págs. 184, 185, 202, 211 a 214.

¹³⁵ Vid., entre otros, Van Ness, D.W.: "New Wine and ...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 254 y ss.; Joseph, K.L.: "Victim-offender", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 216 y 217.

¹³⁶ Así se reconoce en la Declaración de Lovaina sobre la conveniencia de promover la aproximación restauradora a la delincuencia juvenil, hecha con ocasión de la Primera Conferencia Internacional sobre la "Justicia restauradora para los jóvenes. Potencialidades, riesgos y problemas para la investigación", Lovaina, 12 al 14 de mayo de 1997, punto 4; Apéndice recogido por Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for ...", cit., *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 107.

¹³⁷ Lampe, E.J.: "Wiedergutmachung ...", cit., *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 11, 1993, págs. 487 y 488; Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", cit., *Poder Judicial*, 45, 1997, pág. 188.

nos¹³⁸, en el movimiento de la reparación, mientras para otros se encuentran en la idea de merecimiento asociada a la teoría norteamericana del "just desert"¹³⁹. Para esta última lo esencial es que "cada persona sea tratada de acuerdo con lo que es su merecido"¹⁴⁰. Pues bien, cuando este retribucionismo bajo la idea de merecimiento se predica no de las acciones del ofensor, sino respecto de la víctima, entonces estamos ante la teoría de la *restorative justice*. A mayor abundamiento, si a cada persona hay que darle su merecido, si es que esto puede llegar a calibrarse, lo que merece la víctima es que se le restablezcan sus derechos y se le restituya a la situación anterior a la comisión del delito.

El movimiento de la reparación, por su parte, hizo pensar en las finalidades que ésta podía desarrollar dentro del Derecho penal. Surgen, así, dos grandes posiciones. Por un lado, la *corriente abolicionista*¹⁴¹, representada por los defensores de una teoría pura de la justicia restauradora. De acuerdo con ella, la reparación es una alternativa al sistema formalizado de justicia penal. Lo importante no es la consecución de fines de prevención general o especial, tradicionalmente asignados a la pena, y por tanto, al Derecho penal, sino satisfacer las necesidades y derechos de la víctima, compensarla por el daño sufrido. De modo que son los derechos de la víctima los que marcan la naturaleza y los límites de la responsabilidad criminal¹⁴². En consecuencia, al estimarse el derecho de compensación como de pertenencia de la víctima, se admite la posibilidad de delegación, subrogación por compañías de seguros, arbitraje como sustitutivo del *plea bargaining*, etc.

Esta postura doctrinal busca su legitimación en una particular interpretación de la evolución histórica que llevó a la separación entre el Derecho penal y el civil¹⁴³, y que acaba por reivindicar la devolución del conflicto a su verdadero protagonista: la víctima. Asimismo, se reconoce abiertamente¹⁴⁴ la estrecha relación que existe entre esta concepción restauradora y las formas de justicia primitivas, sobre todo,

en lo que atañe a la preocupación por la dimensión afectiva del hecho delictivo y por la reconciliación entre el autor y la víctima. La idea es que la respuesta "natural" frente al hecho delictivo, por ser la más frecuente en los diversos momentos históricos y culturas, ha sido requerir del ofensor una reparación o satisfacción para la víctima, bien bajo la forma de venganza individual o colectiva o bien bajo la forma de composición¹⁴⁵. El nacimiento del interés público en la persecución y castigo del delito, y con ello, del monopolio estatal en el ejercicio del *ius puniendi* es consecuencia de un proceso¹⁴⁶ en el que se pretende la consolidación y fortalecimiento del poder del monarca¹⁴⁷. De modo que la existencia de un interés público en la represión del hecho delictivo no es más que una ficción que sirve de justificación para la apropiación por el monarca de la compensación que antes, por ser un asunto privado, era destinada a la víctima¹⁴⁸. La ficción reside, pues, en que la víctima ha sido llevada a creer que sus intereses serían mejor defendidos a través y por la actividad del Estado, al igual que había sucedido en las culturas primitivas. La realidad, sin embargo, es otra: el nuevo orden social no resulta en modo alguno apropiado para la identificación tribal del individuo con el grupo, y para, por tanto, recibir, al menos, ciertas compensaciones psicológicas por su pertenencia al grupo¹⁴⁹.

Desde este punto de vista no resulta extraño que se propugne la abolición del Derecho penal y su absorción por el derecho privado¹⁵⁰. Esta interpretación no es, sin embargo, del todo exacta, ya que el presupuesto del que se parte es equivocado. En efecto, las investigaciones históricas también han evidenciado que en las culturas primitivas, junto a las ofensas privadas existían ofensas públicas, esto es, ofensas que afectaban al orden público o colectivo y cuyo castigo era asimismo un asunto que concernía a la acción pública¹⁵¹. Se rechaza, por

¹⁴⁵ Vid. sobre este particular, Boldt, R.C. "Criminal Law... cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 980 y ss.

¹⁴⁶ Este proceso es descrito detalladamente por Boldt R.C. "Criminal Law..., cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 982 y ss. Se inicia con la aparición de la figura de la composición y con el establecimiento de unas reglas para su determinación, de las que se destaca la primacía de las consecuencias del hecho sobre la culpabilidad del sujeto. La segunda fase se caracteriza por el surgimiento de una figura central con autoridad, encargada de velar por el cumplimiento de las reglas, iniciándose así un proceso en el que el interés de la víctima fue paulatinamente sustituido por el de la institución mediadora. Con el incremento de su poder soberano acabó absorbiendo como parte del pago de la composición la cantidad total. Es de aquí de donde nació un nuevo interés "público" en la represión de la comisión de delitos.

¹⁴⁷ Cfr. Brown, J.G.: "The use of...", *Emory Law Journal* 43, 1994, pág. 1254, nota 22.

¹⁴⁸ En particular, el momento histórico se sitúa en el reinado de William el Conquistador y su hijo Henry I de Inglaterra, cuando los autores de crímenes eran multados por los Tribunales del rey, en vez de ser requeridos a pagar una restitución a las autoridades del pueblo (vid. Gay, F./Quinn, T.J.: "Restorative justice...", *cit.*, *The Prosecutor*, 30 de octubre de 1996, pág. 16).

¹⁴⁹ Boldt, R.C.: "Criminal Law..., cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, pág. 984.

¹⁵⁰ Los torts son ilícitos civiles próximos al Derecho penal. Para su diferenciación, vid. Lafave, W.R./Austin, W.S., Jr. "Handbook on Criminal Law", St. Paul, Minnesota, 1972, págs. 10 y ss.

¹⁵¹ Los datos los proporciona nuevamente Boldt, R.C. "Criminal Law..., cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 986 y ss.

¹³⁸ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", *cit.*, *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1515.

¹³⁹ Esta es la nueva formulación de la teoría retributiva que aparece en los años setenta bajo el nombre de la "deserts theory", vid. sobre el particular, Hospers, J.: "Retribution: the ethics of punishment", en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard, 1977, págs. 182 y ss.

¹⁴⁰ Para una crítica a esta teoría, vid. Kaufmann, W.: "Retribution and the ethics of punishment", en *Assessing the criminal: restitution, retribution and the legal process*, Harvard University, 1977, págs. 224 y ss., en donde se evalúa la posibilidad de una determinación exacta de lo que es merecido.

¹⁴¹ Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm...", *ob. cit.*, pág. 367; Zehr, H.: *ob. cit.*

¹⁴² Barnett, R.E.: "Restitution. a new paradigm...", *ob. cit.*, pág. 366.

¹⁴³ En este sentido, es opinión común que se atribuye al Estado el monopolio del *ius puniendi* para resolver el conflicto generado por el delito a un menor coste que el devanado de la venganza privada, por lo que a partir de ese momento comienza un proceso de neutralización de la víctima y de "despersonalización" del procedimiento penal (cfr. García Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento...", *cit.*, *La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, pág. 290; Landrove Díaz, G.: *La Moderna Victimología*, Valencia, 1998, págs. 20 y ss, Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, 45, 1997, págs. 188 y 190, Larrauri Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, pág. 187)

¹⁴⁴ Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for cit.", *Regent University Law Review*, 10, 1998, págs. 54 y 55

tanto, la idea de que en las sociedades prefeudales no había todavía una distinción entre lo ilícito penal y lo civil, o que la reparación era la única respuesta frente al conflicto.

Desde otra *posición más moderada*¹⁵² se atribuye, en cambio, a la reparación el carácter de sanción penal, y no simplemente de alternativa al sistema penal. Se le reconoce, por tanto, naturaleza punitiva, incluyéndose entre el sistema de penas en cuanto que sirve a la consecución de los fines de prevención perseguidos por el Derecho penal. En este sentido, se dice que la reparación es la institución que permite aglutinar diversas finalidades: la llamada *retribución específica* al recoger el sentimiento de venganza de la concreta víctima; la *retribución general*¹⁵³ o, lo que es lo mismo, la expresión del sentido ético de la comunidad y de orden legal; y, en fin, la *prevención especial como rehabilitación* del delincuente a través de la asunción de responsabilidad por el hecho delictivo realizado. A ello podría añadirse el efecto de *prevención general positiva*¹⁵⁴ en cuanto que la reparación contribuye al restablecimiento de la paz jurídica y la confianza en el Derecho. No sólo se constata el cumplimiento del Derecho sino que además se logra tranquilizar la conciencia jurídica general al saberse resuelto el conflicto criminal de manera satisfactoria para la víctima¹⁵⁵. Esta ha sido la idea que ha barajado un sector de la doctrina alemana para defender la inclusión de la reparación en el sistema de Derecho penal como una sanción independiente, una tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad¹⁵⁶. La

¹⁵² Schafer, S.: *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, 20 ed., 1970, págs. 119 y ss.; Galaway, B.: "Restitution as an integrative punishment", en Barnett, R.E./Hagel, J. (ed): *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, pág. 340; Van Ness, D.W.: "New wine and...", *cit.*, *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 262 y ss.

¹⁵³ Ambas expresiones son empleadas por Schafer, S.: *ob. cit.*, pág. 120.

¹⁵⁴ En este sentido se manifiestan los defensores del Proyecto alternativo de Reparación, vid. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtler*, München, 1972, págs. 26 y 27.

¹⁵⁵ Desde un punto de vista práctico, en cambio, se ha objetado por Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm...", *ob. cit.*, pág. 376, que a quien no se restituye es a la sociedad por el daño que el delito ha provocado (quebrantamiento de la paz social y del orden jurídico), lo que convertiría a la reparación en una manifestación de la debilidad del sistema, más que en un medio de reforzamiento de éste.

¹⁵⁶ No puede catalogarse de pena, pues no supone una intervención forzosa en los derechos del autor, sino que, por el contrario, consiste en una prestación voluntaria. Tampoco entra propiamente en la categoría de las medidas de seguridad, pues no se orienta directamente a la prevención especial. Pero sí sirve a la consecución de los fines del Derecho penal, en particular, a la reinserción del delincuente y a la prevención general positiva (vid. al respecto, Roxin, C.: "Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht", en Eser, A./Kaiser, G./Madlener, K. (ed.): *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.*, Band 18, Freiburg, 1990, pág. 370) Su legitimación como tercera vía del Derecho penal se encuentra en el principio de subsidiariedad (cfr. Roxin, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München, 1992, págs. 17 y 47) En contra de la naturaleza penal de la reparación, aunque admitiendo su relevancia para la determinación de la pena Hirsch, H.J.: "La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 42, 1990, págs. 567 y 568; Del mismo: *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, band.

doctrina española que se ha manifestado a favor de una reparación de naturaleza penal también ha destacado su idoneidad para la consecución de los fines preventivos del Derecho penal¹⁵⁷.

Considero que ésta es la orientación correcta si es que se quiere dotar a la reparación de naturaleza penal, teniendo en cuenta, claro está, que en este caso, su fundamento tendrá que ir más allá del daño causado e incluir los aspectos relativos al grado de culpabilidad del sujeto —dolo, imprudencia—, y en cuanto adopte forma dineraria¹⁵⁸, a su capacidad económica¹⁵⁹. De esta forma se consigue no sólo superar algunas objeciones relativas a la ausencia de daño en los delitos de peligro o en la tentativa de delito¹⁶⁰, sino además explicar la diferencia con la reparación civil del daño. En efecto, al participar del fin de prevención general propio del Derecho penal se debilita el carácter resarcitorio propio del Derecho privado, de modo que lo esencial para la reparación penal, a diferencia de lo que ocurre en la civil, no es el efectivo resarcimiento del daño, sino más bien el esfuerzo personal dirigido a restablecer el Derecho vulnerado¹⁶¹. Esta idea explica el que,

102, 1990, págs. 540 y ss.; críticamente con el efecto integrador atribuido a la reparación Lampe, E.J.: "Wiedergutmachung als...", *cit.*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 11, 1993, pág. 488

¹⁵⁷ A favor de introducir la reparación como sanción penal, Quintero Olivares, G.: "La reparación del...", *cit.*, *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 594 y ss.; García-Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento", *cit.*, *La Victimología Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, págs. 311 y 312; Larrauri Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, págs. 177 a 180; limitando su uso sólo para los delitos de poca gravedad, Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 198 y ss.; En contra de la naturaleza penal de la reparación, Gracia Martín, L.: "El sistema de las...", *ob. cit.*, págs. 42 y 43; Mapelli Caffarena, B./Terradillos Basoco, J.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 30 ed., Madrid, 1996, págs. 236 y 237; admitiendo su relevancia en la medición de la pena, pero negando su carácter penal, Mir Puig, S.: *Derecho Penal, Parte General*, 40 ed., Barcelona, 1996, págs. 13 y 14; Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reparación a la Víctima en el Derecho Penal (Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Político-Criminales)*, Barcelona, 1994, págs. 184 a 188

¹⁵⁸ Siguiendo a Galaway, B.: "Restitution as...", *ob. cit.*, págs. 331 y ss., la reparación puede adoptar alguna de estas formas: a) *Una cantidad dineraria dirigida directamente a la víctima* Este es el supuesto más corriente, ligado normalmente a la probation como una condición más; b) *Una cantidad dineraria dirigida a organizaciones de carácter social como las de beneficencia* Esta forma de reparación se produce cuando la víctima concreta no ha sido localizada o bien no quiere participar en la mediación o, en fin, no hay daños que reparar porque se trate, por ejemplo, de uno de los llamados "delitos sin víctima"; c) *Prestaciones en favor de la víctima*. Esta puede ser una opción cuando la capacidad económica del individuo le impide resarcir a la víctima de esa manera o cuando la naturaleza del daño, permita una reparación en especie; d) *Prestaciones en favor de la comunidad* El ejemplo más cercano se encuentra en el programa de *Community service orders* de Gran Bretaña, introducido como resultado del informe del Baroness Wootton en 1970. Al dirigirse a la comunidad y no al ciudadano particular afectado por el delito, el carácter público del Derecho penal se reafirma (sobre este último aspecto, vid. Zedner, L.: "England. National Report", en Eser, A./Walther, S.: *Reparation in Criminal Law International Perspectives*, vol. 1, Freiburg im Breisgau, 1996, pág. 181)

¹⁵⁹ En el mismo sentido, Larrauri Pijoán, E.: "La reparación"...*ob. cit.*, pág. 177; Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, pág. 197.

¹⁶⁰ Teóricamente, según la teoría restauradora no puede haber responsabilidad criminal si no hay daño o no hay víctima, como por ejemplo ocurre en los llamados "delitos sin víctima": prostitución, juegos ilícitos, pornografía, consumo de drogas, etc. (vid., Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm" *ob. cit.*, págs. 376 y 382).

¹⁶¹ Vid. Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 197 y 198.

por ejemplo, el parágrafo 46, a) del StGB permita una atenuación de la pena cuando se pretenda seriamente la compensación del daño a la víctima, aun cuando no se haya alcanzado de manera efectiva.

En cualquier caso, no se pueden desconocer las dificultades teórico-prácticas que presenta la reparación, sobre todo, cuando es consecuencia de un proceso de mediación autor-víctima. Me refiero no sólo a los problemas inherentes al concepto de daño reparable¹⁶², a los que presenta el principio de proporcionalidad¹⁶³ o incluso el propio concepto de víctima. Así, en California se encuentra en discusión la amplitud de este último concepto. En particular, se trata de determinar si una compañía de seguros que ha indemnizado al sujeto pasivo del delito puede entrar dentro de la categoría de "víctima directa"¹⁶⁴ a la que alude la sección 1202.4 del Código penal de este Estado, y reclamar, en consecuencia la restitución¹⁶⁵.

El problema se suscita en el caso *People versus Sexton*¹⁶⁶, en el que la compañía aseguradora del automóvil, que había sido robado por los dos acusados, solicita, después de reembolsar a la víctima los daños causados al vehículo, la restitución que conforme al Código penal de California corresponde a todos los que sufren daños materiales como consecuencia de un hecho delictivo. El Tribunal de Apelación, sin embargo, rechaza tal petición, ya que entiende que la obligación de indemnizar a la víctima, asumida por el contrato de seguro, no puede verse como un objeto directo del delito, por lo que la compañía no puede calificarse de "víctima directa" del delito, tal y como exige la sección 1202.4, f).

Las decisiones posteriores¹⁶⁷ del Tribunal de Apelación de California no se han mantenido, sin embargo, en esta línea argumentativa y, en consecuencia, han acabado reconociendo el derecho a la restitución de las compañías aseguradoras, aduciendo que con el pago se producía una especie de subrogación en la posición de la víctima y, por tan-

to, en su derecho a la restitución. La confusión ha aumentado cuando el Tribunal Supremo de California ha ordenado borrar estas últimas resoluciones judiciales de los correspondientes repertorios jurisprudenciales, lo que impide su consideración como precedentes.

Parece que esta falta de uniformidad jurisprudencial se ha debido a un cambio legislativo que ha incidido sobre la finalidad asignada a la restitución¹⁶⁸. Antes de 1994 en el Estado de California existían dos Códigos diferentes que se referían a la restitución penal. Uno, el Código penal del Estado, aplicaba la restitución como condición de la *probation*, que se encaminaba, por tanto, a conseguir la rehabilitación del condenado. El otro, el *Government Code*, fijaba multas reparatoras cuando los Tribunales denegaban la *probation*, pues la idea era compensar a la víctima real por las pérdidas sufridas. Esta distinta configuración de la restitución daba lugar a un concepto también diverso de víctima. De modo que se producía el absurdo de que mientras las compañías aseguradoras no eran consideradas víctimas (directas) para obtener una multa reparatora cuando la *probation* era denegada por el Tribunal, sí que eran víctimas (perjudicados), en cambio, para recibir la restitución como condición de la *probation* cuando ésta era acordada por el Tribunal. Es, por ello, que el 28 de septiembre de 1994 se introduce una modificación legislativa por la que se remite la regulación de la restitución para ambos textos legales a la sección 1202.4 del Código penal de California, reconociendo de manera expresa el efecto rehabilitador y de prevención del crimen que se persigue con la restitución. El problema entonces radicaba en que la nueva sección, aunque se refería expresamente a la posibilidad de aplicar la restitución a empresas, corporaciones, asociaciones, etc., lo condicionaba a que dichas entidades fuesen *víctimas directas*.

Entiendo que, aun cuando la finalidad de la restitución sea la de la rehabilitación del condenado, las compañías de seguros no deben entrar dentro de la categoría de víctimas directas a estos efectos, pues, en otro caso, pienso que se desvirtuaría el sentido del contrato de seguro. Dicho de otra manera, los "daños" de la compañía aseguradora ya están cubiertos por las primas del seguro pagadas por el sujeto pasivo del delito.

Por otra parte, es claro que si la restitución persigue la rehabilitación del condenado, ésta no puede depender de algo tan aleatorio como que el sujeto pasivo del delito se encuentre asegurado. De modo que podría para estos casos, de manera semejante a como ocurre con los supuestos de ausencia de daño, establecerse un fondo de restitución al que se destinaría la restitución. Aunque, entonces tampoco habría mucha diferencia con la pena de multa.

Con ello se ha querido ofrecer una visión rápida de los problemas que suscita la aplicación de la mediación como alternativa a la tradicional pena de

¹⁶² En este sentido se discute si por daño reparable sólo debe entenderse el daño material sobre las personas o cosas, o también ha de incluirse el daño moral, o en fin, desde otra perspectiva equipararse a la afectación del bien jurídico protegido. En la Ley 35/1995 el daño compensable es únicamente el material sobre las personas: muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud física y mental (art. 1.1)

¹⁶³ Recuérdese sobre este punto lo dicho al tratar del principio de igualdad, vid. más arriba, págs. 32 y 33.

¹⁶⁴ La Legislación española (Ley 35/1995) utiliza también esta terminología, considerando como víctima directa "a las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito" (art. 2.2 Ley 35/1995). Esto es a los sujetos pasivos de la acción delictiva acogidos bajo el sistema de ayudas públicas. Así ocurre, por ejemplo en el robo con violencia que recae sobre el dependiente de una tienda. Asimismo, se incluyen como víctimas indirectas a los familiares perjudicados (art. 2.3 Ley 35/1995).

¹⁶⁵ En este sentido la Ley española 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en su artículo 5, establece la incompatibilidad de estas ayudas estatales con la indemnización civil fijada en la sentencia judicial y con la que se derive de un seguro privado o de un subsidio público.

¹⁶⁶ 33 Cal. App. 4th 64, 39 Cal. Rptr. 2d. 242 (1995).

¹⁶⁷ Se trata de los casos *People versus Correia* (36 Cal. App. 4th 1779, 1789-90, 43 Cal. Rptr. 2d. 302, 327, 1995), *People versus Nielsen* (41 Cal. App. 4th 936, 945, 48 Cal. Rptr. 2d. 853, 863, 1996) y *People versus Birkett* (54 Cal. App. 4th 1438, 1445, 63 Cal. Rptr. 2d. 587, 591, 1997).

¹⁶⁸ Vid. sobre el particular Okazaki, N.D.: "Notes and comments. *people v. Sexton: insuring an absurd result through inflexible interpretation - the Court of Appeal denies criminal restitution to a victim's insurance company*", en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31, 1997, págs. 302 y ss

prisión y, por tanto, como una forma distinta de resolver el conflicto surgido con la comisión de un hecho delictivo. Los buenos resultados alcanzados por estos procedimientos, tanto respecto de los fines preventivos del Derecho penal como respecto de la satisfacción de la víctima y de la sociedad, junto a su menor lesividad obligan por aplicación del principio de mínima intervención, al menos, a cuestionar su viabilidad dentro de nuestro sistema penal.

Como se ha tratado de poner de manifiesto, su admisibilidad o no depende de la filosofía sobre la que se asiente la aplicación de la reparación como nueva sanción penal resultado del proceso mediador. En este sentido, se recuerda su entronque con la teoría de la prevención general positiva y con la idea de la justicia restauradora, que implica dotar a la víctima y al delincuente de una mayor participación en el castigo penal.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España

José Ricardo DE PRADA SOLAESA

Con fechas 30.07.1998 y 28.10.1998, respectivamente, se ha dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dos importantes e interesantes sentencias —Valenzuela Contreras (58/1997/842-1048) y Castillo Algar (79/1997/863/1074)— referidas a España en las que se condena al Estado español por violación del artículo 8 del CEDH —derecho al respeto a la vida privada y familiar— en la primera y del artículo 6.1 —derecho a un tribunal imparcial— en la segunda, afectantes, por tanto, a dos diferentes aspectos del proceso penal en cuestiones controvertidas que han sido objeto de debate en el orden interno y que resultan por ello particularmente interesantes¹.

SENTENCIA VALENZUELA CONTRERAS C. ESPAÑA DE 30.07.1998

La primera de ellas por orden cronológico corresponde a la demanda nº 27671/95 interpuesta por el ciudadano español don Cosme Valenzuela Contreras (C.V.C.) contra España y que dio lugar al Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 11.03.1997 en el que ya se vislumbra el resultado y la importancia que debería tener esta sentencia, si bien, como se verá, al referirse a la legislación anterior a la vigente en materia de escucha telefónicas, las repercusiones referidas al sistema actual resultan sin duda mucho más difíciles de establecer.

Aunque se trata de una demanda planteada en el año 1995 se refiere a escuchas telefónicas realizadas en el ámbito de una investigación judicial dentro de un proceso penal en el año 1985 y lo que se cuestiona es si la legislación española del momento permitía efectuar este tipo de injerencias en la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH).

Hechos: El demandante C.V.C. era subjefe de personal de la empresa A. En noviembre de 1984 se incoa un procedimiento penal por el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid a partir de la denuncia contra persona indeterminada interpuesta por la señora M. igualmente empleada de la empresa A. por estar siendo objeto injurias y amenazas tanto telefónicas como por escrito. También plantea querrela por los mismos hechos M.R. novio de la señora M. El juez de instrucción ordena con base en el artículo 18.3 de la Constitución (CE) y por petición de M. y M.R. la observación de sus propias comunicaciones

(conexión al dispositivo de llamadas maliciosas) por tiempo de un mes, prorrogándose varias veces por el mismo período. Fueron interceptadas varias llamadas sospechosas efectuadas desde la empresa A. y lo mismo desde cabinas telefónicas. Ordena igualmente el juez analizar los escritos que contenían las amenazas a fin de identificar la máquina de escribir utilizada, las fotografías que se adjuntaban en las cartas, así como posibles huellas dactilares y restos de saliva en el cierre del sobre. En marzo de 1985 la señora M aporta al Juzgado de Instrucción los nombres de cinco personas, entre ellos el del demandante C.V.C., que tenían acceso al teléfono de la empresa A. desde el que se habían realizado varias de las llamadas sospechosas, requiriéndose por el juez a la empresa A. información sobre los despachos y las personas a las que correspondía los números de teléfono sospechosos. En noviembre de 1985 el juez de instrucción ordena mediante un Auto, con base al artículo 18.3 de la CE y en el título VIII del libro II de la LECrim. vigente en el momento (relativo a "la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica") la observación de las líneas telefónicas de C.V.C. (el demandante) y de S. jefe de personal de la entidad donde este trabajaba, por plazo de un mes. C.V.C. aparecía como el principal sospechoso habida cuenta: que la mayoría de las llamadas se efectuaban desde la empresa donde trabajaba, y donde, además, como subjefe de personal; era una de las personas que tenía acceso a los archivos de la empresa; además de haber mantenido en el pasado relaciones sentimentales con la señora M.

El 10.12.85, la policía (encargada de la ejecución de la medida de interceptación telefónica) informa al juez de instrucción número 1 de Madrid que la observación efectuada sobre el teléfono de S. había sido infructuosa y que no había podido grabarse ninguna conversación. Por contra la vigilancia sobre el teléfono del señor Valenzuela (C.V.C) revelaba que se habían efectuado numerosas llamadas telefónicas desde ese teléfono al de la señora M., a su novio y a parientes próximos. En toda las ocasiones la persona que llamaba colgaba cuando el destinatario de la llamada descolgaba. El mismo día la policía pide al juez autorización para efectuar una entrada y registro en el domicilio del señor Valenzuela (C.V.C), después de que la víctima recibiera nuevas cartas injuriosas. La intervención del teléfono del señor Valenzuela ceso el 20.12.85 por avería en el sistema. Las grabaciones originales fueron remitidas al juez e incorporadas a las actuaciones donde

¹ El texto completo de estas Sentencias se puede obtener en los idiomas de trabajo del TEDH —francés e inglés— en la dirección de internet <http://www.dhcour.coe.fr>.

fueron sometidas al examen contradictorio de las partes. El 27.12.85 el demandante mismo presenta denuncia ante el Juzgado de Instrucción número 2 de Madrid por amenazas telefónicas y pide que se someta a observación su propia línea telefónica, lo que se hace sin ningún resultado, sobreseyéndose provisionalmente las diligencias incoadas por causa de dicha denuncia. Por fin el Juez de Instrucción incoa sumario por delito de injurias graves y amenazas contra el señor Valenzuela, inmediatamente ordena la entrada y registro en su domicilio y en los locales de la empresa W., dictándose a continuación auto de procesamiento por dichos delitos, concluyéndose la instrucción y remitiéndose a la Audiencia Provincial de Madrid. En las calificaciones provisionales la defensa del demandante plantea que con la vigilancia sobre la línea telefónica y con las entradas y registros practicados en el domicilio de su defendido se habían violado los artículos 18 y 24 de la Constitución. Por Sentencia de la Audiencia Provincial el demandante fue condenado a una pena de cuatro años de prisión, multa y a indemnizar en una cantidad a la señora M. por participación delictiva en un delito continuado de amenazas proferidas, durante cuatro años, por teléfono y por carta, contra la señora M., su novio y otros familiares, realizadas en su medio familiar y profesional. La sentencia señala que ni los registros ni las escuchas telefónicas constituían un elemento definitivo para determinar la culpabilidad del demandante; por medio de las escuchas había quedado únicamente constatado que ciertas llamadas telefónicas realizadas desde el teléfono del demandante correspondían al teléfono de la señora M. y que la mayor parte de la llamadas maliciosas se habían realizado desde la empresa en la que tanto la señora M. como el demandante trabajaban; no obstante la identidad de la persona que llamaba no había podido determinarse a través de ellas, dado que inmediatamente colgaba en el momento en que era descolgado el teléfono al otro lado de la línea. El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo que rechaza el recurso (STS 19.03.1994), al estimar que aunque las escuchas se habían realizado mediante una resolución judicial que las acordaba de forma genérica, sin embargo estimaba que éstas no constituían el único medio de prueba que había sido tenido en cuenta por el Tribunal "a quo" para formar su convicción. El demandante acudió en amparo constitucional quejándose de que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia y al respeto de su vida privada y familiar y secreto de sus comunicaciones. En su resolución, el Tribunal Constitucional argumenta que ninguna violación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas podía apreciarse en cuanto que la observación telefónica había sido previamente autorizada mediante una decisión judicial motivada conforme al artículo 579.3 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y que era además necesario destacar que la referida intervención no era determinante para la conclusión de culpabilidad del señor Valenzuela, y que lo verdaderamente definitivo a este respecto era el conjunto de indicios tales como la

relación sentimental reciente del demandante de amparo con la víctima, su condición de su jefe de personal de la empresa en la que ésta trabajaba, el hecho de que se habían demostrado que ciertas llamadas habían sido realizadas desde dicha empresa y que las fotografías que acompañaban ciertas cartas anónimas habían sido sacadas de los archivos de personal de la empresa, accesibles únicamente a aquellos que trabajaban en el servicio personal de la misma, las reacciones del propio señor Valenzuela durante el juicio oral, etc., y que estos indicios debidamente apreciados y valorados por la Audiencia provincial habían sido objeto de un razonamiento claro no susceptible de ser calificado de ilógico y podían considerarse como suficientes para enervar la presunción de inocencia.

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

C.V.C acudió ante la Comisión en mayo de 1995 quejándose de que no se había beneficiado de un proceso justo, y que la intervención de sus conversaciones telefónicas había llevado consigo un atentado a su derecho a que se respetara su vida privada; haciendo invocación expresa de los artículos 6,1 y 8 del Convenio. La Comisión dictaminó, por once votos contra seis, que a su juicio se había producido violación del artículo 8, rechazando el resto de las alegaciones, en concreto la violación del artículo 6 del CEDH.

Resulta, no obstante, interesante la lectura del voto disidente del señor Martínez Ruiz (miembro español en la Comisión), al que se une la señora Liddy y los señores Conforti, Békés, Alkema y Vila Amigó. En él los referidos jueces manifiestan su discrepancia por lo que consideran un análisis "in abstracto" de la legislación española en materia de intervenciones telefónicas y una aplicación retroactiva de la doctrina elaborada por el Tribunal en los asuntos *Kruslin* y *Huvig* contra Francia.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS DEL TRIBUNAL

El Tribunal para resolución del caso acude, en primer lugar, a los tradicionales principios generales que tiene ya asentados en la materia (párrafo 46):

La interceptación de las conversaciones telefónicas constituye una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia. Dicha injerencia sería contraria al artículo 8 del Convenio, salvo si está "prevista en la ley" y persigue uno de los fines legítimos que se contienen en el párrafo segundo, exigiéndose además que sea "necesaria en una sociedad democrática" (Sentencia *Kopp c. Suiza* de 25.03.98).

El requisito de que la injerencia este "prevista por la ley" se despliega en la necesidad, primero, de que la medida tenga una base en derecho interno, aunque la norma Convencional no se limita a un mero reenvío al derecho interno, ya que requiere igualmente una determinada calidad de la ley, en el

sentido de que ésta tenga determinadas características que la hagan compatible con la preeminencia del derecho, implicando que el derecho interno deba ofrecer protección contra los atentados arbitrarios por parte de los poderes públicos a los derechos garantizados en el párrafo primero del artículo 8 del CEDH (Sentencia Malone, párrafo 66). Esta exigencia determina la necesidad de accesibilidad de la ley para las personas a las que concierne, que deben poder prever las posibles consecuencias que puede tener para ellas (Sentencia Kruslin, párrafo 55).

El peligro de arbitrariedad se muestra con singular nitidez allí donde el poder de apreciación que se tiene se ejerce en secreto. Específicamente, cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones llevadas a cabo por las autoridades públicas, la exigencia de previsibilidad implica que el derecho interno debe manifestarse en términos lo suficientemente claros como para indicar a todos de una manera inteligible en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos para adoptar semejantes medidas (Sentencia Malone párrafos 66,67; Kruslin, párrafo 30; Halford, párrafo 49 y Kopp, párrafo 64). Aparece como indispensable la existencia de reglas claras y detalladas en la materia, llamando la atención de que los procedimientos técnicos no paran de perfeccionarse (Sentencias Kruslin y Huvig párrafo 33; Kopp, párrafo 72).

Como garantías mínimas esenciales para evitar los abusos que deben figurar en la ley, las Sentencias Kruslin y Huvig, señalan: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escuchas judiciales; la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ellas; la fijación de un límite a la duración de la medida; las condiciones de llegada al proceso de los resúmenes o síntesis donde se contienen las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para aportar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a fin de un eventual control por el juez y por la defensa; las circunstancias en las que puede o debe llevarse a cabo el borrado y destrucción de las cintas, sobre todo después de un sobreesimio o archivo.

A continuación, el Tribunal pasa a analizar la aplicación de estos principios generales al caso concreto (párrafos del 47 al 62).

Existencia de una injerencia (párrafo 47): Las escuchas sobre la línea telefónica de señor Valenzuela Contreras se extienden entre el 26 de noviembre y el 20 de diciembre de 1985, constituyendo una "injerencia de una autoridad pública" en sentido del artículo 8 párrafo 2 del CEDH en el derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia. El Tribunal afirma que ésta en realidad no es una cuestión sujeta a controversias y que no resulta decisivo a este respecto que el sistema utilizado para la vigilancia del teléfono haya consistido en un simple "comptage", tal como afirma el Gobierno.

Justificación de la injerencia: Es necesario determinar si la injerencia se ajusta a las exigencias del

párrafo 2 del artículo 8 del CEDH. Para ello se analiza primero si la injerencia está prevista en la ley. Nadie niega que exista en derecho español una base legal en la materia. El Tribunal se limita para ello a constatar la existencia del artículo 18.3 de la Constitución, precepto sobre el que el juez de instrucción ha fundamentado de manera principal el auto acordando la observación de la línea telefónica del demandante. Tampoco en el ámbito español, considera el tribunal, plantea problemas la accesibilidad de la ley.

Sin embargo, esta afirmación no la hace extensible al tercero de los requisitos que se refiere a la previsibilidad de la ley, en cuanto al sentido y naturaleza de las medidas restrictivas de derechos en cuestión.

Según el representante del Gobierno español el conjunto de normas legales existentes, junto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la materia, permitiría concluir que las escuchas telefónicas acordadas responden adecuadamente a la exigencia de previsibilidad tal como viene concebida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal razona al respecto que debe entrar a examinar la "calidad" de las normas jurídicas aplicables al caso y pone de relieve que el teléfono del demandante fue sometido a escuchas en virtud del artículo 18.3 de la Constitución, único artículo que preveía la posibilidad, en el momento de acordarse las escuchas, de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. El juez de instrucción en el momento de acordar la medida tuvo también en cuenta para justificar su decisión el Título VIII del libro II de la Ley Enjuiciamiento Criminal en vigor en el momento, relativo a "la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica".

Según el Gobierno, el juez que había ordenado la vigilancia de la línea telefónica del demandante había respetado las garantías exigidas por la jurisprudencia del TEDH en la materia: había indicado la identidad y los números de teléfono de los sospechosos, precisando que la intervención servía a las necesidades de investigación en relación con determinados hechos sobre los que existía una investigación policial en curso, limitando la duración de la intervención a un mes y controlado la ejecución de la medida ordenada y que se había anticipado en cinco años a las exigencias de las Sentencias Kruslin y Huvig contra Francia en materia de garantías contra la arbitrariedad de los poderes públicos.

El Tribunal en su análisis reconoce que el juez de instrucción ha tratado de asegurar un máximo de protección y garantías en la ejecución de la medida de intervención telefónica que había acordado en el marco de las disposiciones legales vigentes en momento, incluidas, al menos de una manera general, las disposiciones de la Ley Enjuiciamiento Criminal en materia de entrada y registro en lugar cerrado, de libros y papeles y etc., que podían servir de fundamento a su decisión.

Sin embargo, manifiesta su desacuerdo con que las garantías citadas por el Gobierno resultantes de una interpretación extensiva de las disposiciones legislativas o provenientes de decisiones judiciales, vengan contenidas en los propios términos del artículo 18.3 de la Constitución, ni tampoco, en gran medida, en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el juez de instrucción ha tenido en consideración en el Auto acordando la intervención telefónica.

Esta manifestación categórica se ve contrarrestada por otra en la que el Tribunal afirma que es consciente de los esfuerzos realizados por el legislador y el poder judicial español a fin de introducir en la legislación y en la práctica las garantías exigidas por el Convenio en la materia: el Auto del Tribunal Supremo de 18.06.92 constituye el mejor ejemplo, aunque, sin embargo, esta evolución ha tenido lugar con posterioridad al Auto acordando la observación del teléfono del demandante.

El Tribunal también pone de manifiesto que la referida decisión del Tribunal Supremo no interpreta la legislación aplicable en momento de la intervención telefónica en causa, sino la resultante después de la modificación operada por Ley Orgánica 4/1988 de 25.05.1988 que introduce la noción de escuchas telefónicas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal, no obstante (párrafo 59), vuelve a afirmar que ciertas condiciones que resultan del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la ley y garantizar consecuentemente el respeto a la vida privada y al secreto de la correspondencia, no están incluidas en el artículo 18.3 de la Constitución ni en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplicable en el momento, expresando que las carencias de precisión se refieren sobre todo: a la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sujetos pasivos de escuchas telefónicas; naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ellas; fijación de un límite en la duración de la ejecución de la medida; las condiciones de llegada al proceso de los resúmenes o síntesis donde se contienen las conversaciones interceptadas; la utilización o el borrado de los registros realizados.

También expresamente desestima el argumento dado por el Gobierno español de que el juez que ordenó la intervención de las comunicaciones telefónicas del demandante no podía conocer cinco años antes de haberse pronunciado, en 1990, la doctrina que se contendría en las Sentencias Kruslin y Huvig contra Francia y, al respecto, recuerda que las exigencias relativas a la calidad de la ley contenidas en dichas resoluciones dimanarían del propio Convenio. De la exigencia de previsibilidad de la ley se deriva que en el contexto de la interceptación o intervención de las comunicaciones telefónicas, las garantías en cuanto a la extensión y modalidades de los poderes de apreciación de las autoridades deben figurar con todo detalle en derecho interno, de tal manera que tengan fuerza obligatoria para delimitar el poder discrecional del juez en la aplicación de dichas medidas. De esta mane-

ra, señala, la ley española que el juez de instrucción debía aplicar había de contener de una manera suficientemente precisa esas garantías y que en la Sentencia Malone (párrafo 67) del Tribunal dictada con anterioridad ya se establece que la "ley" debe usar términos sobradamente claros como para indicar a todos de manera suficientemente precisa en que circunstancias y bajo que condiciones habilita a los poderes públicos a realizar un ataque secreto, y virtualmente peligroso, al derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia".

Concluye el Tribunal en el análisis de este aspecto (párrafo 61) que, en resumen, el derecho español, escrito y no escrito, en el momento de los hechos no indicaba con suficiente claridad la extensión y modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en materia de intervenciones telefónicas y que, por tanto, el señor Valenzuela Contreras no había gozado del grado de protección mínima requerido por el principio de preeminencia del derecho en una sociedad democrática y que por ello había violación del artículo 8 del Convenio.

Finalidad y necesidad de injerencia: Por último el Tribunal señala la innecesariedad de establecer de establecer un control a este respecto.

COMENTARIOS

Sin duda los aspectos mas interesantes de la Sentencia Valenzuela Contreras son los referidos al examen y control sobre la legislación española sobre escuchas telefónicas del momento que realiza el Tribunal y, sobre todo, si la opinión critica que emite es trasladable a la situación actual.

Al efecto, resulta imprescindible hacer un análisis de los requisitos básicos establecidos por la Jurisprudencia europea en materia de restricción o injerencias en los derechos reconocidos en el artículo 8 del CEDH, a tenor de lo establecido en el párrafo 2º de dicho precepto, del que resultaría:

Necesidad de que la injerencia esté prevista en la ley: Los órganos de Estrasburgo han elaborado una doctrina muy detallada y compleja sobre este concreto aspecto a través de numerosas Decisiones de la Comisión y Sentencias del Tribunal.

Dentro de ella es necesario establecer, siguiendo el esquema de las Sentencias del caso "The Sunday Times" de 26.04.1979 y "Silver y otros" de 25.03.1983 y caso Malone de 02.08.1984, el propio concepto de ley-base legal. Así, no es suficiente que la injerencia sea "legal", en el sentido de no expresamente prohibida por la ley. En el caso Malone el recuento: "le comptage" de las comunicaciones y su posterior comunicación a la policía no estaba en contra de ninguna disposición de derecho británico, era por tanto inicialmente lícita, sin embargo, según el Tribunal, no se trataba de una injerencia prevista en la ley.

Las dificultades en este terreno son importantes en el sentido de que en el sistema de Estrasburgo confluyen concepciones muy diferentes del derecho que corresponden a los distintos sistemas jurídicos de los

países que han suscrito el Convenio y que conviven en su seno. Por ello establece el Tribunal que el concepto de ley no exige que la injerencia este prevista en un acto que tenga la consideración de ley en el sentido formal del término, es decir, como acto adoptado por el poder legislativo. La versión inglesa del Convenio utiliza el termino "Law" y no los términos de "statute" o "Act of Parliament". (En la STTDH, The Sunday... deja claro que los términos "prevues par la loi" no es idéntico a "provived for by law"). Ley en los términos del Convenio es, por tanto, sinónimo de derecho positivo en vigor. La injerencia debe tener una base en derecho interno —establece la Sentencia Sunday Times de 26.04.1979 y Silver de 25.03.1983— y puede tratarse de leyes en sentido formal o incluso de actos de naturaleza infralegislativa —disposiciones del ejecutivo o incluso actos de autoridades locales—. En cualquier caso debe tratarse de actos que tengan fuerza de ley según el derecho publico interno y que sean jurídicamente obligatorias tanto para los poderes publico como para los ciudadanos. No tendrían la consideración de ley las meras circulares o instrucciones internas administrativas de ámbito de vigencia exclusivamente intraadministrativo —STEDH Silver y otros ya citada—.

El concepto de ley, por tanto, no se identifica con el derecho emanado de una autoridad de carácter normativo, sino que incluyen también las normas del Common Law, que se crean a través de la actividad jurisdiccional para los países que ostentan esta forma de producción de derecho. No obstante, las Sentencias Huvig y Kruslin establecen la conveniencia de no forzar la distinción entre países de la Common Law y de derecho continental y admite el valor de los statute law —derecho escrito— dentro del ámbito anglosajón y de la jurisprudencia dentro del ámbito continental. Admite, por tanto, lo mismo que se traten de normas legales como de desarrollos jurisprudenciales consolidados, aunque eso si que ostenten las características que estudiaremos después.

Existe, por ejemplo, la posibilidad, al menos en el ámbito hipotético y bajo el exclusivo análisis de la existencia de base legal, de que, aunque no haya norma que de manera directa reconozca la posibilidad de una determinada forma de injerencia, sin embargo los órganos internos del Estado correspondiente encargados de interpretarla si la admitan. En el caso francés, lo mismo que en el español, aunque el artículo 81, 151 y 152 del código de procedimiento francés de 1958, lo mismo que el Título VIII del libro II de la Ley Enjuiciamiento Criminal vigente en el momento, relativo a "la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica", no recogían expresamente las escuchas telefónicas, sin embargo la interpretación jurisprudencial de dichos preceptos sí, por lo que en estos casos el Tribunal declara que la injerencia litigiosa tiene base legal.

Accesibilidad de la ley: El tema de la accesibilidad de la ley no suele plantear problemas cuando se trata de derecho escrito en el ámbito del derecho continental, ya que esta garantía se cumple con las

formas ordinarias de publicidad prevista en los procedimientos de elaboración de estas normas escritas. Más problemático resulta cuando se tratan de normas no escritas y en concreto de normas escritas complementadas jurisprudencialmente en los términos que tendremos ocasión de tratar posteriormente.

Previsibilidad de la ley: Al respecto, la Sentencia del caso Silver y otros (párrafo 88) —lo mismo la Sentencia Sunday Times párrafo 49— establece que:

"solo se puede considerar como ley una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta; y pueda ser capaz, en su caso recabando asesoramientos adecuados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado".

Ciertamente se reconoce un cierto margen de apreciación a los Estados y la posibilidad de utilización de fórmulas más o menos vagas que puedan ser completadas a través de la jurisprudencia, ya que en realidad lo que se exige es que a través de esta previsibilidad exista una protección adecuada contra la arbitrariedad. Este tema está íntimamente ligado con el de la exigencia de la "calidad de la ley", es decir, que ésta contenga lo necesario como para asegurar la protección contra los ataques arbitrarios de los poderes públicos y, a este respecto, es de importancia crucial distinguir los supuestos en que la injerencia sea por naturaleza secreta: escuchas telefónicas e interceptación de la correspondencia, de aquellos otros que no lo sean.

La misma ley que prevea la injerencias debe definir la extensión y las modalidades de ejercicio de este poder discrecional de tal manera que suministre una protección adecuada contra la arbitrariedad. En materia de escuchas telefónicas la norma debe prever las categorías de las personas susceptibles de ser sometidas a escucha, infracciones que pueden dar lugar a la misma, controles internos que permitan sancionar los abusos; es decir, —Sentencia Klass— un control a tres niveles: cuando se ordena la intervención, mientras se desarrolla y cuando cesa.

Situación en la legislación española actual: En la situación actual española, como es bien sabido, además del texto netamente insuficiente del artículo 579 introducido por la ley de Organica 4/1988, de 25 mayo, en cuyo párrafo segundo y tercero se prevé expresamente la intervención de las comunicaciones telefónicas si bien regulado de manera muy deficiente², existe una amplia jurisprudencia sobre todo a partir del auto Tribunal Supremo de 18.06.1992 que cubre, en principio, y en gran medida, la necesidad de fijar los requisitos necesarios para dar certidumbre y previsibi-

² López Frago, califica dicho precepto de "insuficiente, insatisfactorio y en fin lamentable...", penosa redaccion, incurriendo en el error de dar la espalda al derecho comparado, al CEDH y a la interpretación que de este hace los órganos de Estrasburgo..."; en el mismo sentido Rodríguez Ramos y Lopez Barja de Quiroga, que ponen de manifiesto que sólo en el plano estrictamente formal puede decirse que se haya colmado el vacío legal existente hasta el momento.

lidad a la norma, si bien, la pregunta es si haciendo uso de estas denominadas sentencias interpretativas o manipulativas puede llegarse a afirmar que existe una norma con suficiente "calidad" en el sentido que exige el TEDH.

La respuesta ciertamente no es sencilla, y aunque tal como se ha indicado con anterioridad el Tribunal admite que la norma legal venga complementada por desarrollos jurisprudenciales consolidados; sin embargo, la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, en su informe en el asunto que se viene comentando, llama la atención sobre el hecho de que la jurisprudencia de los Tribunales españoles "revela como mucho la existencia de una práctica, pero desprovista de fuerza obligatoria" (párrafo 52).

Ciertamente se debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aparte de no ser obligatoria (art. 1.6 del Código Civil), no es del todo uniforme, ni su calidad en cuanto al análisis de las situaciones y a las garantías aplicadas es homogénea, sorprendiendo sentencias que se conforman prácticamente con hacer meras ponderaciones en abstracto y que, en realidad después de hacer amplios comentarios sobre la gravedad y perjuicio social que producen ciertos delitos, dan por buenas y justificadas las intervenciones telefónicas sin hacerse ningún otro cuestionamiento. Tampoco por parte del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia si tendría la consideración de obligatoria en la interpretación de los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 de la LOPJ), puede decirse que se haya emitido una auténtica doctrina, ya fuera contenida en una o en varias sentencias, que abarque todos los aspectos esenciales de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones a través de las intervenciones u observaciones telefónicas, y por el contrario, se ha limitado a profundizar en algunos aspectos concretos ciertamente problemáticos, entre ellos las características de motivación que tienen que contener las resoluciones que dan lugar a las intervenciones telefónicas, el efecto que produce el incumplimiento de determinadas garantías que parecen que necesariamente se han de dar en dichas intervenciones, pero sin que, sin embargo, como decimos, se haya llegado a explicitar de una manera pormenorizada y exhaustiva, con vocación de servir de elemento de complementariedad de una norma, de tal manera que a partir de ese momento pueda decirse que se trata de una cuestión definitivamente regulada, todos los requisitos objetivos, subjetivos, de procedimiento, etc.; de tal manera que todos los ciudadanos destinatarios de las normas tengan la posibilidad de entender en que condiciones pueden ser interceptadas sus comunicaciones telefónicas y bajo que circunstancias y, en definitiva, sepan a que tienen que acomodar sus conductas.

Como hemos tenido ocasión de indicar con anterioridad la regulación de una materia como la que nos ocupa, tal como establecen las Sentencia Sunday Times de 26.04.1979 y Silver de 25.03.1983 referidas al sistema anglosajón, podría venir contenida tanto en leyes en sentido formal como incluso de actos de naturaleza infralegislativa —disposiciones del ejecuti-

vo o incluso actos de autoridades locales—, pero, en ningún caso, podría tratarse de actos que no tuvieran fuerza de ley según el derecho público interno y que no fueran jurídicamente obligatorios tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos y, aunque las Sentencias Huvig y Kruslin se preocupan de no ahondar la distinción entre países de la Common Law y de derecho continental y admite el valor de los statute law —derecho escrito— dentro del ámbito anglosajón y de la jurisprudencia dentro del ámbito continental, dando semejante valor a las normas legales como a los desarrollos jurisprudenciales consolidados, sin embargo estimamos que a estos efectos no sería suficiente la jurisprudencia más o menos constante y de calidad variable emitida por el Tribunal Supremo en la apreciación del caso concreto, en la que en algunos casos se extreman las garantías y en otros se modula la respuesta en función de la "importancia" o "gravedad" de los casos, como tampoco la incompleta y fragmentaria emitida por el Tribunal Constitucional hasta el momento que se limita a dar por sobreentendida la del Tribunal Supremo.

En otro plano distinto también cabe plantearse que la protección que se da a los ciudadanos contra las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones a través de la referida jurisprudencia es simplemente la de sancionar con la invalidez a la prueba obtenida con violación del derecho al secreto de las comunicaciones pudiendo desplegar efectos reflejos en otras pruebas provenientes directa o indirectamente de éstas (art. 11.1 LOPJ). Sin embargo, la falta de una norma legal que auténticamente discipline el tema impide o dificulta en gran medida cualquier otra protección específica y, en concreto, entre otras, nos referimos a la penal, con respecto a la que resulta destacable, si atendemos a la protección que establece el artículo 536 del Código Penal, que este precepto habla de violación de "las garantías constitucionales o legales" no pudiendo extender el tipo a la "mera" violación de las garantías creadas jurisprudencialmente —que son prácticamente todas—; por lo que puede afirmarse que en la actualidad en nuestro derecho interno existe una protección del secreto de las comunicaciones calificable de insuficiente e incompleta y entendemos por ello que incompatible con las exigencias de seguridad contra los posibles abusos de los poderes públicos y primacía del derecho que debe caracterizar a un Estado democrático de derecho.

SENTENCIA CASTILLO ALGAR DEL TEDH

En fecha 28 octubre de 1998 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) ha dictado la Sentencia relativa a la demanda nº 28194/95 interpuesta por don Ricardo Castillo Algar (R.C.A.) contra España (nº referencia 79/1997/863/1074), que dio lugar al informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 09.04.1997 en el que se emitía

opinión favorable a la estimación de las quejas planteadas por el demandante.

Se trata en este caso de un asunto referido a la jurisdicción militar (el demandante era militar de profesión) pero la doctrina que contiene es perfectamente aplicable a la jurisdicción penal ordinaria.

HECHOS DE LA DEMANDA

Se dicta por el juez togado militar central nº 1 (JTMC nº 1) en fecha 18.12.89 auto de procesamiento contra el demandante R.C.A. por delito contra la hacienda en el ámbito militar (previsto en el artículo 189 Código Penal Militar). El demandante recurre dicho auto en apelación que es estimada por el Tribunal Central Militar, el que posteriormente acuerda el sobreseimiento definitivo de las actuaciones. Recurre el fiscal en casación y la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo casa y anula la decisión anterior, precisando en su resolución que la apreciación provisional de existencia de indicios de criminalidad en la medida que los hechos podrían ser constitutivos de un delito descrito en..., aunque suficiente para revocar la decisión de sobreseimiento atacada, no debe condicionar la adopción de la decisión que corresponda por la jurisdicción llamada a examinar el fondo del asunto³.

Se vuelve a dictar por el juez togado militar central nº 1 (06.05.92) nuevo auto de procesamiento contra el demandante, que igualmente recurre en apelación. Por auto de 07.07.92 por el Tribunal Central militar se rechaza el recurso y se confirma el auto de procesamiento. El Tribunal estaba constituido entre otros miembros por los jueces (auditor presidente general consejero togado y vocal togado general auditor): "E.S.G." y "R.V.P.". La fundamentación del auto hacía amplia referencia a la resolución del TS de 20.01.92 en la que se aprecian indicios de criminalidad e igualmente la inexistencia de razones jurídicas para descartar la calificación jurídica efectuada inicialmente.

El 06.04.94 por el Tribunal militar central se realizó el señalamiento del juicio indicando la composición parcial del Tribunal (los tres vocales togados) e indicando la forma en cómo se iban a designar los dos vocales militares, conociendo el demandante la composición completa del Tribunal desde el día 13.04.94. Se celebró la vista pública componiendo el Tribunal cinco miembros, entre los que "E.S.G." fue el presidente y "R.V.P." formó parte del mismo como vocal togado. El 25.05.94 se dicta Sentencia contra R.C.A. por la que le condena a la pena de tres meses y un día de prisión, recurriendo en Casación, donde entre otros argumentos hace valer que no fue juzgado por un tribunal imparcial en la medida que éste había estado integrado por miembros que ya se habían pronunciado con anterioridad sobre el caso rechazando el recurso que interpuso contra el auto de procesamiento. El Tribunal Supremo (STS 14-11-1994, núm. 69/1994, rec.

1/91/94. Pte: Jiménez Villarejo, José) pone de manifiesto en su resolución que el abogado del demandante había estado informado con anterioridad de la composición del Tribunal desde el momento de su constitución y que había tenido la posibilidad de recusar a sus miembros. No obstante, el Tribunal Supremo entra a examinar los aspectos de fondo de la falta de imparcialidad alegada y precisa que el rechazo de la apelación contra el auto de procesamiento de ninguna manera podría ser considerado como una intervención en la instrucción del asunto, ya que el Tribunal Central militar en la resolución del recurso se había limitado a poner de manifiesto la opinión del TS al respecto y que, por ello, no era una medida de instrucción susceptible de menoscabar la imparcialidad objetiva del Tribunal que había realizado el enjuiciamiento del asunto.

R.C.A. planteó recurso de amparo alegando, entre otros, afectación del artículo 24 CE, haciendo valer su derecho a que su causa fuera vista por un juez independiente e imparcial; lo que es rechazado por los mismos argumentos dados por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

ARGUMENTACION DEL TRIBUNAL⁴

El Tribunal acude a su doctrina ya clásica y señala que la imparcialidad de un tribunal exigida por el artículo 6.1 del CEDH debe apreciarse, bien desde una perspectiva subjetiva, tratando de determinar la convicción personal de un específico juez en un asunto concreto, o desde la perspectiva objetiva conducente a asegurar que en el caso concreto existen suficientes garantías para excluir cualquier duda (se cita entre otros el caso INKAL contra Turquía de 09.06.1998).

En lo que respecta al aspecto subjetivo, el Tribunal recuerda que la imparcialidad de un juez se debe presumir hasta el momento en que exista prueba en contrario. Desestima la tesis del demandante que mantenía que tanto E.S.G. como R.V.P. tenían ideas preconcebidas sobre su culpabilidad, en cuanto que considera que no existen elementos que prueben dicha afirmación y que, desde luego, en dicha situación no cabe otra posibilidad que la que presumir la imparcialidad personal de los jueces.

En lo que se refiere al aspecto objetivo de la imparcialidad, ésta consiste en determinar si, no obstante el comportamiento personal del juez, existen hechos verificables que autoricen a sospechar sobre su imparcialidad. El Tribunal de la misma manera que lo había hecho la Comisión recuerda que incluso las meras apariencias pueden revestir importancia, resaltando la confianza que los tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática y especialmente a los acusados y que por ello debe recurrirse a todo juez del que se pueda dudar de su imparcialidad. Para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto determinado, de una razón legítima de duda sobre la imparcialidad

³ No recoge literalmente la decisión del TS ya que se trata de una traducción al español de la traducción hecha al francés que consta en el texto de la Sentencia redactada en este idioma.

⁴ Se traducen los apartados 43 a 50 de la Sentencia

de un juez, ciertamente se tiene en cuenta el punto de vista del acusado, sin embargo no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprensiones en tal sentido manifestadas por el interesado pueden considerarse como objetivamente justificadas (asunto Hauschildt c. Dinamarca de 24.05.1989).

Sobre el caso, el Tribunal pone de manifiesto que la falta de imparcialidad provenía del hecho de que dos de los jueces militares que se han pronunciado sobre el fondo del asunto también habían formado parte del Tribunal que había confirmado el segundo auto de procesamiento. Admite que semejante situación puede suscitar en el acusado dudas sobre la imparcialidad de los jueces, aunque, la respuesta al interrogante de si dichas dudas pueden estar justificadas varían según las circunstancias del caso; afirmando que el simple hecho de que un juez haya tomado decisiones con anterioridad al enjuiciamiento no puede, en sí mismo, justificar un reparo en cuanto a su imparcialidad.

A este respecto el Tribunal observa que según el auto de procesamiento dictado por el juez de instrucción en fecha 06.05.92 existían contra el demandante indicios racionales de que había participado en un delito contra la hacienda militar. El demandante recurrió en apelación reiterando los argumentos que ya había presentado con ocasión del primer recurso interpuesto ante el Tribunal militar central.

Argumenta que aunque el Gobierno español en su memoria hace constar que la decisión del tribunal militar central se limitaba simplemente a hacer valer las consecuencias procesales de la decisión previa del Tribunal Supremo, sin embargo pone de relieve que el Tribunal militar central, aunque con referencia a la resolución de 20.01.92, expresa que existen indicios suficientes de criminalidad y afirma la ausencia de fundamentos suficientes para anular el auto de procesamiento. En detrimento de lo que el Tribunal Supremo había declarado en su Sentencia de 14.11.94 de que las actuaciones seguidas por el Tribunal militar central no podían considerarse como actividades de instrucción susceptibles de atacar a la imparcialidad objetiva, los términos empleados por dicho Tribunal militar central que resuelve el recurso de apelación contra el auto de procesamiento en el que intervienen los jueces E.S.G. y R.V.P. podían llevar fácilmente a pensar que hacía finalmente suya el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su resolución según la que existían indicios suficientes de criminalidad. Los jueces E.S.G. y R.V.P. formaron parte, como presidente y ponente, respectivamente, del tribunal militar que condenó al demandante a una pena de prisión. La situación según el Tribunal se asemeja a la del asunto Oberschilick⁵ donde un juez había participado en la toma de una decisión de sobreseimiento y posteriormente en el examen de apelación seguida contra la condena del demandante en aquel caso.

El Tribunal, por todo ello, concluye que dadas

⁵ Sentencia Oberschilick contra Austria de 23.05.1991, Serie A nº 204.

las circunstancias del caso podían suscitarse serias dudas sobre la imparcialidad del Tribunal que había juzgado al demandante y que los temores en este sentido expresados por dicha persona podían considerarse como objetivamente justificados, por lo que declara haberse producido la violación del artículo 6 & 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

COMENTARIOS

Aunque el Tribunal trata de limitar los efectos de su pronunciamiento al caso concreto que se le plantea, sin embargo es necesario extraer una serie de consecuencias que, desde luego, trascienden a la jurisdicción militar. La doctrina que se establece con relación a la imparcialidad objetiva y a los elementos o situaciones que la pueden poner en causa son perfectamente aplicables a los procedimientos que se siguen en la jurisdicción ordinaria. El TEDH se preocupa por establecer con rotundidad que no cualquier acto o decisión tomada con anterioridad por parte del tribunal llamado al enjuiciamiento tiene virtualidad para hacer surgir una legítima desconfianza en su imparcialidad. Ya en el caso Hauschildt contra Dinamarca de 24.05.1989 el Tribunal había declarado con carácter general que la resolución sobre la prisión provisional no es bastante por sí misma para provocar la "contaminación" objetiva, aunque como en el caso que nos ocupa, dado el juicio valorativo sobre la culpabilidad exigido por la ley danesa para acordar la prisión preventiva si dio lugar definitivamente a que se declarara la violación del artículo 6.1 del Convenio; es decir, si la tendría aquellas resoluciones en las que se emite un juicio previo sobre los aspectos fácticos que deben ser objeto del enjuiciamiento de fondo.

La conclusión práctica que se puede sacar en cuanto a qué actos o pronunciamientos previos dictados por los tribunales llamados al enjuiciamiento sobre fondo del asunto tendrían capacidad contaminante y afectar a su imparcialidad objetiva, es que sí la tendrían todos aquellos que consistan en hacer un juicio, aun provisional, de imputación o requieran la valoración o análisis de los elementos indiciarios sobre los que se asentaría un juicio de imputación del encausado, tales como los que se refieran a las medidas cautelares personales o en general requieran como presupuesto material un juicio provisional de imputación, así como sus recursos y resoluciones en las que se resuelva en profundidad una petición de levantamiento de dichas medidas cautelares y, desde luego, tanto el procesamiento como sus recursos, de la misma manera que cualquier acto que pueda considerarse de instrucción, a cuyo efecto además de la mención literal contenida en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecu-

niarias de los mismos) resultan útiles las apreciaciones contenidas en las STC 145/1988, 164/1988, 151/1991, 372/1993, etc.

Se ha de considerar, pues, que la tajante atribución de competencia que para la resolución del recurso de apelación contra las resoluciones del juez de instrucción que hace el artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a favor del "... [tribunal]... a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral..." plantea serios problemas si tenemos en cuenta que las causas de abstención y recusación previstas en los artículos 218 y 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no prevén ni como causa de abstención ni como causa recusación el haber adoptado alguna de esas resoluciones previas. Las soluciones que vienen dando algunos tribunales con carácter preventivo no son del todo satisfactorias.

La cuestión, estimamos, tiene especial importancia dado que en nuestro sistema procesal penal la instrucción y la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales y las medidas cautelares personales están encomendadas en exclusiva al juez de instrucción, y la función que por ello tiene encomendada el sistema de control vertical de la misma por vía de los recursos, en los que como primera cuestión se ha de valorar la concurrencia del requisito fáctico o material, es decir se ha de realizar o verificar el juicio provisional de imputación o "fumus bonis iuris", que constituye el presupuesto básico legitimante para cualquier medida.

Para intentar resolver estas situaciones algunos Tribunales vienen en estos casos dictando una resolución en la que apoyándose en la que era hasta ahora una doctrina más o menos difusa (emanada del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) consideraba que no debía entrar en conocimiento del fondo del recurso y, en consecuencia, acordaba que se remitiera para su resolución al Tribunal que le sustituye según las normas ordinarias de reparto⁶. Como se puede apreciar se trata de una auténtica abstención no formal que pretende dar una solución al tema, pero que, sin embargo, tiene un muy dudoso apoyo normativo, aunque sí la puede tener el ámbito de los principios generales. Sin embargo, esta solución se ha aplicado exclusivamente para el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los jueces de instrucción y no con relación a cualquier resolución previa al enjuiciamiento —pronunciamientos sobre medidas cautelares, etc.— que probablemente puedan tener idénticos efectos contaminantes, lo que requeriría la formación de una auténtica "Chambre d'accusation", si quiera fuera de virtual por la indicada vía de las abstenciones.

La solución legislativa tiene necesariamente que venir por la modificación del referido artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y además de las causas de abstención previstas en la Ley Orgánica

del Poder Judicial, añadiéndose a las mismas en este último caso la posibilidad de abstención por haber adoptado con carácter previo resoluciones en las que hubiera realizado algún pronunciamiento sobre los indicios o elementos probatorios que sustentan de los hechos que son objeto de enjuiciamiento o denoten una opinión previa del Tribunal al respecto.

EFFECTOS EN EL ORDEN INTERNO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Resulta cuestión sumamente compleja la de los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su estudio excede con mucho de lo que permite lo que debe ser materia de este trabajo. A la hora de determinar dichos efectos es necesario tener en cuenta los distintos planos en los que opera dicha jurisprudencia en el sentido de que emana de un Tribunal de naturaleza jurídica sumamente compleja y que, si bien actúa en el ámbito internacional como consecuencia directa de un Convenio multilateral suscrito por una diversidad de Estados del ámbito regional europeo, al que reconocen jurisdicción para dirimir las controversias relativas a la posible violación de los derechos recogidos en el Convenio una vez que se ha agotado todos los mecanismos internos de los Estados, también a su jurisprudencia se le reconoce valor general interpretativo de los contenidos de los derechos humanos por diversas legislaciones internas. Podemos decir, que por una parte se trata de una jurisprudencia que atiende al caso concreto en cuanto que resuelve la cuestión suscitada por el particular que se considera afectado por la violación por parte de un Estado de un derecho propio que cae bajo la cobertura del Convenio, pero que sin embargo tiene una vocación de ir más allá, sobre todo si tenemos en cuenta la función creadora que le ha sido reconocida a la jurisprudencia europea, en el sentido que expresa. por ejemplo, el hasta ahora miembro español de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos señor Martínez Ruiz⁷ de que el Convenio europeo, cuya finalidad primera era establecer un mecanismo eficaz de control colectivo, ha resultado ser un instrumento para la elaboración de derechos en su contenido material o sustantivo. Las propias características de la formulación de los derechos en términos amplios e imprecisos hace que los Organos del Convenio tengan que necesariamente determinar el alcance y contenido de los derechos que protegen. Es necesario que doten de "contenido preciso y cognoscible las fórmulas vagas y amplias que se encuentran en la letra del Convenio". Tampoco resulta desdeñable en este

⁶ El Consejo General del Poder Judicial ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente contra la posibilidad de resolver este problema con carácter general por medio de las normas de reparto que al tener carácter reglamentario no pueden dejar sin efecto el contenido del artículo 220 de la LECrim.

⁷ Martínez Ruiz, Luis Fernando. "La exigencia de equidad en el proceso civil. Jurisprudencia europea" En *Jornadas sobre Jurisprudencia europea en materia de Derechos Humanos* Bilbao, 17-20 de septiembre de 1990. Editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria, 1991, pag 156.

sentido lo que se ha venido a llamar la "interpretación evolutiva" del Convenio que considera a éste como una entidad viva que se adapta a los cambios que experimenta la conciencia social. Esta interpretación evolutiva estaría legitimada por el propio Texto del Convenio al considerar en su preámbulo que la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es uno de los medios con los que cuenta el Consejo de Europa para la consecución de sus fines⁸. Velu⁹ con relación a este tema señala que si bien el CEDH responde a un Derecho Internacional Convencional en el que se aplican las normas generales de interpretación de los tratados y en concreto la Convención de Viena, sin embargo señala que también se trata de un instrumento "sui generis" que instaura un régimen jurídico específico que toma su fisonomía del orden jurídico supranacional y de los sistemas constitucionales internos. Como elementos de interpretación, afirma, debe tenerse en cuenta: que los derechos en él reconocidos no son estáticos; el carácter autónomo de sus términos; y el amplio margen de apreciación con el que cuentan los Estados que lo componen en el ámbito interno. Este mismo autor con referencia a la Sentencia Johnston y otros de 18.12.86 trata de la interpretación evolutiva del Convenio en el aspecto relativo al reconocimiento incluso de derechos que no estaban "insere au depart" y de la no aplicabilidad con relación al CEDH de la cláusula general de interpretación de los tratados que llama a una interpretación restrictiva en aquellas cuestiones que limitan la soberanía de los Estados. La Comisión y el Tribunal han desarrollado ampliamente la "teoría de las libertades implícitas", de la "protección indirecta" o "par ricochet" (por carambola) especialmente significativa con relación a algunos temas tales como la extranjería. En otros ámbitos podemos decir que la consolidación de una serie de valores y principios democráticos, en concreto en el específico campo del proceso penal, se condensan en el desarrollo del concepto del proceso justo (procès équitable) o debido proceso (due process) a través de lo que ya es una abundantísima jurisprudencia con vocación de fijar los "estándares" procesales mínimos a nivel europeo en lo que ha sido considerado como construcción de un modelo europeo de proceso

⁸ Cohen-Jonathan, Gerard. "La Convention Européenne des droits de l'homme". *Economica*. Presses universitaires d'AixMarseille., págs. 194 y ss. Cohen-Jonathan con relación a las técnicas de interpretación del Convenio y con referencia al asunto Golder del Tribunal pone de relieve que el objeto y fin del Convenio es la salvaguarda de los Derechos del Hombre y su desarrollo y para ello se deben tomar las medidas necesarias para asegurar la garantía colectiva de ciertos derechos recogidos en la Declaración Universal; en definitiva hacer triunfar los principios de libertad individual, libertad política y preeminencia del derecho.

También Delmas-Marthy hace referencia a la originalidad de los métodos de interpretación del Convenio en atención al objeto y fines del mismo y en la búsqueda del "efecto útil" de los derechos contenidos en el Convenio como derechos concretos y efectivos.

En Delmas-Marthy, Mireille. "Raisonnement la raison d'état vers une Europe des droits de l'homme". PUF.

⁹ Velu, Jacques/Ergac, Rusen "La Convention Européenne des droits de l'homme" Bruxeles, 1990, nº 52 y ss.

penal mediante el que, superando las diferencias existentes entre sistemas, sin embargo llegue a idénticas soluciones en la gestión de los problemas procesales concretos¹⁰

Analizando el alcance de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Velu afirma que producen un doble efecto: el de cosa interpretada que tiene eficacia "erga omnes" que hemos indicado con anterioridad, y el de cosa juzgada que sólo vincularía "inter partes". Sin embargo, estimamos que es este último el que plantea en nuestra opinión mayores dificultades. En este último plano es necesario decir que a dichas sentencias se las reconoce inicialmente una naturaleza exclusiva declarativa. El actual artículo 41 —anterior 50— del Convenio establece: "Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada". Tal naturaleza ha sido afirmada por el Tribunal entre otros en el caso Marckx contra Bélgica (de 13 de junio de 1979): "...la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa...". La conclusión primera que podemos extraer es sin duda la falta de ejecutoriedad directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al no establecerse mecanismos jurídicos para ello y que por tanto la ejecución depende de cada uno los Estados y de las formas y reconocimiento que se de en el ámbito interno a dichas sentencias. Resulta más problemático, aunque más útil a los efectos de este trabajo, determinar cuales son los efectos jurídicos que producen o deben producir estas sentencias declarativas en el orden interno de los Estados a los que afecta, sobre todo en ciertos casos. No nos referimos tanto al efecto "inter partes" en sentido estricto, es decir, con relación al ciudadano que ha obtenido la declaración de un derecho protegido, como con relación al conjunto de la ciudadanía, cuando lo que se constata es que la violación de un derecho individual no se produce como consecuencia de un acto aislado de un poder o incluso de otro ciudadano, sino que es la propia norma jurídica la que es incompatible con el Convenio y que en el momento en que se actúa ésta se produce la violación del Convenio.

Cierto sector doctrinal considera que al ser sentencias meramente declarativas no imponen al Estado interesado la obligación de dar ninguna eficacia interna a la misma y argumentan el que el Convenio establece un mecanismo de reparación sustitutoria (art. 50 —actual 41—)¹¹ que es a lo único a lo que están obligados los Estados.

Sin embargo otro sector doctrinal opina que el he-

¹⁰ Delmas-Marty, Mireille. "Vers un modèle européen de proces penal". En: *Procès penal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, págs. 291 y ss. Paris, 1992.

¹¹ STS de 04.04.1990.

cho de que las sentencias del Tribunal tengan naturaleza declarativa no implica la carencia de necesarios efectos jurídicos internos (Liñán Noguerras¹², Carrillo Salcedo, Salado Osuna). Estos autores se han pronunciado, por una parte, por la obligación de ejecutar por parte de los Estados las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la necesidad de establecer cauces procesales a tales efectos, pero es más, el profesor Liñán Noguerras sostiene que el Estado a quien se le imputa una violación del Convenio ha adquirido el compromiso jurídico de dar cumplimiento al fallo pronunciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que tal compromiso implica "la obligación de los Estados de crear las condiciones jurídicas generales necesarias para que una sentencia del Tribunal pueda generar en el derecho interno los efectos que exija la plena reparación de la violación de los derechos o libertades estimados por el Tribunal y en el grado por él admitido"¹³.

Desde nuestra opinión coincidente con la de Salado Osuna¹⁴, la obligación de dar eficacia interna a las sentencias declarativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deduce de la interpretación sistemática de los antiguos artículos 46.1 y 1 y de los artículos 53 y 54 del Convenio.

En la anteriormente citada sentencia Marckx contra Bélgica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras afirmar la naturaleza esencialmente declarativa de sus sentencias, sin embargo afirma que las mismas: "dejan al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que impone el artículo 53", teniendo, en todo caso, los Estados un amplio margen de discrecionalidad para establecer la forma de dar cumplimiento o ejecución a las sentencias del Tribunal¹⁵.

Del antiguo artículo 53 del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal se deduce la obligación que tienen los Estados de ejecutar las sentencias en los litigios en que sean partes, en tanto que se han comprometido a "conformarse" con sus decisiones.

Por "conformarse", debe entenderse: "cumplir", en unos casos cuando así fuera suficiente y en otros "cumplir y modificar" el ordenamiento jurídico interno en la medida que fuera necesario para su adaptación al Convenio. A este respecto se señala que el texto inglés del CEDH es más preciso que el

francés (ambas son versiones igualmente auténticas) y utiliza la expresión "to abide", que no sólo obliga al cumplimiento de las Sentencias, sino a "atenerse" a ellas, es decir a adaptarse a la ratio decidendi de la sentencia.

Entendemos por ello que surge sin duda una obligación de resultado para los Estados parte, sin que los medios a utilizar para su ejecución estén prefijados en el Convenio que no articula mecanismo alguno al respecto, por lo que la ejecución se deberá llevar a cabo según lo previsto en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

De lo que venimos diciendo se deriva el que el hecho de que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sean obligatorias y vinculantes como tales para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado, además de producir el efecto general establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, implica la obligación por parte de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificultan la plenitud de los derechos fundamentales y libertades públicas, tal como por otra parte la Constitución reconoce en su artículo 9.2 de forma coherente con la obligación internacional asumida en términos del artículo 1 del Convenio, es decir, para dar efectividad a los derechos y libertades reconocidos en el mismo.

En el plano práctico del tema que nos ocupa, el cumplimiento de las Sentencias que se comentan no debe limitarse exclusivamente a dar satisfacción de lo pedido en el caso concreto. En el asunto Valenzuela Contreras el TEDH descarta que la cantidad que se condena a pagar por los Tribunales españoles tenga un nexo de conexión directa con la violación del artículo 8 del CEDH apreciada, por lo que la Sentencia constituiría en sí misma suficiente satisfacción. En el Castillo Algar el demandante reclamó cinco millones de pesetas en concepto de reparación de los daños materiales y morales sufridos en razón de su detención y condena posterior por el Tribunal militar central. Sobre los perjuicios materiales el Tribunal desestima dicha cantidad tanto por perjuicios morales como materiales considerando que la mera constatación de la existencia de una violación del artículo 6.1 del Convenio constituía en sí misma una satisfacción suficiente. El demandante también pidió la anulación de la condena que le fue impuesta por el Tribunal militar central y que, asimismo, se dictara una resolución por la que se obligara al Estado a promoverle a la categoría de general de brigada que sería la que le correspondería en el caso de que no hubiere sido condenado. El Tribunal recuerda que una resolución constatando una violación lleva consigo la obligación jurídica de poner término a la violación y de borrar sus consecuencias, de tal manera que restablezca la situación existente con anterioridad (restitutio in integrum). No obstante y cuando esto último no es posible los Estados son libres de elegir los medios para "se conformer" con la resolución. Pertenece al Comité de Ministros¹⁶ vigilar la ejecu-

¹² Liñán Noguerras, G.J.: "Los efectos de las sentencias del TEDH en Derecho Español", *REDI*, 1985.

¹³ En este sentido resulta especialmente la opinión del profesor Sánchez Rodríguez quien sostiene que la obligación que asumen los Estados partes de conformarse es: "a un mismo tiempo, una obligación de comportamiento y de resultado, pues el Estado está obligado a llegar a un determinado resultado (ejecutar la sentencia dictada) y a observar el comportamiento para llegar a dicho fin (por ejemplo, modificar la legislación interna de la sentencia internacional)". Vid. Sánchez Rodríguez, L.I.: "Los Sistemas de Protección Americano y Europeo de los Derechos Humanos: El problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia", La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, 1994, pág. 504.

¹⁴ Salado Osuna, Ana: "Efectos y ejecución de las Sentencias del TEDH en Derecho español"; en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Judicial*; Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

¹⁵ El antiguo artículo 53 —46 actual— del CEDH disponía. "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse con las decisiones del Tribunal en los litigios que sean partes".

¹⁶ El Comité de Ministros en 1976, adoptó unas reglas puramente procedimentales relativas a la aplicación del artículo 54 del Convenio:

ción de la sentencia en virtud de las competencias que le confiere el artículo 54 de la Convención.

Estimamos que la obligación de cumplimiento de las Sentencias, constatado que la violación del Convenio tiene su origen en la falta de previsión de la norma jurídica interna, también debe consistir en la adaptación del ordenamiento jurídico español, lo que puede hacerse, dependiendo de las circunstancias, por distintas vías, bien sean por el propio poder legislativo en unos casos llevando a cabo las modificaciones legislativas adecuadas o también existe la posibilidad alternativa de Sentencias interpretativas dictadas especialmente por el Tribunal Constitucional, únicas que llegado el caso podrían tener un innegable valor integrativo de la norma o, en otros casos, interpretándose la norma de forma diferente en el sentido indicado con anterioridad de considerar como causa de abstención y recusación legítima el que el juez haya realizado un juicio de culpabilidad, aunque sea provisional, previo.

Los precedentes de adopción y acomodación de sus ordenamientos internos a las resoluciones del Tribunal en las que se constata una violación son muchas¹⁷, si bien con relación a los dos casos que nos ocupan se deben destacar las siguientes medidas adoptadas:

El asunto *Malone* contra el Reino Unido (sentencia de 02.08.1984) determinó la aprobación el 25.7.1985 de la ley de interceptación de comunicaciones que entró en vigor el 10.04.1986 y en la que se especifican los motivos que autorizan una interceptación de comunicaciones.

La sentencias de 24.04.1990 en los asuntos *Kruslin* y *Huvig* ambos contra Francia determinaron la aprobación de la ley nº 91-646 de 10.07.1991 con entrada en vigor el 01.10.1991 que añadió un nuevo artículo (art. 100) en el Code de procédure penale que regula minuciosamente las intervenciones telefónicas ordenadas por la autoridad judicial.

El asunto *Hauschildt* contra Dinamarca de 24.05.1989 determinó una ley de 13.06.1990 que entró en vigor el 01.07.1990 que modificó los artículos de 60 a 62 de la ley sobre la administración de justicia de tal manera que un juez que hubiera tomado ciertas decisiones con anterioridad a la decisión de apertura del juicio oral no podía intervenir en el mismo asunto como juez de fondo o juez de apelación.

En el asunto *Toth* contra Austria de 12.12.1991,

Regla 2 a) "... el Comité de Ministros invitará al Estado interesado a que le informe de las medidas adoptadas como consecuencia de la sentencia habida cuenta de la obligación que tiene de conformarse con ella, según el artículo 53 del Convenio".

Regla 2 b) "...si el Estado interesado declara al Comité de Ministros que todavía no le es posible informar de las medidas adoptadas, el informe se inscribirá de nuevo en el orden de días, a lo más tardar en el plazo de seis meses, salvo cuando el Comité de Ministros no decida otra cosa".

Además, se prevé que el Comité de Ministros declare por medio de una Resolución que el Estado ha cumplido esas funciones, Regla 3 "si el Estado ha cumplido o no sus funciones en virtud del artículo 54 del Convenio, y en el caso que se haya concedido una satisfacción justa, cuando se haya asegurado que el Estado interesado ha concedido esa satisfacción". Esta Reglas en la práctica se limitan simplemente a un control de información.

¹⁷ *Aperçus. Quarante années d'activités 1959-1998. Cour Européenne des Droits de l'homme. Conseil de l'Europe.*

una circular del ministro de justicia invitó a los miembros de la fiscalía a no hacer uso, a la espera de la adopción de una enmienda sometida al parlamento en enero de unos 1993, del derecho de participar en los debates ante la jurisdicción de apelación tal como permitía el artículo 35.2 del Código de Procedimiento Penal.

En el asunto *Pfeifer et Plankl* contra Austria de 25.02.1992, por una circular de 20.06.1992 el ministro federal de justicia llamaba la atención de los presidentes de las cortes apelación y de los fiscales generales sobre las consecuencias de la resolución. En particular se señala que los acusados no debían ser invitados a renunciar a hacer valer un motivo de recusación, salvo en casos excepcionales y en el propio interés del acusado y ello a condición de que fueran respetadas las garantías mínimas del procedimiento.

CONCLUSIONES

La dos sentencias analizadas no se limitan a poner de manifiesto la violación de derechos humanos protegidos por el CEDH por actos de algún poder del Estado, sino que evidencian deficiencias del ordenamiento jurídico español en dos materias muy diferentes.

Responden a una concepción muy estricta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a las garantías que deben, en un caso, acompañar a las posibilidades de restricción del derecho de las comunicaciones por las autoridades de los Estados y en el otro a un concepto entendemos que muy elaborado y cuidadoso de la imparcialidad como garantía estructural básica del proceso justo que llega a dar valor a su cuestionamiento simplemente por el hecho de las apariencias derivadas no tanto de la objetiva posición en el proceso sino también y especialmente de la circunstancia de haberse pronunciado el juez con anterioridad sobre aspectos coincidentes con los que van a ser objeto del juicio de fondo, avanzando una opinión.

Ambos son temas vivos, diríase que productos culturales, sometidos a una continua evolución, por lo que la doctrina con relación a los mismos emanada del TEDH resulta particularmente interesante ya que en él y en sus decisiones confluyen varias culturas jurídicas, próximas pero muy diferentes.

En la primera se hace una autentica llamada de atención sobre la deficiencia de la base legal en la que se soporta en el derecho español el sistema de intervención de las comunicaciones; deficiencia que posiblemente en el momento presente no estén definitivamente resuelta a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictada en la materia, existiendo a nuestro juicio un riesgo real de que planteado el tema ante los órganos de Estrasburgo por estos se concluya, apreciando la violación del artículo 8, que el sistema español no es verdaderamente compatible con el Convenio.

El segundo de los temas pone de manifiesto la necesidad de exacerbación de las garantías en

materia de imparcialidad y al deficiencia de la norma española que no contempla los problemas de imparcialidad objetiva a los que presta especial atención el Tribunal de Estrasburgo.

En ambos casos parece imprescindible el que con la mayor prontitud se analice y se asuma en el

orden interno español las consecuencias de dicha jurisprudencia y se pongan las soluciones necesarias para la adecuación del ordenamiento español al CEDH, cumpliéndose con ello los compromisos internacionales contraídos por el Estado español en materia de protección de derechos humanos.

DESAPARECIDO

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

¡A TI QUÉ TE IMPORTA!

**SI TE IMPORTA,
HAZTE SOCIO.**

91-531 25 09

AMNISTIA INTERNACIONAL

APUNTES*

• Consejo: expedienta, que algo queda

Sorprendente, pero cierto: primero se movilizó la Comisión Permanente, que puso en marcha a la Disciplinaria, que, a su vez, adoptó el acuerdo de iniciar diligencias informativas sobre el contenido de un escrito publicado en la prensa por un grupo de jueces, que se habían manifestado críticamente sobre la política penitenciaria del Gobierno. Por el camino, un informe del inspector delegado al que se confirió el encargo, que no tiene desperdicio, discute sobre la “tradicional neutralidad política de los jueces” como dato y como valor. Y, al fin, la propia Comisión Disciplinaria llegando a la conclusión de que aquéllos no habían hecho más que reflexionar en voz alta sobre una cuestión debatida en derecho.

Eso sí, la Comisión echa su cuarto a espadas, o a bastos, según se mire, y califica la iniciativa de “inoportuna” y “desacertada”, con el argumento de que los jueces deben “evitar injerencias indeseables en las competencias propias de otros poderes”. En este caso: ¿qué injerencias?

Pero el Consejo sabe muy bien quienes son los “jueces” de los que habla la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque es el órgano encargado de garantizar su estatuto y porque lo ha dicho formalmente en alguna ocasión. Es por lo que no puede no saber que los firmantes del escrito en cuestión, en ese momento y en su toma de posición no eran tales, puesto que no ejercían jurisdicción.

El Consejo, que no la Comisión Disciplinaria en el ejercicio de la potestad sancionadora, podría haber mediado en el debate y expresar razonadamente —lo contrario a esa especie de desahogo inmotivado— una razonable discrepancia. Pero no lo hizo y optó, en cambio, por seguir una vía impropia, que no es precisamente legitimación lo que produce. A sabiendas de que no llevaba a ninguna parte desde el punto de vista disciplinario rectamente entendido.

• ‘Caso Marey’: indulto y Constitución

Pocos casos, seguramente ninguno, como éste, en la nutrida fenomenología político-judicial de esta país han dado lugar a tantas invocaciones y protestas de infracción del texto fundamental. Los jueces, salvo, últimamente los votantes particulares, lo hicieron, todo y siempre, mal, quebrantando derechos a diestro y siniestro, imputando sin indicios y condenando, luego, sin pruebas. Y lo que es peor, por vergonzante obediencia política. ¡Ahí es nada!

Tanto es así, que, de estarse a la identidad del destinatario del mayor número de agravios denunciados, si no la única víctima real, desde luego, la principal del *caso Marey*, ha sido la Constitución.

Por eso se comprende que los más celosos guardianes *del Libro* hayan quedado, al fin, extenuados. Tanto que el cansancio derivado del desinteresado derroche de entrega a la noble causa, debió pillarles sin reflejos en el momento de perpetrarse —éste sí— un significativo atentado contra aquél, que, por ello, ha pasado —cosa curiosa— *desapercibido*.

Es el llamativo desconocimiento del precepto del artículo 102,3º, que dice: “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”. “Supuestos” previamente identificados en el párrafo 1º del mismo artículo como los de “responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno”.

La disposición y, por tanto, la norma, no puede ser más clara. “Responsabilidad criminal” es una categoría diáfana que no suscita dudas de interpretación. ¿Y “Gobierno”? Pues fácil: el “Gobierno” del artículo 102 de la Constitución es el mismo que, por ejemplo, el del artículo 98,1º y que el de la rúbrica del Título IV. Es decir, a estos efectos, todos, o sea, cualesquiera de los sujetos que en algún momento se sentaron en el Consejo de ministros.

¿Cómo es que no se han dado cuenta?

• Productividad policial

Ahora se ha llamado así a lo que, desde antiguo, entre policías se conocía como “hacer palotes”. Esta expresión —evocadora de la ya histórica enseñanza de la caligrafía de plumín y palillero— denota la acción de representar mediante un breve trazo vertical cada unidad de una clase de actos a cuya ejecución seriada se estimula de alguna forma. Entre policías, al menos en Madrid, se aludía de ese modo al tipo de degradante quehacer profesional a que impulsaba el que, a mediados de los ochenta, se conocía como “plan Garrido”. Que, por lo que se decía entonces, exigía de cada agente en la calle un elevado número de intervenciones diarias.

El asunto se resucita ahora bajo el signo de la productividad. Pero tiene poco de nuevo, porque de una forma u otra —desde que existen las políticas de “ley y orden”, que ya llevan tiempo con nosotros— lo que se pide a los agentes de policía es que no paren de “hacer palotes”. Con una preocupante particularidad: que palote, en su etimología, mucho antes de remitir a aquel modo de expresarse la mano infantil con tinta sobre el cuaderno de rayas, venía pura y simplemente de palo. Y éste es un término que, por prudencia, no debería ponerse nunca cerca del de policía.

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro.

• La 'piel' de las fuerzas armadas

La Asesoría Jurídica del Mando de la Tercera Región Militar Pirenaica, con sede en Barcelona, lo hizo llegar al Fiscal-jefe de la Fiscalía Jurídico Militar del Tribunal Militar Territorial Tercero, que, a su vez, lo remitió al Fiscal-jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El posible cuerpo del delito, pues, con semejante itinerario, de algo así tenía que tratarse, era un breve trabajo periodístico de Juan José Millás, aparecido en el *Diari de Girona*, con "La paciència de l'exèrcit", como título.

Millás, estremecido por la reveladora experiencia del crimen del acuartelamiento de Jaca y por el *currículum* de su autor, al recibir la sugestiva noticia de que a un cabo de la primera bandera de la Brigada Paracaidista, con sede en Alcalá de Henares, a pesar de ser conocido por sus agresiones a los soldados, se le había renovado el contrato, concluía: "el ejército sabe que un Miravete no se hace en una año ni en dos... Se tiene que tener paciencia...".

Y en esta reflexión, a partir de los antecedentes evocados, se veía posible materia de delito.

Por fortuna, el Fiscal-jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hizo una lectura bastante más racional del texto, señalando que en él, "por encima del tono que expresa la subjetividad del autor, se manifiesta la objetividad de unas realidades acaecidas, acontecimientos finales de situaciones prolongadas en el tiempo, que razonablemente conducen a la reflexión del autor, a través de un proceso lógico-deductivo, a su severa crítica, la cual constituye un elemento positivo esencial, en nuestra convivencia democrática, para ayudar al Ejército a extirpar de su seno indeseables conductas delictivas, como las referidas en el artículo" del conocido novelista.

¡Menos mal!

Tiene razón el Fiscal porque tiene razón Millás. Los Miravete son el producto decantado de una intolerable secuencia de insensibilidades, elusión de responsabilidades y débil respeto de los derechos más fundamentales, profundamente inscrito en la cultura de muchos eslabones de las cadenas de mando. Los Miravete y la subcultura de la violencia y de la indiferencia ante la violencia que evidencian, no son fenómenos aleatorios, sino la decantada expresión, la proyección regular, de constantes estructurales todavía, en la práctica, no suficientemente cuestionadas y, menos aún, removidas.

Los Miravete se hacen de objetiva carencia de sensibilidad ante las brutalidades. Y también de sospechosos excesos de sensibilidad frente a críticas como la, tan pertinente, de Millás. Un tipo de crítica que hoy habría sido admitido en cualquier otro marco institucional, pero no, precisamente, en el de las Fuerzas Armadas, que hicieron posible a Miravete y, a lo que parece, al cabo de la primera bandera de la Brigada Paracaidista, denunciado, entre otras cosas, por golpear con el Cetme a sus subordinados.

• 'Patada en la puerta'... del Bernabeu

Lo contaba *El País*, que a su vez lo había tomado de *El Larguero*, el programa de la Cadena ser. Ocurrió en los accesos al Bernabeu. Corcuera, acompañado de sus escoltas, trataba de entrar llevando una bota de vino. Fue interceptado por los encargados de seguridad, quienes le hicieron saber que no estaba permitido. Respondió invocando su condición de ex ministro y su falta de peligrosidad. Y en la conversación, la bota—"juego de manos, juego de villanos"— desapareció del escenario, con lo que aquél pudo entrar, ya sin problema. Pero, miren Ustedes por donde, las cámaras del estadio le hicieron visible, luego, en su localidad, mientras *soplaba*. Nueva intervención de los servicios de seguridad, requerimiento de entrega del castizo recipiente al singular hincha, y —¡atención!— respuesta de éste: no había lugar a la incautación, puesto que contenía *Coca Cola*.

El inefable promotor de la inolvidable ley, desde su peculiar sentido de las reglas, sigue generando civismo del bueno. Y estética de calidad. Ni más ni menos que como debe ser. ¡Cada uno a lo suyo!

• Coherencia vaticana

El portavoz del Vaticano se ha referido al gesto como "paso diplomático", lo que viene a poner un toque de rigor terminológico en el tratamiento del asunto y contribuye a depurarlo de gangas humanitarias. No es, en efecto, la edad del monstruo ni su patética soledad en medio del enorme vacío creado en su entorno, lo que ha movido a la gestión pontificia en favor del arrestado de Londres. La medida es política como político es también el impulso, que viene de lejos. Por lo menos, si no de antes, de un oscuro compromiso sellado con sangre en septiembre de 1973. Con sangre, porque fue imposible para cualquier forma de solidaridad con Pinochet evadirse siquiera de las salpicaduras. Estas tuvieron que teñir también el madrugador y voluntarioso apoyo del episcopado chileno, expresado en aquella odiosa pastoral golpista por adhesión, cuando todavía humeaba el palacio de La Moneda y los estadios y otros centros de detención hervían de víctimas.

La pastoral en la que los obispos chilenos materializaron su apoyo al general asesino se difundió en España a través del boletín de la diócesis de Cuenca, regida entonces por monseñor Guerra Campos: de símbolo en símbolo.

Un observador poco avisado diría que las cosas cambian: del apoyo tan poco diplomático de entonces, al "paso diplomático" de ahora. Pero no. O no en lo esencial. Basta comprobar la toma de posición al respecto de los obispos españoles de este momento.

• Dos libros para no olvidar

Procuraron el olvido, bautizado de "reconciliación", con el miedo al retorno del horror hábilmente adminis-

trado, como principal estímulo. Pero, al fin, no han podido cancelar la memoria. Una memoria que ha vuelto por sus fueros, enriquecida con la elocuencia incontestable de los datos y abrumada por la constancia de la falta de límites en el ejercicio de la crueldad.

Una prueba de ello –entre tantas otras de estos años– es la aparición casi simultánea de dos libros.

El primero, de Samuel Blixen: *Operación cóndor. Del archivo del terror y el asesinato de Letelier al caso Berríos*, con prólogo de Roberto Bergalli (Virus, Barcelona, 1998). En él se hace luz sobre la coordinación en el modo de operar de los servicios de inteligencia de las dictaduras latinoamericanas, a mediados de los setenta. Se trata de la conocida como “Operación cóndor”, que a partir de la creación de

un sistema de acopio centralizado de datos sobre la izquierda de todo el área, hizo posible una minuciosa política de secuestros, extradiciones clandestinas y ejecuciones de significados exponentes de la misma.

El segundo, es una obra colectiva, *Contra la impunidad. En defensa de los derechos humanos* (Icaria, Barcelona, 1998), que recoge las intervenciones producidas en el simposio del mismo nombre, organizado en Barcelona en diciembre de 1997, por Plataforma Argentina contra la Impunidad. En esta publicación confluyen: el análisis retrospectivo, el testimonio dolorido, la reflexión jurídica sobre las insuficiencias y las posibilidades del derecho y la voz de los movimientos sociales.