JUECES para la DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**J. de Lucas,** El marco jurídico de la inmigración. **M. Carmona Ruano,** El papel de las asociaciones en la formación de los magistrados. **F. de P. Blasco Gasco,** La necesidad de formación de los jueces. **M. L. Maqueda Abreu,** El tráfico de personas. **R. de Vicente Martínez,** El delito de imprudencia patrimonial continuado. **L. Ferrajoli,** Garantías. **S. Sastre Ariza,** Derechos y garantías. **J. Igartua Salaverria,** Jurado y motivación del veredicto. **C. Gómez Martínez,** El juicio monitorio de la nueva LEC. **J. de la Hoz de la Escalera,** La nueva regulación de los recursos civiles. **S. C. Thaman,** Los derechos humanos en el proceso penal de los EE.UU. **P. Laurenzo Copello,** Hacia la Corte Penal Internacional.

38 julio/2000

**En este número:** Blasco Gasco, Francisco de P., catedrático de Derecho Civil, profesor de la Escuela Judicial (Barcelona).
Carmona Ruano, Miguel, presidente de la Audiencia Provicial de Sevilla.
De la Hoz de la Escalera, Javier, presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria.
De Lucas, Javier, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia.
De Vicente Martínez, Rosario, profesora titular de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha.
Ferrajoli, Luigi, catedrático de Teoría general y Filosofía del Derecho, Universidad de Camerino (Italia).
Gómez Martínez, Carlos, magistrado, director de la Escuela Judicial, Barcelona.
Igartua Salaverría, Juan, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián.
Laurenzo Copello, Patricia, catedrática de Derecho Penal, Universidad de la Laguna.
Maqueda Abreu, María Luisa, catedrática de Derecho Penal, Universidad de Granada.
Sastre Ariza, Santiago, profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha
Thaman, Stephen C., profesor de Derecho Comparado, Universidad de Saint Louis, Estados Unidos

**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 (nacional): 3.000 ptas (3 números).
Europa: 4.000 ptas.
Resto: 5.000 ptas.

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

# INDICE


Pág.

**Debate**

— *El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000,* Javier de Lucas ..... 3
— *El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados,* Miguel Carmona Ruano ..... 12
— *Sobre la necesidad de formación de los jueces,* Francisco de P. Blasco Gasco ..... 17
— *El tráfico de personas con fines de explotación sexual,* María Luisa Maqueda Abreu ..... 25
— *Hacia una interpretación plausible del delito patrimonial continuado,* Rosario de Vicente Martínez ..... 30

**Estudios**

— *Garantías,* Luigi Ferrajoli ..... 39
— *Derechos y garantías,* Santiago Sastre Ariza ..... 47
— *Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más,* Juan Igartua Salaverria ..... 56

**Teoría/práctica de la jurisdicción**

— *El juicio monitorio en la nueva LEC, un cambio cultural,* Carlos Gómez Martínez ..... 67
— *Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de los recursos civiles,* Javier de la Hoz de la Escalera ..... 73

**Internacional**

— *La protección de los derechos humanos en el proceso penal de los EE.UU.,* Stephen C. Thaman ..... 81
— *Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma,* Patricia Laurenzo Copello ..... 93

**Apuntes**

— *Donde hay confianza* ..... 105
— *A vueltas con la 'notoria importancia'* ..... 105
— *La cruzada de María* ..... 107
— *La (bien frustrada) vocación disciplinaria del fiscal del Albacete* ..... 107
— *'Hábito externo'* ..... 108

# DEBATE

## El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000

Javier DE LUCAS

### 1. INMIGRACION: UN DEBATE QUE VA MAS ALLA DE LA POLITICA INTERNA DE UN ESTADO

Pese a las dificultades, va tomando cuerpo uno de los debates más importantes en el orden social y político con vistas a los próximos años. Me refiero a la reflexión sobre el significado que adquieren hoy los nuevos flujos migratorios, y que va más allá de las tópicas políticas de extranjería, pues afecta a la construcción misma del espacio público. Esta discusión viene circunscribiéndose hasta ahora a términos técnico-jurídicos, a propósito de la ley orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En realidad, la discusión de fondo a la que asistimos en torno a esa ley, pone de manifiesto las diferentes concepciones que se enfrentan en el seno de la Unión Europea a propósito de las condiciones y características que ha de reunir una política de inmigración que merezca ese nombre, tarea que, sin lugar a dudas, constituye uno de desafíos más urgentes en el futuro de los europeos. Pero, como decía, se trata también de un campo en el que se pone en juego la necesidad de una redefinición del contrato social y político tal y como lo entendemos hoy, es decir, tal y como lo refleja el modelo europeo de conjugación de democracia y mercado, sujeto además a revisión en el contexto de globalización.

En todo caso, ni siquiera lo que se presenta como una discusión "técnica", está libre de confusión. La propia presentación de los argumentos en liza es un buen ejemplo. Las posiciones enfrentadas en esta discusión pueden describirse, aproximadamente, en los siguientes términos: de un lado, el Gobierno (al menos los sectores del mismo partidarios de modificar la ley) alega, además del impecable argumento de cumplir con lo establecido en el programa electoral ampliamente respaldado, la necesidad de ajustarse al marco europeo del que nos alejarían los *excesos seudoprogresistas* a los que no fue ajeno el afán de infligir una derrota parlamentaria al Gobierno del PP. Desde la otra parte, se aduce que la reforma sería un paso atrás respecto a la integración de los inmigrantes y el reconocimiento de sus derechos y se insiste en que cambiar la ley sería un desmentido al talante centrista y de consenso con el que se presenta ahora el PP, habida cuenta de la oposición del resto de los partidos y de buena parte de los agentes sociales. Por eso se habla de esa reforma como "test del rodillo". Hay que reconocer que esos argumentos no permiten solucionar la confusión en la que se mueve este debate y es que todavía hoy, a mi juicio, la opinión pública no parece tener claro si la "reforma de la reforma" es deseable y conveniente y por qué. Probablemente, eso se debe entre otras a cuatro razones:

La primera podría parecer sólo terminológica pero, como no pocas de las que tienen esa apariencia, es mucho más seria. Me refiero a la identificación que propicia la ley, aparentemente inocente pero en todo caso errónea, de los ámbitos de inmigración y extranjería. Por más que se repita, nunca parece suficiente insistir en que los destinatarios de esa ley no son básicamente los extranjeros, si es que tiene sentido seguir utilizando esa categoría como homogénea. Ni la ley de 1985 ni la actual persiguen otro objetivo que regular los flujos migratorios de procedencia extracomunitaria y acomodarlos a las exigencias de nuestro mercado de trabajo, con la mira puesta en dos objetivos expresamente declarados por la UE como prioritarios en materia de inmigración desde la presidencia austríaca de 1998, a saber: el control de los irregulares —la inmigración clandestina— y la reducción del reagrupamiento familiar, aunque hay que reconocer que desde la cumbre extraordinaria de Tampere comenzaron a apuntarse otros dos que serían más comprensivos, la integración y el codesarrollo.

Un segundo y muy importante factor de confusion fue la difusión de los informes demográficos de la ONU y de la propia UE acerca de la evolución a la baja de la pirámide demográfica en Europa y su repercusión sobre la sostenibilidad de las políticas públicas en Europa en los próximos 50 años (aunque hay que reconocer que se trata de informes discutibles, comenzando por la viabilidad de proyecciones a 50 años vista: se trata en todo caso de tendencias), añadieron más dificultad al análisis. Me parece necesario subrayar que, sin poner en duda la relevancia y fundamento del argumento demográfico, apoyarse en él para argumentar sobre la inmigración no reduce la confusión, sino que a mi juicio la aumenta. Poner todo el énfasis en la inmigración como remedio a la caída demográfica, o a la necesidad de población activa para el sosteni-

miento de lo que ahora se llama "sociedad del bienestar" significa, en mi opinion, volver a reducir la inmigracion a la categoria de mera herramienta. Y el sentido y alcance de los flujos migratorios, su capacidad de transformación de nuestra visión del mundo, sobre la que va a producir un autentico desplazamiento como insiste S Nair, es mucho más profunda que todo eso Es decir, que esa línea de argumentación no deja de contribuir a la confusion.

La escenificacion mediatica y en buena medida interesada (desde el Gobierno) de buena parte de los argumentos acerca de la inmigracion es el tercer factor que origina equivocos. Por supuesto, me refiero en primer lugar a la a mi juicio intencionada presentacion de los primeros días de entrada en vigor de la ley de extranjeria en terminos de tumultos, desordenes públicos, desbordamiento, todo ello en pleno proceso electoral. Despues, ganadas las elecciones, interesaba la imagen de la buena gestión del gobierno, la tranquilidad, la eficacia, pero a la vez, la difusion del tan esgrimido "efecto llamada": los telediarios se llenan un dia si y otro tambien de imagenes de pateras hacia Canarias y de la idea de que medio mundo (al menos el Africa subsahariana) concibe la ley de extranjeria como el paraiso que remediara sus males, especialmente para las mujeres embarazadas. Hasta periódicos ponderados en el análisis de la inmigracion ofrecen sus noticias en el marco de las paginas de sucesos, con criminalidad, conflictos, etc.

Pero resulta, ademas, que esta ley exige, por su complejo desarrollo, una voluntad politica decidida a su favor y es evidente que el gobierno será respetuoso con la legalidad, pero no se le puede exigir entusiasmo con un precepto que no considera suyo, lo que no puede dejar de generar equivocos. Baste pensar en medidas y plazos como el de elaboracion del reglamento (6 meses desde su entrada en vigor) o los mecanismos para garantizar lo dispuesto acerca del visado en el articulo 25 o sobre el estatuto de residencia temporal en los articulos 29, 30, 31, o sobre el Foro en el 63 Esa voluntad política es imprescindible además para exigir y garantizar el respeto a los derechos por parte de todos, poderes publicos y particulares, lo que exige dar medios y formación a la administración de justicia y a la policía también, empezando por la policía judicial. Las interpretaciones restrictivas propuestas por el Ministerio del Interior, por ejemplo, a propósito del derecho a asistencia letrada de los indocumentados, no hacen albergar muchas esperanzas. Pero, para ser justos, no se puede dejar de constatar que el comienzo de la regularizacion vio las primeras iniciativas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de las Delegaciones de Gobierno para ofrecer información clara a los inmigrantes y transmitir un mensaje de tranquilidad y accesibilidad de ese proceso a todos los posibles interesados que cumplan los requisitos de la norma. En el debate de investidura el ya Presidente reafirmó la necesidad de consenso en torno a la política de inmigración, y hemos asistido a un aparente retorno de Coalicion Canaria al redil de la reforma de la ley, al tiempo que se reafirmaba la oposición a esos cambios por parte de PSOE, PNV y CiU (aunque este último grupo prepara el escenario de la reforma con la coartada autonomista de la cesion de competencias a la Generalitat) Sin embargo, el modelo finalmente escogido para la nueva Delegacion del Gobierno en inmigración que reúne teóricamente todas las competencias, algo que venia reclamándose desde hace años, al adscribirla al Ministerio del Interior, supone una oportunidad perdida, pues viene a reforzar el carácter reductivo del enfoque de la inmigración, en términos de seguridad, orden público, policía, control de fronteras. De nuevo, hacer *política con la inmigración*, en lugar de política de inmigración.

Habría que añadir que, lejos de la complaciente imagen que los españoles ofrecemos de nosotros mismos en los eurobarometros relativos a racismo, xenofobia y actitudes ante la inmigración, el estallido de los desórdenes racistas en El Ejido —y la evolución de los acontecimientos una vez desaparecidos de la primera pagina a la que los llevó su coincidencia con el periodo electoral— (sin olvidar que hay en potencia muchos otros casos como ése: a principios de mayo se produjeron episodios "asilados" en Lepe), es otro elemento que hace dudar. En efecto, se trata de sucesos en modo alguno aislados ni imprevisibles Juan Goytisolo ha recordado en un reciente trabajo ("España y sus Ejidos", *El País*, 19-3-2000) que muchos observadores, como U.Martinez Veiga, o S. Nair —con quien Goytisolo publico una clara denuncia en El *País*—, habían analizado esa situacion desde hace años en diferentes trabajos, denunciando la explotación, las condiciones infrahumanas en que vivían los inmigrantes y los procesos de racismo y xenofobia que se incubaban a la vista de todos sin que las diferentes administraciones —estatal, autonomica, municipal— tomaran cartas en el asunto, cuando no participaban directamente en echar leña al fuego, como en el caso del propio Ayuntamiento de El Ejido[1]

El último factor de confusión se da sobre todo entre los bienintencionados: aquellos que sostienen (y no sin argumentos) que esta es una buena ley de inmigración Pareceria, pues, que para solucionar los desafios de la inmigracion bastaria con aplicar la ley Y no es así. Obviamente cualquier ley es una herramienta insuficiente para responder a los desafíos que plantea la inmigración. El punto de partida es muy sencillo. ninguna ley de extranjería es suficiente para alcanzar tal proposito, aunque se trate de un instrumento tecnico irreprochable (y ésta no lo es), orientado primordialmente a objetivos de garantía de derechos y de integración social. Lo peor de los eventuales riesgos que provocaría esta ley no vendría del exceso, es decir, del tan cacareado "efecto llamada", sino, por el contrario, de aquello en que se queda corta, del riesgo de pensar que con la ley ya están puestas todas las condiciones para la solucion, y por tanto sólo quedan cuestiones de detalle, de aplicación. La realidad es muy otra. Los problemas no han hecho mas que empezar y confiar casi exclusivamente en las bondades de la ley

[1] El propio Goytisolo lo habia hecho, por ejemplo en su trabajo "Quien te ha visto y quien te ve", *El País*, 2/1998

# Tenemos la fórmula de la eficacia

Sólo nosotros podemos ofrecerle la fórmula más eficaz en información jurídica: todas las Bases de Datos Aranzadi* en un único soporte DVD. Un acceso más rápido, con sistema de licencias exclusivo, interrelación, múltiples sistemas de búsquedas y compatible con su CD-Rom. Además, le hacemos la gestión de compra, instalación... y le asesoramos sin compromiso. Ponemos la tecnología más avanzada al servicio de nuestros clientes.

**Solicite información en el tel. 902 44 41 44 o en www.aranzadi.es**

* Bases de Datos Aranzadi en DVD: Legislación, Legislación últimos 5 años, Legislación Vigente, Jurisprudencia, Jurisprudencia 1990-2000, Jurisprudencia últimos 5 años, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, Tribunal Constitucional, Jurisprudencia Tributaria, Jurisprudencia Social, Jurisprudencia Civil, Jurisprudencia Penal, Jurisprudencia Contencioso - Administrativa, Comunidades Autónomas, Convenios Colectivos.

ARANZADI
EDITORIAL

Andalucía occidental 95 422 88 57 - Andalucía Oriental 95 261 09 53 - Aragón 976 204 810 - Baleares 971 463 809 - Canarias 928 230 185 - Castilla-León 983 201 555 - Cataluña 93 487 63 36
Extremadura 924 248 912 - Galicia 981 153 923 - Madrid 91 431 33 34 - Murcia 968 222 555 - Navarra 948 151 493 - País Vasco 94 435 69 00 - Valencia 96 352 66 95

4/2000 para hacerles frente es un error, como trataré de apuntar, aunque es necesario reconocer que esta ley, sin duda insuficiente, no es superflua. Insisto, una buena ley es un punto de partida imprescindible en la medida en que permita abandonar el prejuicio imperante, el mensaje acerca de la inmigración como problema (problema-obstáculo, como ya se ha analizado) y eso significa ante todo superar la óptica policial/securitaria y laboral, y apostar por la integración, por la igualdad, por el reconocimiento de derechos. Pero esos objetivos exceden con mucho a la ley y requieren respuestas sobre problemas complejos, como trataré de señalar.

En todo caso, hay que reconocer que la pregunta, hoy, en términos de política lesgislativa es ¿hay que cambiar la ley? ¿En qué aspectos y por qué? Por mi parte, trataré de ofrecer algunos argumentos que apoyan la conveniencia de modificar la ley, aunque probablemente no en el sentido que parece avanzar hasta ahora el Gobierno, pues no me parece que las razones que alega sean convincentes. Para ello, expondré en primer lugar los defectos que, a mi juicio, exigirían una modificación y ofreceré algunos argumentos que, por el contrario, permiten poner en entredicho los cambios que se presentan como ineludibles. En ese sentido, haré una referencia específica al argumento de la legitimidad que otorga la mayoría absoluta en el Parlamento para llevar a cabo esta reforma cuya oportunidad parece necesario discutir. Finalmente, recordaré algunas de las condiciones para hablar de política de inmigración.

## 2. ALGUNOS DEFECTOS DE LA LEY QUE CONVENDRIA REFORMAR

La razón fundamental para apoyar la reforma de la ley es que ésta es una herramienta insuficiente para responder a los desafíos que plantea la inmigración. El punto de partida es tan sencillo como el que sigue: ninguna ley de extranjería es suficiente para alcanzar tal propósito, aunque se trate de un instrumento técnico riguroso (y ésta no lo es), orientado primordialmente a objetivos de garantía de derechos y de integración social. Lo peor de esta ley es que se ha generado un efecto social del tipo "ya están puestas todas las condiciones", ya sólo se plantearán cuestiones menores, de aplicación. Ya estamos de nuevo al frente de Europa, que se miraría en nuestro espejo para saber cómo tratar la extranjería y la inmigración; sólo cabe la duda —la que alberga el Gobierno— de haber avanzado en exceso. La realidad es muy otra. Los problemas no han hecho más que empezar y confiar casi exclusivamente en las bondades de la ley 4/2000 para hacerles frente es un error, como trataré de apuntar.

Con todo, habría que dejar claro que esta ley, aunque insuficiente, no es superflua. Ante todo, porque supone cierta variación en la hasta ahora monótona óptica policial/securitaria y laboral, al apostar por la integración tal y como lo reconoce el cambio de título. La conciencia de la necesidad de ofrecer elementos de integración social es la mejora más importante respecto al espíritu de la vieja ley. El reconocimiento de derechos (artículos 3 a 20), la proclamación de la lucha contra la discriminación (artículos 21 y 22), el ajuste de las decisiones administrativas a las exigencias del Estado de Derecho (artículos 25 y 56, por ejemplo), son su principal haber. ¿Qué es lo que debería revisarse?

### a) Tomar en serio la integración

El objetivo de la integración queda muy lejos, hasta el punto de que puede decirse que, aunque lo proclame, la ley no se lo toma suficientemente en serio, no es coherente con él. Las razones fundamentales son, de un lado, cierta confusión acerca de lo que significa integración social de los inmigrantes. De otro, una comprensión, a mi modo de ver, incorrecta de la relación entre integración social y derechos.

Como han señalado entre nosotros Alvarez Dorronsoro, Delgado o Giménez, la integración social es un concepto complejo que no debiera identificarse con integración cultural y que no puede describirse en los términos unidireccionales que sugieren que el anfitrión ingiere al de fuera permaneciendo inalterado. Estamos hablando de procesos de interacción, de adaptación mutua, que exigen cambios de ambas partes y que harán crecer la pluralidad. La imagen de una sociedad de acogida que "integra" a los de fuera permaneciendo igual a sí misma —como el cristal atravesado por la luz, como en la concepción inmaculada— es, por encima de un mito, un error, salvo que se imponga el modelo de asimilación impuesta, de aculturación brutal, basado en la negación de la condición de persona de todo otro, en la negación de reconocimiento, de valor a cuanto es y cree el otro.

Pero tampoco se persigue en serio la integración si olvidamos la situación de asimetría en la relación de acogida que se da en los procesos de inmigración a los países de la Unión Europea. Nosotros estamos en la mejor posición, en la de dominio, y por ello tenemos la carga de enseñar las reglas de juego (y parte importante de ello son los derechos y los deberes de quienes vienen de fuera) y de comenzar nosotros por reconocer nuestros deberes, antes que exigirlos por la vía de la amenaza, de la imposición, a quien es estigmatizado de entrada como sospechoso de ponerlos en peligro aunque ni siquiera le hayamos dado la oportunidad no ya de pronunciarse sobre ellos, sino de conocerlos. Quienes estamos en la posición de poder, insisto, somos los obligados a empezar y esta es una consecuencia que no se destaca en planteamientos como los de Sartori, Todd o incluso Agnes Heller. La sociedad de acogida debe dar el primer paso, que no es el de la tolerancia, la condescendencia paternalista o los buenos modales propios de la gente civilizada, sino el de la

garantía de derechos y, por tanto, la iniciativa a la hora de enseñarlos —como también, desde luego, de enseñar los deberes—. Esto tiene particular importancia desde el punto de vista de la relación entre integración y reconocimiento de derechos (que no son una consecuencia, sino una condición para la integración) y en particular acerca de la atribución de derechos políticos, como apuntaré más tarde para proponer una modificación del artículo 6 de la ley.

Sólo desde una perspectiva rabiosamente etnicista, que sostenga la presunción de que la sociedad de acogida es siempre superior[2] a la par que homogénea en esa identidad superior —al menos culturalmente, se dice— y que esa superioridad y homogeneidad no precisan ser discutidas, sólo desde esos puntos de partida, insisto, puede defenderse la viabilidad de semejante modelo, cuya conclusión a propósito de la inmigración es que hay que acoger sólo a quienes cumplan dos condiciones: ser útiles en nuestro mercado de trabajo y ser fácilmente integrables porque están más próximos a nuestra cultura, a nuestra civilización, como ha defendido Herrero de Miñón, quien, evidentemente, no comparte las tesis de Balibar o Castoriadis. Por eso su preferencia por la inmigración del este o en todo caso por la latinoamericana. De nuevo un análisis simplista de las diferencias culturales que parece ignorar la diversidad cultural que existe entre las sociedades latinas y las eslavas, o dentro de estas últimas.

La integración no se persigue, pues, si se mantienen los fobotipos, el mecanismo de sospecha que hace de todo extranjero —hoy, el extranjero es el extracomunitario pobre— sujeto de sospecha y, por ello, sostiene la consecuencia "natural" de que la discriminación en el trato, la no equiparación en derechos, está justificada. Que subsisten los fobotipos en la ley lo prueban, por ejemplo, el artículo 3.2 (sobre todo si se piensa que se suprimió el 3.3.), que lanza el mensaje de que las otras identidades culturales (al parecer, no la nuestra) son el origen de violaciones de los derechos humanos. Fobotipo es también el modelo de reagrupamiento familiar del artículo 17 a), en el que se excluye un modelo de familia, como si nosotros tuviéramos a nuestra vez un único y necesario modelo. Dicho a las claras, toda diferencia cultural es sospechosa de incompatibilidad con los derechos humanos. Y esto se sostiene como si, por ejemplo, la violencia doméstica o el abandono de los ancianos —tan arraigados en ciertos hábitos culturales que son muy nuestros— no fueran atentados a derechos elementales. Lo cierto es que la mayor parte de las violaciones de derechos las sufren los inmigrantes, y no al revés, aunque sean tan cotidianas que resulten invisibles hasta que se produce el estallido. Los preceptos que transmiten fobotipos como ésos deberían desaparecer.

[2] O que debiera serlo, como en el hermoso texto de Alberto Savinio, el hermano de G. di Chirico, *Ciudad, escucho tus latidos*. En el horizonte normativo, en el plano del deber ser, es donde juega sus mejores bazas otra perspectiva, menos burda, pero que lleva a menudo a idénticas conclusiones. Me refiero a la visión universalista abstracta, a veces disfrazada de cosmopolita, que en realidad suele esconder la etnocentrista, o, por decirlo con B. Santos, un "localismo globalizado".

### b) Definir un modelo claro de inmigración

Otro objetivo imprescindible es dar una respuesta adecuada a la cuestión básica ¿a qué inmigrantes queremos recibir y, por tanto, integrar? La respuesta de la ley es clara sólo a medias para seguir con la indecisión que ha caracterizado la política de todos los gobiernos desde 1985, como ha explicado A. Izquierdo.

En principio, se trataría de los inmigrantes que cumplan dos condiciones: 1) que se ajusten a las demandas de nuestro mercado de trabajo —los profesionales que necesitamos, aunque en su mayoría hoy se busca sobre todo mano de obra sin cualificar—, y además 2) que sean fáciles de integrar porque no presentan diferencias culturales relevantes. Pues bien, aunque aceptáramos ese perfil (y ya he apuntado algunas críticas), no es tan fácil concretarlo y la propia ley no ayuda mucho. Por ejemplo, no se sabe bien si se opta por un modelo de inmigración de asentamiento, como podría sugerir el novedoso mecanismo de empadronamiento que es clave en el reconocimiento de derechos —p. ej., el artículo 6.2 o el 12—, o por el tan criticado modelo de cuotas, que apuntaría hacia una inmigración de retorno, aunque en la ley no están los mecanismos que garantizarían una auténtica inmigración de ida y vuelta. Al faltar esas condiciones, el sistema de cuotas parece abocado a sucesivos procesos de regularización, la prueba más clara de su fracaso.

### c) Revisar el vínculo entre inmigración, trabajo formal y ciudadanía

En buena medida, el problema, como han apuntado los trabajos del grupo IOE, es que no se reconoce a los inmigrantes su condición de trabajadores en sentido pleno (y por ende, a fortiori, como trataré de hacer ver, la de ciudadanos). Esto remite a un debate de enorme calado sobre la definición del vínculo de trabajo y, por ejemplo, sobre el papel de los sindicatos en ese nuevo "escenario" que supera, desde luego, las posibilidades y el sentido mismo de la ley.

Pero es que, además, la ley institucionaliza la discriminación de género a través de la relación entre estatuto de legalidad y trabajo formal. Como el paradigma de integrable es el trabajador que demanda el mercado formal de trabajo (haciendo caso omiso de la economía sumergida, por supuesto), hay una segunda restricción que, como ha analizado lúcidamente Mestre, afecta a las mujeres inmigrantes, que a la luz de la ley siguen siendo sujetos subordinados —por ejemplo, parece como si las mujeres sólo emigrasen por vía del reagrupamiento familiar—. Su ámbito de trabajo es preferentemente el privado —algo que las mujeres del primer mundo han superado ya al menos en línea de principio— y por eso no adquiere la condición de trabajo formal. Por tanto, no recibe el reconocimiento en derechos que se atribuye al trabajador. El caso del servicio doméstico— obviamente, el de la prostitución también— es el más claro a propósito de este argumento.

d) **Eliminar la estigmatización de los inmigrantes irregulares y ofrecer una respuesta adecuada a la inmigración clandestina**

Lo más importante, a la par que lo más criticable, es que la ley enfatiza la identificación como "inmigrante malo" (en realidad, como el "malo" de toda esta historia, aunque poco a poco va siendo sustituido por el mafioso que trafica con él) al *irregular*, al que algunos siguen empeñados en denominar ilegal, y no hay ingenuidad en esa utilización del lenguaje. Por eso, no hay obligación de integrar, sino de expulsar, y por cierto que el título III relativo a las sanciones —artículos 46 a 59— es desproporcionadamente duro en la calificación de conductas que constituyen infracciones y en las correspondientes sanciones, un ámbito a revisar, como también lo es, pese a la rectificación que supone el artículo 56.2 respecto a los anteriores CIE, el mantenimiento de esos Centros de Internamiento de Extranjeros, un poco justificable *tertium genus* entre la prisión y el centro asistencial.

Como he recordado antes, la integración supone una relación con los derechos que no es la que propone la ley y eso se pone de relieve, sobre todo, a propósito de los irregulares. Garantizar los derechos elementales que aseguran las necesidades básicas, como ha mostrado Añón, es la primera condición, necesaria, aunque insuficiente, de la integración. Por eso hay que empezar por *los papeles*, por el derecho a tener derechos, es decir, por un estatuto jurídico estable y seguro, y aquí se plantea el sentido de la distinción entre el contrato de ciudadanía y el de extranjería (definido siempre como provisional, a término, inseguro, inestable y parcial). A continuación, hay que atender a la integración en el trabajo, en condiciones de igualdad con los nacionales. E inmediatamente, los demás derechos: no tienen sentido restricciones como la del artículo 12 que sólo reconoce el derecho a la salud, *tout court*, a los inmigrantes legales y a los menores de edad; tampoco el 12.4, que omite el derecho de las mujeres inmigrantes a la interrupción del embarazo.

Pero el problema es más de fondo. Mientras no haya política de inmigración en serio (y a sus condiciones me referiré al final) no cesará la inmigración clandestina. El primer paso es no criminalizar a esos inmigrantes, pues los únicos delincuentes son quienes trafican a su costa, con ellos, como por fin se ha empezado a reconocer, por ejemplo, en la cumbre extraordinaria de Tampere. Además, hay que garantizarles los derechos que teóricamente atribuimos a todos los seres humanos: la ley da tímidos pasos, pero hay que avanzar en ese terreno: por ejemplo, en el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda.

Pero el debate actual acerca de los irregulares, de los *sans-papiers*[3] ha puesto luz sobre sus profundas implicaciones. En efecto, en la estrategia de corte "humanitario" adoptada por la UE y concretada en las directrices de Tampere, hay una sutil inflexión a propósito de la presentación de los objetivos de "toda política migratoria". Se trata de la creación de un nuevo *buc émissaire*, un nuevo adversario, el inmigrante irregular, que, además, no es definido de forma simplista como la verdadera amenaza, puesto que se afirma que como tal es en la mayor parte de los casos víctima de las mafias. Son éstas a quienes se pone en el punto de mira de la política de represión, pero en realidad el mensaje que se envía es que la aparición de la inmigración como problema es resultado de la presión de los inmigrantes irregulares.

En efecto, el diseño "racional" de esas políticas exige un acotamiento de los inmigrantes "integrables" (los que vendrían exigidos por las necesidades del mercado de trabajo y que, además, sean culturalmente próximos o asimilables). Por definición, los irregulares no serían controlables y no se puede verificar que presentan esas condiciones, de forma que escapan a la racionalidad que legitima tales políticas.

Pero el problema es más de fondo. Mientras no haya política de inmigración en serio (y a sus condiciones me referiré al final) no cesará la inmigración clandestina. El primer paso es no criminalizar a esos inmigrantes, pues no han cometido ningún delito, ni son ejército de reserva de la delincuencia. La lección de los sin papeles, como trata de enseñar ese movimiento, es precisamente ésta y nos obliga a plantear algunas preguntas. Por ejemplo, en primer lugar, acerca del punto de partida que pretende ofrecer como obvia la necesidad de "dominar" los flujos migratorios. En segundo término, sobre nuestra mirada acerca de la inmigración. Y, finalmente, sobre la condición de ciudadano, de sujeto del mundo.

En efecto, ¿con qué título podemos negar a otro el derecho a tener derechos? Qué justifica —aparte de la lotería genética que nos hizo nacer en el lugar y en el momento adecuado— nuestra negación a los otros de ese derecho elemental? Cómo argumentar la voluntad de no reconocer ese otro derecho elemental que es el de emigrar, cuando se huye de una seudovida sujeta a la miseria y al hambre, a enfermedad y la muerte de los niños, a la falta de libertad? Más sencillamente, ¿no proclamamos que es este el mundo de la globalización, el de la oportunidad de mejorar la propia vida a partir del esfuerzo, según reza el dogma liberal? Tendremos que releer a Montaigne (o a Saramago) para darnos cuenta de que *el derecho de circular libremente*, proclamado como un derecho básico del Derecho natural y de gentes desde la escuela española del XVI y retomado en su sentido más estrictamente comercial por Grotius, sólo es tomado en serio si sus protagonistas somos nosotros, los amos del mundo, los colonizadores, y se transforma en invasión cuando es reclamado por un habitante del Sur.

En segundo lugar: ¿hasta qué punto ese objetivo

[3] Baste leer el libro colectivo editado entre otros por E Balibar *Sans papiers: l'archaïsme fatal*, Paris, la Découverte, 1999. Asimismo, C.Withol der Wenden *Abrir las fronteras?*, Barcelona, Biblioteca del ciudadano, 2000 o J Siméant, *La Cause des Sans-Papiers*, Paris, Presses de Sciences Politique, 1998. En particular, el de la líder de ese movimiento, Madjiguene Cisse, *Palabra de Sin Papeles*, recientemente traducido al castellano en editorial Gakoa, San Sebastián, 2000

tan racional de "dominar los flujos" no es utilizado como la coartada para mantener la relación colonial con el Sur, la dualización, la dependencia que lo define como un granero del que extraemos materia prima o mano de obra según nuestras necesidades o, mejor, según la ley de beneficio y estabilidad del capital financiero que, ése sí, debe poder fluir libremente sin fronteras ni barreras normativas? No se puede seguir hablando de inmigración al margen del proceso de globalización, al margen de la deuda externa, al margen de las políticas de ajuste impuestas por el Banco Mundial y el FMI. No se puede seçuir hablando de controlar los flujos migratorios sin plantear cuáles son las políticas de desarrollo —y sus condiciones— emprendidas en el Sur. Sin analizar los procesos de dependencia creciente, de dualización y corrupción incluso que no pocas de esas políticas crean, cuando lo que importa es asegurar la zona de influencia y abrir mercados a las propias empresas. Sin analizar el destino de los créditos FAD tantas veces unidos a la adquisición de armamento.

Finalmente, lo que la existencia de los irregulares pone de relieve es nuestra obsesión por sostener un modelo de democracia que, lejos de ser inclusivo, exige e institucionaliza la exclusión. Un modelo anclado en el síndrome de Atenas que proclama que no hay democracia sin esclavitud, sin infrasujetos. Un modelo guiado por el mito de Procusto que sólo permite reconocer como ciudadanos a los que se ajustan a un patrón (etnocultural, pero también socioeconómico: los trabajadores útiles y consumidores pasivos). La existencia de los sin papeles ofrece una oportunidad para pensar en otro modelo de ciudadanía y de democracia, que recupere el consejo de Tucídides tantas veces evocado por Castoriadis: hay que elegir entre ser libres o reposar. Entre la democracia como actividad de resistencia, que es asunto de la comunidad libre de iguales (de todos los que viven en esa comunidad) o la democracia como estabulación. Por eso, la inmigración (incluida la irregular) es cosa de todos, no de esos pocos a los que miramos con alivio desde la otra cola del aeropuerto.

## 3. ¿SON NECESARIOS LOS CAMBIOS QUE PROPONE EL GOBIERNO? EL ARGUMENTO DE LA MAYORIA ABSOLUTA

Los puntos fundamentales en los que insiste la reforma sostenida desde el gobierno son los siguientes: en primer lugar, eliminar la equiparación de derechos entre ciudadanos e inmigrantes con residencia legal, que se considera excesiva. En segundo lugar, revisar el mecanismo de empadronamiento a los efectos de obtención de estatuto de residente y reconocimiento de derechos y evitar así una especie de regularización por la puerta falsa. Además, limitar los derechos de los irregulares a la educación obligatoria y la asistencia sanitaria de urgencia. Finalmente, eliminar la necesidad de justificar los visados y mantener los CIE, así como agilizar la expulsión, lo que significa mayor discrecionalidad de la Administración.

La verdad es que esos cambios no son necesarios desde el punto de vista de nuestra condición de socios de la UE y, lo que es peor, son difícilmente justificables desde la lógica garantista del Estado de Derecho. Más bien dan ocasión para repetir que la lógica de las políticas de inmigración y la del estado de Derecho navegan en rumbo de colisión, y ante ese conflicto, por mucho que se nos hable de costes económicos, parece indiscutible la necesidad de apostar por el mantenimiento de la coherencia con las exigencias del Estado de Derecho, pues, a la larga, dejar de hacerlo no perjudicará sólo a los inmigrantes, sino a todos nosotros.

Quizá pueda objetarse que todo eso está muy bien, pero que la mayoría de los españoles han apoyado un programa electoral que enunciaba a las claras el propósito de modificar la ley, luego la reforma viene exigida por el respeto a la legitimidad democrática. Pero el consenso que precisa una cuestión de Estado es mucho más que el respaldo fáctico de una mayoría, incluso absoluta: más de 10 millones de votos otorgan una fuerza innegable, proporcionan muchas razones, pero no la razón.

En todo caso, el argumento del respaldo de la mayoría absoluta debe ser examinado cuidadosamente no sólo por su importancia en el caso concreto, sino por su relevancia desde el punto de vista de una noción de legitimidad que identifica a mi modo de ver mecánicamente los conceptos de mayoría y consenso, y que ignora el valor del disenso. Esa es la razón de uno de los déficit más importantes a los que ha de hacer frente la democracia sin más demora, el de la incapacidad de tomar en serio las exigencias del pluralismo, como han hecho ver Walzer o Taylor y, entre nosotros, Muguerza. No es sólo un problema del déficit de la democracia representativa, ni de los mecanismos electorales que, en aras de la estabilidad identificada con el modelo bipartidista, sobrerrepresentan a dos partidos en detrimento de las agrupaciones minoritarias y, aún peor, ningunean la voluntad política de aquellos ciudadanos que no se identifican con ese modelo y optan por la abstención. Todo eso es cierto y probablemente ha de ser corregido en la medida en que consideremos madura la democracia española, como se han hartado de afirmar estos días tirios y troyanos. Pero el problema fundamental es muy otro.

La inmigración es mucho más que una cuestión de Estado. Por eso, precisa de un plus de legitimidad, de consenso. El acuerdo de unas fuerzas políticas que en aritmética parlamentaria sean mayoritarias, incluso hegemónicas, no es razón suficiente para garantizar ese plus de legitimidad, de consenso. Si no queremos que el consenso sea una manera de estrangular el pluralismo, si queremos evitar la confusión entre hegemonía y consenso, hay que dar curso legal a la pluralidad. La clave está en la unión, no en la unidad, es decir, en un acuerdo que dé voz al disenso hasta el máximo posible, en lugar de eliminarlo a priori con el tautológico argumento de su carácter minoritario. Del mismo modo que es inimaginable hoy que la respuesta a la inmigración no tenga el respaldo del grupo parlamentario que cuenta con la mayoría absoluta (y ese me parece

un argumento innegable), también lo es una reforma que se haga al margen del resto de los grupos que representan las opciones políticas de los ciudadanos, teniendo en cuenta además, insisto, la reducción que lleva consigo el mecanismo de representación.

## 4. MAS ALLA DE LA LEY (Y QUIZA DE ESTE MUNDO): CONDICIONES PARA UNA POLITICA DE INMIGRACION

La inmigración, como se ha recordado, es un fenómeno global, y eso quiere decir ante todo que no es sectorial, como hasta hoy la entienden la mayor parte de las respuestas ofrecidas, que se mantienen en el ámbito laboral, cuando no sólo en el policial. Además, como fenómeno global, es complejo, y no puede enfocarse con soluciones monocausales, sólo desde el Derecho, sólo mediante la cooperación, sólo mediante la solidaridad social.

Por eso, en primer lugar, hay que reformar la ley, o, mejor, completarla, para garantizar un tratamiento coordinado, condición de cualquier política global, pese a que se trata de una condición que ha sido reivindicada insistentemente por ONG, expertos, asociaciones de inmigrantes, etc. Un Gobierno que quiera emprender política de inmigración debe concentrar competencias dispersas (Interior, Asuntos Sociales y Trabajo, Sanidad, Educación) en un departamento específico, con rango de Ministerio o al menos de Secretaría de Estado.

Además, incentivar la implicación de la propia sociedad civil, de los agentes sociales como los empresarios, las universidades, etc., en la respuesta a la inmigración, siguiendo por ejemplo el modelo de la propuesta de Sami Nair a propósito de los protagonistas de la política de codesarrollo emprendida por el Gobierno Jospin.

Todo lo anterior supone no sólo páginas del BOE, sino concretar ese reconocimiento en sede de presupuestos. Partidas para garantizar la atención sanitaria a todos —no sólo a los niños, o a los adultos residentes legales o sólo en caso de urgencia—. Para informar a los hospitales sobre los derechos de los inmigrantes y evitar que se produzcan situaciones de desatención a varias mujeres inmigrantes embarazadas, como las denunciadas por Alicante Acoge y Médicos del Mundo en Alicante, durante el mes de febrero y primeras semanas de marzo. Partidas para garantizar la igualdad de los trabajadores. Para proporcionar acceso a la vivienda en idénticas condiciones. Para educar a todos —y no sólo a quienes viven en contacto inmediato con los diferentes— en la necesidad del conocimiento mutuo, en el valor del pluralismo, en la interculturalidad. Pero sobre todo, la ley no puede asegurar una condición sine qua non del tratamiento de la inmigración como fenómeno global, que es tratar de dar respuesta a las causas de la inmigración, Insisto. Una primera condición *sine qua non* del tratamiento de la inmigración como fenómeno global, es tratar de dar respuesta a las causas de la inmigración, la miseria y la ausencia de libertad y derechos. Es decir, *actuar en y con los países que generan la inmigración*. Eso exige una actuación que vincule inmigración y codesarrollo, para gestionar la inmigración como una oportunidad para todas las partes implicadas, tal y como se va abriendo camino en la UE a partir de la experiencia francesa y desde las recomendaciones de Tampere, aunque es preciso admitir que no faltan críticas a esa propuesta[4], que, por otra parte, arranca del informe *Migrations et Codéveloppement* elaborado por Georges Tapinos para la OCDE ya en 1994.

En todo caso, me parece evidente el interés de la iniciativa avanzada por Sami Naïr —e institucionalizada por el Gobierno Jospin— acerca de la vinculación entre gestión de las migraciones y el codesarrollo, una propuesta que podría servirnos (quiero decir, en España) y que cabría apoyar también como línea de actuación de la UE. Eso no significa, desde luego, dejar de tener en cuenta que la idea de codesarrollo puede ser utilizada de forma interesada, para reforzar una estrategia de extensión de influencia (por ejemplo, en el caso francés en Africa) y que, además, su ejecución puede constituir poco más que una excusa, una coartada que oculte el mantenimiento de una política de "dominación" en materia de inmigración. Así sucede, por ejemplo, cuando los modelos concretos, los proyectos, imponen condiciones tan restrictivas a la ejecución de la inmigración de retorno que imposibilitan que se convierta en un movimiento de ida y vuelta, de auténtico ejercicio del derecho a circular libremente y, al mismo tiempo, resultan inviables los objetivos de creación de empleo y riqueza en el país de origen. En todo caso, la noción de codesarrollo sigue pareciéndome válida como principio: en lugar de esa especie de pacto de silencio que hemos suscrito con Marruecos, y que nos permite derivarle discretamente el "trabajo sucio", deberíamos avanzar en concretar una política de partenariado, guiada por las ideas de corresponsabilidad y codesarrollo, que implique no sólo a los poderes públicos —incluso priorizando la descentralización—, sino también a los agentes sociales, y que restituya el protagonismo a quienes en el mejor de los casos todavía son objeto sólo de medidas paternalistas, es decir, a los propios inmigrantes.

Esa actuación exige garantías para que no se instrumentalice como cooperación lo que en realidad es interés por el beneficio del mercado interno, si no de determinadas empresas. Garantías también para evitar que esas políticas sigan el mismo destino que en tantas ocasiones han vivido las ayudas de cooperación, es decir, el enriquecimiento de elites corruptas de los países de origen de la inmigración, por supuesto con la complicidad de los gobiernos —y de las empresas— que prestan tales ayudas. No quiero abundar en la manida tesis se-

[4] Sobre ello, por ejemplo, C.Withol der Wenden, *Abrir las fronteras?*, Barcelona, Biblioteca del ciudadano, 2000, pp. 85 ss, donde se muestra abiertamente escéptica sobre la viabilidad de la apuesta por el codesarrollo y muy crítica con los resultados del modelo francés en materia de inmigración. En el mismo sentido, M.Cisse, *Palabra de sin papeles*, Bilbao, Gakoa, 2000, pp. 168 ss. También M.Chemillier-Gendreau, en el colectivo *Sans papiers: l'archaisme fatal*, Paris, la Decouverte, 1999, pp. 22 ss.

gún la cual las políticas de codesarrollo, como las de cooperación, serían un error por cuanto la situación de miseria que padecen las sociedades que proporcionan los flujos migratorios se debería casi exclusivamente a la corrupción, ineficacia e incapacidad para la democracia de esas naciones no civilizadas tal y como se empeñan en presentarlas buena parte de los medios de comunicación. Por lo mismo, la denominada "cláusula democrática" de tales políticas es una condición plausible pero que debe ser objeto de minucioso seguimiento para evitar que se convierta en doble rasero. En todo caso es cierto que ese tratamiento global sólo está al alcance de un ámbito de acción supraestatal, el de la UE.

Pero la cuestión más ardua, la verdadera razón de la globalidad de la inmigración, es otra: los cambios en los flujos migratorios, de sus características y de su número, obligan sobre todo a volver a plantear los términos mismos del vínculo social y político. Comenzando por la aceptación en serio de la pluralidad (de la pluralidad de verdad, la de los otros-otros que son los inmigrantes) como condición de partida para la participación, más aún, para la construcción del espacio público.

Por eso, salvo que se sostenga una visión radicalmente liberal, hay que aceptar que esa diversidad supone todavía hoy discriminación a la hora de acceder en condiciones de igualdad a la arena pública. Por eso, una verdadera política de inmigración exige revisar la diferencia entre contrato de ciudadanía y contrato de extranjería, y esta es una tarea de enorme complejidad, porque ataca a los fundamentos mismos de la ortodoxia política y jurídica que exige revisar la auténtica *jaula de hierro del sujeto político de la modernidad*, que vincula ciudadanía, nacionalidad y trabajo formal y ha contribuido a un modelo institucional de exclusión de buena parte de la población. Además, es una tarea compleja porque no puede ser emprendida en solitario en un solo país, menos aún si hablamos de Estados de la UE.

Es cierto que, por volver a la ley, ésta parece recuperar, tímidamente, un viejo principio democrático invocado por los revolucionarios de las colonias inglesas en Norteamérica: *no taxation whitout representation*, particularmente aplicable a quienes contribuyen con su trabajo y sus impuestos a incrementar nuestra riqueza y bienestar (300.000 cotizantes a la Seguridad Social, por dar un dato). Lo más positivo, en ese sentido, es el reconocimiento de derechos políticos en el ámbito municipal como hace el artículo 6 (en sus apartados 1 y 4, pues el apartado 2 parece demasiado vago) y el complemento que ofrece el artículo 62 (a propósito del apoyo al movimiento asociativo), que además suponen una vía importante para hacer efectiva la justiciabilidad de los derechos, pero ni siquiera se les da entrada en el Consejo Superior de Política de Inmigración (el órgano decisorio, no sólo consultivo, como el Foro). Por eso, insisto, ese marco legal es insuficiente.

Es hora de abandonar el modelo paternalista y de aceptar que el reconocimiento y la garantía de los derechos políticos es también requisito de la integración en serio. Ha llegado la hora de tomar en serio la participación de los inmigrantes en la producción del Derecho que luego sufren, en la elaboración de la agenda pública, en la toma de decisiones. Con todo, es necesario reconocer que esos pasos no pueden darse por un Estado aisladamente, sino al menos por la UE. Probablemente, en ese sentido, una parte importante de esas reformas no está al alcance de *este* mundo, de un orden social, económico y político que —disfrazado de— se resiste a perecer para alumbrar algo más digno (cedo al tópico: más utópico) de lo que se supone debiera ser propio del siglo XXI, al menos en la medida en que ese futuro deba y pueda pretender dosis de utopía.

# El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados*

Miguel CARMONA RUANO

## I. INTRODUCCION

En la sesión del Consejo de Administración de MEDEL que se desarrolló en Madrid en abril de 1998 se presentó un borrador sobre "la formación de una cultura judicial común en Europa" y se llegó al acuerdo de tomar en consideración tal borrador como punto de partida de una discusión más amplia sobre la formación de los magistrados en Europa y el papel en este campo deberían jugar las Asociaciones y Sindicatos de Magistrados integrados en MEDEL.

A tal efecto se distribuyó entre los miembros de MEDEL un cuestionario cuyas respuestas nos permiten formarnos una idea más precisa de la realidad actual de la formación en este momento, de la participación que tienen en ella los propios magistrados y sus asociaciones y de las perspectivas de futuro.

La base de este informe estará, pues, constituida por las ideas esbozadas hace más de un año y por las aportaciones de las distintas respuestas al cuestionario.

## II. LA FORMACION DE UNA CULTURA JUDICIAL COMUN EN EUROPA

### 1. El espacio judicial europeo: lo que es hasta hoy, lo que puede llegar a ser y lo que nosotros querríamos que fuera

Hasta hace poco, todo el edificio del llamado "espacio judicial europeo" se estaba construyendo bajo el punto de vista de la "cooperación", en un marco que puede quedar definido por la imagen de tres círculos concéntricos: el exterior estaría formado por los convenios de extradición, de asistencia judicial civil y penal y de transferencia de personas condenadas, en el seno del Consejo de Europa; el intermedio, por el artículo K del Tratado de la Unión Europea, como eje de la cooperación judicial en la "pequeña Europa"; y, finalmente, las formas de cooperación diseñadas en el Convenio de Schengen como círculo más reducido, formado por aquellos países que, entre nosotros, habían querido borrar sus fronteras internas.

Es necesario hacer notar que este artículo K, que constituía el "tercer pilar" de la Unión, se concebía como una materia no comunitaria, limitada únicamente a la cooperación intergubernamental.

El Tratado de Amsterdam supone un giro significativo en cuanto prevé una comunitarización de la cooperación judicial en materia civil, que pasa al primer pilar, al comunitario (ya está en marcha la transformación de convenios como el de Bruselas en reglamentos comunitarios), e incluso una cierta "comunitarización" de otros ámbitos de la cooperación judicial, mediante las "acciones comnes", las posiciones comunes y, sobre todo, las "decisiones cuadro" (una subespecie de la directiva) y de decisiones que abrirán la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para conocer, a título prejudicial, sobre su validez e interpretación, así como sobre la interpretación de los convenios que puedan establecerse en virtud del Título VI del Tratado y de sus medidas de aplicación

Esta competencia del Tribunal de Justicia permitirá, sin duda, la formación de un cuerpo de derecho europeo sobre estas materias. Pero es preciso recordar, en todo caso, cuatro puntos fundamentales:

a) Se trata de una comunitarización limitada,

b) La Unión Europa y sus instituciones políticas y jurídicas no agotan (afortunadamente) el rico conjunto de Europa y de la cultura europea, aunque tengan esa vocación como perspectiva de futuro

c) Se sigue primando la idea de "cooperación".

d) La preocupación fundamental sigue estando sobre la "cooperación policial y judicial en materia penal", con un acento especial sobre lo policial más que sobre lo judicial. La cooperación más estrecha en el espacio Schengen, ahora también incorporado, refuerza de modo especial esta perspectiva policial.

De este modo, la idea misma de espacio judicial europeo no ha sido capaz de sustraerse al nivel de la asistencia judicial, cierto que cada vez más estrecha, más fácil y más directa, pero que en todo caso no sobrepasa este nivel e incluso se enfrenta a graves dificultades cada vez que están en juego los intereses "nacionales", sean financieros, políticos o de cualquier otro poder, como tuvimos ocasión de analizar en nuestro Coloquio de Bruselas de diciembre de 1997 bajo el sugerente título de "La justicia maniatada".

### 2. La idea de una cultura judicial común

Junto a esta idea de un espacio judicial de cooperación, nosotros debemos proponer otra, la de la cultura judicial comun y la de un modelo de justicia europea y de juez europeo.

Incluso si nos quedáramos en el nivel de la cooperación, sería necesario compartir un mínimo de principios comunes para hacerla posible Si se quiere ir más allá de este nivel, hacia una unión más

* Ponencia presentada en la Asamblea de MEDEL que tuvo lugar en Lisboa los días 8 y 9 de octubre de 1999

estrecha, donde el proceso seguido y la decisión adoptada por un Juzgado o Tribunal de uno de nuestros países no sean vistos como extranjeros en otro, tendremos necesidad de profundizar estos principios comunes y llegar a una cultura judicial común, a una justicia fundada sobre los mismos valores y que comparta los mismos esquemas fundamentales. Lo que no significa la uniformidad: al contrario, la diversidad cultural es una de las señas de identidad de Europa. La reciente elaboración por el Consejo de Europa de una "Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces", presentada este mismo año 1999 aquí en Lisboa, se inscribe en esta línea.

¿Cuáles serán entonces estos valores y estos esquemas fundamentales, susceptibles de formar esta "cultura judicial común"?

Entre nosotros se ha hablado a veces de un modelo de "juez constitucional", nunca definido, bajo el que latía la idea de un juez imbuido de los valores y de los principios fundamentales de libertad, de justicia, de igualdad y de pluralismo enunciados en el artículo 1º de nuestra Constitución.

Estas referencias a un modelo de "juez constitucional" no han llegado nunca a desarrollarse a través de propuestas concretas y tampoco a través de un modelo de formación capaz de conformarlo. Pero, retomando esta idea a escala europea, podríamos hablar de un *"juez constitucional europeo"*, imbuido de los valores subyacentes en la construcción de la Europa Unida, más allá de la Unión económica y monetaria y de la Europa de los mercaderes y las mercancías.

Pero si queremos que esta idea de juez europeo no quede limitada a bonitas palabras, tendremos que vincularla al sistema de formación de los jueces en Europa. O, por decirlo mejor, a los distintos sistemas de formación existentes entre nosotros con un posible sistema común complementario.

La primera necesidad, más o menos cubierta por los sistemas de formación actuales, será, desde luego, la adquisición de conocimientos sobre el derecho europeo. Todas las asociaciones respondieron al cuestionario informando de la presencia del derecho comunitario en sus programas. Hay que hacer notar, en todo caso, que cuando hablamos de "derecho europeo" no hablamos sólo de derecho comunitario, sino también, y de modo especial, de lo que ha llegado a ser la parte dogmática de nuestra constitución común: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la doctrina derivada de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. La mayoría de las Asociaciones informan también sobre la formación en estas materias.

Pero, más allá de la adquisición de conocimientos técnicos sobre Derecho Europeo, nosotros pensamos que resulta necesario avanzar en lo que Perfecto Andrés denomina "la formación para el papel de juez en Europa".

De acuerdo con esta concepción, hay un nivel, el de la ética profesional y la deontología, donde no parece posible una formación explícita a través de la transmisión de conocimientos. La formación relativa a este nivel deberá ser primordialmente indirecta o implícita, mediante el ejercicio razonado de la crítica de las actitudes que se quiere modificar y la postulación de las que se quiere promover, traducido en proposiciones concretas sobre los temas que en cada momento sean objeto del debate.

Pero hay otro nivel donde sí resulta posible una intervención más directa: el de la cultura de la función, donde pueden discutirse los contenidos culturales que forman el substrato que nutre y condiciona fuertemente las actitudes.

En efecto, el juez que se vea a sí mismo como la encarnación del modelo weberiano, legitimado sólo y suficientemente por la investidura formal y la formación técnica, estará más inclinado a la autosuficiencia, el autoritarismo y el decisionismo no motivado. Por el contrario, el juez que haya adquirido la conciencia de aplicar un derecho pluralista, abierto a valores, contrastado internamente, dinámico, en el que raramente existen soluciones dadas y que, por consiguiente, está dotado de un notable margen de decisión discrecional, tendrá mayores razones para la autocrítica y encontrará mayor necesidad de explicar sus opciones interpretativas.

Entre estos niveles, el de los conocimientos técnicos en derecho europeo y el de la formación común en valores y en cultura de la función, habría un tercero: el del intercambio permanente sobre nuestros diferentes sistemas e instituciones y sobre el papel que juegan los jueces en nuestras sociedades –y también el que nosotros pensamos que deberían jugar–, en pos de la creación, a través de la permeabilización, de esta cultura común ya presente pero que nosotros queremos que sea más profunda y más consciente de sí misma.

### 3. La formación del juez europeo

La pregunta que hemos de plantearnos entonces es: ¿qué papel podría jugar tanto MEDEL como sus Asociaciones miembros para avanzar hacia esta cultura común?

Para responderla hay que partir de una premisa: nuestros países son diferentes, los sistemas de reclutamiento y de formación de jueces, tanto inicial como continua, también lo son, y un modelo uniforme de reclutamiento, de formación y de carrera, ni es posible, ni necesario, ni incluso deseable.

En efecto, la formación inicial se presenta vinculada al sistema de reclutamiento y nombramiento de los magistrados. En los países donde el reclutamiento se lleva a cabo principalmente entre jóvenes licenciados, a través de concursos o de pruebas que tienden a evaluar sus conocimientos, predomina la institución de una Escuela Judicial. Francia, España, Rumania, Portugal y Grecia tienen Escuelas de este tipo. Polonia proyecta su creación. Cada vez más, la Escuela interviene no sólo en la formación sino que también forma parte del sistema de reclutamiento, de modo que el candidato admitido debe superar su período de formación inicial para obtener el nombramiento. El caso rumano, donde el curso en el INM, creado hace tres años, ha pasado a ser obligatorio a partir de este año, puede ser un

buen ejemplo de esta tendencia. La "Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces" apuesta claramente por este sistema de formación inicial vinculado al reclutamiento al declarar (punto 2.3) que "el estatuto asegurará por medio de una formación apropiada a cargo del Estado la preparación de los candidatos escogidos para el ejercicio efectivo de estas funciones [judiciales]" y otorga al "organismo independiente" la función de "velar por la adecuación de los programas de formación y de las estructuras que los llevan a cabo a las exigencias de apertura, competencia e imparcialidad propios del ejercicio de las funciones judiciales".

Las Escuelas, allí donde existen, se ocupan también de la formación continua (a veces en una sede diferente, como es el caso de Francia y de España). Los países que no cuentan con una institución semejante disponen, por su parte, de Academias (R.F. de Alemania), Institutos para la formación de jueces (República Checa) o Comisiones encargadas de la organización de seminarios, cursos y otras actividades (Italia).

La dependencia orgánica de las Escuelas, Academias o Comisiones varía según el sistema de autogobierno del poder judicial de cada país, la existencia o no de un Consejo de la Magistratura y las funciones que competen al Ministerio de Justicia o al Consejo allí donde éste existe. De este modo, encontramos escuelas que dependen del Ministerio, con mayor o menor autonomía, como es el caso de Francia, Rumania, Grecia o Portugal, otras que dependen del Consejo Superior del Poder Judicial, como en España, Academias o Institutos gestionados por el o los Ministerios (República Checa, República Federal de Alemania), y comisiones formadas en el seno del Consejo Superior de la Magistratura (Italia). También hay ejemplos de formación a cargo directamente de los Tribunales de Apelación, como en Polonia. Pero, cualquiera que sea la dependencia orgánica, todas las asociaciones dan cuenta del papel protagonista que los propios magistrados juegan en la formación de los candidatos, los jueces en prácticas y los jueces ya nombrados. No hay ningún informe que dé cuenta de un sistema de formación regido de un modo exclusivo, o preponderante, por personas ajenas a la magistratura.

Sin embargo, este papel protagonista de los magistrados no se corresponde con una participación similar de sus asociaciones o sindicatos. Las respuestas a la pregunta a que se refería esta participación va del no (Grecia) al raramente (Alemania), muy poco (Francia), normalmente no (Portugal) o de manera excepcional (República Checa). La NRV alemana participa en la comisión de programas y la UARJ rumana informa sobre su intervención en los programas del INM. El SM francés da cuenta de una intervención en la ENM una vez al año, para presentar sus opciones a los alumnos. Sólo en España las Asociaciones participan de modo regular en el Consejo de Administración de la Escuela Judicial y en su Comisión Pedagógica.

La primera tarea de nuestras asociaciones en materia de formación sería, pues, obtener una participación institucional activa en la confección de los programas y también en la administración de las escuelas o centros de formación.

Otra vía de acción posible y deseable es la organización de nuestros propios programas de formación dirigidos no sólo a los magistrados inscritos en nuestras Asociaciones o Sindicatos sino abiertos a todos los colegas que deseen asistir a ellos. IUSTITIA y JpD dan cuenta de actividades de esta naturaleza. La NRV informa de la organización de encuentros con colegas de reciente nombramiento para hablar y discutir con ellos las dificultades que encuentran al inicio de sus funciones. Estoy seguro que las demás Asociaciones tienen también actividades parecidas de presentación y de toma de contacto con los nuevos magistrados.

Pero participar o llevar a cabo programas propios no son fines en sí mismos, sino medios de cumplir determinados objetivos sobre el contenido, el tipo, la forma e incluso el estilo de las actividades formativas.

El análisis que ha de seguir deberá, pues, centrarse sobre estos temas. La respuesta se ha dado ya en parte cuando se ha hablado de tres niveles a los que deben dirigirse nuestras propuestas en materia de formación: el de los conocimientos técnicos en derecho europeo, el de la formación común en valores y en cultura de la función y el del intercambio permanente sobre nuestros diferentes sistemas e instituciones y sobre el papel que tienen los jueces en nuestras sociedades.

No es necesario decir que la función del juez hoy no se limita a que éste sea un técnico en Derecho, incluso un técnico excelente, que emite opiniones jurídicas altamente valoradas sobre las cuestiones que se someten a su consideración. Al administrar justicia, el juez ejerce uno de los poderes del Estado y lo hace como representante de los ciudadanos, de los que emanan todos los poderes. El juez decide sobre los conflictos sociales o interindividuales aplicando, ciertamente, "la ley y el derecho", según una expresión feliz de la Ley Fundamental de Bonn reproducida luego por otras Constituciones, pero aplicando también los principios y los valores que forman la base de la estructura política de la sociedad.

Nosotros no nos pronunciamos a favor de un juez que administre bajo un roble la "justicia de Sancho Panza" . El juez *legibus solutus* se convertiría inevitablemente en un tirano arbitrario. La legitimación democrática del juez responde en sus orígenes a su nombramiento conforme a la ley, pero el juez debe también legitimarse cada día en el ejercicio de su función por la sumisión a la ley. Un conocimiento profundo del derecho por parte del juez es, pues, una garantía de los ciudadanos para no ser juzgados según criterios o incluso caprichos personales sino según el sistema legal. Pero, una vez establecido este punto de partida, hay que decir igualmente que la formación del juez no puede ser sólo jurídica, e incluso que formación jurídica no equivale a una memorización acrítica de las leyes y de las instituciones legales.

Habrá, pues, en nuestro proyecto asociativo, una cierta concepción de la formación jurídica y también de la formación no jurídica necesaria para "ser juez".

Conforme a las respuestas dadas en los cuestionarios, la formación actual de los jueces no es meramente académica. Sólo la ASJP portuguesa afirma lo contrario respecto de su país. Pero a la hora de descender a detalles concretos, son pocos los que señalan contenidos distintos al derecho sustantivo y al procesal. Quizás ello sea debido a la insuficiencia del cuestionario. Pero la impresión se confirma cuando se ponen de manifiesto ciertas insuficiencias de la formación en aspectos como la ética y la deontología y cuando se dice que la formación está orientada más bien a un "saber hacer" más a un "saber ser", es decir, hacia una reflexión crítica sobre la naturaleza de la función que debemos cumplir.

La mayor parte de las Asociaciones da cuenta, por otro lado, del carácter pluralista de la formación en sus países. Pero también sobre este punto hay algunas sombras. El SM francés denuncia que el pluralismo "depende mucho del perfil de la Dirección [de la Escuela] y de la coyuntura política. Y una vez más es la ASJP la más crítica sobre su propio sistema cuando asegura que "la formación del CEJ es monolítica", que "su única corriente de pensamiento cultural y judicial es la del ejecutivo" y que "el Centro es aún el vehículo de las propuestas de reforma legislativa del Gobierno".

Finalmente, casi todas las Asociaciones ponen de manifiesto su preocupación sobre la muy limitada participación de la sociedad civil en la formación de los magistrados. La mayoría dice que esta participación es nula (Italia, Rumania, República Checa, Alemania), mínima (Grecia) o muy débil. El SM informa que en Francia tal participación es "relativamente débil en la formación inicial", aunque sea "más importante en la formación continuada", mientras que en España y en Portugal se hacen eco de una apertura más o menos frecuenta hacia el "mundo de fuera".

El primer objetivo que deberemos pues perseguir con nuestra intervención, cualquiera que sea la forma que adopte, en la administración de la formación será el de obtener una formación pluralista, en la que estén presentes todas las corrientes de opinión y en la que, a través de ello, el juez adquiera la también consciencia del pluralismo de las posibles soluciones, de su margen de decisión discrecional y de la necesidad de explicar sus opciones interpretativas, de lo que ya se ha hecho mención. Éste será el camino hacia la introducción de un hábito de reflexión crítica sobre la propia función y sobre el derecho que se aplica durante su ejercicio.

Junto a este pluralismo deberíamos también esforzarnos por obtener un cierto "estilo" de formación, alejado de una poco útil repetición de los contenidos académicos adquiridos en la Universidad. Evidentemente, cualquier programa deber tener en cuenta el punto de partida. El tipo y la mayor o menor calidad de la formación universitaria condicionará las necesidades de formación complementaria. Si faltan los contenidos que deberían haberse adquirido antes del reclutamiento, deberán darse después. Pero si se parte de una base correcta de conocimiento del derecho, los programas deberán poner el acento sobre otros aspectos, en concreto sobre las funciones del juez y la forma de llevarlas a cabo.

No se trata, pues, de la vieja y artificiosa distinción entre la teoría y la práctica (como si ésta pudiera realizarse correctamente sin una buena base teórica), sino de lo que hemos querido expresar –con mayor o menor éxito– con la contraposición entre una formación orientada hacia un "saber hacer" frente a otra orientada hacia el "saber ser" juez. Consistirá entonces en tratar los problemas de la función no sólo como una "técnica de redacción de las decisiones jurisdiccionales", sino a través de una aproximación a menudo multidisciplinar al fondo del conflicto de intereses subyacente en todo litigio y en el papel que el juez debe desempeñar en tal conflicto.

La formación se dirigirá pues a que el magistrado pueda adoptar sus decisiones conforme al sistema jurídico, pero teniendo al mismo tiempo consciencia de las implicaciones y de las consecuencias metajurídicas.

Finalmente, deberíamos preconizar una apertura hacia el exterior. Las magistraturas corren siempre el riesgo de la endogamia y de la reproducción acrítica de un modelo cerrado de juez presentado como el único posible. Una participación más activa de la sociedad civil proporcionará siempre no sólo una aproximación vivificante a las cuestiones que se traten sino también una reflexión sobre lo que la sociedad demanda y espera del juez.

Hay, en consecuencia, un campo de actuación de cada Asociación o Sindicato en su país, dirigido a introducir en los sistemas propios de formación, sea inicial o continuada, tal carácter y tales contenidos.

## 4. El papel de MEDEL y las acciones comunes

Pero si queremos que esta "cultura del juez europeo" sea verdaderamente común, al menos en los principios, los valores y la forma de entender el papel del juez, la acción posible deberá desarrollarse también a un nivel europeo.

La primera vía de desarrollo será la promoción de vínculos continuos que, en el campo de la formación, se traducirían en un intercambio fluido de los Directores de las Escuelas de la Magistratura o de los Centros de Formación de los países que cuentan con estas instituciones, de los profesores y, finalmente, de los auditores y de los jueces ya en ejercicio. Se trataría de proponer una política sistemática de intercambios entre las Escuelas de la Magistratura, incluyendo reuniones periódicas de los directores y de los profesores (el camino ya ha quedado abierto con una primera reunión que ha tenido lugar en Lisboa), y de estancias de los alumnos, los auditores y los jueces. Estas estancias deberían tener una cierta estabilidad (un mínimo de dos a tres meses). En este campo, los seminarios y los coloquios europeos monográficos constituyen también un camino útil que habrá que explorar, multiplicar y profundizar.

La segunda idea sobre la que habremos de reflexionar y que tendremos que madurar es si esta po-

lítica de relaciones permanentes entre las magistraturas europeas necesitaría completarse con la creación de un Centro Europeo de Estudios Judiciales, o de otro órgano similar, como institución permanente de formación común complementaria.

La experiencia de la ERA, cuyo Curatorium acoge a un representante de MEDEL, deberá tenerse en cuenta, aun siendo conscientes de sus limitaciones derivadas de su naturaleza fundacional básicamente franco-alemana y de su ámbito no limitado a la formación judicial.

A partir de estas experiencias, los intercambios permanentes entre los magistrados europeos podrían contar como apoyo con una sede física, cuyo modelo posible serían quizás las Academias de la Magistratura alemanas de Tréveris y Wustrau, con un mínimo de infraestructura administrativa, que cumpliría las funciones siguientes:

1. Sería un centro de documentación, tanto en papel como virtual, al que podría dirigirse un juez de cualquier país para encontrar referencias legales, jurisprudenciales y doctrinales de los demás países.
2. Sería un centro común de estudios sobre la formación y de formación de formadores.
3. Sería, finalmente, un centro de seminarios, de cursos y de conferencias, con una orientación especial hacia el intercambio de ideas sobre el derecho europeo y comparado así como sobre la función judicial, el papel del juez y los modelos y contenidos culturales subyacentes, en especial los derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El programa se establecería en colaboración con las Escuelas nacionales y se contaría siempre con la incorporación de profesionales de otros campos jurídicos y no jurídicos.

La actividad de MEDEL se desarrollaría, pues, en los niveles descritos:

*Primero*, requiriendo su participación institucional en el establecimiento y el desarrollo de las actividades de formación que puedan emprenderse a nivel europeo, de forma paralela a lo que se preconiza para cada país, a fin de introducir en los programas, en la medida de lo posible, el estilo y los contenidos de los que hemos hablado y con la finalidad misma de evitar en ellos la endogamia judicial y conseguir abrirlos a la universidad y a la "sociedad laica".

*Segundo*, abriendo un debate entre las magistraturas europeas sobre estas ideas y sobre la posibilidad y la conveniencia de la creación del mencionado Centro Europeo de Estudios Judiciales o de cualquier otra estructura organizativa de apoyo al intercambio permanente de experiencias y a la formación de una cultura judicial común.


# NO HAY DERECHO.

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

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre:
Dirección: C. Postal:
Ciudad:

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

aph

# Sobre la necesidad de formación de los jueces

Francisco de P. BLASCO GASCO

La cuestión acerca de la formación de los jueces, concretada aquí en la llamada formación inicial, es decir, en la formación previa al nombramiento como juez titular, tras la superación de las pruebas de selección, es una cuestión fundamental respecto de la que, sorprendentemente, se ha reflexionado (o, al menos, se ha escrito) poco[1]. Pero esta circunstancia no le resta un ápice de importancia: por el contrario, la pone de manifiesto con una clara carga de inquietud intelectual y social, provocada posiblemente por la quietud, al menos en la superficie, de las aguas en que ha navegado tradicionalmente y hasta ahora la formación de los futuros jueces, con base en una tradición corporativa —son palabras de R. Jiménez, aunque referidas al estado general de la Justicia— ciertamente rancia (de clara procedencia decimonónica) incrustada en una carrera judicial que orilla determinados problemas que pueden afectar a su *status* actual[2]. En cualquier caso, se trata de una cuestión capital en una sociedad que proclama como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la libertad y la justicia y como principios básicos los de legalidad, seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad, porque los jueces son los únicos que, en tales sociedades, tienen poder (en principio, *auctoritas* y *potestas*) sobre la libertad y sobre el patrimonio de las personas.

Mas presentar la cuestión como un problema aislado sería una gran equivocación. La formación inicial de los (futuros) jueces no es una cuestión sola, abandonada entre dos nadas (o entre una nada y un todo), sino que está íntimamente ligada con un antes y un después: con los criterios de selección de quienes deben ser formados como jueces (el antes) y con el modelo de juez que se pretende formar y que deberá prestar una determinada función o servicio a la sociedad (el después), para lo que se le otorgará un determinado poder, un terrible poder[3].

Indudablemente la reiterada carestía de jueces no es el problema o, al menos, no es el problema más importante en sede de selección y formación. En cualquier caso, es un problema posterior al de la selección y formación de los jueces y no puede, ni debe, influir en el sistema de selección ni de formación de los jueces sin correr el riesgo de conformar una futura judicatura española mediocre, lo cual llevará aparejado, además de un inmensa desolación, un coste inaceptable. Como fuere, el problema no se puede plantear en términos excluyentes: o más jueces o mejores jueces. Apostar sólo por mejores jueces, aun a costa de su carestía, encierra una terrible trampa: supone una carga personal de trabajo cercana a la inmolación y un desabastecimiento de los juzgados necesarios que, sin duda alguna, convertirían la administración de justicia es un servicio heroico (o sea, en una mala administración de justicia), al buen juez en un héroe expendedor de papeles (o sea, en un mal juez) y a la tutela judicial efectiva en una mera petición de principios. Al final, el esfuerzo en la formación del juez tendría un resultado inútil: se acabaría teniendo pocos jueces y malos. Pero apostar sólo por el aumento del número de jueces en detrimento de su formación es un acto de irresponsabilidad cuyos efectos sufrirán los ciudadanos y el prestigio social de la propia carrera judicial y que sólo satisfará a los amigos de las encuestas cuantitativas. La cuestión, por tanto, se debe resolver en términos ponderados de inclusión: la apuesta de presente y de futuro debe ser por tener más y mejores jueces, lo cual es una obviedad pero conviene recordarla.

No es este el momento para iniciar una reflexión profunda acerca del sistema de selección de los futuros jueces, pero la cuestión que ahora me entretiene (la formación) exige unas previas consideraciones, si bien breves, sobre el sistema de selección.

Este sistema no es, en general, distinto a la mayoría de los sistemas de acceso a la función pública. Alguien podrá argumentar desde luego que, efectivamente, el sistema de selección y acceso a la judicatura es igual o similar a la mayoría de los sistemas de selección y acceso utilizados en otros cuerpos estatales, autonómicos y locales; en general, el sistema de oposiciones de abogados del estado, notarios, jueces, registradores, inspectores... Pero en tales casos, a mi entender, la igualdad no es garantía de nada porque el sistema de selección debe estar en relación, no con la mera selección y acceso, sino con la finalidad para la que se selecciona, con el cuerpo al que se accede y con la función que el sujeto seleccionado está llamado a desarrollar en la sociedad. En otras palabras, el mero sistema de selección carece de valor si no se determina en función de la finalidad para la que se selecciona. Así, está claro que la función que desarrolla el juez, para cuyo desarrollo le otorga la sociedad el máximo poder sobre las personas, no es cuantitativamente ni cualitativamente comparable con la función que desarrolla el notario, o el registrador de la propiedad, o el inspector de hacienda. No me estoy refiriendo, pues, a que deba ha-

---

[1] Por último, aunque no referido especialmente a la selección y formacion de los jueces, vid. Jimenez Asensio, R., "Abogados y jueces", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 439, págs. 1 y sigs. Antes, por todos, Carmona Ruano, M , "La seleccion y formacion del juez profesional", en *Documemtacion Jurídica*, 1985, nº 42-44, págs. 595 y sigs. Auger, C., "La formacion y selección del personal judicial", en *Documentación Jurídica*, 1985, nº 45-46, pags. 199 y sigs ; Arozamena, J., "Sistema español de formacion judicial. La carrera judicial", en *Documentación administrativa*, 1987, nº 210-211, pags 269 y sigs.; Vázquez Sotelo, J. L., *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*, Barcelona, 1995; Atienza, M., "Virtudes judiciales (Seleccion y formacion de los jueces en el Estado de Derecho)", en *Claves de razón práctica*, nº 86, pags 32 y sigs.

[2] Jimenez Asensio, R., "Abogados y jueces", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 439, pág. 2.

[3] En el mismo sentido, vid. Carmona Ruano, M , "La selección y formación del juez...", cit , págs 598 y sigs

ber una diferencia sólo cuantitativa (más temario, pruebas más duras y selectivas) sino a una distinción estrictamente cualitativa. En claro: el sistema de selección de futuros jueces debe ser distinto al resto de sistemas de selección, con exigencias y peculiaridades propias y con base en la finalidad para la que se selecciona. Por lo demás, no serían los únicos: tradicionalmente, el sistema de selección en la carrera universitaria, con mejor o peor fortuna, ha sido diferente al resto porque lo que se exige (lo que se espera) de un profesor universitario es también distinto.

En general, todos (los que han superado la prueba de la oposición) han cantado las bondades del sistema de oposición como sistema idóneo y paradigma de la selección objetiva, justa, ecuánime y no sé cuántos más adjetivos todos benéficos y excelsos respecto del sistema: en el peor de los casos, se reconoce que es el menos malo de los sistemas. Pero se olvida (o no se reconoce expresamente) un par de verdades inconclusas: primera, posiblemente pasajera y circunstancial, que el sistema actual es insostenible debido al número de opositores, al número y disparidad de tribunales, a la heterogeneidad de éstos en su composición y a la propia duración de la oposición: esta vorágine eleva a cuotas que no son de recibo el grado de discreción, de azar y de discriminación. Segunda y esencial: que el sistema de oposición no tiende a la formación del sujeto, sino a su selección y que, si forma, lo hace en la técnica de la mecánica reiteración de un programa más o menos amplio de temas jurídicos. Por tanto, la oposición otorga un *placet* a quien demuestra en un momento dado, ni antes ni después, y con un alto grado de azar (cuatro o cinco temas sobre cuatrocientos, un tribunal y no otro...), dominar una técnica de repetición de un conjunto de temas en un determinado tiempo en el que, como en las siete y media, tan malo es no llegar como pasarse, y sin concesión alguna a la inteligencia o a la duda metodológica. Por lo demás, tales conocimientos se deberían presumir con la licenciatura en Derecho pero, tal y como están actualmente las facultades, esto es otra (triste) historia. Así, por ejemplo, saber actualmente diez o quince minutos de hipoteca inmobiliaria o de responsabilidad extracontractual o de filiación y adopción es saber bien poco, aunque más valga eso que nada. Insisto, no es un mal exclusivo del sistema de selección de jueces, pero, por un lado, aquí estamos hablando precisamente de tal sistema y, por otro lado, en las otras oposiciones no se selecciona jueces.

Asimismo, la reflexión se debe extender actualmente a otra cuestión: no parece de recibo que la superación de la prueba selectiva (oposición) signifique el paso de la nada al todo, y no lo digo por quienes la superan sino pensando precisamente en quienes no la superan. Hay ahí un caudal humano y un esfuerzo colectivo derrochado, malgastado, máxime cuando parece obvio que no todos los que no superan la oposición son necesariamente no aptos para la realización de la función jurisdiccional.

En cualquier caso, creo que es el momento de iniciar una profunda reflexión acerca del sistema selectivo de los futuros jueces. Y ésta no es una reflexión exclusiva (y excluyente) de los jueces o de quienes nos dedicamos de manera pasajera a coadyuvar en la formación de los futuros jueces, sino que es una reflexión que invita y llama a amplios consensos, tanto sociales, como políticos y profesionales porque la mejor selección y formación de los jueces atañe tanto al propio sujeto, como a la carrera judicial y fundamentalmente a la sociedad en su conjunto. Al menos la previa selección de los futuros jueces, no ya la formación, no es una cuestión que deba preocupar exclusivamente a los jueces, a la llamada carrera judicial, sino que afecta a toda la sociedad por lo que la competencia debería estar residenciada en un órgano representativo de todo el aspecto social, mejor cuanto más representativo, aunque no necesariamente ajeno al Consejo General del Poder Judicial.

La previsión legislativa en nuestro país para la selección y formación de futuros jueces es, básicamente, la siguiente: superación de una oposición de naturaleza selectiva y excluyente como sistema de determinación del ingreso en la Escuela Judicial y posterior curso de dos años en ésta (curso de formación inicial), con carácter formativo y selectivo. Dicho curso tiene un contenido teórico-práctico, de manera que, sin perjuicio de una enseñanza aplicativa del derecho durante el primer año, el segundo año se realizan prácticas como jueces adjuntos y en todos los órdenes jurisdiccionales (al menos, así lo establece el diseño legislativo). Superado el curso (y a quienes lo superen), se nombran los jueces titulares y se entregan los despachos.

A bien observar, en la previsión legislativa el eje central de la selección y formación del juez no es la oposición, sino el período de formación inicial en la Escuela Judicial; en cambio, al menos hasta hace bien poco, de hecho el punto de inflexión ha sido la oposición, es decir, la selección pura más que la formación selectiva, la selección-oposición tradicionalmente considerada como verdadero Jordán purificador, bautismo y catarsis entre el todo y la nada, a resultas de que se superara o no. Pero esta consideración de la oposición ha ido mucho más allá de la previsión legislativa porque la oposición no ha sido nunca la vía de ingreso a la carrera judicial sino a la Escuela Judicial, como se puede verificar ahora en las convocatorias oficiales.

Por tanto, la primera reflexión acerca de la formación de los futuros jueces debe hacerse, *hinc et nunc*, desde el período formativo que se desarrolla en la Escuela Judicial y, en concreto, desde la llamada formación inicial puesto que la oposición selecciona, precisamente, para formar a los seleccionados en la función jurisdiccional.

Si el juez debe servir a la sociedad, para lo que se le otorga un determinado poder, velando por el cumplimiento de los deberes y protegiendo el ejercicio legítimo de los derechos de los ciudadanos, la cuestión fundamental se presenta en los siguientes términos: qué juez exige la sociedad actual; en otras palabras, qué formación debe recibir un futuro juez para cubrir y satisfacer las exigencias que la sociedad reclama de la administración de justicia.

Es cierto que la Constitución no establece cuál

deba ser el modelo de selección del juez, ni siquiera tímidamente como la Constitución italiana que establece, en su artículo 106, que los magistrados se nombran por oposición ("le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso"). En nuestro país basta el artículo 23 CE que, en general, no sólo para jueces y magistrados, reconoce el derecho fundamental de participación en asuntos públicos de manera directa o indirecta y de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes. Pero de lo anterior no se deriva que no haya un modelo constitucional de juez o, si se prefiere, no que la Constitución exija expresamente un modelo o paradigma de juez único e igual, sino que el texto constitucional ahorma o requiere un tipo de juez.

No quiero conectar, aunque alguna relación hay, la selección y formación inicial de los futuros jueces (ni la llamada continuada de jueces y magistrados) con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 CE. No creo que de este derecho fundamental derive una determinada exigencia formativa, pero sí que, cuanto mejor y mayor sea la formación, mayor realidad material tendrá aquel derecho básico y más efectiva será la tutela judicial, porque ya no se puede mantener que la tutela judicial efectiva de los intereses legítimos exija sólo un mero pronunciamiento del órgano judicial, sino un pronunciamiento conforme a derecho, es decir, al ordenamiento jurídico, de acuerdo con unos criterios de interpretación y aplicación de la norma que proporciona el mismo ordenamiento jurídico. Actualmente no se puede mantener que el error grosero o enorme en el pronunciamiento judicial dé cumplimiento y satisfacción a la exigencia del artículo 24 CE, porque en este caso ni hay tutela judicial ni ésta sería efectiva, máxime cuando el pronunciamiento agota la vía de los recursos ordinarios y extraordinarios. Por otro lado, un Estado que se autoproclama (art. 1-1 CE) Social y Democrático de Derecho exige necesariamente un tipo de juez acorde con los principios, postulados y valores en que se asienta dicho Estado: por cuanto aquí interesa, libertad, justicia, igualdad, seguridad jurídica... Asimismo, coadyuva a la determinación del tipo de juez constitucional la independencia, inamovilidad y responsabilidad que proclama el artículo 117-1 y fundamentalmente el sometimiento de jueces y magistrados al imperio de la ley y de la Constitución que establece el mismo artículo 117-1 CE en relación con el 9-1 CE.

Es obvio recordar que no me refiero a un juez abstracto, que no me refiero *al Juez*, sino a un juez que, de entrada, se incardina como poder en un determinado Estado que se proclama social y democrático de Derecho, basado en unos determinados valores y principios: es, por tanto, *un juez de derechos y deberes*[4] (también propios), no de concesiones más o menos graciosas y de privilegios: es el juez de un Estado de Derecho. Es además un juez concreto, que desarrolla su función jurisdiccional en un momento histórico determinado y en una sociedad determinada y, por tanto, con una carga cultural, ideológica, de principios y valores sociales básicos no ahistóricos e intemporales sino terriblemente actuales: es, pues, *un juez de hoy, efectivo, existente, contemporáneo*, conocedor no sólo del ordenamiento jurídico, sino también de la realidad (o de las realidades: económicas, sociales, éticas...) de su tiempo: es el juez de un Estado Social. Asimismo, este juez no es un juez anónimo, sin rostro, sino un ser humano que se coloca entre otros seres humanos: *es un juez intérprete*, en el sentido etimológico: un juez que se coloca *inter partes* y que, como ha señalado Savater, adopta una decisión humana acerca de hechos humanos. Mas dicha decisión no la adopta solo, sino con base en el ordenamiento jurídico y acompañado de todo un bagaje cultural que conforma la sociedad.

De todo esto creo que derivan tres criterios clave en la formación del juez que, en definitiva, serán las guías en el ejercicio de su función jurisdiccional, es decir, del poder estatal que la sociedad deposita en él, porque, como ya he señalado, la formación del futuro juez debe estar presidida por la función que desarrollará. Tales criterios son las siguientes:

1. *Legalidad o legalismo.* El juez resuelve de acuerdo con el ordenamiento jurídico y con el sistema de fuentes por éste determinado: se trata de un juez legalista, sometido al principio de legalidad y a la supremacía de la ley.

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico se asienta, entre otros, en los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica (art. 9-3 CE). Asimismo, el artículo 117-1 CE (en relación con el art. 9-1 CE) establece que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley. Sin perjuicio de otras cuestiones, los preceptos indicados establecen que el juez debe aplicar la ley, es decir, que está obligado a aplicar de ley (entendida no sólo como ley en sentido formal o norma con rango de ley)[5], de manera que no puede negarse a aplicarla, ni so pretexto de silencio, insuficiencia u oscuridad[6], ni haciendo valer frente a la ley, como dice Otto, el derecho, entendido como alusivo a un derecho no positivo[7]. Ni siquiera puede ampararse, para no aplicar la ley, en su conciencia[8]. El sometimiento al imperio de la ley también indica la independencia de los jueces y magistrados[9], pero esto es reiterativo puesto que el propio artículo 117-1 CE establece expresamente el carácter independiente (e inamovible) de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial (independencia que reiteran los

[4] Como juez de derechos lo define R. Jiménez en "Abogados y jueces...", cit., pag. 3.

[5] En este sentido Otto, I de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pág. 65.

[6] El artículo 1-7 CC establece el deber inexcusable de jueces y magistrados de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. El artículo 448 CP tipifica como delito de prevaricación la negativa del juez o magistrado a juzgar, sin alegar causa legal, o con pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. Ni siquiera el planteamiento de una cuestion de inconstitucionalidad tiene efectos suspensivos, ex artículo 163 CE. Vid. también, artículos 11-3, 217 a 228 y 318 LOPJ y 361 LEC.

[7] Otto, I. de, *Estudios...*, cit., págs. 68 y 69.

[8] Asis Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento,* Madrid, 1995, pág. 89.

[9] Sobre la relación entre independencia del juez y sumision a la ley, vid. Otto. I. de, *Estudios..* , págs. 169 y sigs.

artículos 12 y 13 LOPJ). Desde esta perspectiva, el sometimiento a la ley es una manifestación del principio de legalidad en la jurisdicción y una garantía para el ciudadano que entronca con los otros principios antes señalados. Se puede decir que el sometimiento a la ley supone:

a) Que el fundamento de las resoluciones judiciales debe ser una norma jurídica determinada y preexistente, aunque no necesariamente expresa. Esta exigencia entronca con la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120-3 CE), la cual debe referirse directamente a la ley aplicada (art. 372-3º LEC).

b) Que la resolución judicial debe ser conforme a la ley. En caso contrario, se produce una infracción de ley que, en su caso, puede motivar un recurso de casación ex artículo 1.962-4º LEC En este sentido, la *STC 23/1988, de 23 de febrero* señaló que la tutela judicial efectiva entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los jueces y magistrados resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Guastini[10] ha distinguido entre *compatibilidad*, que significa ausencia de contradicción o antinomias con la ley, y *conformidad*, que significa deducibilidad, es decir, que la resolución judicial debe ser no sólo compatible sino también lógicamente deducible de normas legales.

c) Prohibición de la creación judicial del derecho o del llamado derecho jurisprudencial[11]. Los jueces y magistrados interpretan y aplican la ley preexistente, pero no la crean. Más: la Constitución impide que los jueces creen normas jurídicas (arg. art. 9-3, 117-1, 3 y 4). Lo cual significa que, incluso en presencia de lagunas, el juez debe resolver con base en normas jurídicas preexistentes (art. 1-7 CC), bien mediante la aplicación analógica de la norma jurídica (art. 4-1 CC) bien mediante la determinación de un principio general del derecho extraído de una conjunto de normas (analogía *iuris*). La prohibición de creación de derecho judicial significa también que la resolución judicial no tiene eficacia *erga omnes* sino sólo *inter partes* y para el caso concreto en litigio. Finalmente, significa la inconstitucionalidad de la ley que introdujera un sistema de creación judicial del derecho a través del precedente vinculante como fuente del derecho, es decir, un sistema como el que rige, en general, en los países de *common law*. Mas el precedente vinculante que prohíbe la Constitución es el creador de normas jurídicas, no el interpretativo de las mismas.

d) Finalmente, principio de legalidad significa sometimiento al Derecho y, en concreto, obediencia de los jueces al Derecho. Como ha señalado recientemente Asis Roig[12], los jueces tienen la obligación de obediencia al Derecho, es decir, la obligación de obedecer la obligación jurídica que impone la norma, la cual ha caracterizado la actuación judicial. Esta obligación deriva tanto del artículo 9 CE cuanto del propio 117 CE, e incluso del consentimiento expreso prestado en virtud del artículo 318 LOPJ antes de posesionarse del primer destino y antes de cada ascenso. Asimismo, significa, como recuerda el autor citado[13], que ningún juez puede ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al Derecho.

En definitiva, de la Constitución deriva claramente la prohibición de la creación judicial del derecho en tanto en cuanto sujeta a Jueces y Tribunales únicamente al imperio de la Ley (art. 117-1 CE) y determina, como función única de Jueces y Tribunales, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117-3 y 4 CE). En este sentido, ha dicho Díez-Picazo que la "Constitución española prohíbe terminantemente cualquier creación judicial de derecho. Los jueces no hacen el derecho. Juzgan y hacen juzgar lo juzgado. Dicen el derecho al juzgar los casos concretos, pero no lo crean", y, añade, "no es de creer que la Constitución posea en este punto una virtud innovadora"[14].

Por otro lado, la vinculación de los jueces a la previa interpretación normativa de casos iguales o similares o su sometimiento al Tribunal cuya función es precisamente la unificación de criterios (y resultados) interpretativos no vulnera necesariamente el principio de independencia judicial que consagra el artículo 117-1 CE junto con el sometimiento exclusivo al imperio de la ley. Por el contrario, dicha vinculación puede representar, precisamente, el sometimiento a la ley, el respeto al principio de legalidad, por cuanto el juez habrá actuado en aplicación de la Constitución y de la ley al observar el principio de igualdad. En otras palabras, como ha señalado P. Sala[15], no es un problema de independencia judicial o de dependencia del juez de algo distinto de la Ley o de la Constitucion y resto del ordenamiento jurídico al que está sometido, sino una nueva forma de entender esta sumisión.

2. *Valorismo*. Es cierto que los jueces no desarrollan una función automática en la interpretación y aplicación de la norma jurídica: el artículo 3-1 CC establece criterios de interpretación de la norma jurídica que se alejan de una interpretación mecánica y que exigen, por el contrario, una ponderación equilibrada y valorativa que tome en consideración no sólo elementos gramaticales sino también sistemáticos y contextuales, históricos, finalistas y sociológicos (y, por tanto, económicos, culturales, éticos, ideológicos..., no del juez sino de la sociedad a la que sirve); el artículo 3-2 prohíbe fallar en equidad, salvo que lo permita expresamente la ley, pero requiere que la equidad se pondere en la aplicación de las normas. Asimismo, los principios y valores constitucionales (también los sociales) se deben ponderar en la aplicación

[10] Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, en Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni, Vol I, t. 1, Milán, 1998, pág. 474

[11] Díez-Picazo, L., "Constitucion y Fuentes del Derecho", en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, vol. I; Otto, I. de, Estudios..., cit, págs. 45 y 46; Guastini, R., *Teoria...*, cit., págs. 474 y 475.

[12] Asis Roig, R. de, *Jueces y normas...*, cit , págs 82 y sigs.

[13] Asis Roig, R. de, *Jueces y normas...*, cit., pág. 89.

[14] Díez-Picazo, L., "Constitución y fuentes del Derecho...", cit , pág 661

[15] Sala Sanchez, P., "El principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho", en AAMN, XXXIV, Madrid, 1994, pág. 13.

de la norma. Es más, cualquier actividad interpretativa lleva aparejada, con mayor o menor ocultación, una labor re-creadora que realiza precisamente el interprete; incluso se puede admitir, como dice De la Oliva, que en la aplicación del derecho hay una "obra de creación jurídica, pero proclamar el carácter creador del quehacer judicial no debe concluir en recabar para la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho, pues identificar creación jurídica judicial con derecho objetivo *strictu sensu* sería equivocado"[16]. La actividad interpretativa, en fin, no es una mera actividad declarativa, sino que implica, como dice Bin, elecciones valorativas[17]. Esta elección valorativa no debe estar referida sólo a la norma y a sus efectos jurídicos, sino fundamentalmente al supuesto de hecho que establece la norma y que se presenta, en términos de litigio, ante el juez. En el derecho, y en la aplicación del mismo, primero es el caso, el supuesto de hecho real, y éste exige un estudio valorativo para la posterior aplicación, ponderadamente equitativa, de la norma jurídica.

3. *Proximidad social.* Decía antes que el juez no es un juez anónimo, sino una persona que se coloca entre otras personas, un juez intérprete, que se coloca *inter partes.* Por tanto, debe ser un juez próximo, cercano a las partes y a los problemas en litigio, un juez que interpreta no sólo la norma sino también el conflicto ante él planteado. Para ello es preciso el conocimiento de la realidad de su tiempo, pero no para colocarse en la vanguardia (menos en la retaguardia), sino para dar una respuesta satisfactoria, para saber qué derecho debe proteger y hasta qué punto y qué deber exigir y hasta qué punto. En otras palabras, para saber calibrar la aplicación equitativa de la norma que exige el artículo 3-2 CC de acuerdo con los principios y valores imperantes, que no son otros que los expresados en el texto constitucional. Aquí es importante poner de manifiesto la clara relación entre una sociedad cada vez más mediática, compleja y heterogénea (tristemente homogénea, en cambio, si referida al pensamiento) y la mayor complejidad e inabarcabilidad del ordenamiento jurídico. Esto significaba tres cosas:

a) Que cada vez más el juez se colocará entre partes culturalmente heterogéneas, pertenecientes a culturas distintas o a diversas subculturas, de manera que los principios y valores de una no coincidirán con los de las otra ni, otras veces, con los del propio juez.

b) Que posiblemente se deba tender a una formación inicial ya especializada porque la sociedad cada vez es más compleja y difícil y porque los operadores jurídicos (perdón por la expresión) cada día están más especializados. La especialización la impone la propia sociedad, el propio mercado.

c) Que la formación del juez no puede limitarse a una formación estrictamente jurídica ni eminentemente técnica, porque cada vez más necesita de otros instrumentos para desarrollar su función, tanto materiales (conocimientos de informática, de idiomas...) como intelectuales (psicología jurídica, mediación, economía...).

Pero la formación no sería completa sólo con las anteriores claves formativas porque, de un lado, éstas en sí mismas son poca cosa si no se materializan en determinados y apropiados métodos docentes, como son las simulaciones, el estudio del caso, las exposiciones críticas de las líneas jurisprudenciales, etc.; y, de otro lado, porque, si como he dicho la formación del futuro juez debe estar en relación y adecuación con la función que desarrollará, no cabe duda alguna que en tal función hay una importante parte técnica (otros la llaman práctica, en contraposición a una pretendida, separada e inútil teoría). La formación técnica, que no debe ser independiente de lo anterior, debe buscar que el futuro juez se familiarice con el proceso, mejor, con el procedimiento y con la oficina judicial. Esta formación técnica no está ausente en la previsión legislativa, que le reserva todo un año como jueces adjuntos, ni lo ha estado en los planes de estudio desarrollados en la Escuela Judicial, incluso cuando sólo ha durado un año, los cuales, con buen criterio, han tendido en los últimos años a una formación técnica progresiva.

En definitiva, la formación del futuro juez debe ser completa, exigente y de alto nivel. Antes, el juez podía completar su formación en los primeros destinos: el ordenamiento jurídico no tenía la complejidad que tiene ahora, ni con tantas leyes especiales y especializadas ni con tanta producción legislativa ni con la superposición de legisladores (autonómico, estatal, comunitario); antes, la sociedad no tenía las exigencias que ahora reclama del juez y de otros profesionales (médicos, abogados...), ni el tráfico económico conocía la celeridad que actualmente le caracteriza. Ahora, por un lado, el juez debe responder a las exigencias de la sociedad en la que desarrollará su servicio, sociedad que cada vez más reclama mayor seguridad jurídica en sus cada vez más rápidas transacciones económicas y en las relaciones personales y familiares (y cada vez la reclama, la seguridad jurídica, más de los jueces por su inmediatez, en tanto que no la procura el legislador), y reclama mayor rapidez y motivación en las resoluciones (como demuestra la tendencia de las grandes sociedades a acudir a los arbitrajes) lo cual se alcanza con un buen conocimiento del ordenamiento jurídico y del procedimiento. Por otro lado, la formación debe responder, como también sucede en la formación inicial impartida en la actual Escuela Judicial, a las exigencias técnicas o de pericia en el manejo del instrumento básico del juez, el procedimiento. Por todo ello, la formación (incluida la técnica) no debe estar separada de la realidad en que el futuro juez acometerá su función, sino inmersa en ella y esta realidad es cada día más compleja, más rápida, más heterogénea y multicultural. Esto no significa el rechazo de una mal llamada enseñanza teórica (al final hasta el legislador es un teórico), sino de la enseñanza abs-

[16] Oliva Santos, A. de la, "La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil", en ADC, 1975, pag. 440.

[17] Bin, M., "Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, Otto voci sul precedente giudiziario, pág. 547.

tracta, desconectada de la realidad, inútil por abstracta. Yo no me atrevo a decir que el único derecho es el que llega y sale de los tribunales: hay también un derecho, práctico o técnico, más allá o más acá de los tribunales. Pero el derecho que importa en la formación judicial es precisamente el que conocen los tribunales, en el bien entendido que esto sólo no completa la formación de los jueces.

Si, parafraseando a Celaya, la formación es un arma cargada de futuro, la no formación es también un arma, pero de las que carga el diablo.

# El tráfico de personas con fines de explotación sexual

María Luisa MAQUEDA ABREU

## I

Hace ahora casi un año, entraba en vigor en nuestro país una reforma de los delitos sexuales que incorporaba una regulación penal autónoma incriminadora de las conductas de *tráfico de personas con el fin de su explotación sexual*. La exposición de motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, responsable de la nueva normativa, justificaba esta revisión del todavía reciente Código penal (1995) invocando la Acción Común adoptada en 1996 por el Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños [1].

Conforme a la orientación propuesta por esta iniciativa europea acerca del concepto de *trata*, el actual artículo 188,2 Cp., castiga con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que "*directa e indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*".

El antecedente más próximo de este precepto en nuestra legislación penal había sido el antiguo artículo 452 bis) a), cuya referencia al tráfico sexual de personas se expresaba a través de una fórmula vaga e imprecisa de punición indiscriminada de cualesquiera conductas de "cooperación" y "protección" de la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su "recluta" para la misma, sin exigencia adicional de forma alguna de coacción o abuso de la libertad sexual ajena [2]. Seguramente esa fue la razón por la que el legislador penal de 1995, en su afán de liberar de pena los casos de favorecimiento del ejercicio consentido de la prostitución [3], omitió de forma definitiva esa previsión sin reparar en el vacío de punición que provocaba con ello. Y precisamente en cuanto a comportamientos muy graves y de una lamentable actualidad —los de explotación sexual de seres humanos por parte de redes organizadas de trata internacional—, respecto de los que, además, existía ya entonces una conciencia generalizada y compartida de seria preocupación social e institucional [4].

La jurisprudencia más reciente daba cuenta de la realidad de esas situaciones. Su descripción era coincidente en la mayoría de los casos: Se trata de organizaciones, de estructura más o menos compleja, que con afán de lucrarse contactan y reclutan mujeres de nacionalidad extranjera (dominicana [5], colombiana [6], panameña, ucraniana [7] o checa...[8]) de entre los más humildes estratos sociales, aprovechándose de la difícil situación económica y la falta de empleo en su país, con el reclamo de que en España podrán trabajar (en el servicio doméstico, cuidando niños, en un supermercado o como recepcionistas o camareras de un hotel...) y obtener unos ingresos que les permitirán atender sus necesidades y las de su familia. Con frecuencia, alguna persona próxima a ellas ofrece su casa u otros bienes como garantía y el intermediario proporciona por su parte billete de avión, a veces pasaporte o visado y una determinada cantidad de dinero para poder acreditar su condición de turistas en nuestro país. Llegadas al aeropuerto, se ven privadas de ese dinero, se les retiene el pasaporte y se les conmina al pago de desorbitadas sumas (desde un millón o algo menos [9] hasta cinco o seis millones...[10]), obligándoles, para poder saldar la deuda contraída, al ejercicio de la prostitución bajo un régimen normalmente inhumano (secuestradas o controladas en todos sus movimientos, amenazadas en sus personas y las de sus familias y violadas, golpeadas o aún asesinadas [11], si muestran mayor resistencia). La ausencia de un tipo penal específico, capaz de ofrecer respuesta a comportamientos tan característicos de explotación sexual,

---

[1] Sobre la base del artículo K 3 del Tratado de la Unión Europea (art. 31 en la nueva numeración del Tratado de Amsterdam). A ella siguió otra Acción Común, de 24 de febrero de 1997, que define la trata como "un grave atentado contra los derechos fundamentales y, en particular, contra la dignidad humana". Sobre estas y otras iniciativas, véase el exhaustivo examen que ofrece De la Cuesta Arzamendi, JL "Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos". Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial sobre *Delitos contra la libertad sexual* de 20 a 22 de octubre de 1999.

[2] Críticamente, por esa razón, Díez Ripolles, J L. *La protección de la libertad sexual Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, pag. 175. La doctrina era consciente, con todo, de que "los casos habituales" eran aquéllos en que el sujeto pasivo era víctima de "un error, amenaza o coacción". Por todos, Ruiz Antón, L. F., en varios, *Codigo penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, pág. 836.

[3] Véase mi artículo "Prostitucion de las mujeres y control: una relación controvertida", *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Bilbao, 1998, págs. 161 ss.

[4] Destacaba la necesidad de reparar ese vacío legal con un precepto que regulara la trata de seres humanos para fines sexuales, Díez Ripollés, J L "Trata de seres humanos y explotacion sexual de menores. Exigencias de la Union y legislacion española", *Revista Penal*, núm. 2, julio, 1998, págs. 21 y 22.

[5] Cfr. SSTS. 2704/1991, de 12 de abril y 143/1998, de 5 de febrero.

[6] SSTS. 1176/1998, de 7 de octubre y 184/1999, de 15 de febrero.

[7] STS 2531/1999, de 26 de noviembre.

[8] STS. 161/1999, de 3 de febrero.

[9] A partir de 700.000 pesetas. Cfr "Esclavas del fin del siglo XX "El trafico de mujeres extranjeras se ha duplicado en España, *Mujeres en Acción* (23), Fundacion Dolores Ibarruri, Madrid, 1998, pág. 1.

[10] En el caso de Nigeria, por ejemplo. David R. Vidal, "Tráfico mujeres nigerianas con fines de explotación sexual (I-IV)",http://www.inmigra com/colabora/webtrafico/articulos/trafico_de_nigerianas_i.htm

[11] Véase la noticia del Diario *El País*, de 4 de marzo de 2000, acerca del hallazgo de cadaveres descuartizados y degollados de mujeres en Alicante, cuya muerte era atribuida a redes de trata como gesto de escarmiento, para "atemorizar a las mujeres que prostituyen". Sobre la crueldad de los metodos empleados por esas redes de proxenetismo y explotación sexual, Herman, E. "Trafics du sexe Bruxelles et l'Europe", Actes de la Conference de Bruxelles (6 mars 1993) sur *Commerce du sexe & droits humains*, 2 ed. Unesco, 1993, pág 27.

obligaba a recurrir en esas situaciones a la aplicación de figuras genéricas de delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312,2 y 313) [12], a más de otras posibles tipicidades tales como estafa [13], detención ilegal o lesiones [14].

Hoy, el nuevo legislador se ha propuesto suplir esa laguna penal con una fórmula discutible, sobre todo por su amplitud ("favorecimiento directo e indirecto", "explotación sexual"...) y ciertas inexplicables omisiones (las de "pertenencia a organización o asociación", por ejemplo), que deja al intérprete un buen número de problemas por solucionar. Sobre ellos volveremos más adelante.

## II

Varias perspectivas resultan esenciales para la comprensión de un fenómeno como éste de la trata sexual de seres humanos que, si bien no es nuevo, ha adquirido en la actualidad, con los rasgos diferenciadores de una estructura económica mundial más compleja, fórmulas y cauces más eficientes y sistemáticos. De entre esas perspectivas, caben destacarse preferentemente tres: a) la de *género*, porque la trata recae sustancialmente sobre mujeres; b) la de *la desigualdad y la pobreza*, porque son las condiciones características bajo las que transcurre este lucrativo negocio [15], y c) su *internacionalización* y sus conexiones, cada vez más intensas, con la delincuencia organizada mundial. Veámoslas.

a) Desde sus orígenes, el fenómeno del tráfico sexual de personas ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres. No es casualidad que el nombre con que fue conocido, regulado y después penalizado, haya sido el de *trata de blancas* en tanto que sinónimo de "comercio transfronterizo de mujeres" [16]. Con ese significado se inicia el proceso de su reconocimiento internacional a finales del siglo pasado en Gran Bretaña (hacia 1881), institucionalizándose en una Conferencia Internacional celebrada en Paris, en 1902. A partir de entonces, y hasta 1921 aproximadamente, los textos de la Sociedad de Naciones (1904, 1910) contienen sólo referencias a la "trata de blancas" que paulatinamente se irán sustituyendo por otras a "mujeres" y "niños", en particular (1921, 1930...), hasta que en los Convenios posteriores a la II Guerra Mundial (1949, 1979, 1996...) se acaban generalizando las menciones indiscriminadas a "personas" o "seres humanos"[17].

Sin embargo, hoy como ayer, nadie niega que los sujetos —o quizá mejor "objetos"— privilegiados de esta clase de tráfico ilegal siguen siendo las mujeres. No en vano, de las escasas definiciones existentes en torno a la "trata de personas", la de la Asamblea General de Naciones Unidas se refiere específicamente a ellas cuando describe ese fenómeno como "el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales e internacionales (...) con el fin último de forzar a *mujeres y niñas* a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la *trata de mujeres*, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas" [18].

Lo que sí ha ido cambiando paulatinamente, sobre todo a partir de los años 70, ha sido la fisonomía de ese tráfico y de la prostitución misma. Se atribuye a la revolución sexual operada por esas fechas y a la creciente internacionalización de la economía, la evolución sufrida por el mercado del sexo. Su estructura se hace cada vez más compleja y selectiva y la explotación de la prostitución se distancia de los burdeles clásicos para vincularse a la industria del ocio, de lo visual, de la relajación y las diversiones [19]. Un buen ejemplo lo constituye la diversidad de formas que adoptan los nuevos circuitos de su oferta (saunas, clubes, salones de masaje, hoteles, servicios de acompañantes, salones de té, bares con pases de gogó, peep-shows...)[20]. También la demanda de servicios sexuales ha ido modificándose y haciéndose progresivamente más variada y caprichosa por parte de una clientela que, dependiente de las modas, prefiere hoy mujeres extranjeras —más baratas— y preferentemente exóticas. Un exotismo en el que, desde luego, tienen mucho que ver los estereotipos racistas-sexistas más clásicos, según los cuales "las mujeres asiáti-

[12] En ese sentido, Díez Ripollés, J. L. "Trata de seres humanos...", pág. 21. Véanse asimismo las interesantes consideraciones de la STS. 143/1998, cit

[13] Así, la STS. 2704/1991, que calificó de "estafa agravada", conforme el antiguo Cp. (art.529,5), el engaño a que se ven sometidas esas mujeres inmigrantes a las que se exige el pago de una "deuda falsa" por el notable incremento de que es objeto y que se ven obligadas a satisfacer dada la situación de debilidad en que se encuentran, propiciada por las maniobras fraudulentas de sus captores.

[14] Así, la STS,. 2531/1999, de 26 de noviembre

[15] Destaca, en particular, esas claves Rocío Mendoza Vázquez en el Prólogo a la edicion española de Skronbanek, S./Boonpakdi, N./Janthakeero Ch., *Tráfico de mujeres. Realidades humanas en el negocio internacional del sexo*, Narcea, Madrid, 1999, págs. 9 ss

[16] Una práctica que conocio su expansion a finales del siglo XIX y principios del XX a causa del empobrecimiento progresivo de la clase obrera y de los ciudadanos en general en los países en que tuvo lugar la revolución industrial, así como debido a las persecuciones religiosas. Las migraciones de mujeres provenian principalmente de Rusia, del Imperio austro-húngaro y de Europa del Sur y del Norte y se dirigían hacia los burdeles de América Latina, sobre todo, y también de América del Norte, Oriente y otros países. Véase todo ello, con detalle, en el interesante informe presentado por Licia Brussa "La prostitution, la migration et la traite des femmes donnees historiques et faits actuels (1)", Actes du Seminaire sur "La lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignite humaine", Strasbourg, 25-27 septembre 1991, Conseil de l'Europe, págs 37 ss y 56

[17] Cfr. ampliamente, Informe de Licia Brussa, "La prostitution...", cit., págs. 38 ss

[18] Cfr. la Resolución 49/166, cit, por De la Cuesta Arzamendi, J. L. "Las nuevas corrientes. .", nota 81, pág. 26. Asimismo se contienen referencias específicas a la mujer en diversos textos aprobados en fechas recientes en el seno de la Unión Europea, en particular, por el Parlamento Europeo (Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16-9-1997 o la Resolución sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual de 16-12-1997) y la Comisión (Comunicaciones sobre la trata de mujeres con fines de explotacion sexual y sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres, de 20-11-1996 y 9-12-1998, respectivamente) Cfr "Las nuevas...", págs 14 ss.

[19].-Sobre esta evolución, vease el informe de la socióloga Licia Brussa, "La prostitution...", pags 51 ss

[20] Un examen detallado de las diferentes versiones en Skrobanek, S. y otras, *Tráfico de mujeres...*, págs. 91 ss.

cas serían pasivas y dulces, las africanas "salvajes" y las sudamericanas, particularmente libres y disponibles..." [21]. Lo cierto es que este nuevo desenvolvimiento de las estructuras y las formas de organización comercial del sector de la prostitución ha tenido como consecuencia "la internacionalización de la fuerza de trabajo sexual" [22].

A ello han contribuido, sin duda, otros factores. De entre los cuales hay que destacar el efecto que sobre la emigración están teniendo los excesos del neocapitalismo mundial. La llamada "globalización de la economía" y su modelo de desarrollo neoliberal en torno a la supremacía del mercado ha agudizado las desigualdades existentes entre los países del norte y del sur, produciendo una marginalización y un empobrecimiento progresivo y creciente de sectores cada vez más numerosos de la población mundial. Es desde esos países pobres del Tercer Mundo desde los que parten los movimientos migratorios de personas que se dirigen a los países ricos e industrializados [23]. Por otra parte, la unificación de Europa así como el proteccionismo y el progresivo endurecimiento de las leyes de inmigración han acentuado ese proceso de marginalización al crecer las dificultades para obtener un permiso de trabajo y residencia para desarrollar una actividad laboral legal [24]. El fenómeno migratorio se hace así progresivamente clandestino e ilegal, afectando, en un 50 por ciento por lo menos, en los últimos diez años, a mujeres [25] que pasan a ser presa fácil de los sistemas de explotación, sexual sobre todo [26]. Según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), sólo en Europa el tráfico sexual involucra de 200 a 500.000 mujeres procedentes de América Latina, África, Asia y Europa oriental [27].

Entre las causas de esa feminización de la emigración y, con ella, del incremento del mercado de la prostitución internacional se citan, aparte la "idea mítica" propiciada por las imágenes que ofrecen los medios de comunicación acerca del bienestar, la riqueza y las posibilidades de trabajo existentes en los países ricos [28], la pobreza y la necesidad que se deja sentir en los hogares de los países subdesarrollados donde es creciente la jefatura femenina, sobre la que descansa entonces la obligación de procurar el sustento familiar [29], la relativa existencia de opciones legales en los países de destino para dedicarse al trabajo doméstico o a sectores de la industria turística que terminan siendo las "tapaderas" de ese otro tráfico ilegal [30] o los desequilibrios provocados en el país de origen por el creciente " desenvolvimiento del turismo de masa" y en particular del "turismo sexual" [31].

Con razón se afirma que "la trata de mujeres tiene su origen en la explotación económica de la mano de obra femenina y en la sexualidad, y se trata de un fenómeno estructural"[32]. Quizás entonces lo único que haya cambiado desde que esa trata fue concebida como problema a finales del siglo XIX sea, en efecto, la condición de las mujeres sobre las que recae que "ya no son blancas" sino "negras" o, en todo caso, "provenientes de países que se empobrecen rápidamente, de países en crisis económico-social, bajo una situación política inestable o bajo un régimen dictatorial" [33].

La extremada vulnerabilidad de la condición de esas emigrantes sexuales permite situar este fenómeno de la prostitución internacional en el lugar adecuado de análisis, que es el de la dependencia progresiva y crítica de los países del Tercer Mundo respecto de los más ricos y desarrollados, que ha propiciado, a más de otras formas de explotación personal, una *reserva creciente de mano de obra sexual* [34] en determinadas zonas geográficas marcadas por la miseria y la marginalidad.

b) Por ello, la segunda perspectiva del análisis que proponíamos era la de *la desigualdad y la pobreza.* En efecto, no es casualidad que los mercados de aprovisionamiento de mujeres sean, por orden cronológico de incorporación, ciertos *países de América Latina y el Caribe* (en especial, Colombia, República Dominicana y, después, Brasil y las Antillas...), con destino preferente hacia Europa del Sur, a Italia y España en particular; *Asia del Suroeste* (sobre todo, Filipinas, Tailandia e Indonesia), con destino hacia Europa central y Gran Bretaña así como a Japón, EE.UU. y Arabia Saudí; *África* (particularmente, Ghana, Zaire, Senegal, Nigeria, Etiopía y, en menor medida, Marruecos y Argelia) y, ya en los años noventa, los países provenientes de los *antiguos países comunistas de la URSS o de Europa del Este* (preferentemente, Polonia, Rumania o la vieja Yugoslavia) [35]. Partiendo siempre de "esas re-

---

[21] Cfr. el citado informe de Licia Brussa, "La prostitucion .", pág. 62 y ss. Tambien, Skrobanek, S. y otras, *Trafico de mujeres*, págs. 36 y 37.

[22] Cfr Lisia Brussa en su Presentación al Seminario sobre "La lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée .", pág 19 Esta autora atribuye cierta influencia sobre esta evolución a las nuevas políticas de abolición de la prostitución reglamentada y al hecho de que, entre los años 50 a 60, la prostitución llegara a ser un mercado libre. Más ampliamente, sobre las tases de expansión de este mercado, "La prostitution .", págs. 52 y 55.

[23] Vease, más ampliamente, Azize Vargas, Y, "Derechos vulnerados", *Perspectivas*, núm 13: "Migrantes. El cruce del desierto", *Isis Internacional*, enero-marzo, 1999, págs. 3 ss. Tambien, Skrobanek, S. y otras, "Trafico de mujeres", págs 43 ss

[24] Cfr.Marjan Wijers, "Conclusions sur la Conference de travail sur la traite des femmes tenue a Amsterdam en juillet 1991, Seminaire sur "La lutte contre la traite des femmes...", pág. 111.

[25] Según datos de las Naciones Unidas, recogidos en la "Presentacion" de *Perspectivas* num. 13, pág. 2

[26] Se ha afirmado que esta realidad se corresponde con el nivel 2 de la referida globalizacion, que estaría representada por "una economía mayoritariamente feminizada de servicios sexualizados y racializados que ofrece servicios del ámbito privado... e institucionaliza así el abuso y la explotación", Cfr. Azize Vargas, Y., "Derechos vulnerados", pág. 3

[27] Cfr. "Traficantes" en *Perspectivas*, núm. 14, pág. 14.

[28] Así, Licia Brussa, "La prostitution...", pág. 62. También, Skrobanek, S. y otras, *Trafico de mujeres*, pág. 45.

[29] Duque, I. "Un fenómeno en aumento", *Perspectivas*, núm. 14: "La economia del sexo", *Isis Internacional*, abril-junio, 1999, pag. 3.

[30] Así, Azize Vargas, Y., "Derechos vulnerados", pag. 3. También, Skrobanek, S y otras, *Tráfico de mujeres*, págs. 141 ss

[31] Cfr. Lisia Brussa, "La prostitution...", pág. 62.

[32] Cfr. Skrobanek, S. y otras, *Tráfico de mujeres*, pag. 41.

[33] Cfr Licia Brussa, "La prostitution ", pag 56. Sobre esas y otras situaciones de riesgo, comprensivas del conflicto armado, las catástrofes naturales, los matrimonios forzados o los refugiados .., véase el art. 4 b) del texto "Pour una nouvelle Convention Internacionales contre le trafic des êtres humaines", recogido entre las "Actes de la Conference de Bruxelles...", 1993.

[34] Cfr. en ese sentido Licia Brussa, "La prostitution...", pag. 62.

[35] Ampliamente se refiere a estos "senderos internacionales del tráfico", Lisia Brussa, "La prostitution. .", págs. 58 ss y 64 Respecto de las nuevas corrientes migratorias procedentes de la Europa del Este con destino en los países de la Unión Europea, se

servas" de mano de obra sexual, las destinatarias privilegiadas del mercado de la prostitución son, a menudo, las mujeres provenientes de medios rurales o de suburbios urbanos, o, en fin, las más desfavorecidas de entre las que proceden de poblaciones castigadas por el hambre, la guerra o los desastres naturales [36]. Y son cada vez más jóvenes [37].

Por otra parte, los contactos orientados a la captación de esas mujeres [38] para destinarlas a la prostitución raramente se realizan ya por personas aisladas. También son poco numerosas las mujeres que se trasladan autónomamente, a instancias de un compatriota o un familiar, al país de destino o que son víctimas de persecuciones políticas o religiosas [39]. En su gran mayoría, las mujeres inmigrantes son reclutadas por agentes intermediarios de complejas redes de tráfico que descansan en estructuras, cada vez más compactas y estables, de criminalidad organizada. Es verdad que la prostitución "ha pasado de ser un fenómeno local controlado y controlable (con sus propias leyes de mercado y sus "códigos internos" de comportamiento) a un fenómeno de carácter internacional" en que todos los países del mundo están implicados [40].

c) A esa *internacionalización* de la fuerza de trabajo sexual se une, asimismo, la de sus infraestructuras y la organización de sus circuitos comerciales que, cada vez más, descansan sobre multinacionales de la industria del sexo. Su existencia, en constante expansión, se explica por la difusión operada en el mercado de la prostitución, en sus formas cada vez más diversas integradas en el sector de la industria, turística o no, del ocio y la diversión, por el incremento de las tecnologías y la multiplicación de las comunicaciones de toda índole [41], por la formación de redes internacionales de captación y explotación a menudo favorecidas por su cobertura legal o fáctica en los países de reclutamiento, por la cifra de negocios en progresivo aumento y el rápido enriquecimiento del sector gracias también a sus inversiones de dinero —"negro"— en los "nuevos paraísos" turísticos de Asia o el Caribe... [42].

No deben despreciarse tampoco las conexiones de este tráfico ilegal con otros mercados y otras mafias, también ilegales: de la droga, las armas, la pornografía o el crimen organizado [43]. En ese sentido, se afirma que es uno de los negocios más lucrativos del mundo. Según esas fuentes, el negocio de la prostitución movería diariamente en España unos 5.000 millones de pesetas y anualmente, casi dos billones [44]. En cuanto a Europa, se cifra en 7.000 millones de dólares anuales las ganancias de estas redes internacionales de trata (OIM) [45].

Esta es, pues, otra de las perspectivas del tráfico sexual de seres humanos que no puede dejar de tomarse en consideración: su carácter de *criminalidad organizada* [46]. Hoy se mantiene, con razón, que la explotación sexual de mujeres está "en manos de organizaciones delictivas internacionales" de una gran movilidad y en constante expansión [47]. Se trata de una clave más para la comprensión del fenómeno en estudio que ha suscitado la preocupación de las Naciones Unidas y de diversas instituciones de la Unión Europea [48]. Sus últimas iniciativas para combatir la actividad criminal de esas asociaciones han tenido asimismo reflejo en el ámbito de nuestra legislación más reciente. En esa influencia quizás debiera destacarse, de modo especial, el contenido de la Resolución dictada por la Comisión Europea en diciembre de 1997 en apoyo de la "Acción Común" del mismo año y de la necesidad de previsión de "sanciones eficaces... contra las personas y organizaciones implicadas directa e indirectamente en la trata de mujeres", así como su Comunicación de 1998 en pro del "desarrollo de estrategias y medidas (en colaboración con Europol e Interpol) contra los diversos eslabones de la cadena de la delincuencia organizada" [49].

---

estima que constituyen una proporción de 2/3 respecto del medio millón de mujeres provenientes de otros lugares del planeta (OIM). Cfr. "Tráfico de mujeres: la nueva esclavitud", *Caritas*, num. 394, abril, 1999, pág. 32.

[36] Sobre ello, Skrobanek, S. y otras, *Tráfico de mujeres*, págs. 25 ss. y 55 ss. Véase también el Informe de Saylan, T., sobre "Prevention des causes de al traite des femmes et de la prostitution forcée. Approches et actions", Actes du Seminaire sur "La lutte contre la traite des femmes...", Strasbourg, 1991, págs. 124 ss Y la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeo "sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres", Bruselas, 9-12-1998 , págs. 3 y 17 (COM (1998) 726 final).

[37] Cfr. el Informe de Licia Brussa, "La prostitution. .", págs. 57 y 58. Tambien, Skrobanek, S. y otras, *Tráfico de mujeres*, pág. 64 y 55 ss.

[38] Sobre las diversas "fórmulas de captacion", vease la Comunicacion de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (1998), "Sobre nuevas medidas...", pág. 3.

[39] Para un análisis más detenido, vease Licia Brussa, "La prostitution...", págs. 70 ss.

[40] Cfr. Licia Brussa, "La prostitution...", pag. 63 y 123.

[41] No debe despreciarse, en efecto, la importancia de "las autopistas de la información y los nuevos soportes digitales... utilizados como buzones de acceso a las redes de prostitución o de pornografía" Cfr. Mendoza Vázquez, R , en el Prólogo a la obra de Skrobanek, S y otras *Tráfico de mujeres*, pág. 13. Sobre las iniciativas institucionales existentes en el ámbito internacional y comunitario europeo, véanse las referencias de De la Cuesta Arzamendi, J. L., "Las nuevas corrientes internacionales...", págs. 7 ss. y 24 ss. Más ampliamente, Morón Lerma, E. *Internet y Derecho Penal' Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 108 ss.

[42] Así lo describe en su Informe, Licia Brussa, "La prostitution...", págs 52, 55 y 64 ss. Tambien, en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, la Comision (Bruselas, 1998), págs. 2 y 3

[43] Cfr. el Informe de Licia Brussa, "La prostitution...", págs. 57 y 123

[44] Como "el segundo" negocio más lucrativo del mundo se le califica, por delante del de las drogas y superando el de las armas. Cfr. estas afirmaciones y estos datos en el Prólogo al *Tráfico de mujeres* de Skrobanek, S. y otras, pág. 11.

[45].-Cfr. "Traficantes", en *Perspectivas*, núm. 14, pág. 14. En relacion sólo a mujeres colombianas, afirman otras fuentes que "las mafias internacionales de trata obtienen unos 54 millones de dólares al año (más de 8.000 millones de pesetas) . Y su explotación en los prostibulos les depara 65.000 millones actuales". Cfr. "Tráfico de mujeres la nueva esclavitud", *Cáritas*, pág 33.

[46] Sobre este concepto y sus implicaciones sociologicas y jurídicas, Anarte Borrallo, E., "Conjeturas sobre la criminalidad organizada" en la obra colectiva, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, págs. 17 ss

[47] Cfr. la "Introducción General" de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (Bruselas, 1998), pág. 1 Tambien, Leuprecht, P. en su intervención en el Seminario sobre *La lutte contre la traite de femmes.* , pag 13, en particular

[48] Vease el texto de la Comunicacion de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo "Sobre nuevas medidas..." (1998), págs 4 ss. Más ampliamente, Bueno Arus, F., "Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada", en la obra colectiva, *Delincuencia organizada*, cit., págs. 59 ss.

[49] Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J. L., "Las nuevas corrientes internacionales ..", págs 15 y 19, sobre todo

## III

Varias son las iniciativas legislativas que se han propuesto en nuestro país favorecer la persecución de las actividades criminales protagonizadas por esa delincuencia organizada en torno al tráfico ilegal de personas. La primera en el tiempo, de naturaleza procesal, contiene una definición de la figura que se propone combatir: "se considerará como delincuencia organizada, la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer... b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal" (art. 2, 4). A partir de ella, sus previsiones se orientan básicamente a legalizar y regular la actividad de los *agentes encubiertos*, no sólo ya como institución estrictamente policial sino también "de penetración e investigación con fines procesales" [50], llamada a posibilitar que los miembros de la Policía Judicial puedan "participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores". Así lo declara, en su Exposición de Motivos, esta LO 1/1999, de 13 de enero.

Más trascendencia tiene, a efectos penales sustantivos, la nueva normativa que, en torno a la definición de contenido de las *asociaciones ilícitas*, contiene la nueva LO 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería o, más técnicamente, sobre "derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social". Me refiero, en particular, a su propuesta de incorporación de un nuevo apartado —el sexto— al artículo 515 del Código penal, destinado a incluir, entre las asociaciones ilícitas punibles, "las que promuevan el tráfico ilegal de personas", haciéndoles participar de las penas que para sus fundadores, organizadores y miembros activos, o bien para sus cooperadores, prevén los artículos 517 y 518 Cp., respectivamente. Otras disposiciones de esta Ley afectan también, desde diversas perspectivas, a nuestra institución: sea a efectos concursales, como *los nuevos "delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros"* que dan contenido al artículo 318 bis y a un Título, asimismo nuevo, el T. XV bis) del Código penal; sea a efectos administrativos, no menos importantes, asimismo de concurso (art. 50) o en cuanto a medidas dirigidas a favorecer la denuncia y persecución de las actividades de estas organizaciones a través del ofrecimiento de oportunidades de obtener un permiso de trabajo y de residencia en nuestro país a quienes, como "víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos" preste su *colaboración contra redes organizadas* (art. 55).

Resulta sorprendente, sin embargo, que la reforma penal más firmemente interesada en regular y castigar la trata ilegal de personas, es decir, la LO 11/1999, de 30 de abril que fue quien introdujo este delito en el Código penal, haya omitido cualquier referencia agravatoria directa a la circunstancia de *pertenencia de los culpables a una organización o asociación.* Sobre todo, porque ese es un dato que la misma reforma valora de forma relevante cuando se propone regular otras figuras delictivas próximas, tales como el favorecimiento de la prostitución de menores e incapaces (art. 187,3) o su utilización para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189,2). Y, precisamente, cuando la experiencia enseña que es el tráfico de esos menores (art. 188,4) —y el de adultos (art. 188,1)— la actividad más estrechamente vinculada a la estructura organizativa de grupos criminales. Una circunstancia ésta que, por lo demás, parecía haber estado presente en la *mens legislatoris* cuando renunció a individualizar la víctima del ataque a la libertad sexual —su referencia no es a *una persona* sino a *personas* [51]—, como queriendo indicar una continuidad delictiva más propia de actividades organizadas que de iniciativas aisladas. Con todo, la única solución posible parece ser la de recurrir, en tales casos, a la valoración conjunta de los elementos que el legislador ha preferido regular de forma independiente: de una parte, la actividad de tráfico sexual, sea de adultos o de menores o incapaces (art. 188, 1 y 4); de otra, la pertenencia de sus autores a una asociación ilícita del nuevo apartado 6º del art. 515 Cp.

Lo cierto es que, con independencia de ese inexplicable olvido, el legislador de 1999 ha puesto un indudable empeño en criminalizar cualesquiera actividades relacionadas con la trata de personas. El *fin de explotación sexual* que debe guiar su realización implicará, las más de las veces, ánimo de lucro, pero no debe considerarse exigencia legal[52]. A cambio, parece inevitable admitir la identificación de ese propósito con el de destinar a la víctima de este delito a la práctica forzada de la prostitución [53], sobre

[50] Para un análisis más detallado, véase Anarte Borrallo, E., "Conjeturas sobre la criminalidad organizada, págs. 31 ss Tambien, Queralt, JJ., "Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero", La Ley Actualidad, núm. 4933, de 23 de noviembre de 1999, págs. 1 ss.

[51] La propuesta de introducción de este precepto, que partió del Informe del Consejo del Poder Judicial, sí individualizaba, no obstante, esa referencia: se castigaba a quien favoreciera la entrada, entancia o salida del territorio nacional de *una persona* La formula que ha prevalecido en la ley es similar a la de la anterior normativa —que aludia indistintamente a "una o varias personas"— y plantea los mismos problemas concursales. Mayoritariamente, en caso de concurrencia de víctimas, se proponía estimar un solo delito Por todos, Garrido Guzmán, *La prostitución· estudio jurídico y criminológica*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 194. Asimismo, la STS de 5 de octubre de 1998. A cambio, la STS de 5 de febrero de ese mismo año se inclinaba por la continuación delictiva.

[52] Como tal exigencia legal —"participando de los beneficios de este tráfico..."— desapareció con la reforma de 1963. Más ampliamente, Rodríguez Devesa, J. M /Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español*, PE., 15 ed., Dykinson, Madrid, 1992, pág. 214 nota núm. 2. Con todo, lo cierto es que la mayor parte de las definiciones existentes en el ámbito europeo acerca de la "trata" incluyen la persecución de "fines lucrativos". También, respecto de la "explotación sexual", aunque es una cuestión muy discutida. Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J L., "Las nuevas corrientes internacionales...", págs. 2 nota 1 y 27.

[53] Lo que no prejuzga que pueda estar o no prostituida ya (véase tambien en relación a la anterior normativa, la STS de 3 de diciembre de 1984, cfr. por todos, Garrido Guzmán, L., *La prostitución...*, pág. 193), como tampoco que exista un consentimiento inicial para el ejercicio de la prostitución, vgr. como "camareras", "masajistas" o "artistas animadoras"..., siempre que después se vean "privadas de sus derechos fundamentales y reducidas prácticamente a la esclavitud". Así, en su definición de la trata, la Comunicación de la Comisión "sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres..." (Bruselas, 1998) pag. 2. Se ha afirmado, con razón, que "la clave" del problema de la trata "se halla en el uso de la fuerza y el engaño" (cfr. Skrobanek, S. y otras, *Tráfico de mujeres*, pág. 41). A esos medios comisivos que, en todo caso, deben ser interpretados en sentido amplio, el legislador

todo a partir de una interpretación sistemática de este precepto con su rúbrica (V: "Delitos relativos a la prostitución...")[54]. Conforme a ello, deberán considerarse excluidas de su injusto típico las conductas orientadas hacia otras formas de explotación sexual tales como la pornografía, el tráfico de óvulos o los matrimonios forzados [55].

Ese afán punitivo que se deja ver en la nueva regulación tiene, por lo demás, múltiples manifestaciones. No sólo ya la equiparación de penas existente entre las conductas de explotación sexual en la prostitución y aquéllas otras, preparatorias, de captación, reclutamiento o traslado con ese fin [56], sino, sobre todo, la asimilación que se propone a la autoría de comportamientos que, en muchas ocasiones, no irán más allá de la complicidad en tanto que meros actos de favorecimiento —incluso, indirecto— de la prostitución [57]. En realidad, esa última opción legislativa deja un amplio espacio de decisión al juzgador en orden a adecuar la responsabilidad individual al grado de merecimiento de pena en cada caso, para lo cual habrá de hacer uso de las amplias posibilidades de arbitrio que le concede el artículo 66, 1 del Código penal. Piénsese que, bajo la descripción típica —"el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas..." —, quedan comprendidos todos los posibles eslabones de la cadena de la trata: los que inician y ultiman los contactos, los que expiden la documentación falsa sean pasaportes, permisos de residencia o precontratos de trabajo [58], los transportistas, los agentes de viajes y cualesquiera otros intermediarios así como los que ofrecen cobertura económica o de otra clase al negocio [59] y, desde luego, los que colaboran mediante su vigilancia y control a la estancia forzada en nuestro país de las víctimas de este tráfico sexual [60].

Se trata de actos de cooperación —estos y cualesquiera otros— que, en tanto supongan "un apoyo relevante"[61] al tráfico sexual de personas, encuentran una indiscutible base penal. Más difícil de justificar resulta, a cambio, esa referencia legal expresa a las *formas indirectas* de su favorecimiento [62]. En la propuesta originaria de formulación del precepto por parte del Consejo General del Poder Judicial no aparecía [63]. Y más aún. La vieja pretensión de castigar al *cliente*, que pudiera ser la que quiere posibilitarse con esa fórmula extensiva de responsabilidad, es explícitamente rechazada en su Informe —"El riesgo... de que... se puedan incluir también a los clientes que demandan o utilizan los servicios de índole sexual, parece que queda obviado por una constante jurisprudencia que ha considerado siempre tal demanda como atípica y que ha entendido que.. los indicados clientes... responderán sólo de las conductas de agresión o abuso sexual que, en su caso, cometan..." [64].

Y es que el intento de penalizar al cliente en tanto que beneficiario y, al mismo tiempo, *favorecedor de la continuidad del tráfico sexual* supera, con mucho, las legítimas pretensiones de la intervención penal [65]. Su aportación —siempre indirecta— será, por lo general, insignificante [66] y, en todo caso, difícilmente

español incorpora los de intimidación y abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (art. 188,2)

[54] Esta asimilación, cuando se trata de *adultos*, cuenta con el apoyo del Consejo Europeo, como se desprende de las definiciones contenidas en su Acción Común de 24 de febrero de 1997. En cuanto a menores, se incluyen otras formas de abuso y, en particular, su explotación para actuaciones y material pornográfico En cuanto a la utilización ilícita de las posibilidades técnicas de Internet, a esos fines, véase la Decisión adoptada por el Consejo y el Parlamento en 1999. Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J. L , "Las nuevas corrientes internacionales ", págs. 22 y 25.

[55] Cuando son objeto de explotacion sexual comercial a traves de agencias mediadoras que son verdaderas mafias criminales. Así, vgr. los servicios de "novias por correspondencia". La realidad de esta práctica es verdaderamente cruel· a menudo, las mujeres que consiguen su objetivo, demasiado jovenes en su mayoría, viven secuestradas y aisladas, sin dinero ni posibilidades de retorno con sus familias; pero las más no llegan a casarse, son probadas y vendidas a otros agentes y finalmente terminan siendo explotadas en prostibulos. Sobre todo ello, véanse las Conclusiones de la Conferencia de Trabajo sobre la trata de mujeres de Amsterdam en julio de 1991 y Extrait du compte rendu de la Reunion d'Experts de Pennsylvanie en avril de 1991 , en *La lutte contre la traite de femmes*. (Strasbourg, 1991), págs. 111 y 171 ss. También, en Perspectivas núm 14, págs 17 y 18; y Skrobanek, S. y otras, *Tráfico de mujeres*, págs. 41, 51 y 103.

[56] Cfr. Morales Prats, F./Garcia Albero, R , *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Libro Colectivo), 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pag. 284.

[57] Así, Morales Prats, F./Garcia Albero, R., *Comentarios* .., pág. 284. Véase tambien, Polaino-Orts, M , "Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995", *Cuadernos de Politica Criminal*, núm. 67, Madrid, 1999, pág. 200.

[58] Las califican de formas *indirectas* de favorecimiento, Morales Prats, F./García Albero, R., *Comentarios*..., pág. 284.

[59] En este caso, tratandose de asociaciones ilícitas, podrán plantearse posibles relaciones concursales con el art 518 del Código penal.

[60] Siempre que formen parte del plan común En otro caso, responderán por su cooperación al ejercicio forzado de la prostitución del art. 188,1 Cp En ese sentido, correctamente, la STS 2532/1999, de 10 de noviembre (véase, en particular, el tercero de sus fundamentos de derecho).

[61] Así tambien, Boix Reig, J./Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Organica 11/1999 (1)", *Actualidad Penal*, núm. 35, 27 de septiembre de 1999, pág 682.

[62] Que, tras su incorporacion al Proyecto de reforma de 14 de octubre de 1997, no recibió comentario alguno por parte de las Enmiendas de los diferentes Grupos Parlamentarios que, por cierto, fueron muy escasas. En su mayoría, las correcciones fueron de estilo, véase vgr la enmienda núm. 106 del Grupo Popular.

[63] Así expresaba el Consejo su propuesta. "Con posterioridad a la solicitud del informe y aceptando sugerencias recibidas, se ha incorporado al articulo 188 un nuevo apartado 2 para castigar expresamente a *quien favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de una persona con el propósito de su explotación sexual*, con el fin de superar las posibles dudas sobre la inclusión de esta conducta en la descripción tipica del apartado 1 de este artículo". Cfr. nota sobre los Informes del Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del T. VIII del Libro II del Código penal aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, 24 de septiembre de 1997 Seguramente, la fuente inspiradora de esa inclusión fue la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 1997 con su referencia punitiva a "personas y organizaciones *implicadas directa o indirectamente* en la trata de mujeres", cfr. De la Cuesta Arzamendi, J L , "Las nuevas corrientes internacionales...", pág. 15.

[64] En su informe a la propuesta de incorporacion del art. 189 bis) por parte del Anteproyecto de reforma de 14 de mayo de 1997. "Nota sobre los informes...", de 24 de septiembre de 1997.

[65] Sobre ello, críticamente, en mi artículo "Prostitución de las mujeres...", págs 177 ss

[66] Téngase en cuenta que, tratándose de menores y respecto de actos de prostitución individualizados, el Tribunal Supremo requiere, entre otras exigencias, el "carácter continuado" y no esporádico de la relación. Vease, en particular, su acuerdo plenario de 12 de febrero de 1999 en torno a esta cuestión Cfr Conde-Pumpido Touron, C., "Estudio detallado de los contenidos de la reforma de 1999(3) La reforma de los delitos relativos a la prostitución Curso organizado por el CGPJ acerca de los delitos contra la libertad sexual, Madrid, 20 a 22 de octubre de 1999.

determinable y cuantificable en relación a concretos e individualizados actos de tráfico. Una cuestión distinta es la posible responsabilidad que deba serle exigida por los actos particulares de abuso sexual que realice (art. 181 Cp.) u otros que no denuncie o no evite, teniendo el deber de hacerlo, vgr. detenciones ilegales, lesiones o la misma explotación forzada de la prostitución... (art. 450,1)

Frente al cliente, como frente a la sociedad misma que asiste indiferente ante esta inhumana forma de explotación de seres humanos, se imponen, ante todo, estrategias de prevención, esto es, de concienciación y responsabilización acerca de la trascendencia de un fenómeno que, frente a lo que se cree, no es marginal [67], ni desde luego espontáneo, ya que descansa en una situación estructural de desigualdad, que garantiza la pobreza, la marginación y el abuso para sectores crecientes, siempre los más vulnerables, de la población mundial. Estamos, nada más y nada menos, ante la *nueva esclavitud* de nuestro tiempo [68].

[67] En ese sentido, Saylan,T. "Prevention des causes de la traite de femmes et de la prostitution forcee: approches et actions (1)", Actes du Seminaire "La lutte contre la trite de femmes...", (Strasbourg, 1991), págs. 118 ss. y 142 Sobre los diferentes "ambitos de intervención activa", Brussa, L., "La prostitution ", pags. 77 ss. En cuanto a las campañas de prevención de la demanda (clientes y clientes potenciales), véanse las recomendaciones recogidas en la Comunicación de la Comision "Sobre nuevas medidas ", (Bruselas 1998), pag. 9.

[68] El Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Roma, la incluye entre los "crimenes de lesa humanidad" (art. 7), como *forma de esclavitud* (aptdo 2 c).

# Hacia una interpretación plausible del delito patrimonial continuado

Rosario DE VICENTE MARTINEZ

## I. INTRODUCCION

Interpretación de la ley es —dice Mezger— el descubrimiento y determinación de su propio sentido al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real[1]. La interpretación es necesaria e indispensable cuando, entre otros casos, la regla no aparece clara y terminante por haber empleado el legislador una forma de construcción que da margen a dudas[2], como sucede con el apartado 2º del artículo 74 del Código penal.

El mencionado apartado considera la figura del delito patrimonial continuado. Por delito continuado se entiende la comisión por el mismo sujeto de una pluralidad de infracciones, que en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae a las reglas del concurso de infracciones, y es admitida unitariamente por el Derecho, como un único delito[3].

A lo largo de la codificación penal española la figura del delito continuado sólo fue recogida por el Código penal de 1928 en su artículo 164[4]. Desde entonces hubo que esperar a la Reforma Urgente y Parcial del Código penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, para introducir nuevamente en un Código penal español la figura del delito continuado, figura que se recogía en su artículo 69 bis con el siguiente tenor literal:

*"No obstante lo establecido en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

*Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".*

El Código penal de 1995 mantiene la figura del delito continuado con una regulación similar pero no idéntica, lo que permite una interpretación distinta. El delito continuado se regula en el vigente artículo 74 del Código penal:

*"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.*

*2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

*3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".*

El primer apartado del artículo 74 establece el concepto y requisitos del delito continuado así como la pena a imponer. El segundo apartado hace referencia expresa a los delitos contra el patrimonio y, finalmente, el tercer apartado del artículo 74 del Código penal contiene las excepciones a la continuidad delictiva y excluye la posibilidad de aplicar el delito continuado cuando se trate de ofensas a bienes eminentemente personales.

Nuestro estudio se centra en el análisis del apartado segundo del artículo 74 que, por otra parte, afecta a la mayoría de los supuestos de delito conti-

---

[1] Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, traducción de Rodríguez Muñoz, 3ª. ed., Madrid, 1955, pág 65.

[2] Fiore, P., *De la irretroactividad e interpretacion de las leyes*, traducción de Aguilera de Paz, 3ª ed. corregida, Madrid, 1927, pág. 564. Sobre la interpretación, Vid Betti, E., *Teoria Generale della Interpretazione*, en particular el Tomo II, corregido y ampliado por Crifò, Milan, 1990.

[3] Vid. Gonzalez Cussac, en Vives Anton (Coord.) *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 420.

[4] El artículo 164 establecía que no se aplicarían las penas sobre pluralidad de delitos "cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, a juicio del Tribunal, como una sola accion continua. En estos casos, sólo se aplicara la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados o la pena inmediatamente superior en el grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda ser aquella inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiera"

nuado al referirse a su ámbito mas característico: las infracciones contra el patrimonio.

Este apartado plantea varias cuestiones controvertidas respecto a las cuales no existe opinión unánime. Sin embargo, la principal cuestión polémica gira en torno a si en las infracciones contra el patrimonio la pena ha de imponerse en la mitad superior como establece la regla general del apartado primero o si, por el contrario, el castigo del delito continuado patrimonial no está sujeto a la regla general y exclusivamente se ha de atender, como reza el apartado segundo, al perjuicio total causado. Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina, el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado en las Consultas núm. 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial y en la reciente Consulta núm. 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones continuadas de carácter patrimonial.

## II. INTERPRETACION DOCTRINAL

Desde el punto de vista doctrinal la cuestión de si la penalidad en las infracciones contra el patrimonio continuadas está sometida a la regla general contenida en el apartado 1º del artículo 74 ha sido objeto de dos interpretaciones bien distintas.

Según la primera interpretación, el apartado 2º del artículo 74 contiene un régimen especial para las infracciones patrimoniales, en las que habría que imponer la pena "teniendo en cuenta el perjuicio total causado" y aplicar posteriormente el régimen general, por tanto, imponer la pena en su mitad superior.

Se afirma que esta disposición especial no excluye la regla general sino que la completa ya que si en la formación de la pena del delito continuado patrimonial únicamente se operase con el perjuicio total causado, los resultados serían desconcertantes y contrarios a toda lógica jurídica[5].

Esta primera interpretación es apoyada por la doctrina mayoritaria para quien el criterio contenido en el apartado 2º se acumula con el anterior. Con ello, se dice, se evita, o puede evitarse, que el que realiza un solo delito patrimonial pueda ser castigado igual que aquel otro que realiza varios continuados[6].

Se aparta de esta línea Cuerda Riezu para quien, al margen de que se consiga o no ese objetivo con el procedimiento de sumar los perjuicios, los mismos problemas de justicia se plantean en infracciones no patrimoniales. No resulta inteligible entonces por qué el desvalor del resultado es mucho más importante en unos casos que en otros[7].

Como con gran acierto señala un sector doctrinal, segunda interpretación, el actual artículo 74 ha venido a favorecer la desvinculación del tratamiento de los delitos patrimoniales respecto de la primera regla, al dedicarle un número separado[8]. Como señala Boldova Pasamar, la fijación de la clase y el *quantum* de pena aplicable a la infracción continuada contra el patrimonio equivale a la que corresponde a una única infracción contra el mismo patrimonio por la cuantía total del perjuicio causado, pudiendo producirse el fenómeno denominado como "salto de tipo", que más exactamente es "salto de pena". La pena obtenida mediante este sistema especial de determinación de la misma excluye la absorción agravada del régimen general, por lo cual podrá imponerse (motivadamente) en cualquiera de sus dos mitades[9].

## III. INTERPRETACION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Bajo la vigencia del artículo 69 bis del Código penal de 1973 esta cuestión fue objeto de análisis por parte de la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial. En dicha Consulta, se reconoce que "directamente y de modo expreso, el artículo 69 bis no establece una concreta penalidad para el delito continuado patrimonial. No se dice de qué pena ha de partirse para imponerla "en cualquiera de sus grados", ni por consiguiente cuál es la pena superior". Tras esta observación llega a la conclusión de que "las penas correspondientes al delito continuado patrimonial, en función siempre del perjuicio total o valor asignado al objeto de la acción, serán impuestas en cualquiera de sus grados, pero pudiendo aumentarse hasta el grado medio de la pena superior".

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995 y la nueva sistemática operada por el legislador en el artículo 74, la cuestión ha vuelto a plantearse ante la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial. En dicha Consulta se abordan los problemas interpretativos que plantea la figura del delito continuado en relación con las infracciones patrimoniales.

La Fiscalía General del Estado se refiere a dos cuestiones distintas: en primer lugar, las consecuencias penológicas que el delito continuado establece para el supuesto de delitos continuados de carácter patrimonial y, en segundo lugar, la consulta se centra en el supuesto de sucesivas o continuadas infracciones constitutivas de falta cuya cuantía supera el *quantum* establecido por el legislador para diferenciar el delito de la falta.

Respecto a la primera cuestión, la Fiscalía con-

---

[5] Vid. Llorca Ortega, *Manual de determinacion de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª. ed., Valencia, 1996, pag. 203

[6] Vid. Cantarero Bandres, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990, pág 143.

[7] Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pág 135.

[8] Vid. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 4ª. ed., Barcelona, 1996, pág. 660.

[9] Boldova Pasamar, en Gracia Martín (Coord.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, pág. 213

sultante plantea dudas en cuanto a la pena que corresponde imponer en el caso de las infracciones patrimoniales continuadas. Se cuestiona si la pena a imponer que establece el artículo 74.1 (imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior) es también aplicable a los delitos continuados de carácter patrimonial, previstos en el apartado 2º de este mismo artículo, o si, por el contrario, el hecho de que estos delitos se hallen regulados en un apartado distinto impide que se aplique el apartado 1º.

La Fiscalía General del Estado deja constancia en su Consulta que las dos tesis que se someten a debate cuentan a su favor con sólidos argumentos que exceden del criterio puramente gramatical, optando finalmente por la que le parece más conforme con la doctrina que ha venido estableciendo el Tribunal Supremo.

La primera tesis sostiene que la nueva redacción dada al artículo 74 por el Código penal de 1995, que dedica un apartado distinto a las infracciones patrimoniales desgajándolo del apartado 1º de dicho artículo, constituye una excepción al sistema general. La separación en tres apartados implica que estamos en presencia de tres tratamientos diferenciados: el genérico de los delitos continuados, el específico de los delitos patrimoniales y el excepcional de los delitos que afectan a bienes jurídicos eminentemente personales. Además de esta razón de orden gramatical, se esgrimen razones de interpretación sistemática al entender que el término "...teniendo en cuenta el perjuicio total causado..." no tiene por qué interpretarse siempre en perjuicio del reo.

La segunda tesis, por el contrario, considera que el artículo 74.2 del Código penal constituye un complemento al régimen general y, por tanto, la pena vendrá dada por la cuantificación del perjuicio total causado, determinante del tipo aplicable, cuya pena deberá imponerse en su mitad superior por aplicación del apartado 1º del artículo 74. Para la Fiscalía consultante esta debe ser la tesis a seguir porque de lo contrario la pena sería la misma, tanto si se comete un delito como si se cometen varios.

Las razones alegadas por la Fiscalía General del Estado para considerar de aplicación el apartado 1º a las infracciones patrimoniales son:

1ª. El hecho de que se dedique un apartado distinto a las infracciones patrimoniales no es motivo suficiente como para entender que no es de aplicación a las mismas el apartado 1º del artículo 74.

2ª. El delito continuado es una figura con caracteres propios y con una pena también propia y específica porque el propio precepto no tiene en cuenta si la pena a imponer resulta más grave de la que supondría acumular las diferentes penas de cada delito por separado, límite que sí se tiene en cuenta en el caso del concurso real o medial.

3ª. Si el legislador hubiese deseado que los delitos patrimoniales tuvieran un tratamiento penológico distinto así lo habría recogido expresa y claramente, tal y como hace con las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales.

4ª. La no aplicación del apartado 1º supondría en la práctica una consecuencia jurídica que el Código penal tiene prevista para hipótesis distintas, ya que la pena más grave señalada en el apartado 2º del artículo 74 absorbería a las demás excluyendo su punición, por lo que se estaría aplicando al delito continuado la solución penológica establecida en el artículo 8.4 del Código penal para un supuesto distinto, como es el concurso de leyes.

Tomando como base a estas cuatro razones, la Fiscalía General del Estado concluye que los números 1 y 2 del artículo 74 deben interpretarse conjuntamente a la hora de determinar la pena a imponer.

A continuación la Fiscalía General del Estado hace un estudio, a pesar de que en la Consulta no se haga referencia a esta duda, sobre la compatibilidad del artículo 74 con otras disposiciones específicas relativas a delitos patrimoniales, llegando a las siguientes conclusiones:

1ª. En los delitos continuados de carácter patrimonial en los que además concurra una agravante específica, las reglas del artículo 74 1 y 2 son perfectamente compatibles con las reglas penológicas del delito en cuestión, excepto en el supuesto de que la agravante específica que concurra sea la de que el hecho "revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración" (art. 235.3º), o la de que "revista especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia" (art. 250.6).

La Fiscalía General del Estado sigue en este tema las pautas que ya marcó en su Consulta 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial, advirtiendo en este caso que no hay que desterrar la posibilidad de aplicar también el artículo 74.1, cuando todos los delitos enjuiciados como delito continuado revistan, cada uno a su vez y aisladamente considerados, el carácter de "especial gravedad" exigido por el tipo cualificado.

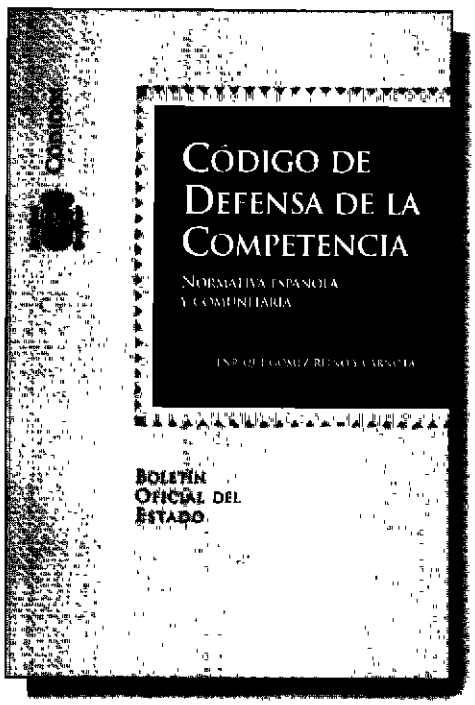
2ª. Cuando en los delitos continuados de carácter patrimonial concurra, además de la circunstancia de que el hecho "revista especial gravedad", la circunstancia de que "hubiere perjudicado a una generalidad de personas", artículo 74.2 *in fine*, se aplicarán las reglas penológicas del artículo 74.2, para el delito continuado masa. En este caso, una vez determinada la pena superior en uno o dos grados, la misma pena se podrá imponer en toda su extensión.

Por último, la Fiscalía General del Estado, plantea y resuelve la segunda consulta sobre las consecuencias penológicas en el caso de continuidad delictiva en las faltas.

Esta segunda consulta se centra en el tema de la pena que sería aplicable en el caso de que diversas faltas continuadas superen el *quantum* establecido para diferenciar la falta del delito. La Fiscalía General del Estado ya resolvió esta cuestión en su Consulta 6/1988, considerando que las faltas continuadas de caracter patrimonial cuya cuantía total excede del *quantum* que diferencia la falta del delito habían de ser castigadas con las mismas reglas

# Publicaciones del Boletín Oficial del Estado

BOE




## CÓDIGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTA

*Derecho español:* Constitución Española, Defensa de la competencia, Exenciones de acuerdos por categorías y autorizaciones singulares. Concentraciones. Estructura orgánica. Aplicación en España de las reglas europeas de competencia.

*Derecho comunitario europeo:* Disposiciones generales. Interpretación por la Comisión de los artículos 85.1 TCE y 65.1 TCECA. Cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículo 85 y 86 TCE. Normas generales de procedimiento. Exenciones por categorías. Normas sectoriales. Concentraciones. Ayudas públicas.

Formularios. Anexos. Tabla cronológica. Índice analítico.
Edición en papel y CD-ROM.

**1.ª edición (abril 1999, actualizada a diciembre 1999), 996 páginas**
**Colección Códigos**
**ISBN: 84-340-1130-1**

Incluye, en Anexo, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, actualizada con las reformas introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de diciembre.

***PVP: 13.500 pesetas***
***81,13 €***

## COLECCIÓN TEXTOS LEGALES

### PROPIEDAD HORIZONTAL

16ª edición (abril 2000), 232 páginas
Textos Legales, n.º 53

***PVP: 1.000 pesetas - 6,01 €***

### IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

3ª edición (abril 2000), 616 páginas
Textos Legales, n.º 74

***PVP: 2.700 pesetas - 16,23 €***

### SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

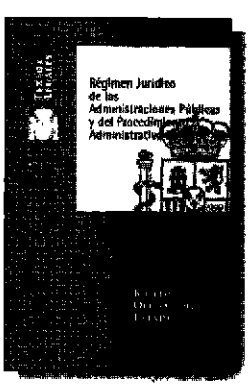
5ª edición (marzo 2000), 400 páginas
Textos Legales, n.º 72

***PVP: 1.600 pesetas - 9,62 €***

### PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

3ª edición (marzo 2000), 412 páginas
Textos Legales, n.º 30

***PVP: 1.600 pesetas - 9,62 €***




### TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA
### Textos consolidados

1ª edición (marzo 2000), 1.176 páginas
Textos Legales, n.º 98

Novedad

***PVP: 3.600 pesetas - 21,64 €***

### JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

18ª edición (marzo 2000), 392 páginas
Textos Legales, n.º 8

***PVP: 1.550 pesetas - 9,32 €***

### RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

10ª edición (mayo 2000), 632 páginas
Textos Legales, n.º 88

***PVP: 2.600 pesetas - 15,63 €***

---

CUPÓN DE PEDIDO

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

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

Deseo recibir las siguientes publicaciones:

CÓDIGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ..... ☐
TEXTOS LEGALES N.º ..... ☐
..... ☐

Si quiere recibir información periódicamente a través de correo electrónico sobre las novedades editoriales del BOE, indíquenos su dirección.

E-mail: .....

Gastos de envío: EMPRESA DE MENSAJERÍA (675 pesetas)

D. ... .....
NIF .....
Domicilio .....
Población y Código Postal .....

....., ..... de ..... de 2000

(firma o sello)

**Ref.: JD.**

Los datos que nos facilite serán incorporados a nuestra base de datos. Usted podrá acceder, cancelar o rectificar sus datos en cualquier momento de acuerdo con la Ley 15/1999

penológicas que para el supuesto de los delitos continuados. Sin embargo, este criterio es replanteado en esta nueva Consulta sobre la base de los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem.*

De acuerdo con estos principios la Fiscalía General del Estado considera que en el caso de sucesivos hechos que aisladamente considerados serían falta por el perjuicio causado, pero que en su conjunto constituyen delito por superar el límite de las 50.000 pesetas, la pena a imponer será la que corresponda a ese delito en toda su extensión, y no de modo obligatorio la pena en su mitad superior.

## IV. INTERPRETACION DEL TRIBUNAL SUPREMO

El concepto de delito continuado en la jurisprudencia española pasó por cuatro etapas claramente diferenciadas[10]. Actualmente se entiende que el delito continuado no es una ficción *pietatis causa,* ni expediente de política criminal, ni modo de endurecer el ordenamiento jurídico castigando adecuadamente conductas que, en su aislamiento, son de índole venial, mientras que, consideradas unitaria y conjuntamente, revisten extraordinaria gravedad, sino ente jurídico de esencialidad real, dotado de existencia y *nomen* propios y autónomos, y que, ontológicamente, tiene vida auténtica e independiente sin necesidad de acudir a ficciones o a entelequias[11]. Si bien no se ha mantenido por parte de la misma un criterio unitario. La jurisprudencia mayoritaria sostiene que: "Ha sido criterio doctrinalmente consagrado, y respaldado jurisprudencialmente, el que la cuantía del perjuicio en las infracciones contra el patrimonio no debe interpretarse como criterio único de punición en tales especies delictivas, sino que el mismo viene a sumarse, con carácter especial, al sistema general que antecede, de modo que el uno no excluye al otro. Con lo cual, como subrayan las sentencias de esta Sala, quiere decirse que "el perjuicio total" determinará la pena básica con la que debe operar el tribunal, ya sea para imponerla en cualquiera de sus grados, ya sea para llegar a los grados mínimo y medio de la superior, postura y criterio justo al no deberse hacer de igual condición al que perpetra un solo delito patrimonial causante del mismo perjuicio que al que comete varias infracciones con el mismo o con mayor daño. La posibilidad agravatoria que contiene el artículo 69 bis (actual artículo 74) actúa como correctora de tales resultados"[12].

Sin embargo, en la actualidad, la interpretación del delito continuado en materia de infracciones contra el patrimonio ha dado un giro importante en la doctrina del Tribunal Supremo.

La Sala del Tribunal Supremo en un Pleno celebrado el 27 de marzo de 1998 para la unificación en la aplicación del derecho, tomó el acuerdo siguiente: "En los casos de hurtos varios la calificación como delito o falta debe hacerse por el total de lo sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del artículo 74 del Código penal, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente".

Sin embargo, el Pleno no abordó una cuestión básica relacionada con la anterior, a saber, una vez convertidas las distintas faltas de estafa, hurto, etc., en un delito continuado de esa misma figura delictiva, si resulta imperativa la imposición del apartado primero del artículo 74 del Código penal, es decir, si resulta o no imperativa la imposición de la pena en su mitad superior conforme al apartado 1º de ese mismo artículo.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado por vez primera el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 1998, en un caso de conversión de dos faltas de estafa en un delito continuado de estafa. El Tribunal Supremo declara, en esta sentencia, que no resulta necesaria la imposición de la pena en su mitad superior cuando la continuidad delictiva tiene su origen en faltas continuadas contra el patrimonio, por las siguientes razones:

a) Constituiría una infracción del principio *ne bis in idem* si se valorase dos veces, en perjuicio del acusado, la suma de cantidades que inicialmente suponían, aisladamente, faltas contra el patrimonio. La primera valoración consistiría en convertir en delito varias acciones que separadas eran constitutivas de falta contra el patrimonio. La segunda valoración, igualmente perjudicial para el acusado, consistiría en prescindir de la regla prevista en el número 1º del artículo 66 del Código penal, imponiéndose un resultado igual a la regla 3ª de ese mismo precepto que se refiere a la concurrencia de circunstancias agravantes. Es decir, también operaría como circunstancia agravante, de apreciarse como imperativa la imposición de la pena en su mitad superior.

Esta posible infracción del principio *ne bis in idem* no se producía con el Código penal derogado ya que el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena, en cuanto el artículo 69 bis le autorizaba a imponerla en cualquiera de sus grados.

b) Se vulneraría el principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena. Así, en este caso, la suma del perjuicio económico causado es de 77.000 pesetas, y un delito de hurto o estafa que generase un perjuicio económico igual e incluso mayor se podría castigar con una pena en su mitad inferior, lo que no sucedería con el delito continuado de seguirse el criterio de la imposición imperativa de la pena en su mitad superior.

c) En este concreto aspecto, no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado en el Código derogado ya que la redacción del delito continuado en el Código vigente difiere de la que tenía en el anterior Código. Así, en primer lugar, porque el apartado que se refiere a los delitos contra el patrimonio está separado por un punto aparte

[10] Sobre la evolución del concepto de delito continuado en la jurisprudencia española, Vid. Castineira, *El delito continuado*, Barcelona, 1977, págs. 23 y ss.

[11] Vid. en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1991.

[12] Vid., entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1994

y en un número distinto, lo que no sucedía en el Código derogado, y ello hace que sea más factible sostener el carácter alternativo o independiente del apartado segundo del artículo 74 del Código vigente, con relación al apartado primero. Y en segundo lugar, en el Código derogado el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena, en cuanto el artículo 69 bis le autorizaba a imponerla en cualquiera de sus grados.

d) La interpretación que se sostiene es la que está en más consonancia con la mayor discrecionalidad que se aprecia en el Código vigente en la determinación de la pena para su mejor individualización, como sucede en la regla 1ª del artículo 66.

e) La no imposición imperativa de la pena, en estos casos, en su mitad superior no empece para que los supuestos de continuidad múltiples o de mayor gravedad no tengan adecuada respuesta, bien con el juego de la mayor discrecionalidad que otorga la regla 1ª del artículo 66, bien con la posibilidad agravatoria que viene prevista, para hechos de notoria gravedad o en los que resulten perjudicados una generalidad de personas, en el mismo apartado segundo del artículo 74 del vigente Código penal.

Por todas estas razones el Tribunal Supremo aconseja otorgar al apartado segundo del artículo 74 del Código penal un carácter alternativo e independiente respecto al apartado primero en lo que concierne a la determinación de la pena. De este modo ese carácter no complementario del apartado que regula las infracciones contra el patrimonio permite a los Tribunales, cuando se trata de un delito continuado surgido de la suma del perjuicio total causado, de lo que inicialmente eran varias faltas contra el patrimonio, aplicar la pena en toda su extensión sin que se vean forzados a la imposición de la pena en su mitad superior, como sucede en el apartado primero de ese mismo precepto del Código penal.

Según lo anterior, el Tribunal Supremo en esta sentencia declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, que alega la no aplicación del apartado 1º del artículo 74 por la Audiencia Provincial de Cádiz.

Un paso más lo da el Tribunal Supremo en su posterior sentencia de 17 de marzo de 1999, al considerar que en el delito continuado no es necesario imponer conforme al artículo 74.2 la pena en su mitad superior. En este caso se trataba de concurrencia de hechos que son delito con hechos que aisladamente considerados serían faltas ya que el acusado realizó varias estafas por los siguientes importes: 49.923 pesetas, 56.148 pesetas, 119.531 pesetas y 145.465 pesetas.

Entiende el Tribunal Supremo en este supuesto concreto que la obligada referencia al "perjuicio total causado", a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados "contra el patrimonio" (art. 74.2, inciso primero, del Código penal), junto con la previsión legal de que en tales delitos el juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados "si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas" (artículo 74.2, inciso segundo del Código penal), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1º del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del "perjuicio total causado", pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena.

Y añade la sentencia: "De no interpretarse así el precepto, carecería de sentido la obligada referencia al "perjuicio total causado", impuesta al juzgador en el texto legal a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una "notoria gravedad" y afectasen a una "generalidad de personas".

Conforme a este criterio, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la suma total de lo defraudado (trescientas setenta y una mil setenta y siete pesetas), estima procedente imponer al acusado la sanción básica prevista en el artículo 249 del Código penal sin hacer uso de la agravación establecida en el apartado 1º del artículo 74 del Código penal.

Una posterior sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de julio de 1999, en un caso de apropiación indebida de la recaudación por un conductor de autobuses, reitera la interpretación del artículo 74.2 del Código penal conforme a las sentencias anteriormente citadas. Entiende el Tribunal Supremo que tratándose de una pluralidad de apropiaciones de metálico, realizadas en días sucesivos, con idéntica mecánica comisiva y aprovechando idéntica ocasión, por importe total de 228.250 pesetas, la aplicación del artículo 74.2. del Código penal es plenamente correcta. Máxime cuando el Tribunal sentenciador, con buen criterio, ha considerado este párrafo autónomamente, en el sentido de no venir condicionado por la penalidad establecida en el primero, y ha prescindido, por ello, de la imposición de la pena en su mitad superior.

## V. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACION DEL DELITO CONTINUADO EN LAS INFRACCIONES PATRIMONIALES

La razón fundamental esgrimida por la doctrina penal mayoritaria para sustentar el criterio de acumulación de los apartados 1º y 2º del artículo 74 en los supuestos de infracciones patrimoniales continuadas, reside en evitar que pueda ser castigado igualmente, con la misma pena, el sujeto que reali-

za un solo delito patrimonial que aquel otro sujeto que realiza varios delitos patrimoniales continuados.

Sin embargo, son varias las razones que aconsejan un tratamiento penológico diferenciado en los supuestos de infracciones continuadas de carácter patrimonial, sin sujeción a la regla del apartado 1º del artículo 74 del Código penal.

En primer lugar: razones sustentadas en las modificaciones sufridas en la redacción del delito continuado de carácter patrimonial con la entrada en vigor del Código penal de 1995 en relación con la redacción que contenía el Código penal derogado.

La primera razón se basa en la diferente estructura que adopta el artículo 74. Frente al texto punitivo derogado que contenía una regulación conjunta para los delitos continuados fueran o no de carácter patrimonial, el legislador de 1995 dedica un apartado distinto e independiza, de este modo, el apartado 2º del apartado 1º del artículo 74. Dedica, en efecto, el legislador de 1995, un primer apartado a la tipificación del delito continuado genérico, un tercer apartado a las excepciones a la continuidad delictiva y un segundo apartado a las infracciones continuadas de carácter patrimonial.

Se alega, no obstante, por la doctrina mayoritaria que no es suficiente la regulación en apartados distintos para cambiar el criterio hasta ahora mantenido, en el sentido de entender que también en el caso de las infracciones patrimoniales continuadas se ha de aplicar la regla contenida en el apartado 1º del artículo 74 y, por tanto, imponer la pena en su mitad superior. Criterio, por otra parte, no mantenido de forma unitaria por la jurisprudencia[13].

A mi juicio, la nueva redacción ha venido a favorecer la desvinculación del tratamiento de los delitos patrimoniales continuados al desgajarla de la regla primera del artículo 74. Con esta enumeración en apartados distintos queda manifiesta la voluntad del legislador de entender que en las infracciones patrimoniales continuadas la pena ha de imponerse, como reza el propio apartado 2º del artículo 74, en exclusiva función de datos cuantitativos, teniendo en cuenta "el perjuicio total causado", convirtiéndose así en regla especial que se separa de la regla general, al igual que sucede con el denominado delito masa, delito típicamente patrimonial, regulado en el apartado 2º *in fine* del artículo 74, que se sustrae a la regla general contenida en el apartado 1º.

La segunda razón se fundamenta en el diferente tratamiento penológico ofrecido por el Código penal derogado y el Código penal vigente.

Mientras el Código penal derogado establecía un aumento de la pena potestativo, "que *podrá ser aumentada* hasta el grado medio de la pena superior" (art. 69 bis), el Código penal vigente opta por el carácter obligatorio del aumento, "que *se impondrá* en su mitad superior" (art. 74.1), lo que se traduce en una exacerbación punitiva. De ahí que en el cambio del carácter potestativo al carácter obligatorio del aumento de pena se encuentre, quizás, una de las razones del desdoble del antiguo artículo 69 bis, para evitar, precisamente, que tal obligatoriedad lleve a tal exacerbación punitiva

En segundo lugar: razones técnico-jurídicas.

Desde esta perspectiva carecería de todo sentido la previsión legal de la expresión "perjuicio total causado" en el momento de determinar la pena a imponer, impidiendo al juez adecuar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto. A su vez, el apartado segudo comienza diciendo "se impondrá la pena", en clara referencia a una regla penológica propia.

Además, si el legislador hubiera querido vincular el apartado 1º al apartado 2º lo hubiera hecho constar expresamente como hizo en el Anteproyecto de Código penal de 1992 cuyo artículo 74.2 establecía: "Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, *aplicándose igualmente la regla prevista en el número anterior*". Con esta mención expresa, que no deja lugar a interpretaciones, el legislador declara que el deslinde de los apartados, como sucede en el Código penal vigente, no impide la aplicación de la regla general a los delitos continuados de carácter patrimonial.

De igual tenor literal era el apartado 2º del artículo 75 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992. Sin embargo, y curiosamente, el legislador cambia de criterio a partir del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1994 y hace desaparecer el inciso "aplicándose igualmente la regla prevista en el número anterior". Supresión que se mantiene en el texto definitivo del actual artículo 74.2º. Con esta supresión es evidente y manifiesto que la intención del legislador era no hacer depender el apartado 2º de la regla contenida en el apartado 1º. Si el legislador hubiese querido que los delitos continuados patrimoniales se sometieran a la regla general no hubiera eliminado del texto el mencionado inciso.

Puesto que el objeto de la interpretación es determinar y fijar el contenido de la ley, debe reconocerse como uno de los medios más útiles para este fin la indagación del motivo, o sea, la razón y causa de la ley, *ratio legis*, es decir, la intención y voluntad del legislador, *mens legis*[14].

En tercer lugar: por razones de vulneración de los principios constitucionales de *ne bis in idem* e igualdad.

El principio *ne bis in idem* y el principio de igualdad, en su vertiente de proporcionalidad de las penas, quedarían vulnerados con la aplicación del apartado 1º a los supuestos de continuidad delictiva patrimonial. El primer principio se vulneraría como consecuencia de valorarse dos veces, en perjuicio del acusado, la suma de cantidades que consideradas faltas pasan a transformarse en delito continuado y la segunda valoración, también perjudicial para el acusado, al prescindir de la regla prevista en el artículo 66.1ª, quedando una pena igual que si se hubiese aplicado la regla 3ª de ese mismo artículo, es decir, como apreciación de una circunstancia agravante.

[13] Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de octubre de 1997 y la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999.

[14] Vid Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, ob. cit , pág 588.

El principio de igualdad en relación con la proporcionalidad de las penas se vulneraría en el momento en que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena. Como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de abril de 1998 "el principio de proporcionalidad en la imposición de las penas no solamente se dirige al legislador, sino también al interprete de la ley, dado que se deriva del valor justicia establecido en el artículo 1 CE como garantía superior del ordenamiento jurídico y obliga, por tanto, a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE)".

La doctrina mayoritaria alega que no puede castigarse de igual forma al sujeto que realiza un solo delito patrimonial que aquel otro sujeto que realiza varios atentados contra el patrimonio con continuidad delictiva.

Esta objeción carece de toda lógica jurídica, pues hay que pensar que si se mantuviera el criterio de acumulación, se podría castigar con mayor pena varios delitos patrimoniales continuados cuyo monto no superase el valor de un solo delito patrimonial. Así, tres hurtos, en continuidad delictiva, de 60.000 pesetas cada uno sería castigado con mayor pena (prisión de doce a dieciocho meses) que un solo delito de hurto por valor de 300.000 pesetas (prisión de seis a dieciocho meses).

Lógicamente, la no imposición imperativa de la pena en su mitad superior no supone que los supuestos de continuidad múltiples o de mayor gravedad no tengan adecuada respuesta, bien a través de la regla 1ª del artículo 66, bien con la posibilidad agravatoria prevista en el mismo apartado 2º del artículo 74 *in fine*. Este doble juego de posibilidades sirve para evitar que situaciones desiguales sean castigadas con penas iguales.

Algunas de estas razones ya han sido alegadas por distintas Fiscalías, según consta en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, para cuestionar el tratamiento penológico que se da a las infracciones patrimoniales continuadas y se pronuncian, en general, a favor de la no aplicación de la exacerbación punitiva prevista en el apartado 1º del artículo 74. Para las distintas Fiscalías el art. 74.2º establece una regla especial a todos los efectos y, por tanto, la pena base de los delitos patrimoniales continuados es la que corresponde al perjuicio total causado en toda su extensión y así fijada, operaran entonces las reglas generales para la aplicación de las penas (arts. 61 a 72) atendiendo a las formas de apreciación del delito y posibles circunstancias modificativas[15].

Asimismo, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal se refiere a la pena para el delito continuado en los siguientes términos: "Lo previsto en el artículo 74.1 supone la obligatoriedad de imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, frente a la imposición simplemente facultativa del Código penal derogado. Si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 74.2 con respecto a los delitos contra el patrimonio, que pueden llevar a considerar como delito lo que de no existir tal precepto debería calificarse como falta continuada, puede resultar exagerada la actual obligatoriedad, y ello aunque se interprete, debe hacerse que la aplicación de lo dispuesto en el núm. 2 del artículo 74 impide imponer la pena prevista en el núm. 1".

Se inicia el camino hacia una nueva interpretación del tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio continuadas. En este sentido, la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo han dado un paso adelante y han replanteado el tema pero, ciertamente, tan solo en relación con la pena aplicable al caso de que diversas faltas continuadas se transformen en delito continuado. En estos supuestos se defiende, desde ambas instituciones, el criterio de la no obligatoriedad de elevar la pena a su mitad superior y se postula el carácter alternativo e independiente, regla singular, del apartado 2º al margen de la previsión contenida en el apartado 1º del artículo 74 del Código penal. En estos casos, para individualizar la pena, el juez puede recurrir a los artículos 66.1 y 74.2 *in fine*, del Código penal.

No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de marzo de 1999, en un caso de concurrencia de hechos que son delito con hechos que aisladamente considerados serían faltas, ha ido, acertadamente, más lejos al considerar que en el delito continuado no es necesario imponer conforme al artículo 74.2 la pena en su mitad superior.

[15] Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, págs. 337 y 338.

# ESTUDIOS

## Garantías*

Luigi FERRAJOLI

### 1. GARANTIAS Y GARANTISMO

"Garantía" es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. El sentido originario del término es, sin embargo, más restringido. Por *garantía* se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano[1], dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales[2]. Justamente en relación con estos derechos, se distinguen dos clases de garantías: las *garantías reales*, como son la prenda o la hipoteca, mediante las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien –mueble, en el primer caso, inmueble, en el segundo– con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las *garantías personales*, como la fianza y el aval, a través de las cuales, un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación, a satisfacerla en el lugar del deudor.

La ampliación del significado del término "garantías" y la introducción del neologismo "garantismo" para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales[3] son, en cambio, relativamente recientes. Entiendo por "derechos fundamentales" –en oposición a los "derechos patrimoniales", como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares, que adquiere cada individuo con exclusión de los demás– aquellos derechos universales y, por ello, indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar[4]: ya se trate de derechos negativos, como los *derechos de libertad* a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los *derechos sociales*, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.

Esta ampliación del significado de "garantías" se ha producido en el terreno del derecho penal. Más concretamente, la expresión "garantismo", en su sentido estricto de "garantismo penal", surgió, en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales. En este sentido, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente a ese "terrible poder" que es el poder punitivo, en expresión de Montesquieu[5].

Por otro lado, a mi juicio, una concepción de este tipo del garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales. En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder. En este sentido, "garantismo", se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de derecho privado, como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un "poder bueno" o, en todo caso, de una observancia espontánea del derecho y

---

* Publicado en *Parolechiave*, nº 19, 1999 Trad del italiano de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

[1] Aunque el concepto general de "garantía" resulte extraño al pensamiento y al lexico jurídico romanista, el derecho romano conocia casi todas las principales formas negociales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tanto las garantias reales del *pignus* y de la *hypotheca*, como las personales de la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. El termino, por su parte, tiene origen germánico, proviene del alemán antiguo *waren* o *waeren*, del que se deriva la expresion alemana *warentare* y, de esta, la italiana "guarentire" y "guarentigia" ["garantizar" y "garantía", *N. de los T.*]. La elaboracion de la categoría dogmática de las garantías, a su vez, es fruto de la pandectística alemana del siglo pasado Para todos estos asuntos, véase M. Fragali, "Garanzia. Premessa" en *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, págs. 446-447.

[2] Las obligaciones civiles que son objeto de garantia son de lo más heterogéneas: desde la garantía por evicción o por vicios ocultos de la cosa vendida en la compraventa (art. 1483 y 1490 del Codigo Civil) a la de la validez del contrato o la de la existencia del crédito en la cesion de uno u otro (art. 1410 y 1266 del Código Civil), hasta las garantias de la solvencia del deudor (1267 del Código Civil) o las del cumplimiento contractual (art. 1410 del Codigo Civil).

[3] Se habla, en este sentido, de "garantias constitucionales" para referirse a la tutela reforzada de los derechos resultante de su estipulación en una constitucion rígida. Debe, sin embargo, señalarse que con "garantía constitucional" se entienden, también, como consecuencia del empleo de esta expresión en la rúbrica del titulo VI de la Constitucion Italiana, las garantías de las que dispone la propia constitución como consecuencia de su rigidez, que se expresan en la previsión de un procedimiento especial para su reforma, garantizada a su vez, mediante el control de constitucionalidad.

[4] Remito, para esta noción de "derechos fundamentales" y para las diferencias estructurales entre estos derechos y los derechos patrimoniales, a "Diritti fondamentali", en *Teoria Politica*, 1998, 2, págs. 9-14 [Ed. cast., en *Derechos y garantías*, trad. de P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999] y a "I diritti fondamentali nella teoria del diritto", en *Teoria Politica*, 1991, 1, págs 59-67 [Ed. cast. en *Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2000, en preparación]. Sobre este mismo tema, véanse también, mis trabajos *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 1998[5], págs. 950-963 [Ed. cast., *Derecho y razón. Teoria del garantismo penal*, trad de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayon Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 4ª ed, 2000], y "Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e Ragione'", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, págs. 508-512.

[5] Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), en *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1951, vol. II, XI, 6, pag. 398 [Ed cast. *Del Espiritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972]

de los derechos. Hablaré así de diversos tipos de garantismo, según el tipo de derechos para cuya protección se predispongan o prevean las garantías como técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción. De *garantismo patrimonial*, para designar al sistema de garantías destinado a tutelar la propiedad y los demás derechos patrimoniales; de *garantismo liberal* y, específicamente, *penal*, para designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial; de *garantismo social*, para designar el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes; de *garantismo internacional*, para designar a las garantías adecuadas para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales, por el momento casi inexistentes. En general, se hablará de *garantismo* para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional– mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.

Hay que añadir que, actualmente en Italia, la opción entre usos restringidos y un uso ampliado de "garantismo" no es, en absoluto, políticamente neutral. En efecto, la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal se combina, en sectores relevantes de la actual cultura política liberista, con la intolerancia frente a cualquier tipo de límites jurídicos y, especialmente, judiciales, al poder político y, más aun, al económico. Significa, por tanto, lo opuesto a "garantismo" como paradigma teórico general, que implica, en cambio, sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados. Este es el paradigma que pretendo ilustrar aquí sucintamente y que, como trataré de demostrar, es uno y el mismo que el del actual estado constitucional de derecho. Con tal finalidad, resultará útil redefinir preliminarmente el concepto de 'garantía' como categoría general de la teoría del derecho.

## 2. GARANTIAS PRIMARIAS Y GARANTIAS SECUNDARIAS. GARANTISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Propongo llamar *garantía* a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por "derecho subjetivo" toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)[6]. Distinguiré, por tanto, entre garantías positivas y garantías negativas, según que resulte positiva o negativa la expectativa garantizada. Las *garantías positivas* consistirán en la obligación de la comisión, las *garantías negativas* en la obligación de la omisión –es decir, en la prohibición– del comportamiento que es contenido de la expectativa.

Son, por tanto, garantías, respectivamente positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos), que se generan con la violación de los derechos subjetivos. De esta forma, entra en juego una segunda y muy importante distinción. Llamaré *garantías primarias* o *sustanciales* a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré *garantías secundarias* o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.

Correlativamente, se puede llamar *normas primarias* a las que disponen obligaciones y prohibiciones, incluidas por tanto a las garantías primarias, y *normas secundarias* a las que predisponen las garantías secundarias de la anulación o de la sanción, en el caso de que hayan resultado violadas las normas y garantías primarias. Por ejemplo, la garantía primaria del derecho de propiedad es la prohibición del hurto establecida por la norma primaria que crea el delito de hurto; la garantía secundaria es la obligación de aplicar la sanción prevista por las normas secundarias que castigan el hurto y que disciplinan las formas de su persecución. La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen; su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes, prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad.

Es evidente que mientras que la observancia de las garantías (y de las normas) primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, la de las garantías (y de las normas) secundarias opera, sólo eventualmente, como remedio previsto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos. Por ello, hablaré, además, de *efectividad* e *inefectividad primaria, de primer grado* o *sustancial* a propósito de la observancia o inobservancia de las normas (y garantías) primarias, y de *efectivdad e inefectividad secundaria* o *de segundo grado* o *jurisdiccional* a propósito de la observancia o inobservancia de las secundarias. *Tangentopoli*, por ejemplo, constituye un ejemplo clamoroso de inefectividad de las normas primarias en el tema de la corrupción. Mientras que las causas de *Mani Pulite* han supuesto un notable ejemplo de efectividad secundaria de las correspondientes normas secundarias. Los crímenes contra la humanidad cometidos impunemente en todo el mundo, con mucha frecuencia por los Estados y sus gobernantes,

[6] Para una explicación más analítica de estas nociones de "derecho subjetivo" y de "garantía", así como de las que más adelante se utilizan de garantías (y normas) "primarias" y "secundarias", remito a "Diritti fondamentali", cit., págs. 8 y 23-24; "I diritti fondamentali nella teoria del diritto", cit., págs 76-87; "Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto", en *Logos dell'essere, logos della norma*, edición de L. Lombardi Vallauri, Adriatica Editrice, Bari, 1999, págs. 920-926 y 945-949 [Ed cast. "Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho", trad. de A. Rodenas y J. Ruiz Manero, en *Doxa*, 20, Alicante, 1997].

constituyen una indicación de la inefectividad, tanto primaria como secundaria, de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de 1948 y en otras cartas y convenciones posteriores.

Se evidencia, de esta forma, que el garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo, a cuya historia, teórica y práctica, aparece estrechamente vinculado su desarrollo. Aunque es cierto que las garantías consisten en un sistema de obligaciones y prohibiciones, no es menos evidente que su capacidad de vincular a los poderes supremos, comenzando por el poder legislativo, depende de su rígido fundamento positivo en normas superiores a éstos, como son, justamente, las normas constitucionales. En el *Estado legislativo de derecho*, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles[7], la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. Existían, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos antigarantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético-político de la justicia, y no en el plano jurídico de la legalidad. No obstante su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, al menos en los ordenamientos de la Europa continental, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley.

Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual, las leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad. Las constituciones y los principios y derechos fundamentales establecidos en las mismas, pasan así a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben la *esfera de lo indecidible*, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones, en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales.

Se trata de una profunda transformación del paradigma original del positivismo jurídico, con el que alcanza su culminación el principio, característico del estado de derecho, de la sujeción a la ley de todo poder, incluido, por tanto, al propio poder legislativo[8]. Gracias a esta transformación, cambia la naturaleza de la validez de las leyes, que deja de coincidir con su mera existencia determinada por el simple respeto a las formas y procedimientos establecidos por las normas formales sobre su producción, y que exige, además, la coherencia de sus significados con los principios constitucionales. En segundo lugar, cambia la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, a las que ya no corresponde únicamente la aplicación y el conocimiento de unas normas legales cualesquiera, sino que asumen, además, un papel crítico de su invalidez siempre posible.

Cambia, sobre todo, con la transformación de las condiciones de validez de las leyes, la propia naturaleza de la democracia y la política. En efecto, el garantismo constitucional introduce, en la democracia, una dimensión *sustancial*, ajena al viejo paradigma del estado legislativo de derecho y generada, precisamente, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de gobierno, por parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las constituciones. De ese modo, en el estado constitucional de derecho, la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder, ya no está sólo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio –el *quién* y el *cómo* de las decisiones–, sino también por las reglas que condicionan su sustancia –es decir, el *qué* es lícito u obligatorio decidir, por cualquier mayoría– y que son, justamente, las garantías impuestas a sus contenidos por la constitucionalización de los derechos fundamentales: las garantías primarias negativas en forma de límites o prohibiciones impuestas por los derechos de libertad; las garantías primarias positivas en formas de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales; las garantías secundarias del control de constitucionalidad de las leyes y de la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, comenzando, obviamente, por los derechos fundamentales.

Así resulta, en el plano normativo, un modelo de democracia –la *democracia constitucional*– caracterizado por un complejo sistema de límites y vínculos legales, de la separaciones y equilibrios de poderes, de jerarquías normativas y controles jurisdiccionales, y, en consecuencia, diametralmente opuesto a la imagen de la democracia plebiscitaria tan frecuentemente evocada, en el debate político actual, por los defensores más acérrimos del principio mayoritario. La "democracia", según esta imagen, no sería otra cosa que la omnipotencia de la mayoría legitimada por el voto popular, que permitiría abusos de poder, conflictos de intereses e impunidad; así como, simétricamente, el "liberalismo" consistiría, a su vez, en la ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa. La expresión "liberal-democracia", que en el léxico clásico designaba un sistema político basado en la tutela de las libertades individuales, la división de poderes y los principios del estado de derecho –exactamente lo contrario, por tanto, de la palabra "absolutismo"– habría terminado, así por designar, en esta perspectiva, dos formas convergentes de absolutismo, ambas contra-

[7] Naturalmente, puede compartirse la tesis teórica de la "rigidez natural" de las constituciones escritas, sostenida por A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996 [Ed. cast. en Joaquín Varela Suanzes y Alessandro Pace, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995], según el cual, incluso el Estatuto Albertino del Reino de Italia sería, en realidad, una constitución rígida, más aun, rigidísima en cuanto inmodificable, y que sólo por "responsabilidad de los políticos y de la doctrina" se transformó, aunque subrepticiamente, en una constitución flexible. En todo caso, la defensa de esta tesis se produce solamente ahora, y no en los años veinte, cuando el Estatuto fue aniquilado por Mussolini, sin que ningún jurista protestase contra el golpe de estado; de forma que bien puede afirmarse que las constituciones no fueron rígidas hasta que no se les dio tal consideración, gracias, por otra parte, a la introducción de un procedimiento especial de reforma constitucional y de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

[8] He ilustrado esta transformación del paradigma en, "Il diritto come sistema di garanzie", en *Ragion Pratica*, I, 1, 1993, págs 143-161, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 1997, págs 33 y 39 y ss. [Ed. cast. en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit.]; "La democrazia costituzionale", en P. Vulpiani (ed.), *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Armando Editore, Roma, 1998, pags. 53-66, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, págs. 53-56 y 105-113.

rias al sistema de vínculos y contrapesos en que consiste el garantismo: el absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado, de los poderes políticos y de los económicos, especialmente amenazadores por su marcada tendencia a confundirse.

## 3. EL GARANTISMO CLASICO LIBERAL. LAS GARANTIAS PENALES Y PROCESALES

El paradigma garantista y constitucional que aparece aquí sucintamente esbozado es un paradigma teórico y normativo, ciertamente no realizado y, acaso, como sucede con todos los paradigmas normativos, nunca realizable de manera perfecta. Las garantías, como se ha dicho, tanto primarias como secundarias, son normas primarias y secundarias, respectivamente. Aunque implicadas por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, en la realidad pueden faltar cuando no hayan sido, a su vez, expresamente establecidas. Incluso, de hecho, aunque se hayan establecido, pueden ser violadas por sus destinatarios que, como se ha visto, son los poderes públicos. Ello explica por qué el paradigma garantista sea siempre un paradigma en gran medida carente de desarrollo, aunque venga impuesto por las cartas constitucionales, quedando vacío de contenido por defecto de actuación, tanto por la ausencia como por la inefectividad, ya de las normas primarias de garantías o de las secundarias.

Se puede hablar de carencia o inefectividad de las garantías, ante todo, en relación con el garantismo penal, que, en efecto, ha supuesto, desde la Ilustración, el terreno sobre el que se ha edificado el modelo del estado liberal de derecho. Las garantías penales y procesales, como se ha señalado, son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales. Esta misma idea se ha identificado, con frecuencia, con el proyecto de un "*derecho penal mínimo*": es decir, con un sistema penal capaz de someter la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos, como en su constatación judicial– a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona. En lo que se refiere al *delito*, estos límites no son otros que las *garantías penales sustanciales*: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los comportamientos punibles a los de *lesividad, materialidad* y *culpabilidad*. En lo relativo al *proceso*, se corresponden con las *garantías procesales* y *orgánicas*: el principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural[9].

Estas mismas garantías, por otra parte, sirven para limitar y minimizar el poder punitivo, en la medida en que todas ellas pueden configurarse como técnicas normativas destinadas a vincularlo al papel de averiguación de la *verdad procesal*. Por ello, cabe caracterizar las *garantías penales*, empezando por la formulación clara y precisa de las figuras penales impuesta por el principio de estricta legalidad (por ejemplo, "Ticio ha causado voluntariamente la muerte a un hombre"), como aquéllas que, en el plano legal, aseguran en grado máximo la averiguación de la *verdad jurídica*, es decir, la *verificabilidad* y *refutabilidad*, en abstracto, de las hipótesis de la acusación, dado que no podría verificarse ni refutarse una acusación vaga e indeterminada (por ejemplo "Ticio es enemigo del pueblo" o "es un sujeto peligroso"). En cambio, es posible caracterizar las *garantías procesales*, de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional, la averiguación de la *verdad fáctica*, es decir, que exigen, en concreto, la *verificación* por las hipótesis acusatorias de la acusación y permiten su *refutación* por parte de la defensa.

Es ésta fundación sobre la *verdad* –aunque sea en un sentido inevitablemente relativo, por el carácter opinable de la interpretación judicial y, por tanto, de la *verdad jurídica*, y, en cualquier caso, por el carácter probabilista de la inducción probatoria de la *verdad fáctica*– la fuente de legitimación específica de la jurisdicción, que justifica su independencia en un estado de derecho. A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el estado derecho es una actividad cognoscitiva además de práctica o prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una *motivación* en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende del respeto a las normas de producción y cuya legitimidad política depende de su oportunidad, de su fidelidad a los intereses representados, de la representatividad o de la autonomía de sus autores, y no de ciertas premisas, de hecho o de derecho, argumentadas como "verdaderas". Las sentencias, por el contrario, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos sobre los hechos y recognoscitivos sobre el derecho, de cuya aceptación como "verdaderos" depende tanto la *validez* o legitimación jurídica interna o formal, como la *justicia* o legitimación política, externa o sustancial de las mismas

A esto se debe que, a diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal. *Veritas, non auctoritas facit judicium*, podríamos decir a propósito del fundamento de la jurisdicción, invirtiendo, así, el principio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem* que, en cambio, es válido para la legislación[10]. No se puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad o a los intereses de la mayoría. Ninguna mayoría, por muy aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político –del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública– puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdic-

[9] Sobre el modelo normativo de "derecho penal mínimo" y sobre el sistema de garantías penales y procesales como garantías de verdad, además de como inmunidad contra la arbitrariedad, cfr. *Diritto e ragione*, cit.

[10] "Doctrinae quidem verae esse possunt; sed authoritas, non veritas facit legem" (T. Hobbes, *Leviathan*, (1651), trad. latina (1670) en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, edición de W. Molesworth (1839-1845), reimpresion, Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, pág. 202) [Ed. cast., *Leviatán*, trad. y prólogo de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989]. Sobre la oposición entre las dos máximas que expresan las fuentes de legitimación, respectivamente, de la jurisdicción y de la legislación, cfr , *Diritto e ragione*, cit., págs. 35 y ss.

ción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso, o viceversa.

Existe, por tanto, un nexo no sólo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino entre derecho penal mínimo, efectividad y legitimación del sistema penal. Sólo un derecho penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales puede asegurar, junto a la certeza y al resto de garantías penales, también la eficacia de la jurisdicción frente a las formas, cada vez más poderosas y amenazadoras, de la criminalidad organizada. Y sólo un derecho procesal depurado del legado de la emergencia –de la disparidad entre acusación y defensa a la excesiva discrecionalidad en la prisión preventiva– puede ofrecer un fundamento robusto y creíble a la independencia del poder judicial y a su papel de control de la ilegalidad de los poderes. Defensa social y garantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias se configuran, así, como las dos vertientes, no sólo esenciales sino relacionadas entre sí, que legitiman la potestad punitiva. El derecho penal mínimo se caracteriza, de este modo, como la *ley del más débil* que, en el momento del delito es el agraviado, en el del proceso, el imputado y en el de la pena, el condenado.

Desafortunadamente, hay que reconocer que el modelo de jurisdicción como actividad cognoscitiva de aplicación de la ley que aquí se ilustra es un modelo teórico (y normativo), desmentido (y violado), de hecho, por los amplios espacios de discrecionalidad generados por el déficit de garantías de nuestro sistema judicial: por la ausencia de *garantías penales*, como consecuencia de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos delictivos, que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la intervención penal, en contradicción con el principio de estricta legalidad; por la debilidad de las *garantías procesales*, como consecuencia de la quiebra de nuestro proceso acusatorio tras las reformas de emergencia de 1992, que desequilibraron el proceso, reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa, y el de la instrucción frente al juicio. De ahí se derivan injerencias y conflictos entre poderes que, desde hace años, dividen en nuestro país a la opinión pública siguiendo lógicas facciosas, que envenenan el debate sobre la justicia, impiden la confrontación racional y corren el riesgo de provocar un descrédito general de nuestras instituciones.

Esta quiebra de la legalidad, por tanto, se resuelve, principalmente, en una descalificación de todo el sistema penal –de su certeza, su cognoscibilidad y su eficacia– constatada oficialmente por la declaración de bancarrota que supuso, hace diez años, la sentencia de la Corte Constitucional n. 364 de 1988, que archivó, por poco realista, el clásico principio penal de la no excusabilidad por desconocimiento de la ley penal. Al mismo tiempo, ello repercute sobre la jurisdicción, ampliando sus espacios de arbitrariedad, comprometiendo la obligatoriedad de la acción penal y debilitando la naturaleza cognoscitiva de los juicios y, con ella, la fuente de la legitimidad misma del poder judicial y de su independencia.

Una crisis de la justicia penal de esta magnitud reclama la responsabilidad tanto de la legislación como de la jurisdicción, unidas desde hace veinte años –más allá de polémicas entre políticos y magistrados– en una insensibilidad general al valor de las garantías y en la correspondiente sumisión a las razones de la excepción y la emergencia: primero, terrorista, después, mafiosa o camorrista. Esta insensibilidad constituye, sobre todo, un síntoma de miopía y de falta de previsión. Los magistrados, en primer lugar, deberían reivindicar el refuerzo y el respeto de las garantías penales y procesales, de las que depende exclusivamente la jurisdicción penal y su independencia. Por otro lado, sólo una política no coyuntural de la justicia, que asuma como primer y urgente objetivo la refundación garantista de la legalidad penal, podrá rehabilitar, hoy, el primado de la función legislativa y limitar el poder de los jueces, anclándolo a la sujeción a la ley y a su función cognoscitiva. Para ello, no basta con las numerosas leyes de despenalización proyectadas o aprobadas durante años, ni siquiera con una reforma del viejo código penal fascista. Sería necesaria una reforma de toda la legislación penal fundamentada en una mejora del lenguaje de las leyes informada en los principios garantistas de taxatividad y lesividad y, además, en el refuerzo del tradicional principio de legalidad penal. No basta la simple reserva de ley, hace falta una *reserva de código*, es decir, el principio de que ninguna norma penal o procesal pueda dictarse si no es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada, quizá, con procedimientos agravados. Sólo una reforma de este tipo podría poner fin al caos normativo, restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, entre justicia y política, y restituir la credibilidad tanto a una como a otra[11].

## 4. EL FUTURO DEL GARANTISMO

Todavía más débiles y faltas de actuación que las garantías penales y procesales de los derechos de libertad, se encuentran las garantías del resto de los derechos fundamentales, a pesar de haber sido sancionados por las constituciones estatales y las declaraciones internacionales de derechos humanos. El paradigma garantista de la democracia constitucional es, pues, un paradigma embrionario, que puede y debe extenderse, como he señalado al comienzo, en una triple dirección: 1) en primer lugar, para garantizar todos los derechos, no sólo los de libertad, sino también los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los públicos sino también los privados; 3) en tercer lugar, a todos los planos, tanto el del derecho estatal, como el del derecho internacional.

Se trata de tres expansiones del paradigma garantista que nos legara la tradición liberal, todas ellas igualmente prometidas por el diseño normativo recogido en el conjunto de las diferentes constituciones. Este paradigma, como se sabe, nació para la tutela de los derechos de libertad, se redujo a ser un sistema de límites a los poderes públicos pero no a los poderes económicos y privados, y ha quedado anclado dentro de los confines del estado-nación. El futuro del constitucionalismo y, con él el

[11] He defendido, últimamente, el principio de reserva de código penal y procesal pena en "La giustizia penale nella crisi del sistema politico", en *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, edición de E. Bruti Liberati, A. Ceretti y A. Gisanti, Feltrinelli, Milano, 1996, págs. 81-82; "La pena in una società democratica", en *Questione giustizia*, 1996, 3-4, págs. 537-538; "Giurisdizione e democrazia", en *Democrazia e diritto*, 1997, 1, págs. 302-303.

de la democracia, depende, por el contrario, de esta triple articulación y evolución: hacia un garantismo social, además de liberal; hacia un garantismo frente a los poderes económicos privados, además de frente a los poderes públicos; hacia un garantismo internacional, además de estatal.

Una expansión de este tipo está presente en la propia lógica del constitucionalismo. La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera pública de los derechos[12]: de los derechos de libertad de las primeras declaraciones y constituciones decimonónicas, al derecho de huelga y los derechos sociales de las constituciones de nuestro siglo, o los nuevos derechos a la paz, a la conservación del ambiente, a la información y similares, hoy reivindicados y aún no todos constitucionalizados; de la constitucionalización rígida de estos derechos, a su internacionalización en la Declaración Universal y en los sucesivos pactos y convenciones internacionales de la segunda posguerra. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos fueron conquistados por movimientos revolucionarios contra antiguos regímenes más o menos absolutistas: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, después los movimientos del siglo XIX en favor de los estatutos, las luchas obreras, feministas y ecologistas del siglo pasado y del actual, finalmente, la ruptura histórica del *ancien régime* internacional basado en la soberanía absoluta de los estados que supuso, tras la catástrofe de la segunda guerra mundial y la derrota del nazifascismo, la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Los derechos fundamentales –del derecho a la vida a los derechos de libertad, a los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación, a la subsistencia– se han afirmado siempre al hacerse patente una opresión o una discriminación que, en un cierto momento, se volvió intolerable. Y lo han hecho como *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. Del más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; del más fuerte políticamente, como en los regímenes absolutistas, clericales o policiales; del más fuerte económicamente, como en el mercado capitalista; del más fuerte militarmente, como en la comunidad internacional.

Un argumento teórico con el que suele refutarse la tesis del carácter jurídicamente vinculante de los derecho sociales y, por otro lado, de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales es que tales derechos no son propiamente "derechos", ya que (o en la media en que) carecen de garantías. Si es cierto –se objeta– que los derechos fundamentales, según la propia definición aquí defendida, consisten en expectativas o pretensiones, a las que corresponden obligaciones o prohibiciones por parte de otros sujetos y sanciones o reparaciones en caso de violación, un derecho no garantizado no sería, en realidad, un derecho sino un *flatus vocis* del legislador[13].

Este planteamiento confunde indebidamente los derechos con sus garantías; las cuales, sean primarias o secundarias, cuando se refieren a derechos fundamentales, requieren, siempre, para su existencia, ser introducidas mediante normas distintas de las que sancionan los derechos que garantizan[14]: las normas penales sustanciales, garantía primaria de los derechos a la vida, la libertad y la propiedad y del resto de los derechos violados por los delitos; las normas procesales penales como garantía secundaria de los mismos derechos y como garantía primaria de la inmunidad del imputado frente a la arbitrariedad policial o judicial; las normas sobre asistencia sanitaria o instrucción obligatoria, o sobre los límites de los poderes del empleador o similares, como garantía primaria de los derechos sociales y de los derechos del trabajador, así como las relativas a la justicia administrativa y al proceso laboral como garantía secundaria de estos mismos derechos; finalmente, las normas –todavía carentes de vigencia por falta de ratificación por parte de un número suficiente de Estados, pero sí sancionadas, relativas al estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma en julio de 1998– que prevén una larga serie de crímenes contra la humanidad como garantía primaria de los derechos humanos establecidos en las convenciones internacionales y, como garantía secundaria, su justiciabilidad ante la futura Corte, en caso de inercia de las jurisdicciones nacionales.

Ahora bien, una confusión de este tipo entre derechos y garantías, además de anular una buena parte de las más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo XX, contradice, a mi juicio, la tesis de la naturaleza *positiva* –o *nomodinámica*, en el léxico kelseniano– del derecho moderno. Al contrario de los sistemas que Hans Kelsen llama *nomoestáticos*, como la moral y el derecho natural, en los sistemas nomodinámicos o positivos, la existencia o inexistencia de las normas que disponen obligaciones, prohibiciones o derechos subjetivos no se deducen de la existencia o inexistencia de otras normas, sino que son "puestas" o producidas o, si se prefiere, introducidas por los correspondientes actos de su producción. Resulta, por tanto, perfec-

[12] Sobre los procesos de multiplicación, extensión y fortalecimiento de los derechos fundamentales, cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritt*, Einaudi, Torino, 1990 [Ed. cast., *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991], G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991, trad. it de L. Mancini, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993.

[13] "Un derecho formalmente reconocido pero no *justiciable* –y, por tanto, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos– es *tout court*", afirma, por ejemplo, Danilo Zolo "un derecho inexistente" (D. Zolo, "La strategia della cittadinanza", en *La cittadinanza*, cit., pág 33) Una tesis semejante sostiene R Guastini en "Diritti", en *Analisi e diritto, 1994, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giapichelli, Torino, 1994, págs 168 y 173 [Ed cast., en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J Ferrer i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999], id., "Tre problemi per Luigi Ferrajoli", en *Teoria Politica*, 1998, 2, págs 5-37 [Ed. cast. en *Derechos fundamentales*, cit.] Esta tesis reproduce la sostenida por Hans Kelsen, segun el cual, el derecho subjetivo "es simplemente la obligación del otro o de los otros", o "el reflejo de un deber jurídico" y, por otra parte, "la capacidad jurídica de participar" en la imposición de una "sanción", ya que, en último término, "consiste en (su) protección jurídica" (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960) [Ed. cast. *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, UNAM, México, 1986]; id., *General Theory of Law and State* (1945) [Ed. cast. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1979] ) Para una profundización en la crítica de estas teorías, remito a mi "I diritti fondamentali nella teoria del diritto", cit., págs. 76-87.

[14] El equívoco se debe, probablemente, al hecho de que Kelsen asume como figuras paradigmáticas del derecho subjetivo, sólo a los derechos patrimoniales (*Teoría*, cit., págs. 82): los cuales –al contrario que los derechos fundamentales, directamente producidos por las normas– resultan de sus correspondientes actos singulares de adquisición, junto con los deberes que les corresponden; de forma que, no sólo de hecho, sino también de derecho, tales derechos no existen sin sus obligaciones correspondientes, cuyas violaciones resultan siempre, por su parte, justiciables

tamente posible que, dado un derecho subjetivo como consecuencia de una norma que lo prevé, no existan hasta tanto no se produzcan –aunque debieran existir y, por tanto, ser producidas– ni las normas primarias que establecen la obligación o la prohibición correspondientes (por ejemplo, los órganos encargados de la satisfacción de los derechos sociales o los códigos penales internacionales sobre crímenes contra la humanidad), ni las normas secundarias que disciplinan la persecución de las violaciones de uno y otros (por ejemplo, la accionabilidad en juicio de los derechos sociales o la competencia de una corte penal internacional). Esta ausencia de garantías, no autoriza a sostener la tesis, bien poco iuspositivista, de que los derechos no garantizados no existen aunque existan las normas que los establecen, mientras que, en cambio, impone reconocer en la ausencia de las correspondientes normas garantistas un indebido incumplimiento –la violación de la obligación de emanarlas– que constituye una indebida *laguna*. Concretamente, una *laguna primaria*, cuando falte la estipulación de la obligación y de las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho subjetivo, y una *laguna secundaria* cuando no se hayan instituido los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, es decir, a aplicar las *garantías secundarias*. En estos casos, en resumen, no cabe negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por la norma jurídica: se podrá, tan sólo, lamentar la laguna que lo vuelve un "derecho de papel"[15] y afirmar, con ello, la obligación de colmarla por parte del legislador.

Las consecuencias de esta distinción entre derechos y garantías, impuesta por la naturaleza positiva del derecho moderno, resulta de enorme importancia no sólo en el plano teórico, sino también en el metateórico. En el plano teórico comporta que el nexo entre derechos y garantías no es un nexo empírico sino un nexo normativo, que puede ser (no ya contradicho, sino) violado por la existencia de las primeras y por la inexistencia, es decir, por una laguna, de las segundas; al igual que sucede, por lo demás, con el principio de no contradicción, que igualmente puede ser (no ya contradicho, sino) violado por la existencia de antinomias, es decir, de normas entre sí contradictorias. En el plano metateórico supone un papel no puramente descriptivo, sino crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto: crítico frente a sus lagunas y antinomias que debe poner de relieve, y normativo en relación con la legislación y la jurisdicción a las que impone el deber de colmarlas o repararlas.

Cuestión totalmente diferente es la de la viabilidad concreta de las garantías en las tres direcciones antes indicadas. Ciertamente, el desarrollo del *Welfare State* en el presente siglo se ha producido, en buena medida, mediante el crecimiento de los aparatos administrativos y la mediación burocrática y discrecional, y no a través de la institución de garantías positivas, es decir, de técnicas de satisfacción y de accionabilidad de los derechos sociales parangonables a las de las garantías negativas previstas por la tradición liberal para la tutela de los derechos de libertad y de propiedad. Menos aun se han desarrollado las garantías de los derechos humanos estipulados en las cartas internacionales, los cuales se caracterizan por una casi absoluta inefectividad. En lo relativo a las garantías frente al mercado y a los poderes empresariales, asistimos, en realidad, a un proceso involutivo, pues no sólo no se han elaborado nuevas técnicas de limitación y control de los poderes cada vez mas invasivos y mundiales de las grandes empresas multinacionales, sino que, al contrario, se han reducido, bajo la consigna del actual credo liberista, muchas de las viejas reglas y garantías en materia de derecho laboral, de tutela de los consumidores y de protección del entorno.

Todo esto no quiere decir que tales garantías no resulten técnicamente realizables, que los derechos sociales, al menos en sus mínimos vitales, no puedan quedar satisfechos *ex lege*, mediante prestaciones gratuitas y obligatorias en materia de salud, de educación y de subsistencia, antes que con la mediación burocrática y clientelar, y que no puedan, por tanto, resultar accionables en juicio, como impone el artículo 24 de la Constitución italiana. Que los presupuestos estatales no puedan quedar vinculados, incluso constitucionalmente, a cuotas mínimas de gasto social y sometidos, así, al control de constitucionalidad. Que el mercado y las relaciones laborales no estén sometidos, por normas estatales y por convenciones internacionales, a los límites y vínculos exigidos por los derechos fundamentales virtualmente lesionados por aquellos. Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional para Crímenes contra la Humanidad no resulte finalmente ratificado por todos los Estados o, al menos, por el número mínimo exigido para su entrada en funcionamiento. Que, por último, las instituciones financieras internacionales, del Fondo Monetario al Banco Mundial, no se vean obligadas a orientar sus intervenciones a la ayuda en lugar de a la asfixia de las economías de los países más pobres. Se trata, ciertamente, de expectativas a largo plazo, destinadas, probablemente, a no verse nunca satisfechas. Pero es igualmente cierto que la divergencia abismal entre norma y realidad, entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes –cualesquiera que sean– a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles.

Todas las garantías, en efecto, tienen un coste: mínimo en el caso de las garantías liberales y penales negativas, que exigen simplemente límites negativos, plazos amplios y procedimientos complejos para la definición, la averiguación y la sanción de los delitos que violan los derechos negativos de libertad y de propiedad; máximo tratándose de las garantías sociales positivas, que exigen la asignación y la redistribución de recursos fuera y contra la lógica del mercado; algo en parte ya experimentado en nuestros estados de derecho; totalmente nuevo, en cambio, en el plano internacional, en el que exigiría la renuncia a la lógica de la fuerza y la prepotencia de los estados y la puesta en cuestión de nuestros desenfadados niveles de vida que hacen posible para occidente el bienestar y la democracia a expensas del resto del mundo. Pero se trata, como siempre, de los costes del derecho y de la democracia frente a los costes de la ley desrregulada y salvaje del más fuerte que, en

[15] Esta expresión de Guastini aparece en "Diritti", cit., págs. 168, 170 y 173. Guastini, igualmente, denomina a los derechos no garantizados "derechos ficticios", en oposición a los "verdaderos derechos", los "susceptibles de tutela jurisdiccional" y reivindicables "frente a un sujeto determinado", al que, a su vez, corresponde una "obligación de conducta" (en otras palabras, un derecho asistido de lo que he denominado "garantías secundarias" y "garantías primarias").

perspectiva, resultan, infinitamente superiores. El propio preámbulo de la Declaración Universal de 1948 establece un nexo indisociable entre las garantías de los derechos fundamentales de todos los seres humanos y la paz en el mundo; y, por tanto, nos advierte, con realismo, que es de esas garantías de las que depende la convivencia futura en un mundo no devastado por nuevas guerras, violencias y terrorismos, y la propia supervivencia, a largo plazo, de nuestras ricas democracias.

# Derecho y garantías

Santiago SASTRE ARIZA

## 1. INTRODUCCION

Si consideramos el Derecho como un conjunto de normas que aspiran a guiar el comportamiento de los destinatarios y que pueden realizar esa finalidad mediante el uso de medios coercitivos, resulta difícil no reconocer la importancia que en el ámbito jurídico, y especialmente en lo que se refiere al Derecho público, desempeña la noción de garantía. Detrás del debate acerca de las garantías se defiende una concepción determinada del Derecho y un diseño institucional que pretende dar respuesta, de un modo u otro, al problema que supone la creación y la aplicación del Derecho.

Mi intención en este artículo es, en primer lugar, realizar una aproximación al concepto de garantía, que es empleado en distintos contextos de forma tal vez imprecisa. En segundo lugar trazaré un itinerario, que incluye algunas interpretaciones acerca del Estado, el Derecho y la ciencia jurídica, que permite ilustrar la importancia que tiene la noción de garantía en la reflexión jurídica. En tercer lugar profundizaré en algunos rasgos de una teoría que gira en torno a la noción de "garantía", como es la teoría garantista defendida por Luigi Ferrajoli.

## 2. ACERCA DEL CONCEPTO DE GARANTIA

Si acudimos a los textos jurídicos con ánimo de indagar en el lenguaje en el que se expresa el legislador, no creo que resulte problemático admitir que quizá uno de los términos más empleados, sobre todo si nos situamos en los niveles superiores del sistema jurídico, es el de garantía (y con él el verbo garantizar).

En un primer acercamiento a la noción de garantía, me parece que resulta útil hacer una distinción entre garantía en sentido estricto y garantía en sentido amplio. Con el primer sentido se alude a la protección de un bien específico que es la libertad individual. A ello se refiere Tarello cuando afirma que "cuando se habla de garantismo, se habla de defensa y apoyo de la libertad individual"[1]. Desde este punto de vista, el Derecho debe estar orientado a preservar el mayor grado de libertad posible y a su vez el Estado (o el poder en general) tiene un valor negativo o es contemplado con cierta desconfianza debido a la dificultad de compatibilizar su intervención con la libertad de los ciudadanos.

Con el segundo sentido se alude a la defensa de los derechos fundamentales. Si bien la incorporación o la positivación de éstos puede ser interpretada ya como una garantía, este aspecto cobra una mayor importancia una vez que figuran en unas constituciones que se caracterizan por su rigidez en materia de derechos y libertades y por la existencia de mecanismos eficaces para su tutela concreta por los tribunales. De todo ello se deriva, como habrá ocasión de profundizar más adelante, una cierta visión optimista o favorable hacia el Derecho que define el Estado constitucional contemporáneo, que se manifiesta en una predilección por el punto de vista interno.

En el párrafo anterior ya se apunta un problema que suele aparecer cuando se aborda la cuestión de las garantías. Me refiero a la confusión de dos aspectos que guardan entre sí una estrecha relación y que conviene distinguir: a) el bien o valor que se constituye en objeto de garantía y b) los instrumentos o medios mediante los cuales el Derecho protege y tutela dicho bien o valor. Cuando se hace referencia a las garantías se suele manejar el significado expresado en el punto b. En este sentido, las garantías son las técnicas empleadas para asegurar y dotar de eficacia algo que es considerado especialmente valioso.

En relación con dicha confusión, hay que destacar que la identificación entre derechos y garantías no sólo es problemática desde un punto de vista conceptual, sino que también resulta perjudicial para los derechos. En efecto, y sigo aquí el planteamiento de Ferrajoli, una vez que se destaca que a los derechos fundamentales les corresponden garantías primarias, con las que se alude a la estipulación de ciertas obligaciones o prohibiciones, y unas garantías secundarias, que atañen a la posibilidad de sancionar o invalidar las violaciones de las garantías primarias, dicha identificación llevaría a sostener que un derecho que careciese de garantías no sería un verdadero derecho, de tal forma que prácticamente se estaría equiparando la ineficacia con la inexistencia normativa. Si se mantiene esta interpretación, entonces resultarían "descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales"[2]. En vez de hacer una lectura de los derechos que carecen de garantías como derechos inexistentes o devaluados, parece más apropiado considerar que estamos en presencia de una laguna, primaria o secundaria según el tipo de garantía que falte, que los órganos legislativos correspondientes tienen la obligación de colmar.

Por último, es importante señalar que la satisfacción de una garantía tiene un carácter gradual, lo que impide que se pueda hablar en este caso en términos de todo o nada. Ello se debe fundamentalmente a dos razones: a) a la naturaleza del obje-

[1] G. Tarello, "Due volti del garantismo: difesa delle libertà e conservazione degli asseti economici" en S Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, págs 345-350, pág. 345

[2] L. Ferrajoli, *Derecho y garantías*, trad. P.A. Ibáñez y A Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pág 59.

to, ya que "las relaciones entre valores, normas y hechos tienen naturaleza *contrafáctica* porque los valores son inalcanzables o irrealizables en la práctica, si bien el acercamiento continuo a los mismos es siempre posible"[3] y b) a la relación existente entre el funcionamiento efectivo del sistema y los distintos mecanismos de garantía que se hayan establecido en las normas jurídicas.

## 3. EL ESTADO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS

La visión del Estado como garantía nos traslada a las teorías contractualistas que se desarrollan durante los siglos XVII y XVIII. Ciertamente, en un período caracterizado por la secularización o, en palabras de Wiese, por el final del monopolio teológico en la explicación de los fenómenos[4], e inicialmente por el racionalismo, que encuentra su modelo de conocimiento en la lógica cartesiana, parecía lógico explicar la aparición del Derecho y del poder estatal mediante un instrumento que encontrara su punto de apoyo en la voluntad de los individuos, como es la idea del contrato[5]. De esta manera, el contrato social se erige en un nuevo principio de legitimidad para el Derecho y el poder político.

Es en este contexto donde hay que ubicar la concepción del Estado como un instrumento de garantía de los derechos fundamentales. Así ocurre con dos teorías paradigmáticas: la de Hobbes, aunque se limita a la tutela del derecho a la vida, y la de Locke, que junto al derecho a la libertad y a la vida añade, quizá de forma algo confusa, la propiedad[6]. Más tarde, con el pensamiento ilustrado se producirá un cambio o un giro en la concepción del contrato social que vendría producido fundamentalmente por una "reinterpretación del concepto de libertad, derivado, a su vez, de una nueva conceptualización de la naturaleza humana"[7] y que estaría representado por las propuestas de Rousseau y de Kant.

Dejando a un lado las peculiaridades de cada teoría, lo que me interesa resaltar ahora son los rasgos básicos sobre los que se sustenta la construcción teórica que hace aparecer al Estado como un instrumento de garantía. Creo que estos rasgos pueden resumirse en dos: 1) El carácter artificial del Estado. Con esta característica se destaca que el origen del Estado no se encuentra en la voluntad divina ni tampoco es el resultado del curso de la historia sino que su aparición se debe a la voluntad de los ciudadanos. 2) El carácter instrumental del Estado. Con ello se insiste en que el Estado (y con él el Derecho) no es interpretado como un fin en sí mismo sino como un medio o un instrumento adecuado para garantizar ciertos contenidos; otra manera de decir esto mismo es afirmar que frente al Estado ético (que podría estar representado, por ejemplo, por la doctrina roussoniana de la voluntad general y por la concepción organicista de la sociedad que mantiene la teoría hegeliana) se opone una concepción técnica del Estado[8]. Esos contenidos que deben ser respetados y protegidos por el Estado son, como es sabido, unos derechos naturales que los hombres disfrutaban en un supuesto estado de naturaleza. Precisamente con la corriente denominada iusnaturalismo racionalista el antiguo Derecho Natural objetivo de carácter religioso se transforma ahora en los derechos naturales subjetivos[9].

Ahora bien, ¿en qué sentido el Estado es un instrumento de garantía? Esta pregunta puede ser respondida a partir de dos reflexiones: 1) Es una garantía porque el Estado, por medio del Derecho, logra generar el grado suficiente de seguridad que posibilita que los hombres puedan conseguir sus fines. Los inconvenientes que puede acarrear la existencia del Estado y del Derecho, que es un instrumento de control social que se caracteriza por institucionalizar el uso de la fuerza, aparecen compensados si así se logra conseguir paz social y certeza. Quizá nadie como Hobbes ha ilustrado este anhelo de seguridad cuando afirma, en un célebre pasaje, que en una sociedad sin un poder común y sin normas jurídicas al hombre le espera "una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta"[10]. 2) No es una garantía cualquier Estado sino aquel que está limitado. Si el Estado surge a raíz de un contrato entonces tiene ciertos límites u obligaciones. La razón de ser del Estado consiste en tutelar y proteger los derechos naturales que los individuos poseían en el estado de naturaleza. Éste aparece entonces como una hipótesis racional que cumple una importante función: a) confirmar la existencia de unos derechos naturales previos al contrato y b) articular su presentación como verdaderos límites o bienes que deben ser respetados por todos y en

---

[3] A. M. Pena, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 27.

[4] B. Von Wiese, *La cultura de la Ilustración* (1931), trad. E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág 25.

[5] A. Passerin D'Entreves, *Derecho natural* (1968), trad. M Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, pág 71

[6] La confusión se produce debido al carácter polisemico de la noción de derecho de propiedad, ya que con este se alude tanto al derecho a ser propietario y a disponer de los derechos de propiedad como al derecho de propiedad sobre un bien concreto, cuando son dos categorías jurídicas diferentes. Este equívoco "ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos "burgueses" a la par de la propiedad", L. Ferrajoli, *Derecho y garantías*, citado, pág. 45. Hay quien sostiene que el único o, al menos, el más importante derecho natural en Locke es la propiedad, vid. C.B. MacPherson, *La teoría política del individualismo posesivo* (1962), trad. J R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, págs 169 y ss.

[7] F. Vallespín, *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985, pág 43.

[8] Vid. N. Bobbio, "Prefazione" a L Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pág. XIII También M Bovero, "La filosofia politica di Ferrajoli" en L. Gianformaggio (ed ), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pags. 399-406, pag 401.

[9] Al respecto vid. E Fernandez, "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales" en su libro *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, págs. 127 y ss L Prieto, "La doctrina del Derecho natural" en J. Betegon, M. Gascon, J.R. de Páramo y L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs 31-66, págs 51 y ss.

[10] T. Hobbes, *Leviatán* (1651), ed. de C. Moya y A. Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, pag. 225.

especial por el poder político. Esta es la función que cumple, según creo, la "reserva" lockeana de los derechos individuales.

Esta construcción teórica de corte iusnaturalista que concibe el Estado como garante de los derechos tuvo mucha importancia en el movimiento constitucionalista posterior, sobre todo en el ámbito norteamericano. Si hubiera que resumir dicha influencia en pocas palabras, me parece que no sería desacertado destacar tres puntos, sobre los que se insistirá en el epígrafe siguiente:

1. El contrato social es una metáfora de la democracia[11]. La idea del consenso de los contratantes terminaría desembocando en el consentimiento de los gobernados como criterio de legitimidad.

2. La fuerza de los derechos naturales se transformaría finalmente en la idea de la superioridad constitucional, en el sentido de que las normas que aparecen en la Constitución se presentan como límites que determinan la actividad del legislador. Por ello se ha llegado a afirmar que "el papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto al soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador"[12].

3. La dimensión temporal que idealmente sirvió para marcar un antes y un después del pacto ahora se manifiesta en la importante distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, que pretende justificar la particular resistencia de la Constitución frente a las decisiones de los poderes públicos.

En las modernas teorías contractualistas la virtualidad del contrato se sitúa un paso más atrás, pues una vez que no parece posible acudir al intuicionismo para sostener la verdad de los juicios morales o la existencia de derechos naturales, el contrato representa la posibilidad de que en ciertas condiciones ideales sea posible llegar a un acuerdo intersubjetivo para dotar a la justicia de algunos contenidos y establecer después, ahora que ya no resulta necesario justificar la existencia del Estado, un modelo jurídico-institucional acorde con aquellos. Creo que esta idea está presente tanto en la propuesta de la posición originaria de Rawls como en la teoría de la comunidad ideal de diálogo de Habermas, que son quizá los más importantes representantes de la corriente neocontractualista.

## 4. EL DERECHO COMO GARANTIA

Si hubiese que especificar algún momento histórico en el que el Derecho quiso ponerse al servicio de una función de garantía, creo que habría cierto consenso a la hora de acudir al modelo de legalidad penal y procesal trazado en el seno del pensamiento iluminista.

Las viejas prácticas penales –sin duda, el ámbito penal es donde mejor se manifiesta el choque o la tensión entre el poder del Estado y los derechos de los ciudadanos— incluían actuaciones como las mutilaciones, la pena de muerte para delitos menores, como era el caso del robo, y la tortura. Basta leer algunos casos desgraciadamente célebres, como el tormento de Robert Damiens o el castigo que sufrió el caballero De la Barre, para hacerse una idea del modelo de *ius puniendi* que caracterizaba el Antiguo Régimen[13].

Muchos autores ilustrados de la segunda mitad del siglo XVIII –entre ellos podríamos citar a Beccaria, Voltaire, Verri, Diderot, Filangieri y Pagano— formularon propuestas para reformar este Derecho penal y procesal. Se podría afirmar que la situación jurídica claramente entraba en contradicción "con los principios básicos de la nueva filosofía: con la secularización, incompatible con un Derecho penal concebido como trasunto de la penitencia religiosa; con el racionalismo, que tampoco podía asimilar un sistema jurídico arbitrario y carente de proporcionalidad; con el utilitarismo, que excluye una concepción expiatoria de la pena donde ésta no reporte ningún beneficio social; con el espíritu humanitario y filantrópico, que había de horrorizarse ante la crueldad de los procedimientos y de los castigos"[14].

Pues bien, el Derecho penal y procesal del siglo de las Luces representa un importante intento por desempeñar una función garantista. Esta función de garantía que debe lograr el Derecho aparece muy bien reflejada en las dos siguientes circunstancias:

1. En un sentido amplio, cabe afirmar que la exigencia de que el legislador deba someterse a normas jurídicas dotadas de ciertas características, y entre ellas se citan la unidad, la sencillez, la claridad, la abstracción y la generalidad, que, por otra parte, se corresponden con los criterios que satisfacían las normas del Derecho natural defendido por el iusnaturalismo racionalista, es un paso importante para que el Derecho pueda aparecer como una auténtica garantía de la seguridad y de los derechos.

2. En un sentido estricto, es en este contexto donde nace el garantismo penal. El sistema garantista que se forja en torno a este modelo jurídico se caracterizaría, como ha destacado Ferrajoli, por los diez siguientes axiomas: *Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine lege, Nulla lex (poenalis) sine necessitate, Nulla necessitas sine iniuria, Nulla iniuria sine actione, Nulla actio sine culpa, Nulla culpa sine iudicio, Nullum iudicium sine accusatione, Nulla accusatio sine probatione y Nulla probatio sine defensione* [15]. Precisamente, la teoría jurídica que pro-

[11] Para Ferrajoli el contrato social es una metáfora no sólo de la democracia formal, que alude a quién y cómo se decide, sino también de la democracia sustancial, que se refiere a "los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a *lo que no es lícito decidir* y a *lo que no es lícito no decidir*", L. Ferrajoli, *Derecho y garantías*, citado, pág. 53. En contra del uso de la expresión "democracia sustancial" se manifiesta M. Bovero, "La filosofia politica di Ferrajoli", citado, págs. 403 y ss.

[12] L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1998, pág 17.

[13] Vid. J.A. Delval, "Introducción" a C. Beccana, *De los delitos y las penas* (1764), trad. J.A. De las Casas, Alianza, Madrid, págs. 5 y ss. Las actas de la ejecución de Damiens figuran en el libro de M. Foucault, *Vigilar y castigar* (1975), trad A. Garzón, siglo XXI, Madrid, 1978, págs 11 y ss.

[14] L. Prieto, "La filosofía penal de la Ilustración", texto inédito Este trabajo es una reelaboración de su artículo "La filosofia penal de la Ilustración. Aportación a su estudio", *Anuario de derechos humanos*, 3, 1985, págs. 287-356.

[15] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, pág. 69.

pone Ferrajoli, como luego se verá con más detenimiento en el último epígrafe, representa un enorme esfuerzo por recuperar el modelo garantista de la Ilustración que concibe el Derecho fundamentalmente como un sistema de garantías.

Hoy día la mejor expresión del Derecho como garantía quizá lo representa cierto tipo de constitucionalismo. Frente al antiguo Estado liberal de corte europeo, que ve en la Constitución una amenaza para la soberanía del Estado y por ello queda relegada a ser un instrumento de organización de los poderes públicos, el Estado constitucional contemporáneo se caracteriza por ofrecer un contexto jurídico en el que desempeña un papel fundamental una determinada concepción de la Constitución. Ahora, como escribe Fioravanti, en algunas constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial "se descubre en su conjunto *la supremacía de la constitución*, bien como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales"[16].

Según el citado profesor italiano, lo que caracteriza a estas constituciones es que combinan dos aspectos que en las revoluciones habían aparecido por separado:

a) En la revolución francesa, la aparición de un legislador virtuoso que lo es por ser representante del pueblo o nación, dejó en un segundo plano la concepción normativa de la Constitución. Los derechos y libertades se confían a un legislador cuya omnipotencia deriva de encarnar la voluntad general, lo que impide que se puedan establecer límites a su actuación. Vistas así las cosas, la Constitución aparece como una norma directiva en el sentido de que es un programa donde se expresan los fines de la comunidad. b) En la revolucion americana, la Constitución es concebida como un límite al gobierno y por ello su interpretación como una auténtica garantía va unida a la rigidez constitucional y al control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. De esta forma, es en los Estados Unidos de América donde se gesta el constitucionalismo entendido como una técnica de garantía cuyo objetivo primordial es la limitación del poder[17].

Según el planteamiento de Fioravanti, muchas constituciones actuales aúnan esta doble visión como dirección y como garantia. El primer aspecto resalta la visión instrumental del Estado en el sentido de que la Constitución es un proyecto común en el que se establecen unos objetivos, unos valores y unos deberes que los gobiernos deben perseguir o cumplir. El segundo aspecto destaca la visión del Estado limitado, en el sentido de que la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad desempeñan una importante función como auténticas garantías dirigidas a limitar al legislador para proteger así los derechos que han sido incorporados en el texto constitucional. Ambos aspectos consiguen erosionar en cierto modo la soberanía del Estado, en el primer caso estableciendo fines que preceden y determinan su actuación, y en el segundo limitando su capacidad para crear Derecho.

Estos dos aspectos sin duda han sido y son objeto de críticas. Ahora me voy a detener en una crítica que, en cierta medida, afecta a la función de garantía de la Constitución. La crítica, que se podía denominar "la objeción contramayoritaria" según la expresión acuñada por Bickel[18], obviamente no es nueva pero ha sido reactivada en la actualidad merced a los trabajos de Jeremy Waldron[19] y, entre nosotros, de Juan Carlos Bayón[20], José Juan Moreso[21], Pablo de Lora[22], Roberto Gargarella[23] y Víctor Ferreres[24], entre otros.

En principio, la función de garantía parece exigir un modelo institucional que sea acorde con la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales que operan como límites a los poderes públicos y que, por tanto, deben quedar protegidos frente a la actuación de las mayorías. A esta necesidad de establecer un territorio al que no tenga acceso la política ordinaria responde la idea del coto vedado al que se refiere Garzón Valdés[25]. Y esta misma finalidad subyace, en cierto modo, a la argumentación teórica que pretende justificar la superioridad de lo establecido por el poder constituyente frente a las decisiones adoptadas por los poderes constituidos.

Se suele afirmar que el diseño institucional que parece requerir esta idea de constitucionalismo, que pretende apuntalar la supremacía de la Constitución y proteger así los derechos fundamentales, se apoya en dos pilares:

1. La rigidez constitucional. Como es sabido, la superioridad jerárquica de la Constitución respecto de la ley se manifiesta en que su modificación o reforma no puede realizarse por ley ordinaria, ya que se exige un procedimiento especialmente gravoso. Desde este punto de vista, según los requisitos y las materias a las que afecte, se puede afirmar que las constituciones pueden ser más o menos rígidas.

2. El control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. De acuerdo con éste, la validez o pertenencia de las leyes al sistema jurídico se hace depender de un juicio de coherencia con los derechos y libertades que la Constitución establece. Ahora bien, conviene precisar dos ideas sobre este requisito. La primera es

[16] M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales* (1995), trad M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, pag. 128.

[17] Al respecto vid. R.L. Blanco, *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994.

[18] A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962, pags 16 y 17.

[19] J. Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, págs 18-51. Tambien su articulo "Freeeman's Defense of Judicial Review", *Law and Philosophy*, 13, 1994, págs 27-41

[20] J.C. Bayon, "Diritti, democrazia, costituzione", *Ragion Pratica*, 10, 1998, pags 41-64. También "Principios y reglas· legislacion y jurisdiccion en el Estado constitucional", *Jueces para la democracia*, 27, 1996, págs 41-49.

[21] J.J. Moreso, "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", *Ragion Pratica*, 10, 1998, págs. 13-39 En ese mismo numero "Sulla portata del vincolo preventivo", págs 75-83

[22] P. de Lora, *La interpretación originalista de la Constitucion. Una aproximacion desde la Filosofia del Derecho*, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 1998.

[23] R Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996

[24] V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 1997.

[25] E. Garzón Valdés, "Algo más acerca del "coto vedado", *Doxa*, 6, 1989, págs 209-213 En la pág. 212 afirma que "no es necesario sustentar una posicion objetivista en la etica para sostener la necesidad de un "coto vedado".

que la existencia de dicho control no define conceptualmente la supremacía constitucional. Si alguien utilizara el siguiente argumento: "la Constitución tiene supremacía o es vinculante porque existe una sanción o remedio cuando aparece una norma que la contradice, que consiste en su pérdida de validez porque deja de pertenecer al sistema jurídico", estaría defendiendo que no hay obligación jurídica sin sanción, lo que supondría iniciar un razonamiento que conduciría a "la paradoja de la necesidad de una cadena infinita —¿o tal vez circular?— de tales sanciones o remedios" [26]. Además, esta argumentación confunde los criterios de pertenencia y aplicabilidad[27], ya que nada impide que la Constitución sea concebida como norma suprema de carácter vinculante y que sin embargo se apliquen normas inconstitucionales que, por tanto, no forman parte del sistema. Se trata de dos nociones de validez que no conviene agrupar en una misma categoría porque no son coextensivas, no identifican el mismo Derecho. Kelsen incurrió en este error y por ello recurrió a la famosa cláusula alternativa tácita que tuvo unas consecuencias devastadoras para el sistema jurídico, pues vació el "deber ser" que establecían las normas superiores al defender que éstas contienen una cláusula que permite el dictado de cualquier norma con cualquier contenido. Lo segundo que quería advertir es que no viene mal echar un vistazo al constitucionalismo comparado para reconocer que en algunos países la Constitución es considerada la norma suprema y no existe un control de constitucionalidad atribuido a los jueces (suele citarse el caso de Finlandia y Holanda). En definitiva, esta reflexión acerca del control quiere demostrar que no existe una relación lógica entre dicho mecanismo y la supremacía de la Constitución.

Otra cuestión es que sea conveniente la existencia del control para conseguir en lo posible que los preceptos constitucionales sean eficaces y que esta tarea sea encomendada a los jueces, bien a todos los jueces o bien a un órgano concentrado de inspiración kelseniana como es el Tribunal Constitucional. Esta es la fórmula de constitucionalismo que está vigente en países como los Estados Unidos, donde tuvo su origen, y en Italia, Alemania y España.

Este modelo jurídico-político resulta coherente con la visión de la Constitución como norma de garantía en cuanto los derechos que integran esa especie de coto vedado aparecen especialmente protegidos o blindados frente a las mayorías. Ahora bien, si tenemos en cuenta no sólo la importancia moral de los derechos sino también el carácter valioso del procedimiento democrático entonces aparece la necesidad de argumentar cuál es la mejor fórmula para conjugar la supremacía de la Constitución con la democracia o, más concretamente, analizar hasta qué punto están justificadas las limitaciones que este tipo de constitucionalismo impone al proceso democrático.

Poner de manifiesto las virtudes o ventajas de la regla de la mayoría como procedimiento para tomar decisiones exigiría un estudio más pormenorizado que excede con mucho las pretensiones de este artículo. Para los fines que nos interesan es suficiente con destacar ahora que el valor intrínseco que posee el procedimiento democrático se suele relacionar, en primer lugar, con la igualdad, en cuanto todos tienen la posibilidad de participar y el voto de todos tiene el mismo valor, y, en segundo lugar, con la autonomía, en cuanto quienes participan toman decisiones acerca de cuestiones que les afectan, de tal forma que se produce un acercamiento al ideal del autogobierno. Como es sabido, Nino ha insistido en defender el valor epistémico del procedimiento democrático porque, debido a las condiciones que reúne y dejando a un lado las cuestiones relativas a las preferencias personales, tiende a producir decisiones políticas moralmente correctas[28]. Con todas las limitaciones que se quiera, y que hay que tener en cuenta, el sistema jurídico-político de la democracia representativa parece reunir importantes méritos. Bayón resume el valor moral del gobierno representativo de acuerdo con los dos siguientes puntos: 1) Los representantes no lo son por sus cualidades sino por la cantidad de ciudadanos que los apoyan (y aquí se respeta el igual valor de todos). 2) Es un procedimiento que asegura a la mayoría de los ciudadanos la misma capacidad de reacción frente a decisiones que desaprueban (son los ciudadanos quienes, en condiciones de igualdad, tienen la última palabra)[29].

Pues bien, el argumento democrático ofrece una visión crítica de las dos características que definen este tipo de constitucionalismo:

a) de la rigidez constitucional porque la reforma de la Constitución, a la que podría acudir el Parlamento para contrarrestar la declaración de invalidez de una ley, requiere la concurrencia de mayorías cualificadas, lo que supone que el voto de la minoría que se opone tiene más peso o más fuerza decisoria que el de la mayoría.

b) del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias fundamentalmente porque la decisión bien de la mayoría de los magistrados de un Tribunal constitucional o bien de los jueces ordinarios es capaz de invalidar decisiones adoptadas por mayoría por el Parlamento[30]. Es decir,

[26] C.S. Nino, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 97-137, pág. 107. Vid P. de Lora, *La interpretación originalista de la constitución*, citado, págs. 100 y ss.

[27] Vid. E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa*, 9, 1991, págs. 257-279, págs. 266 y ss

[28] Vid C.S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1997, págs. 177 y ss.

[29] J.C. Bayon, "Diritti, democrazia, costituzione", citado, pag 62.

[30] No hay que olvidar que ambos modelos tienen en su origen una motivación bien distinta. Como escribe Luis Prieto, "la configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y practicamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que solo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador. Si cabe decirlo así, el sistema norteamericano esta diseñado a favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto

el legislador democrático se ve limitado por decisiones tomadas por jueces o magistrados que no han sido elegidos por el electorado mediante sufragio universal y que son políticamente irresponsables. No cabe argumentar que los jueces constitucionales se limitan a aplicar neutralmente los preceptos constitucionales, salvo que se defienda una improbable concepción objetivista de la interpretación, sino todo lo contrario, pues acaso la interpretación constitucional es un terreno propicio para la intervención de la ideología o los juicios de valor debido no solo a los problemas de la vaguedad y la ambigüedad sino, como afirma Ferreres, a la existencia de conceptos esencialmente controvertidos y a las colisiones que se producen entre las disposiciones constitucionales[31]. Si esto es así, entonces resulta que el legislador democrático no se encuentra limitado tanto por los derechos constitucionales sino por aquello que los jueces que realizan el control de las leyes consideran que es el contenido de tales derechos. En definitiva, no nos encontramos nada nuevo ya que estamos ante una forma de realismo que convierte a la Constitución en aquello que los jueces dicen que es.

Respecto a la relación entre la democracia y la rigidez o la opción de la supremacía constitucional como un coto vedado frente a la decisión de la mayoría, opino que en favor de la defensa del ideal del coto vedado pueden ofrecerse los siguientes argumentos:

1. Si tenemos en cuenta que la decisión democrática tiene un carácter valioso porque es adoptada por un procedimiento democrático que debe cumplir ciertos requisitos, estos no pueden tener su origen en otro procedimiento democrático porque si no iniciaríamos un razonamiento que nos conduciría irremediablemente hasta el infinito. La condición valiosa del procedimiento democrático depende de unos requisitos sustanciales que solamente pueden ser de naturaleza moral, como ha puesto de relieve Laporta[32]. Pues bien, me parece que no habría problema en interpretar que estos requisitos podrían ser plasmados en forma de conceptos (no concepciones)[33] en la Constitución y que operasen como un conjunto de exigencias que han sido ampliamente aceptadas por una comunidad, lo que no evita que en ocasiones exista cierto desacuerdo acerca de su alcance. De este modo cobra importancia el coto vedado de los derechos y libertades como ese conjunto de condiciones que contribuyen a conceder valor moral al proceso democrático.

2. En relación ya no con las condiciones sino con el resultado del procedimiento democrático, me parece que la existencia de un coto vedado, que es considerado relevante desde un punto de vista ético, contribuye a que las decisiones democráticas sean más justas[34].

De acuerdo con todo lo anterior, considero justificada la defensa del coto vedado que se refleja en un especial refuerzo de los derechos constitucionales frente a la mayoría mediante el requisito de la rigidez. Conviene advertir que si la defensa del coto vedado reside en su valor moral, entonces no parece que la especial protección obedezca tanto al requerimiento de una mayor deliberación y consenso como a un intento de dificultar su reforma mediante la exigencia de una supermayoría debido a la importancia moral de tales contenidos.

La otra cuestión se refiere a la relación entre la democracia y el control de constitucionalidad de las leyes de carácter jurisdiccional. Aquí lo difícil es justificar por qué los jueces constitucionales, una vez que se pone de manifiesto que no pueden ser bocas mudas que se limitan a pronunciar la voluntad expresada en la Constitución sino que desempeñan un auténtico poder político, están en mejores condiciones que el legislador democrático para determinar el contenido de ese coto vedado y tener la última palabra, por tanto, acerca de la constitucionalidad de las leyes. Todo parece indicar que el sacrificio que este tipo de constitucionalismo exige al principio democrático es excesivo. En este sentido hay que entender la propuesta elaborada por Ferreres, que defiende que la especial dignidad de la ley, que deriva de haber sido aprobada por un Parlamento democrático, debe reflejarse en la presunción de su constitucionalidad[35]. Bayón y Gargarella se inclinan por un constitucionalismo débil que se caracteriza porque la decisión final debe recaer en manos del legislador.

Dejando a un lado la importancia de las consideraciones sobre la cultura política particular de cada comunidad, y que desempeñan un papel crucial a la hora de debatir acerca de la conveniencia o no del control judicial de constitucionalidad, en apoyo de la opción judicial se podrían mencionar, en mi opinión, los siguientes argumentos:

1. La existencia de casos claros pone de manifiesto que hay ocasiones en las que los jueces se limitan a aplicar lo establecido en la Constitución, aunque, como ya se advirtió antes, este argumento es muy débil debido a que en el ámbito constitucional casi todos los casos son difíciles (cuando no trágicos[36]).

2. Las limitaciones y obligaciones constitucionales están dirigidas fundamentalmente hacia el legislador, y de ahí que resulte extraño que la eficacia de la normatividad constitucional se deje en manos del destinatario. Quizá por ello la atribución a los jueces del control de constitucionalidad puede aparecer

---

de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces", L. Prieto, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", texto inédito.

[31] V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, pág 19 y ss.

[32] F. Laporta, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, págs. 79 y ss.

[33] Acerca de esta distinción, R. Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), trad M Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 211 y ss.

[34] En este sentido, J.J. Moreso, "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", citado, pag 33

[35] Esta presunción se invierte cuando la ley restringe injustificadamente las condiciones de participación o afecta a determinados grupos sociales desaventajados Una crítica interesante a esta tesis se encuentra en la recensión al libro de Ferreres que hacen R. Gargarella y J L. Pérez Triviño, *Revista de Estudios Políticos*, 103, 1999, págs. 341-349.

[36] Sobre la caracterización de los casos trágicos vid. M Atienza, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía*, 6, 1997, págs 7-28.

como una garantía con la finalidad de lograr una mayor eficacia de tales normas.

3. En la actuación de los jueces parece haber un plus de racionalidad en sentido de que están obligados a motivar sus decisiones. Utilizando la terminología kelseniana podría decirse que mientras que en la actuación del legislador predomina el principio dinámico, en la actuación judicial interviene sobre todo el principio estático, ya que sus sentencias deben derivar de un sistema jurídico preexistente.

4. También hay que tener en cuenta la dificultad de resolver los casos concretos en los que colisionan varias disposiciones constitucionales y los problemas que acarrea hacer residir en el Parlamento el ámbito de resolución de los mismos[37].

## 5. LA CIENCIA JURIDICA COMO GARANTIA

Como ya se ha visto en un epígrafe anterior, Ferrajoli pretende revisar el sistema de legalidad penal y procesal tal como fue trazado por el pensamiento iluminista, cuyo principal defecto radicó en su falta de atención a la epistemología[38], y trata de recuperar algunos de los aspectos más significativos para elaborar así una teoría garantista que opere en el marco jurídico del Estado constitucional contemporáneo.

Pues bien, no creo que resulte exagerado afirmar que uno de los objetivos fundamentales, si no el más importante, de la teoría de Ferrajoli es ofrecer un modelo de ciencia jurídica que se presente como alternativo al de la ciencia jurídica tradicional[39]. Es en este contexto en el que tiene cabida su propuesta, ciertamente novedosa, de que la ciencia jurídica debe desempeñar una función de garantía.

Para profundizar en esta función es preciso advertir que el autor de *Diritto e ragione* parte de la necesidad de cuestionar el carácter avalorativo o puramente descriptivo de la ciencia jurídica que el positivismo jurídico ha venido defendiendo. Como es sabido, el positivismo jurídico, concretamente en su acepción metodológica según la conocida clasificación bobbiana[40], mantiene que la ciencia jurídica debe conducir su actuación de acuerdo con el criterio de la neutralidad, y para que ello fuera posible tendría que limitarse a describir el Derecho vigente y dejar a un lado las sugerencias sobre el Derecho que debería ser, es decir, se trataría de distinguir los juicios de hecho del ámbito político de los juicios de valor. Esta visión del conocimiento jurídico se apoya en una definición del Derecho que resalta su dimensión de fenómeno social en el sentido de que se manifiesta a través de ciertos hechos.

En opinión del profesor de la Universidad de Camerino, una vez que se han incorporado al Derecho algunos principios, valores y derechos, o, de otra manera, a raíz de la constitucionalización de los antiguos derechos naturales, la polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo no sólo ha perdido gran parte de su significado sino que se ha trasladado sobre todo al interior del ordenamiento. En efecto, parece que ahora lo importante no es tanto la legitimidad externa, que se ocupa de enjuiciar el Derecho existente desde los parámetros de un Derecho ideal, sino la legitimidad interna, que se refiere a la relación que existe entre el deber ser que marcan las normas que ocupan los niveles superiores del sistema jurídico y su plasmación o desarrollo en las normas de los niveles inferiores. De esta manera es posible explicar la relación entre normas en la estructura jerárquica del sistema jurídico en términos de ser y de deber ser[41].

Una de las tareas más importantes de la ciencia jurídica es dar noticia del Derecho que rige en una comunidad. Aquí Ferrajoli, que distingue cuatro características independientes que se pueden predicar de las normas: la justicia, la efectividad, la validez y el vigor, mantiene que la información acerca de qué normas son válidas, que exige constatar su adecuación a los requisitos materiales de las normas superiores, y cuáles son vigentes, que requiere indagar en su conformidad con los requisitos formales, conlleva –en unos casos más que en otros– la presencia de juicios de valor. En ningún momento se afirma que es imposible describir neutralmente el Derecho. Lo que se quiere indicar, y esta es la finalidad de Ferrajoli si no me equivoco, es la necesidad de poner al descubierto o desenmascarar la dimensión ideológica que puede implicar la identificación del Derecho; es decir, esta labor no puede ser presentada en todos los casos como neutral u objetiva debido a la intervención de juicios de valor. Estos juicios de valor, que operan sobre todo en el ámbito de la validez más que en la vigencia, son internos o jurídicos. Esto significa que su aparición no se debe a una comparación de las normas jurídicas con un posible Derecho ideal, lo que exigiría la formulación de juicios de valor "fuertes" o externos, sino que surgen en la confrontación con los requisitos de validez y vigencia que establecen las normas superiores del sistema jurídico.

Una vez que se admite la posibilidad de explicar las relaciones entre las normas en términos de ser y deber ser, y que se pone de manifiesto que la ciencia jurídica no se ajusta al modelo dogmático porque no siempre puede regirse por el criterio de la neutralidad, es en este contexto en el que hay que situar la propuesta de Ferrajoli de concebir la ciencia jurídica como una garantía. Esto supone propugnar que aquélla lleve a cabo una actividad crítica en un doble sentido.

En primer lugar, la ciencia jurídica debe realizar crítica interna o jurídica. Esto supone dos cosas: a) poner al descubierto las lagunas, faceta que atribuiría posteriormente a la ciencia jurídica un trabajo de

[37] En este sentido J.J Moreso, "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", citado, págs. 34 y 35.

[38] Este defecto hizo que este modelo fuese jurídicamente impracticable y que a partir de la segunda mitad del siglo XIX fuera descalificado en un plano teórico y desplazado por los modelos autoritarios de Derecho penal, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, págs. XVII y XVIII.

[39] Para Gianformaggio el garantismo de Ferrajoli es sobre todo una concepción de la ciencia jurídica, "Diritto e ragione tra essere e dover essere" en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, citado, págs. 25-48, pág. 35.

[40] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, págs 101 y ss.

[41] Vid. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, págs. 351 y ss.

elaboración, y evidenciar las antinomias, y b) denunciar las irregularidades del sistema, esto es, levantar la voz frente a la inaplicación de normas válidas, la aplicación de normas inválidas y la invalidez de normas vigentes. La función de garantía se concreta, por tanto, en que uno de sus fines principales es ocuparse de que el "deber ser" de las normas situadas en los niveles superiores no se vacíe o se tergiverse sino que se concrete o tenga continuidad en los niveles inferiores. En definitiva, todo apunta a asegurar que exista la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad. Frente a esa concepción que atribuye a la ciencia jurídica la tarea de completar y de hacer coherente el Derecho de acuerdo con la voluntad del legislador, que responde a una concreta orientación ideológica, Ferrajoli propone mostrar el componente subjetivo que hay en la actuación de la ciencia jurídica y de paso atribuye a los juristas la responsabilidad de criticar y velar por el cumplimiento de la normatividad constitucional.

En segundo lugar, la ciencia jurídica también debe realizar crítica externa o política. Para ello es preciso adoptar el punto de vista externo, pero no el punto de vista externo de carácter empírico al que se refiere Hart en *The Concept of Law*[42], sino un punto de vista que permite evaluar las normas jurídicas desde el tribunal de una moralidad crítica y hacer propuestas para perfeccionar y mejorar el Derecho. Esta perspectiva, característica del pensamiento ilustrado, destaca la noción instrumental del Estado y del Derecho en el sentido de que no aparecen como fines en sí mismos sino como medios que facilitan la consecución de ciertos fines que no pueden ser plenamente alcanzados; de ahí que su justificación sólo pueda ser contingente, parcial, a posteriori o condicionada[43]. Este enfoque pone de relieve la importancia de presentar alternativas o técnicas de garantía con la intención de conseguir que algunos aspectos de la normatividad puedan lograr un mejor diseño legal y esto repercuta en su eficacia. Así ocurre con el caso de los derechos sociales, que parecen requerir un mayor diseño institucional para que sea posible exigir su cumplimiento.

En realidad, en estos casos la ciencia jurídica no operaría tanto como una garantía sino como una metagarantía, en cuanto se dedica a hacer operativas las garantías inoperantes, ineficaces o incompletas[44].

Ferrajoli no sólo critica la pretendida avaloratividad de la ciencia jurídica sino que también cuestiona la fidelidad del juez a la ley[45]. En efecto, el principio de constitucionalidad exige que el juez, antes de aplicar una norma, compruebe si se ajusta o es coherente con los preceptos constitucionales, pues sólo tiene la obligación de aplicar las normas que se adecuan a la Constitución. De este modo, la sujeción del juez a la ley tiene un carácter potestativo ya que se hace depender de un juicio favorable acerca de su pertenencia al sistema jurídico. Ahora bien, una vez superado este test de constitucionalidad la aplicación debe llevarse a cabo de forma neutral. Creo que tiene razón Guastini cuando afirma que el corazón del modelo garantista es una teoría de la discrecionalidad judicial y al mismo tiempo un intento de reducirla (ya que es imposible su eliminación) al mínimo[46]. Ferrajoli defiende una teoría de la aplicación judicial que responde al modelo cognoscitivista, lo que exige elaborar una teoría de la verdad en el ámbito jurídico (verdad como correspondencia en el sentido tarskiano) y, por otro lado, la defensa de una política legislativa que, mediante un lenguaje riguroso o el empleo de términos que poseen, según la expresión de Schauer, autonomía semántica[47], evite en lo posible la intervención de las opiniones subjetivas. Dejando a un lado las dificultades a la hora de conseguir esos objetivos, que no han pasado desapercibidas para los comentaristas de su obra, lo que me interesa resaltar es que el modelo de juez garantista se aproxima al célebre planteamiento de Beccaria o Montesquieu pero sólo en parte, ya que debe ser la boca muda pero sólo de las leyes que son coherentes con la Constitución.

Después de exponer brevemente la concepción garantista de la ciencia jurídica y de la judicatura que defiende Ferrajoli, voy a comentar algunos aspectos de su teoría que me parece interesante destacar.

1. La crítica interna, que está orientada a hacer que se cumpla el "deber ser" expresado en las normas superiores del sistema jurídico, parece exigir la adopción del punto de vista interno pero interpretado no en un sentido amplio, como hace Hart[48], sino como una aceptación de carácter moral. Si esto es así, de este análisis se desprende una excesiva confianza en el Derecho que puede desembocar en una especie de constitucionalismo ético (como una variante del legalismo ético). Ahora bien, no hay que olvidar que Ferrajoli también reclama para la ciencia jurídica el punto de vista externo de carácter ético-político. Si la crítica interna refleja una posible adhesión o una actitud comprometida con el Derecho, la crítica externa revela que no se debe identificar el Derecho con la justicia, que el sistema jurídico vigente dista mucho de ser perfecto[49]. En otro lugar he denominado a este enfoque, que reclama el punto de vista interno con las normas que se consideran moralmente valiosas pero sin que esto suponga cerrar la posibilidad de acudir a la perspectiva crítica

[42] H L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 89 y ss

[43] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, pág 929.

[44] L. Ferrajoli, "Il diritto come sistema di garanzie", *Ragion pratica*, 1, 1993, págs. 143-161, pág. 160.

[45] Vid. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, pág 914 y ss.

[46] R. Guastini, "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo" en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, citado, págs. 49-65, pág 53

[47] F. Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pags. 55 y ss. No sólo es una cuestión de legislación, pues tambien entran en juego los criterios semánticos de uso del lenguaje.

[48] H L.A. Hart, *The Concept of Law*, citado, págs. 202 y ss.

[49] Para López Calera, "la "refundación garantista " del derecho que Ferrajoli propone conecta con muchos de los ideales alternativistas de los sesenta, que pienso no han declinado o no deben declinar. Su tesis de exigir el "punto de vista externo" de la sociedad, de los sujetos titulares de los derechos violados, insatisfechos o más debiles, de la crítica de la jurisdiccion y vincularla más efectivamente con la soberanía popular es una clave perfectamente asumible dentro de esta propuesta de un uso alternativo "razonable" del derecho", "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", *Claves de razon práctica*, 72, 1997, pags. 32-35, pág. 35.

del punto de vista externo, como el punto de vista funcional[50]. En mi opinión, este modelo de ciencia jurídica, que tiene el mérito de ser normativista y realista al mismo tiempo sin descuidar la importancia de la dimensión crítica[51], resulta apropiado si tenemos en cuenta el contexto jurídico al que se alude con la fórmula "Estado constitucional de Derecho".

2. Debido a que la ciencia jurídica debe desempeñar una función crítica algunos han comparado a Ferrajoli con Dworkin[52]. Es verdad que la teoría del profesor italiano tiene a primera vista ciertas semejanzas con la del autor de *Law's Empire*, y entre ellas podríamos mencionar, aparte de la ya citada, la opción por una aplicación judicial de corte cognoscitivo que aspira a reducir la discrecionalidad y la importancia de los juicios de valor debido a la presencia de principios y valores en las constituciones. Sin embargo, no creo que haya duda de su filiación positivista ya que suscribe la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral correcta como un presupuesto metodológico fundamental.

Respecto a la función crítica, es preciso resaltar que la crítica interna toma como referencia el deber ser que establecen las normas del Derecho positivo y la crítica externa pone de relieve la conveniencia de no vincular el Derecho positivo con la moral correcta. Por todo ello me parece que esta función no tiene una connotación iusnaturalista.

No me voy a fijar en el papel de los juicios de valor en la identificación del Derecho, aunque sí quiero apuntar que este aspecto le acerca, en mi opinión, a la corriente denominada positivismo inclusivo (Waluchow, Coleman[53]). Conviene destacar que Ferrajoli opone su positivismo crítico frente a lo que denomina positivismo dogmático. Éste acentúa la visión de las normas como dogmas indiscutibles que los jueces tienen la obligación de aplicar y que la ciencia jurídica se ocupa de explicar científicamente tratando de justificar su coherencia y su completitud. En mi opinión, la labor crítica me parece que da noticia de lo que en la práctica suelen hacer los juristas y, como tesis normativa, creo que resulta apropiada para enriquecer las ocupaciones que debería tener la ciencia jurídica en el Estado constitucional. Es importante señalar que no todo lo que hace la llamada ciencia jurídica puede presentarse con el rótulo de científico y, por otro lado, no resulta atrevido defender que los juristas se encuentran en la posición adecuada para formular propuestas y realizar crítica interna y externa. Quizá lo importante sea dejar claro o establecer límites entre las tareas descriptivas y aquellas otras de carácter político en las que interviene la ideología[54]. De lo que no cabe ninguna duda es de que si la ciencia jurídica quiere aparecer como una auténtica garantía no puede limitarse a describir o a repetir sin más el Derecho.

En lo que se refiere a la noción garantista de la judicatura, el planteamiento de Ferrajoli me suscita las siguientes dudas: 1) Existe posiblemente una cierta tensión entre la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley, en la que pueden intervenir en mayor o menor medida juicios de valor, y la posterior aplicación de dicha ley, que debe regirse de acuerdo con el criterio de la imparcialidad o la neutralidad[55]. 2) Si el juez sólo tiene el deber de aplicar las normas que son válidas y vigentes, ¿qué sucede con aquellas normas que se aplican y que no pertenecen al sistema? El autor italiano aquí no parece tener en cuenta la distinción entre los criterios de pertenencia y aplicabilidad, que no reconocen el mismo Derecho. 3) La posición de Ferrajoli parece antitética a la de Ferreres. Mientras que éste defiende la presunción de constitucionalidad de la ley que tiene su origen en un Parlamento democrático, el primero mantiene que la vinculación a la ley depende del juicio de constitucionalidad que hace el juez como requisito previo a la aplicación. Así pues, el garantismo inclina la balanza en favor de la Constitución o de una democracia constitucional que encuentra en los derechos constitucionales aquello sobre lo que no se debe o se debe decidir incluso contra la voluntad de la mayoría. Los derechos aparecen, según la expresión feliz de Dworkin, como triunfos sobre la opinión de la mayoría[56]. Ferrajoli parece infravalorar el carácter democrático de la ley, quizá apoyado en una visión pesimista del poder que se refleja en su tendencia "natural" a la ilegalidad o al abuso, sin ofrecer argumentos teóricos concluyentes a favor de esta opción.

Como ya se ha visto, el papel que las garantías desempeñan en el análisis jurídico es fundamental. No me parece desacertado pensar que detrás del Derecho subyace una lucha pertinaz por la conquista de ciertas garantías. El camino para articular medidas de protección y mecanismos de tutela de los derechos fundamentales todavía es largo. Por eso comparto la opinión de Tomás Ramón Fernández cuando defiende la necesidad de poner el acento en las garantías en vez de ponerse en el lado de quienes alaban y justifican los privilegios y las excelencias del poder. Conviene recordar de vez en cuando, como afirma el citado profesor, que "el derecho público es un milagro diariamente renovado"[57].

---

[50] *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 234.

[51] Vid. L. Ferrajoli, "La semantica della teoria del diritto", U Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, págs. 81-130, págs. 127 y ss.

[52] Es el caso de L Gianformaggio, "Diritto e ragione tra essere e dover essere", citado, págs. 35 y 36.

[53] Vid. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford,1994, J. Coleman, "Authority and Reason", R. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 287-319, y el excelente artículo de J. Coleman Y B. Leiter, "Legal Positivism" en D Paterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, págs. 241-260

[54] Este planteamiento es similar al que defiende Ross, vid. *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. G Carrio, Eudeba, Buenos Aires, 1977, págs. 326-328.

[55] En este sentido, M. Gascón, "La teoría general del garantismo. A propósito de la obra de L. Ferrajoli Derecho y razon", texto aún inédito.

[56] R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 37 y 276 y ss.

[57] Tomás-Ramón Fernández, "Prólogo" a A.M. Peña, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, citado, págs. 13-16, pág. 16.

# Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más

Juan IGARTUA SALAVERRIA

*En memoria de Aitor Zabaleta (q.e.p.d.), ex alumno*

Porque no es la primera vez, ni en general ni para mí en particular[1], que viene a dar guerra el asunto del veredicto y su motivación en la todavía casi neonata Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (en adelante LJ).

En efecto, la "motivación del veredicto" es un tema en el que se reproducen con increíble monotonía todos los argumentos que pululan en torno a una más englobante (y ya fatigante) *quaestio disputata* —la de "la motivación de las sentencias"— que tiene todas las trazas de ir para largo. No poca culpa de ello cabe achacar al laconismo de la respectiva disposición constitucional ("Las sentencias serán siempre motivadas", artículo 120.3 CE), aunque —es de justicia reconocerlo— el TC se afana, a golpe de sentencia (único recurso disponible), por explicitar la cuantiosa sustancia normativa que atesora una frase tan escueta. Sin embargo, la situación no parece haber mejorado notoriamente pues, pese al empeño doctrinal del Tribunal mencionado, de ningún modo ha decrecido (me temo que lo contrario) el montante de recursos en amparo por razón de alguna carencia en el aparato motivatorio (relativa, casi siempre, a su "suficiencia"). Creo que el TC se ha sacado de encima el toro de la "motivación suficiente" (más de cuidado que el resto) con fórmulas tan vagas que, llegado el caso, ni en el seno del propio Tribunal ha reinado el consenso acerca de su sentido concreto[2]. Y precisamente en la *suficiencia* de "las razones por las que (los jurados) han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados" (art. 61.d, LJ) radica fundamentalmente el contencioso sobre la "motivación del veredicto".

Y en el recinto de ese debate seguiríamos atrapados, condenados a re-suscitar los argumentos consabidos, de no ser porque ha comenzado a rodar la tesis de lo impropio que es conceptuar como "motivación" (en su rigurosa acepción técnico-jurídica) la "sucinta explicación de las razones" que —ya se ha dicho— debe acompañar a la relación de hechos tenidos por probados o por no probados.

Un artículo y dos sentencias me han puesto al corriente de este —para mí— novedoso planteamiento. El primero es obra de un joven procesalista de mi Facultad[3]. Las dos sentencias provienen del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, siendo ponente en ambas un, además de magistrado, prestigioso catedrático de derecho procesal[4], y cuya doctrina en esta materia —tengo la impresión— parece sufragada por un colectivo de procesalistas afines[5]. Aunque mis dos fuentes de información mencionadas (académica la una y prevalentemente jurisdiccional la otra) tienen un innegable "aire de familia", de ningún modo son gemelas; en una hay desarrollos que no se encuentran en la otra e, igualmente, a la inversa.

Ahora bien, puesto que el objeto de mi escrito consiste en contrastar ideas y no en buscar la confrontación (dialéctica, claro) con personas, me tomaré la licencia de confeccionar un listado con la suma de razonamientos extraídos del material ya indicado, aunque el constructo resultante no sea finalmente el retrato de nadie. No obstante, como poderosa suele ser la tentación de caricaturizar las opiniones no compartidas para así zurrarlas más a modo, adoptaré la precaución de respetar al máximo —en tanto no resulte desproporcionadamente oneroso— la literalidad con que se visten las ideas susodichas. A nadie se le ocultará que, con estas reservas, ya estoy anticipando mi personal enmienda a la totalidad de los argumentos que, sin más demora, paso a exponer.

## I. LOS PILARES DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO

Los puntos en los que se desmiga el nuevo enfoque giran en torno a tres afirmaciones medulares, a saber: primera, que la "sucinta explicación" del veredicto queda extramuros de la obligatoriedad constitucional de motivar las sentencias; segunda, que el jurado popular no puede, por incompetencia técnica, asumir una tarea tan gravosa; y tercera, que a un jurado puro no debe exigírsele, por definición, semejante obligación. Son tres asertos que van precedidos de una pequeña ambientación histórica. Procede, por tanto, principiar con ella.

---

[1] J. Igartua, "El jurado y la motivación de su veredicto (a propósito de la STS sobre el 'caso Otegi')", *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, nº 51.

[2] Cfr. p. ej. las sentencias 116/1998 y 185/1998 con su correspondiente y contundente voto particular cada una.

[3] I. Esparza, "La participación de los ciudadanos en la administración de Justicia. La Ley del Jurado española de 1995", *Psicología Política*, 1999, nº 19. Para no multiplicar innecesariamente las referencias a pie de página, las citas textuales irán acompañadas de una E (inicial del apellido) entre paréntesis.

[4] Sentencias 1/1999 de 2 de febrero y 7/1999 de 17 de mayo (ponente Montero Aroca). Las referencias textuales se identificarán en el texto con las abreviaturas "S.1ª" o "S 2ª" según correspondan a la primera o a la segunda de las sentencias indicadas.

[5] Cfr. p. ej. la acogida que le dispensa E.V. Ponz-Nomdedeu, "Del veredicto (art.61)", en el libro coordinado precisamente por el propio J. Montero Aroca y J.L. Gómez Colomer, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Pamplona, 1999; págs. 796-798

## 1. Rebobinando la historia

1.1. "El nacimiento histórico del Jurado en los países de derecho continental vino unido, por una parte, a la derogación de todas las reglas legales de valoración de la prueba y, por otra, a que el Jurado debía apreciar ésta 'en conciencia', y en este sentido era paradigmático el artículo 342 del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, del que la palabra "conciencia" pasó al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882" (S. 1ª F3, S. 2ª F2).

1.2. "El sistema de valoración de la prueba, con base únicamente en la 'íntima convicción', que fue otra de las viejas expresiones francesas, condujo de hecho a un sistema en el que: 1) la valoración de la prueba por el Jurado no consistía en un ejercicio de razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) esa declaración no podía ser motivada. En este sentido puede recordarse antiguas expresiones de nuestra jurisprudencia, como cuando aludían a la 'soberanía' de los tribunales de instancia en la determinación de los hechos probados" (S. 1ª F3, S. 2ª F2).

1.3. "Sin embargo, cuando el legislador español ha vuelto a regular el Jurado ha pretendido apartarse de ese origen y ha querido hacer compatibles la actuación de los jueces legos con la motivación de las resoluciones, posiblemente creyendo que no podía dejarse de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 120.3 de la Constitución...

1.4. ...a pesar de que esta norma se refiere a la motivación de las sentencias, no a la motivación de una parte de la misma como es el veredicto"; es decir no se ha de "perder de vista que la exigencia constitucional de motivar se refiere a la sentencia" (S. 1ª F3, S. 2ª F2).

## 2. La equivocidad de "motivación" y el artículo 120.3 CE

2.1. "La LJ hace referencia a dos acepciones (una en relación básicamente con los hechos y la otra con respecto al derecho) íntimamente ligadas al concepto de motivación. Se trata ahora de determinar si ambas acepciones son análogas, en sentido jurídico-procesal. Si cada una de ellas es por separado la motivación a la que se refiere la CE (resultando una doble motivación especializada) o si, por el contrario, son complementarias en orden a cumplir el mandato constitucional" (E, p.72).

2.2. "La LJ parece ocuparse de la motivación en dos lugares diferentes".

a) "En primer lugar, en relación con el acta de la votación, artículo 61.1 d., uno de cuyos contenidos será la 'sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados'. Los sujetos a quienes corresponde este tipo de explicación o motivación son los Jueces legos" (E, p.72). "Destacada la tarea de los Jueces legos con respecto al veredicto, creemos oportuno ahora referirnos a la formación interna de la sentencia, que nos proporcionará una visión panorámica de la situación y relevantes datos en relación con la motivación. Para ello nos serviremos del mecanismo del silogismo judicial. De la aplicación del mencionado silogismo judicial, resulta que el jurado español aparentemente se ocupa de la fijación de la premisa menor (los hechos). Sin embargo, la intervención del MP (Magistrado Presidente) al respecto no es (o no debe ser) nada desdeñable a la vista del artículo 52 LJ. De manera que cabe concluir que el procedimiento que la LJ diseña no implica la anulación de la posibilidad de que en la formación de la sentencia intervenga el propio criterio del juzgador, Juez profesional, específicamente en relación con la premisa menor" (E, pp.73-74). "Esta parte...evidentemente no agota el contenido de la sentencia. Posteriormente, la composición de un tipo susceptible de ser calificado como delito, a tenor de lo previsto por el ordenamiento —premisa mayor— y el establecimiento de las correlativas consecuencias jurídicas, serán, en consonancia con el veredicto, competencia del MP" (E, pp.74-75).

b) "La segunda referencia a la motivación en la LJ la hallamos en relación a la sentencia y a su contenido obligatorio, artículo 70.1, donde existe una remisión al artículo 248.3 LOPJ. El sujeto activo de dicha motivación es el MP"(E, p.75). "La LJ obliga al MP a construir la resolución (y a motivarla por tanto) en torno al elemento determinante de la misma que ha sido dictado o definido por los Jueces legos, el veredicto, artículos 67-70 LJ" (E, p.71). "La motivación es exigible de la totalidad de la resolución, no de una parte aislada de la misma, y la única visión suficientemente global y cualificada para poder dictarla es la del MP que redacta el escrito que contiene el objeto del veredicto y que debe, finalmente, establecer las consecuencias jurídicas a las que aboca el veredicto del jurado". "De esta forma se garantiza el cumplimiento de la finalidad principal de la motivación que no es otra que la de legitimar la función jurisdiccional(...)exponiendo los fundamentos de sus resoluciones y facilitando la eventual impugnación de las mismas". "Por ello, no es estrictamente motivación —en el sentido que la CE exige respecto de las resoluciones jurisdiccionales— la actividad de los Jueces legos en relación al veredicto, que se plasma en el acta de la votación" (E, p.75).

2.3. "La LJ habla, no debemos olvidarlo, de 'sucinta explicación...'" (E, p.83); "y si por sucinta ha de entenderse breve, de lo que se trata es que el Jurado manifieste con brevedad, es decir, en unas pocas frases, lo que le ha llevado a estimar como probados o como no probados los hechos que constan en el objeto del veredicto" (S. 1ª F3, S. 2ª F3).

## 3. Una tarea de casi imposible cumplimiento

3.1. El legislador español "ha pretendido así lograr algo que en el fondo es muy difícil, si no imposible, y con lo que llega a echarse sobre los jurados una carga que éstos no siempre podrán levantar. Por lo

mismo la exigencia jurisprudencial en la motivación del veredicto no puede ser la misma que la que viene haciéndose respecto de las sentencias dictadas por jueces profesionales, a riesgo de declarar nulos la mayor parte de los veredictos y, en realidad, de convertir en imposible la actuación del Jurado. No nos parece que la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la motivación de las sentencias pueda aplicarse íntegramente a la motivación del veredicto, entre otras cosas porque esas doctrinas tienen perfecto sentido cuando se refieren a jueces profesionales, pero lo pierden cuando pretenden aplicarse a jueces legos" (S. 1ª F3, S. 2ª F2).

3.2. "Si es cierto, y lo es, que es complicado motivar una sentencia para lo que, ante una cualificada metodología, se debe seguir un complejo procedimiento psicológico y jurídico. Donde la experiencia —juicios lógicos, históricos, máximas de la experiencia, etc.— desempeña que la de excluir la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Debemos concluir que todo ello no es exigible respecto de un colegio de Jueces legos" (E, p.75).

3.3. "No hay que perder de vista el hecho de que el jurado es un grupo compuesto por 9 personas de diferente formación y procedencia, factor que también puede suponer —desde un punto de vista estrictamente práctico— una complicación adicional en cuanto a la consecución de una única motivación en el sentido que la LJ parece pretender" (E, p.83).

3.4. "Puede ser razonable exigir que el Jurado diga qué medios de prueba le han parecido más convincentes, los que han llevado a su ánimo la convicción de que existió el hecho y de que en el mismo participó el acusado, pero difícilmente podrá concluirse que en el veredicto de no culpabilidad el Jurado tenga que expresar por qué los medios de prueba no le han convencido" (S. 2ª F3).

### 4. **Una exigencia indebida**

"Los Jueces legos ni pueden ni deben motivar. No pueden porque no están técnicamente capacitados para ello, pero es que ni siquiera deben motivar su veredicto, ya que el modelo de jurado *puro* (modelo al que parece ajustarse el TJ español) no motiva sus resoluciones, nunca lo ha hecho, y ese es precisamente uno de los elementos que lo caracterizan. Por tanto, podemos concluir que lo que la LJ exige a los Jueces legos en relación con el veredicto no es propiamente una motivación en sentido técnico-jurídico" (E, p.75).

## II. **COMPLEMENTOS, PUNTUALIZACIONES Y DESACUERDOS**

### 1. **Tupiendo el relato histórico**

En lo que sé (tirando a poco) sobre el "jurado", me parece exacta la narración efectuada en torno a las vicisitudes de esa institución en la Europa continental tras la Revolución Francesa. Pero no es ocioso, creo, introducir algunos elementos para tupirla un poco mas, porque de la historia contada podemos destilar una impresión errónea; a saber: que, en todo ese tiempo, la legislación ha sido más consentidora con los jurados que con los jueces profesionales. Dicho de otro modo, que los legisladores han medido con vara diferente a los jueces de carrera y a los jueces legos, imponiéndoles a los primeros la obligación de motivar y dispensándoles de la misma a los segundos. Y de eso no hay nada.

Las regulaciones legislativas de la "motivación", no siempre racionales, son deudoras de tradiciones históricas[6]. Por lo que me toca, en la legislación revolucionaria francesa comparece la palabra "motifs", pero sirve para indicar nada más que el artículo de la ley que se aplica y los hechos dados por acaecidos. O sea, en lo referente a la parte *in iure* de la sentencia, bastaba con la simple enunciación de la disposición invocada (conforme al mito del juez como "bouche de la loi")[7]. En lo que a los *hechos* concierne, el arrumbamiento de la "valoración legal" de las pruebas franqueó el paso a un nuevo sistema, el de la "libre valoración" (plasmado en fórmulas como "íntima conviccion", "valoración en conciencia", u otras de tenor parecido) que entronizó la teoría del libre convencimiento del juez, totalmente ajena a la exigencia de explicitar racionalmente la reconstrucción de los hechos[8].

El mencionado sistema de la "libre valoración" afectó de plano a la institución del jurado. Y fue el jurado el primero que usufructuó esa concepción del "convencimiento", entendido éste como perteneciente al fuero interno de lo inexpresable[9]. Pero —e importa sobremanera subrayarlo— ese diseño, definible como "teoría romántica del libre convencimiento", luego *se transfirió desde los jurados a los jueces profesionales* a través de las legislaciones procesales del XIX europeo[10]. O sea que, en asunto de valoración de las pruebas, no estuvo vigente un doble régimen (para los legos y para los profesionales, respectivamente) sino uno sólo. De manera que la presencia del término "conciencia" en nuestra LECr es fruto propio, no una contingencia ni una casualidad. Y aquí quería venir yo a parar... por el momento.

1.2. Cae de su peso que ese clima cultural no era nada propicio (más bien contraindicado) para que germinara una conciencia sobre la función y la necesidad de la "motivación"; la cual, según se ha se-

---

[6] S. Monaci, "L´esperienza della motivazione delle sentenze civili", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, nº 1; pág 253.

[7] En su inspiracion originaria, por tanto, la palabra "motivación" no significaba lo mismo que ahora. Cfr. A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milán, 1996; p.3; tambien N Zanon, "La motivazione delle decisioni del *Conseil Constitutionnel* ", en A Ruggeri, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Turin, 1994; pág. 112.

[8] Cfr. E. Amodio, "L obbligo costituzionale di motivazione e l´istituto della giuria", *Rivista di diritto processuale*, 1970, nº 2; págs 449-457.

[9] Cfr. M. Gascon Abellán, *Los hechos en el derecho Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999; pags. 34-35.

[10] E Amodio, "Libero convincimento e tassabilità dei mezzi di prova. Un approcio comparativo", *Rivista italiada di diritto e procedura penale*", 1999, nº 1; pág 4.

ñalado, no sólo no era exigida sino ni siquiera permitida tratándose del veredicto. Pues bien, el funcionamiento de los tribunales convencionales discurrió en paralelo; no sólo —aunque también[11]— porque, en nuestro caso, el precitado artículo 741 LECr ya invitara a pasar de la motivación, sino porque abiertamente así estaba (y sigue) estipulado en el artículo 142, 2ª (de esa misma Ley) relativo a la redacción de las sentencias, en las que se hará —dice— "declaración expresa y terminante de los hechos que se estima probados", nada más. Esto es, no era preciso nombrar las pruebas, ni mucho menos describir su contenido, y no hablemos de consignar el razonamiento inferencial que habilita el tránsito desde los medios de prueba a los hechos probados. No ha de maravillar, por tanto, que la ingesta de una combinación con ambas sustancias (las enfrascadas en los artículos 741 y 142 de la vigente LECr) conviertan la enunciación de los hechos probados en una apoteósica "declaración de voluntad" (émula de la de los jurados). Ni ha de sorprender que las alusiones a la "soberanía" de los tribunales de instancia no nos remitan sólo a "antiguas expresiones de nuestra jurisprudencia" (como se apunta en el texto que comento) sino también a otras que están bastante más a la vuelta de la esquina y que no son ocurrencias de tribunales inferiores o de jueces descarriados precisamente[12].

1.3. Con la Constitución en vigor (vigente y vigorosa), el legislador ha rescatado la institución del jurado del arcón donde yacía desde los años treinta. E inopinadamente, quebrando la tradición, la ley ha sometido al jurado a la disciplina de una motivación obligatoria y con solemnidad constitucional. Lo cual, como se aprecia en el texto que discuto, suscita perplejidad. De mi lado, sin embargo, persisto en las mismas; insistiendo en que al jurado nunca se le ha dispensado, comparativamente hablando, un trato de favor sino uno homogéneo al de otros órdenes jurisdiccionales que asumen una función similar. Cuando se hinchó hiperbólicamente la libertad en la valoración de las pruebas, todos (legos y profesionales) pudieron beneficiarse de la situación. Y ahora, a todos les toca aclimatarse a los rigores de racionalidad que impone la Constitución. Hay, con todo, un dato curioso sólo por lo que tiene de fortuito. Y es que, con la redacción de la Ley del Jurado, ha sido la primera vez en que el legislador ha cobrado conciencia (de) o al menos ha resuelto aplicar el espíritu garantista del artículo 120.3 CE. Porque p. ej. la misma LOPJ (con ser siete años posterior a la Constitución) despide un inconfundible tufo preconstitucional en materia de motivación fáctica (mírese si no su artículo 248.3 que se satisface con que las sentencias expresen los "hechos probados, en su caso")[13]; incluso es menos detallista que el mencionado artículo 142 LECr[14] Una vez inaugurada esa senda constitucional por la Ley de Jurado, la actualísima LEC (Ley 1/2000) seguirá sus pasos[15].

1.4. Pero no conviene darse prisa, pues a lo que parece —eso se ha sugerido— el legislador es un negligente lector de la Constitución; ésta, en su artículo 120.3, "se refiere a la sentencia", "no a una parte de la misma como es el veredicto". Bien, a este respecto tengo un puñado de cosas que precisar. Antes, a modo de introito, comenzaré copiando un pequeño fragmento de la Exposición de Motivos (V.1.d.) de la LJ: "Bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy, la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de esos argumentos es necesaria".

Primero, en ese párrafo se expresaría por tanto la *ratio* que legitima constitucionalmente el controvertido artículo 61.1.d). Supongamos que el legislador haya errado al identificar o interpretar la referencia constitucional (ésta habla de "sentencias", recordémoslo). Aun así deberíamos reprimir nuestra espontánea tendencia a concluir que, entonces, el

[11] Cfr. F. Gutiérrez Alviz-V Moreno Catena, "Artículo 120: Actuaciones judiciales", en O. Alzaga, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid, 1987, t.IX; pág. 423.

[12] Es antológica al respecto la STS de 10 de febrero de 1978. En ella se sostiene que "la premisa fáctica de la sentencia" debe ser una declaración de los hechos probados "terminante, esto es, rotunda y categórica", pero "el Tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas, el relato, pormenorizado o no, de sus incidencias rituarias o procedimentales y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoracion de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la *soberanía* que la Ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones"; así que el Tribunal "no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas, sino limitarse a exponer y relatar lo sucedido, de modo tan explícito y claro como rotundo y categórico", y si bien "la Ley no prohíbe expresamente que el Tribunal de instancia analice, pondere y valore en la premisa jurídica la prueba practicada y fundamente la razón por la que llegó a sentar determinadas conclusiones facticas", sin embargo, "esta tarea, además de inusual, insólita y desacostumbrada, no encuentra adecuada cabida en dicha premisa que debe redactarse dentro de la encorsetada e inflexible normativa legal establecida por el art. 142 de la LECr.". Aunque redactado más modosamente, un mensaje similar en el fondo puede encontrarse en las opiniones de quien fuera presidente de la Sala 2ª TS en la primera mitad de los noventa (E. Ruiz Vadillo, "Hacia una nueva casación penal", *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1990, nº 1585; pág. 5685). En esa llaga también pone su dedo crítico P. Andrés Ibáñez, "Garantismo y proceso penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1999, nº 2; págs. 57-58.

[13] Es muy pertinente la reflexion de M Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997; págs 169-170, en la que destaca que nuestro legislador desperdició una inmejorable oportunidad para exigir expresamente la motivacion fáctica de las sentencias en el art. 248.3 LOPJ; olvido que resulta mas incomprensible si tenemos en cuenta que en la propia LO 10/1980 (de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes), el art. 10 6 preceptuaba que en la sentencia se recogieran de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado; declaración que tampoco se ha mantenido en el art. 794 LECr. según la redacción dada por la LO 7/1988, que reguló el denominado procedimiento abreviado y que se limita a remitir al art. 248.3 LOPJ

[14] J.F. Garcia Sánchez, "La motivación del relato de hechos probados, como derecho fundamental del justiciable", VV.AA., *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992; págs. 318-319. No veo por ningún lado que el art 248 LOPJ modernice alguna fórmula del 142 LECr (como sostiene C. Ferrer Tarrega, "La motivación de las sentencias penales", VV AA. *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992; pág. 289).

[15] Art 218. 2. "Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos tácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".

mencionado artículo 61.1.d) carece de fuerza vinculante. El valor normativo de un precepto legal no pende de lo que a su propósito se diga en la "exposición de motivos" (si bien ésta es un instrumento interpretativo de primer orden[16]).

Segundo, y aunque incidentalmente, llama la atención que a estas alturas se retorne a una interpretación muy restrictiva del 120.3 CE cuando, con buen criterio y pacíficamente creía yo, se concede que tal precepto abarca también a los "autos"[17].

Tercero, sería demasiada desconsideración para con el legislador imputarle haber confundido algo tan básico como el todo (la sentencia) y la parte (el veredicto). El artículo 120.3 admite un doble examen: "¿*qué* se motiva?" (cuál es el *objeto* de la motivación) y "¿qué es *motivar*? (cuál es la *naturaleza* de la motivación). Una lectura no muy atropellada de la Exposición de Motivos nos saca de dudas rápidamente. Allí se habla de lo segundo.

Cuarto, la objeción reseñada (la del todo o la parte), y todavía no afrontada, tiene el entero aspecto de una trampa saducea. Para deshacerla daré este rodeo. La obligatoriedad constitucional de motivar las sentencias comprende una doble exigencia: que debe motivarse *toda* sentencia (sin excepciones) y toda *la* sentencia (de arriba abajo)[18]. Empalmando con lo último, es cómodo convenir en que la motivación de las sentencias tiene dos vertientes: una que atañe a los hechos probados y otra que concierne a las normas jurídicas aplicadas. Resta por averiguar, entonces, cómo se compaginan ambos datos ( el de la sentencia como un "todo" y el de la bipolaridad de la función motivatoria). Hay tres maneras de concebir el "todo": como un *montón* (un agregado de mónadas herméticas), como una *pieza homogénea* (al estilo de una túnica inconsútil hecha toda con el mismo hilo) y como un *conjunto de partes* interrelacionadas (a la manera de un traje que, aun siendo uno, se compone de chaqueta y pantalón). Salvo para alguna mente rasa, está claro que en la sentencia se produce un encadenamiento (y condicionamiento) de varias y variadas decisiones, que reclaman sus respectivas motivaciones (también varias y variadas). No veo óbice, por tanto, a que la LJ, justo en cumplimiento del imperativo constitucional, determine cuál es la motivación específica de aquella decisión, igualmente específica, que compete al jurado. Como pienso volver sobre ello en el apartado siguiente, aplazo hasta entonces otras aclaraciones pertinentes.

[16] Tanto para la interpretación histórica, como para la psicológica y la teleológica, como destacó F.J. Ezquiaga Ganuzas, "Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y preámbulos", *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, nº 20; esp pags 41-49.

[17] Cfr. J. Fernández Entralgo, "La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, 1989, nº esp. VI; pág. 189.

[18] Cfr. respecto del art. 111.1 de la Constitucion italiana, primo hermano de nuestro 120 3 CE, E. Amodio, "Motivazione della sentenza penale", *Enciclopedia del diritto*, 1977, vol. XXVII, pág. 194.

## 2. La genuina motivación constitucional

2.1. Aflora aquí un malentendido emparentado con el que he intentado combatir líneas arriba; es, a saber, el dilema que se nos pone de frente: si la motivación referida a los hechos y la motivación relacionada con el derecho son, cada una por su lado, "la" motivación en sentido constitucional (dando lugar así a dos motivaciones especializadas) o si, por el contrario, ambas motivaciones se complementan formando una unidad.

A fin de ahorrarnos complicaciones extraviantes, empezaré observando que en el artículo 120.3 no aparece el sustantivo "motivación" (ni en singular ni en plural); solo se dice que las sentencias "serán motivadas" y punto. La disposición constitucional no resuelve, pues, la cuestión de si las sentencias albergan dos motivaciones separadas o sólo una aunque compleja. Para responder a la pregunta se requieren, para empezar, dos elementos: acordar qué se entenderá por "motivar" y luego analizar la sentencia que se desee. Si aceptamos que "motivar" significa justificar una decisión, después nos quedará por identificar cuántas y de qué tipo son las decisiones que suelen formularse en el texto de una sentencia. Por ejemplo, en una sentencia se decide dar por probado que R.G. acuchilló mortalmente a A.Z. con ánimo de provocarle la muerte y sin darle opción a defenderse (o sea se expresan unos enunciados descriptivos), seguidamente se decide que los hechos así descritos deben ser calificados como asesinato (enunciado prescriptivo), y, por fin, se decide, de conformidad con el artículo tal del código cual, que R.G. debe ser condenado a tantos años de prisión (enunciado prescriptivo). Normalmente todas las decisiones requieren ser justificadas. Y el tipo de justificación cambia según sea la naturaleza (descriptiva o prescriptiva) de los enunciados que expresan las decisiones adoptadas[19]. Dicho de otro modo, a los enunciados de uno y otro género corresponde la clásica bipartición entre "cuestiones de hecho" y "cuestiones de derecho". Las primeras (las "cuestiones de hecho") presuponen una actividad de carácter cognoscitivo, fundada en pruebas y elementos de prueba, destinada a constatar la verdad o falsedad de los hechos y desemboca en enunciados descriptivos dotados de un valor de verdad en torno a la existencia/inexistencia de tales hechos. Las segundas (las "cuestiones de derecho")implican una actividad interpretativa, fundada en criterios hermenéuticos, destinada a atribuir un significado a las disposiciones jurídicas y dan lugar a enunciados prescriptivos sobre la calificación jurídica del supuesto controvertido y sobre las consecuencias que de ello se derivan. Correlativamente, son de dos clases también los discursos justificatorios (motivatorios): distintos por su metodología, por la estructura lógica de sus datos y criterios, e igualmente por el diferente modo de ser verificados y controlados[20].

[19] Cfr P. Comanducci, "Ragionamento giuridico", en su libro *Assagi di metaetica*, Turín, 1992; págs. 218-219

[20] Cfr M. Taruffo, "Giudizio (teoria generale)", *Enciclopedia Giuridica (Treccani)*, Roma, 1989, págs. 2-3.

Tras lo expuesto, estoy en grado de responder al par de preguntas que he dejado pendientes. A mi entender, todas las justificaciones identificables dentro de una sentencia se agavillan en dos conjuntos a los que, para no apartarnos de la convención, podemos denominar "motivación fáctica" y "motivación jurídica" respectivamente. Se trata, pues, de dos motivaciones "especializadas". Y autónomas, añado; aunque esto pide alguna explicación. En efecto, es innegable la relación entre los hechos que se decide considerar probados y las normas que se deciden aplicar. En el caso antes sugerido (y no imaginario, por desgracia), si el jurado declara no-probado que R.G. fuera autor del delito enjuiciado, huelga que el MP se extienda en ninguna labor interpretativa acerca de esta o aquella disposición penal (y, obviamente, no ha lugar a ninguna "motivación jurídica" aneja). Si, como sucedió, el jurado considera probada la autoría de R.G., entonces el MP deberá encontrar la previsión legal aplicable al caso, justificando por qué es ésta y no aquella otra. Pero, ahora bien, son independientes por completo las razones que justifican —supongamos— la credibilidad otorgada a los testigos en la reconstrucción de los hechos y las razones que fundamentan la interpretación de tal o cual palabra de la ley que se prevé aplicar.

Asoma de nuevo, obstinada y recurrente, la cuestión con la que acabo de pelear hace un instante; esta vez, sin embargo, envuelta en un planteamiento más complejo que anticiparé comprimiéndolo en pocas líneas. Así: la LJ parece aludir a la motivación en dos sitios de su articulado; uno a propósito del veredicto del jurado (art. 61.1. d, como de sobra sabemos), el otro con ocasión de la sentencia que debe dictar el MP (art. 70). Sirviéndonos del silogismo como modelo de la sentencia, resulta que la actuación del jurado se circunscribe a la premisa menor en la que —no se olvide— también mete baza el MP con la elaboración del cuestionario, en tanto que el MP se haría cargo en exclusiva de la premisa mayor. O sea, el MP dispondría de una perspectiva más comprehensiva sobre la totalidad de la sentencia; por eso la motivación de esta última entraría en las competencias del MP, no siendo las explicaciones del jurado una motivación propiamente dicha.

Entro en materia comprobando que, si bien en ninguno de los artículos citados aparece expreso el vocablo "motivación", es patente, con todo, que en ambos contextos la motivación está presente sin estar nombrada. Y se trata de saber si en ambos casos se procura una buena andanza a la motivación según el parámetro constitucional. Lo primero de todo se me ocurre (algo que no se hace en el planteamiento que discutiré) preguntar ¿cómo se reconoce que una resolución jurisdiccional está motivada? Pese al mutismo del texto constitucional, se acepta comúnmente que el artículo 120.3 se inserta en un amplio entramado de preceptos constitucionales (derecho a la presunción de inocencia, derecho a la tutela judicial, interdicción de la arbitrariedad, etc.)[21]. De ahí cabe extraer, como hace el TC, una serie de exigencias básicas que ha de observar el razonamiento jurisdiccional. Pues bien, la motivación del veredicto, tal como aparece configurada en el artículo 61.1, se adecua a lo que hoy se estima debe ser una motivación fáctica conforme a la Constitución[22]. En cambio, y desgraciadamente, cuando el artículo 70.1 impone al MP "dictar sentencia en la forma ordenada en el artículo 248.3 de la LOPJ" nos retrotrae, tanto en lo concerniente a la decisión fáctica como a la jurídica[23], a la etapa preconstitucional. A ver cómo una sentencia tal garantiza el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, la interdicción de la arbitrariedad... y así sucesivamente[24]. Soy de la opinión de que, antes de emprender construcciones artificiosas (las que nos aguardan), debe comenzarse por el análisis textual, al menos como elemento de partida aunque no definitivo. Y en este primer *round* ya se ve de qué lado cae la victoria (si del 61.1 o del 70.1).

a) Prometedora se anuncia la ubicación del veredicto en el esquema del silogismo, pues de ello se esperan obtener —así se asegura— "relevantes datos en relación con la motivación". Veamos. El veredicto vendría a desempeñar la función de premisa menor; encargándose por tanto el jurado de fijar los hechos probados. En ese menester, sin embargo, el jurado no actúa emancipadamente pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52, compete al MP formular la batería de supuestos (o sea "el objeto del veredicto") a las que los jueces legos contestarán con un "probado"/"no probado" o, al final, con un "culpable"/"no culpable". De acuerdo.

Para no dar palos de ciego tomaré como ilustración este elemental silogismo: "Todos los que cometan un asesinato deben ser condenados; R.G. ha cometido un asesinato; luego R.G. debe ser condenado". Repárese en que la premisa menor no se limita a enunciar un hecho "en bruto" sino un hecho ya calificado jurídicamente ("asesinato"); por eso es demasiado tosca la creencia de que, en el silogismo, la norma enunciada (premisa mayor) y el enunciado que describe un hecho (premisa menor) marchan por separado hasta que no se fusionan en la conclusión. Y no, pues la palabra "asesinato" que ya figura en la premisa mayor vuelve a aparecer en la premisa menor. Eso indica que en el razonamiento judicial no hay cavada una zanja entre el "hecho" y el "derecho"; los "hechos" que interesan realmente al juzgador están constitutivamente mediatizados por el "derecho" (un mismo hecho —p. ej. cortarle la

---

[21] Entre la copiosa literatura, cfr. por todos J. Lopez Barja de Quiroga, *Instituciones de derecho procesal*, Madrid, 1999; pag 508.

[22] Compárese p.ej. lo que J. Montero Aroca (*La prueba en el proceso civil*, 2ª ed , Madrid, 1998; págs 322-324) entiende por motivación factica y lo dispuesto en el citado art. 61 de la LJ.

[23] Para disipar dudas, copio el mencionado art. 248 3: "Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, *hechos probados, en su caso*, los *fundamentos de derecho* y, por último, el fallo" (cursivas mías).

[24] El único procedimiento para convalidar el art. 248 LOPJ consiste en someterlo a una drástica revisión interpretativa a la luz del espíritu del art. 120.3 CE (cfr. J. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, págs. 320-321)

cabeza a alguien— puede ser un crimen o la ejecución legal de la pena de muerte). Los hechos concretos que interesan en un proceso se "construyen" reteniendo los elementos que son relevantes visto el supuesto de hecho que se tiene en cuenta en la norma a aplicar[25]. Imaginemos[26] que un individuo, tras un contacto sexual, es acusado de violación, entonces habrá que averiguar si hubo o no penetración y si medió o no el consentimiento de la otra persona (puesto que son, pongamos, los elementos que determinan el supuesto de violación). Pero si a ese mismo sujeto se le imputa no un delito de violación sino de ultraje al pudor, carece de sentido indagar sobre el grado de consentimiento de su partenaire (elemento irrelevante para el ultraje al pudor) pero será muy sensato investigar si hubo o no publicidad (elemento éste sí determinante, pero que, en revancha, resulta indiferente para calificar algo como violación)[27].

Creo que, tras lo apuntado, ya se vislumbra una finalidad básica del cuestionario que el MP entrega al jurado. Sin él se correría el riesgo de que los legos —desconociendo cuáles son los elementos distintivos del delito que se juzga— deliberaran y se pronunciaran sobre aspectos extraños al objeto enjuiciado y olvidaran los pertinentes. Este primer objetivo del cuestionario se conjuga con un segundo, también fundamental: que en el veredicto del jurado se refleje el "contradictorio" entre las partes (clasificando las cuestiones bajo las rúbricas de "hechos desfavorables" y "hechos favorables" al imputado) Pero aquí se detiene cualquier protagonismo del MP. A partir de ahí, el jurado irá contestando una por una a todas las cuestiones ("probado", "no probado" o "culpable", "no culpable", según los casos). En este cometido el influjo del MP es nulo. De ahí que el legislador, en el artículo 61.1 LJ, haya reservado para el jurado el deber de expresar las razones por las que considera probados unos hechos y otros no probados. El MP, por mucho que haya confeccionado el cuestionario, no es siquiera un convidado de piedra en este lance del juicio, seguramente el más importante. Lo que conduce al imputado a la cárcel o lo deja libre en la calle no son las cuestiones que el juez formula en el objeto del veredicto sino las respuestas del jurado. Y, por eso mismo, la motivación del veredicto no está para justificar por qué *se preguntó eso* sino para razonar por qué *se contesto así*.

b) El artículo 70.1 LJ es el segundo enclave en el que halla acomodo la motivación (esta vez referida a la sentencia) mediante una remisión al tan socorrido artículo 248.3 LOPJ. A este propósito se ha escrito que "la LJ obliga al MP a construir la resolución (y a motivarla por tanto)", lo que convierte al MP en "el sujeto activo de dicha motivación". Estoy en frontal desacuerdo.

Primero, aun no deseando parecer quisquilloso, el sintagma "construir la resolución" (el texto legal dice "dictar sentencia") es susceptible de provocar algún malentendido, pues "resolución" puede significar una *decisión* (por la que uno resuelve hacer o no hacer algo) o un *documento* (en el que se describe lo que se ha resuelto hacer o dejar de hacer). Esa distinción resulta irrisoria seguramente cuando es uno mismo (sujeto individual u órgano colegiado) quien adopta una resolución y luego la plasma sobre el papel. Pero ahora no nos movemos en ese ambiente. Convendría precisar, por tanto, que el MP redacta un *documento* (sentencia) en el que se consignan las *decisiones* (las resoluciones) del jurado (al dar por probados/no probados tales o cuales hechos) y del propio MP (al calificar jurídicamente los hechos probados y extraer las consecuencias que de ello se deriven).

En segundo lugar, siendo leales a la letra del citado artículo 70.1, debe notarse que la *coda* ("y a motivarla por tanto") es cosecha del comentarista (él no lo oculta, ojo), no un segmento del texto comentado. Dejándola pasar como si *ça va de soi* , es juicioso inferir que, entonces, el MP es "el sujeto activo de dicha motivación". Sin embargo, tengo argumentos para defender mi discrepancia; sobre todo uno. A estas alturas está ya sólidamente arraigado que el concepto de "motivar" es sinónimo de justificar decisiones racionalmente. Como a cada palo incumbe aguantar su vela, correría de la cuenta del MP la motivación de sus decisiones, y de la del jurado la motivación de las suyas. Sería absolutamente insólito que se cargara al MP con la obligación de motivar una decisión ajena[28]; peor todavía, sería un disparate. En efecto, ¿cómo puede un legislador racional asignar al MP la obligación de motivar una decisión no sólo ajena, sino que eventualmente puede no compartir y —ya el colmo— de cuya deliberación preparatoria no está al corriente? Además, no se trata sólo del legislador racional (que es un "postulado" metodológico) sino del legislador real (el histórico). Este ordena al MP que en la sentencia incluya "como hechos probados y delito objeto de condena o absolución, el contenido correspondiente del veredicto", nada más. En ningún lado se menciona, ni se atisba, otra cosa. Y por lo que afecta al artículo 70.2, en una de las sentencias (S. 1ª F3) de cuya doctrina estoy disintiendo, curio-

[25] Sobre esta relación dialéctica "hecho-norma", cfr. M. Taruffo, "Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica", en M. Besone , *L´attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Turín, 1997; págs. 148-149.

[26] Tomo el ejemplo de F Rigaux, "L´opacite du fait face à l´illusoire limpidite du droit", *Droit et Société*, 1999, nº 41; pag. 88.

[27] Pero no debo demorarme en deshacer un malentendido Es éste: como no es factible separar el mundo de las normas y el mundo de los hechos, entonces se anularía la distinción entre "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho". Una cosa no implica la otra Lo que sí constituye un error es pensar que todo lo relativo a la premisa mayor del silogismo (las disposiciones legales) es sólo una "cuestión de derecho", y todo lo que se refiere a la premisa menor (los hechos) es solo una "cuestión de hecho". Ocurre, en cambio, que en la supuesta premisa mayor interviene tanto la "cuestión de hecho" (p.ej. si el art. 61.1 LJ es posterior cronológicamente al art. 120 3 CE) como la "cuestión de derecho" (p.ej. ¿qué significa el art 61.1 LJ?); igualmente en la premisa menor incide la "cuestión de hecho" (¿mató R.G. a A.Z. de tal y cual manera?) junto a la "cuestión de derecho" (¿se puede llamar, conforme a la semántica legal, "asesinato" a lo que hizo R.G.?). Para unas interesantes anotaciones sobre este tema, cfr. M. Taruffo, "Il controllo di razionalità.. ", págs. 144-145.

[28] M Carmona Ruano, "Los medios de impugnación en el proceso ante el Tribunal del Jurado", en L. Varela Castro, *El Tribunal de Jurado*, CGPJ, Madrid, 1995; pag. 634.

samente se desestima un motivo del recurrente (éste alegaba que el MP no cumplió con la exigencia de motivación según el artículo 70.2 LJ), basándose en "consideraciones elementales" como: "1) Lo que se impone al MP es que especifique la existencia de prueba practicada y de que ésta lo fue de cargo. 2) No se le impone que valore esa prueba, es decir, que atienda a la credibilidad de la misma, pues esa es misión exclusiva del Jurado".

Después de tanta brega, la conclusión es desoladora: entre que las "razones" de uno (el jurado) *no* tienen consistencia de *"motivación"* y que el(al) otro (MP) *no puede* (y/o *no le toca*) motivar, el uno por el otro la casa sin barrer. A ese impasse conduce fatalmente la postura que intento rebatir.

Aún me queda un escollo adicional, el de que "la motivación es exigible de la totalidad de la resolución" "y la única visión suficientemente global y cualificada para poder dictarla es la del MP que redacta el escrito que contiene el objeto del veredicto y que debe, finalmente, establecer las consecuencias jurídicas a las que aboca el veredicto del jurado". Paso a la discusión. Aunque la sintaxis nos juega a veces malas pasadas, creo haber captado el mensaje entrecomillado. Observo en él una vuelta a las andadas: la resolución es una, y la motivación es de toda ella (una por tanto).Veamos. La sentencia no es (o no primordialmente) una crónica donde se narra lo que ha sucedido en el transcurso del juicio; si así fuera nadie posee mejor perspectiva de conjunto que la del MP, auténtico perejil —según se sugiere— de casi todas las salsas. Ocurre, sin embargo, que la sentencia es sobre todo la expresión escrita de una secuencia de decisiones, asumidas responsablemente por quienes las han tomado (cometido que desempeña la motivación). Las diferentes decisiones están, por supuesto, articuladas formando un todo coherente; p. ej. si la decisión fáctica (DF) es de culpabilidad, corresponderá adoptar una decisión jurídica (DJ) acorde con los hechos probados (de modo que la decisión del MP está supeditada a la decisión del jurado). También debe haber relación de congruencia, es evidente, entre DF y la motivación fáctica (MF) que le presta sustento racional; y lo mismo —y por lo mismo— entre la DJ y su correspondiente motivación jurídica (MJ). Ahora bien, la MF y la MJ no mantienen relación entre sí (ni buena ni mala). Una razón más, por tanto, para desvirtuar la imagen de una motivación unitaria y, de paso, para poner al MP en su sitio.

2.3. Es de muy amplia circulación la creencia en que el adjetivo "sucinta" ("explicación sucinta", artículo 61.1 LJ) produce una distensión en la obligatoriedad de motivar el veredicto; lo cual es merecedor de un reproche severo y seco. La presencia de expresiones como "sucinta" o "concisa" son probablemente vestigios de un concepto *endoprocesal* de la motivación; es decir, de cuando se pensaba que la funcionalidad de la motivación consistía en facilitar la interposición de recursos, y los tribunales que los examinaban podían disponer de las actas del proceso en caso de necesitar mayor información[29]. Convenza o no esa hipótesis, al menos habrá de reconocerse que "concisión" y "suficiencia" no son antitéticas. Bellamente se nos ha recordado que "la motivación no es un lugar vacío de la sentencia que se llena de cualquier manera; la motivación ocupa un espacio lógico, no topográfico. No debe hacer volumen sino ser suficiente"[30]. El calificativo "sucinto" o "conciso" se predica del *estilo* de la motivación; en cambio, la "suficiencia" atañe a la *estructura* de aquélla. En asuntos de estilo bien puede decirse que las motivaciones claras y sucintas son preferibles a las confusas y prolijas; sin embargo, en lo atinente al contenido, es innegociable exigir una motivación completa (que justifique todos los aspectos relevantes de la decisión y mediante argumentaciones suficientes)[31].

Por eso, me pilla en las antípodas la jibarización de la "sucinta explicación" reducida a "que el Jurado manifieste con brevedad (...) lo que le ha llevado a estimar como probados o no probados los hechos". Así se desploma y se desloma cualquier intento de discurso racional, porque si basta con que el Jurado exprese cómo se ha producido su convencimiento, da igual que éste se haya cimentado sobre cualquier cosa, p. ej. una sarta de prejuicios (del tipo "estamos convencidos de que R.G. acuchilló a A.Z. porque de los skins siempre hay que esperar lo peor"). Ningún matemático confundiría la demostración de un teorema, o ningún científico la verificación de un aserto, con una página de su diario personal o con una historia de vida. Conviene pues no identificar dos planos heterogéneos: el *psicológico* (al que pertenece el "convencimiento") y el *racional* (en el que se asienta la justificación de las decisiones jurisdiccionales)[32]. De modo que no vayamos a aguachinar la "explicación de las razones" (aun "sucinta") hasta dejarla irreconocible como "el vino que vende Asunción" (del cancionero bilbaino).

## 3. **Sin exagerar**

3.1. Para aliñar la ensalada de argumentos esgrimidos (y criticados) hasta ahora no podía faltar un buen chorro de negrura escéptica, que a nadie coge desprevenido. Es un topicazo que cunde entre las gentes del derecho y consiste en subrayar la ineptitud de los jurados para las tareas motivatorias, a diferencia —se veía venir— de la competencia que acreditan los jueces profesionales; comparación que a veces se refuerza contraponiendo la objetividad de la toga al apasionamiento del laico. Pues bien, es preciso salir al paso de tamaña simplificación, pero sin caer en otra de igual calibre según la cual son los opositores a que el poder del Estado se difunda fuera de los aparatos quienes remachan los incon-

[29] M. Taruffo, "Motivazione della sentenza civile (controllo della)", *Enciclopedia del diritto (Aggiornamento III)*, Milan, 1999; pags 775-776.

[30] F.M Iaoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán, 1997; pág 67

[31] M. Taruffo, "Motivazione...", pag. 773.

[32] Cfr. J. Igartua, *El caso Marey. Presuncion de inocencia y votos particulares*, Madrid, 1999; págs. 16-18.

venientes inherentes a la carencia de una preparación técnica.

De entrada, hay una propensión a jugar con un estereotipo del juez lego como si éste fuera ignorante e irracional, prescindiendo de cualquier verificación empírica sobre el nivel de instrucción —variable según las capas sociales— característico de nuestro tiempo[33]. Para prevenir exageraciones es recomendable, por tanto, no hablar de memoria ni con la boca llena (de clichés). Se me replicará —seguro— que incluso en la hipótesis de un jurado con cultura media-alta, éste carecerá previsiblemente —por mor de las incompatibilidades (art. 10 LJ)— de miembros provistos de formación jurídica. Aquí radica, a mi entender, el riesgo de la otra exageración. Sería deseable —quién lo duda— que los jurados dispusieran de un apreciable bagaje de conocimientos en las áreas más variadas (sobre todo tras la explosión de la *scientific evidence*[34]), pero si de algo puede prescindir un jurado como el nuestro (el escabinado pertenece a otra historia) es de la envanecida "técnica jurídica", superflua del todo para las tareas encomendadas a un jurado "puro". A mano tengo el "objeto del veredicto" que se sometió al jurado en un caso muy sonado[35], por la prensa conozco otros casos... y por ningún lado se vislumbran las supuestas ventajas que podría proporcionar la técnica jurídica a nuestros esforzados legos. Con eso no quiero decir que los jurados van bien servidos con las luces que tienen, sino que, en materia de pruebas, la exquisita y exclusiva formación técnico-jurídica de los jueces no les habilita a éstos como unos maestros precisamente[36] (cosa diversa es que algunos o muchos de ellos hayan logrado compensar ese déficit a base de trabajo personal, oficio y veteranía). Los estragos que causa esa especie de monolatría hacia la técnica jurídica se manifiestan con harta visibilidad en la motivación de las sentencias sobre todo[37].

3.2. Concebir la motivación fáctica de la sentencia —como se hace en el pasaje que paso a discutir— en términos de "juicios lógicos, históricos, máximas de experiencia, etc." resulta, plausible a doble título. Primero (y aunque esa no haya sido la intención de su autor) porque pone en evidencia lo antedicho; esto es, que la técnica jurídica no aporta nada en ese empeño y, por tanto, que la preparación recibida por los jueces de carrera (en la Facultad y memorizando el temario de judicaturas) no les coloca en situación ventajosa respecto de los titulados (o titulandos) en historia, económicas, psicología, sociología, medicina, ingeniería, magisterio... o incluso FP. En segundo lugar, por lo que supone de reivindicación enérgica de la racionalidad frente a un intuicionismo más o menos camuflado (que había convertido la valoración de las pruebas en un *quid ineffabile*, inarticulable e inexpresable)[38]; la única manera, claro está, "de excluir la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional". Sin embargo, me sobresalta leer seguidamente "que todo ello no es exigible respecto de un colegio de jueces legos". Tendría al respecto una aclaración que solicitar y un reparo grave que oponer. Sería bueno conocer, en efecto, si se está defendiendo sólo que los legos son incapaces de *expresar* las razones de su decisión, o también que además son incapaces de *razonar* cuando deciden. No es baladí la pregunta; no sobraría pues alguna aclaración sobre el particular. Pero sea de ello lo que fuere, la postura que combato tropieza con un —a mi entender— obstáculo infranqueable, como éste: si la finalidad de la motivación consiste —como se afirma— en "excluir la arbitrariedad" y si aquélla "no es exigible" de los jueces legos, se lleva a la quiebra la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). ¿A qué andar entonces contemporizando con sucedáneos de "motivación" (o ni eso) en lugar de propugnar abiertamente la desaparición del jurado? ¿Se puede saber qué beneficios reporta una institución que no garantiza un funcionamiento al abrigo de la arbitrariedad?

3.3. Llega el turno de la dificultad añadida que entraña la distinta procedencia y formación de los integrantes del jurado en orden a lograr una motivación unitaria. Pues bien, a fuer de incurrir en una detestable reiteración, diré una vez más que la presunta cultura homogénea de los jueces (han estudiado la misma carrera, las mismas asignaturas y quizás hasta los mismos manuales) suele dejar bastante a desmano la preocupación por cualquier metodología empírica (la única idónea para la motivación fáctica). Y, mírese por dónde, no deja de tener gracia que un argumento similar fue invocado por quien en vida (truncada por un asesino) presidiera el TC, precisamente para exonerar a los jueces profesionales de una motivación fáctica rigurosa. Decía que, entre las dificultades inherentes "a la explicitación del razonamiento concerniente a la valoración de la prueba", "la primera creo que puede plantearse en los órganos penales colegiados, y consiste, en mi opinión, en el diferente proceso mental que cada juez pueda recorrer para llegar a la certeza, aun apreciando unas mismas pruebas y

[33] Cfr. E. Amodio, "Giustizia popolare, garantismo e partecipazione", en el libro dirigido por él mismo, *I giudici senza toga*, Milán, 1979; pag. 8.

[34] M. Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, nº 1.

[35] Me refiero al "caso Otegi" (cfr. E. Forest, *¿Proceso al jurado? Conversaciones con Miguel Castells*, Hondarribia, 1997; págs. 219-240).

[36] Un conocido y reconocido magistrado escribía que "mientras la amplia reflexión suscitada a lo largo de los años a propósito del tratamiento de la *quaestio iuris* ha ido poniendo a disposicion de los operadores del derecho con sensibilidad crítica un amplio abanico de recursos teoricos y, sobre todo, creando en ellos conciencia de determinadas dificultades, el tratamiento de la *quaestio facti* aparece *objetivamente* confiado a la intuición, a la apreciación *ingenua* del aplicador de aquél, para quien, sintomáticamente, no se preve ninguna formación específica al respecto" (P. Andrés Ibáñez, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", *Doxa*, 1994, nums. 15-16; págs. 867-868).

[37] Aunque referido a los tribunales italianos es aplicable a los tribunales españoles el análisis de M. Taruffo, "La fisonomia della sentenza in Italia", VV. AA., *La sentenza in Europa*, Padua, 1988; esp. págs. 201-205.

[38] Intuicionismo que tiene hoy día sus valedores entre los defensores fervientes de una (incontrolada) "valoracion conjunta de las pruebas", como certeramente ha denunciado W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Londres, 1985; pags. 184-185. Del mismo autor cfr. también *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, pag. 73.

aun llegando a la convicción de la culpabilidad del acusado"[39]. Esa misma estela seguiría poco más tarde el a la sazón presidente de la Sala 2ª del TS al observar que en un tribunal colegiado "no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de la culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido y no sé cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos"[40]. Curioso ¿no? De cualquier manera, esa referencia a la idiosincrasia personal o intelectual no pasa de un elegante ardid tanto para legitimar —en un caso— la deficiente práctica motivatoria de los jueces, cuanto para tolerar con indulgencia —en el otro— cualquier seudomotivación de los legos. Creo que en todo ello abunda la conjetura y escasea el trabajo de campo, el único que permite apreciar, vistas las cuestiones concretas que se formulan a jurados concretos, si aquéllas son solubles o no con las facultades comunes a los humanos y los conocimientos básicos del entorno cultural, por mucho que las biografías y experiencias personales sean variopintas y diversas.

3.4. Ya expuse antes por qué estimo nocivo contentarse con que el jurado enumere las pruebas que le llevaron al convencimiento; así que no voy a insistir en la circularidad que supone convertir el convencimiento del juzgador en la justificación racional (de ese convencimiento)[41]. Sin embargo, en el párrafo que comento se desliza un error adicional en mi opinión, y no de rango menor. A lo que parece, las explicaciones exigibles del jurado deberían ser aún más débiles, si cabe, ante un veredicto de no-culpabilidad, pues en esa situación —se escribe— "difícilmente podrá concluirse que (...) el Jurado tenga que expresar por qué los medios de prueba no le han convencido". A mí me parece intrépida e inaceptable semejante conclusión, ya que —con carácter general— el análisis de todos los medios de prueba (independientemente de su valoración positiva o negativa) no sólo es prescribible en estrictos términos de racionalidad sino por su sintonía con aspectos cardinales del proceso (derecho a la prueba, contradictorio, etc.[42]). Y eso tiene vigencia tanto cuando se condena como cuando se absuelve[43]. El "derecho a la tutela judicial efectiva" también asiste a la acusación; y si no se le da *la* razón, al menos que se la nieguen dándole *razones*. No otro espíritu insufla la letra del venerando artículo 61.1 LJ cuando obliga a razonar también por qué se ha "*rechazado* declarar determinados hechos como probados".

[39] F. Tomás y Valiente, "'In dubio pro reo' , libre apreciación de la prueba y presuncion de inocencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, nº 20; pág. 34.

[40] E. Ruiz Vadillo, "Hacia una nueva casación penal", p. 5685.

[41] Cfr. también M. Delmas-Marty, "La preuve pénale", *Droits*, 1996, nº 23; pág. 59.

[42] Cfr. E. Amodio, "Motivazione della sentenza penale", págs. 210-211.

[43] Lo que también olvido la Sala 2ª del TS (STS nº 2838/93 de 14 de diciembre) en el recurso contra la absolucion de Ynestrillas (cfr. J. Igartua, *Valoracion de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995; págs. 127-131).

## 4. La tiranía de las clasificaciones

Es de una obviedad aplastante el dicho "ad impossibilia nemo tenetur", nadie está obligado a lo imposible. Al jurado, por tanto, no se le *debe* exigir lo que no *puede* dar. Ahora bien, no van por ahí los tiros de la última tesis que afronto. Según ésta, los jurados no deben motivar su veredicto aun pudiendo hacerlo. Gallardamente se afirma que "el modelo de jurado puro (modelo al que parece ajustarse el TJ español) no motiva sus resoluciones, nunca lo ha hecho y ese es precisamente uno de los elementos que lo caracterizan". Con esta alegación, a mi entender, se está marrando el disparo clamorosamente. Vamos a ver; concedamos que los estudiosos han clasificado en tres tipos los fenómenos históricos de participación popular en la administración de justicia (jurado puro, jurado mixto, escabinado). Pues bien, habrá que establecer si el veredicto inmotivado es una característica concomitante del jurado puro (es decir, *de hecho* el jurado puro no suele motivar su veredicto) o una nota consustancial del mismo (esto es, *necesariamente* el jurado puro no motiva su veredicto). Si se defiende lo primero, nada obsta a que el jurado español deba motivar su veredicto si el legislador así lo dispone (sin dejar de ser, por ello, jurado puro). Si se opta por lo segundo, es claro que el jurado español no se corresponde con el tipo de jurado puro (para aquél habría que inaugurar un cuarto tipo). Y eso no tiene vuelta de hoja. Cuando un fenómeno real no encaja en un determinado tipo, una de dos: la clasificación está mal hecha o la realidad está mal clasificada; cualquier cosa menos suponer que es la realidad la que se equivoca. Pretender que la realidad deba someterse a la dictadura de una tipología clasificatoria implica sufragar un idealismo (filosófico) muy pasado de rosca.

## 5. Brevísima recapitulación

Intentaré resumir en cinco trazos el mensaje esencial en el que viene a condensarse mi dilatada (¿y accidentada?) exposición. Sostener que el mareado (de tantas vueltas) artículo 61.1 d) LJ no impone al jurado la obligación de *motivar* —en el sentido constitucional de la palabra— su veredicto:

5.1. Choca con la *literalidad* de la disposición (lo que no es excesivamente importante) y con la inequívoca *voluntas legislatoris* (diáfanamente expresada en la exposición de motivos).

5.2. Deja sin explicar cuáles son, entonces, la *naturaleza* y la *función* del precitado precepto.

5.3. No se determina *quién* y —sobre todo— *cómo* se hace cargo de la motivación del veredicto.

5.4. Si nadie asume esa tarea, la *decisión más importante* recogida en la sentencia queda *sin motivar* (infringiendo el art. 120 CE).

5.5. Si se presume que el jurado es incapaz de motivar su veredicto en sentido constitucional, procede abogar radicalmente por la *desaparición* de aquél y no cohonestar simulacros de motivación que no protegen de la *arbitrariedad* de los poderes públicos (cuya interdicción proclama el art. 9.3 CE).

# El juicio monitorio en la nueva LEC, un cambio cultural

Carlos GOMEZ MARTINEZ

## DEL JUZGADO-COLMADO DE ULTRAMARINOS AL JUZGADO-SUPERMERCADO

En la conferencia "Por una nueva justicia civil" que, organizada por MEDEL, tuvo lugar en París los días 29 y 30 de enero de 1999, uno de los participantes, Tiennot Grumbach, abogado del Colegio de Versalles, intervino cuando se estaba discutiendo sobre las alternativas extrajudiciales a la solución de los conflictos, para hacernos reflexionar sobre nuestra obsesión por "quitarnos asuntos de encima". Según él, en el ámbito privado una situación de saturación como la que sufre la jurisdicción civil llevaría a una reorganización de la empresa para permitir atender al exceso de demanda. A ningún empresario se le ocurriría desviar la demanda a un establecimiento ajeno como nosotros pretendíamos. Si la instalación y la organización son insuficientes tendrán que transformarse para poder acoger a los clientes. Eso, según él, es lo que debía hacerse con la justicia civil: reorganizarla para dar respuesta a las crecientes peticiones de los ciudadanos, antes que pensar en soluciones alternativas.

El juicio monitorio regulado en los artículos 812 a 818 de la LEC de 2000 no es más que una forma de reorganizar la justicia civil para poder dar respuesta al fenómeno de la masificación de los procesos, una de las vías mediante las cuales el viejo colmado de ultramarinos de nuestro juzgado civil se va a transformar en moderno supermercado, con las ventajas e inconvenientes que este cambio supone. Ciertamente, se prestará un servicio más eficiente, en cuanto que se podrá dar satisfacción a más pretensiones en menos tiempo. Pero, por otro lado, la respuesta será mucho más estandarizada y el trato dejará de ser personalizado. El juez no será ya como el antiguo tendero que conoce personalmente a sus clientes y les reserva unas palabras amables al darles los buenos días cuando aparecen en el quicio de la puerta del establecimiento. El juez será como el dependiente de un supermercado (puesto de trabajo, por cierto, mayoritariamente ocupado por mujeres, como ocurrirá con la nueva judicatura, pues, como se sabe, las dos terceras partes de los alumnos de la Escuela Judicial en las últimas promociones son mujeres), que apenas dirige la vista al cliente y se limita a pasar los productos por el lector óptico para marcar los precios y a anunciar el resultado final de la suma.

Aunque, ciertamente, la comparación de ambos modelos rezuma nostalgia por la antigua figura del juzgado-colmado, en absoluto creo que deba menospreciarse al juzgado-supermercado en el que se van a tramitar los juicios monitorios. Se trata de una nueva función que cae de lleno en la órbita del servicio público en que la Administración de Justicia consiste. El juez no va a desempeñar un papel brillante pero, en cambio, el ciudadano que hasta ahora decidía no ejercer sus derechos por ser demasiado costoso el proceso, en términos económicos y de tiempo, se va a acercar ahora a los juzgados para hacerlos efectivos. Se ganará confianza en la Justicia, se reforzará el Estado de Derecho devaluado cuando la lentitud e ineficacia de la justicia hacen desistir a un ciudadano del ejercicio de los derechos que cree ostentar. Por otra parte en la actual situación no es realista plantearse que el juez civil pueda dar un tratamiento individualizado a cada caso porque está desbordado de trabajo y se ve en dificultades para cumplir el principio de inmediación y para dedicar a cada asunto el adecuado estudio. El antiguo juez del juzgado-colmado trabaja hoy en día malhumorado por la imposibilidad de atender a lo que considera que son sus obligaciones profesionales. En cualquier caso, los antiguos colmados prácticamente han desaparecido, por lo que su reconversión en supermercados resulta indispensable para la subsistencia del establecimiento, léase del juzgado de primera instancia.

## UN PROCESO PARA EVITAR EL PROCESO

Es curioso y paradójico el modo en que actúa la técnica procesal. Primero se crea un proceso con todas las garantías, en el que juegan con gran amplitud los principios que emanan del de tutela judicial efectiva. Dicho proceso va a actuar como modelo o paradigma, pero, simultánea o sucesivamente, se establecen los mecanismos para huir de dicho proceso, porque la lentitud inherente a la plenitud de la cognición del juez y a la falta de restricciones en los medios de ataque y defensa que se ponen a disposición de las partes hacen que el proceso-tipo resulte inadecuado para dar satisfacción a las pretensiones de los ciudadanos en un plazo razonable y sin excesivo coste.

A lo largo de la historia han ido surgiendo distintas técnicas procesales para huir del proceso, para facilitar al acreedor el medio de obtener un título ejecutivo sin necesidad de tener que acudir al juicio declarativo común. Descartando el arbitraje —ya hemos dicho que no consideramos ahora la posibilidad de remitir al justiciable a otras instancias—,

son tres las técnicas procesales tradicionalmente utilizadas para evitar el juicio declarativo común: la atribución de ejecutividad a títulos extrajudiciales, la tutela sumaria y el juicio monitorio.

En la tradición del derecho romano sólo las sentencias dictadas por el juez eran susceptibles de ejecución. En la alta edad media se atribuyó efectos semejantes a los títulos creados con la intervención de fedatario público (escrituras públicas) o a los títulos mercantiles (letras de cambio), de manera que se podía actuar sobre los bienes del deudor sin tener que acudir a la lenta y costosa vía del proceso declarativo. Es lo que ocurría con el juicio ejecutivo de la LEC de 1881 y, ahora, con la ejecución de títulos no judiciales y con el juicio cambiario de la LEC de 2000. En estos supuestos, la atribución de fuerza ejecutiva al título se basa en las especiales formalidades que lo acompañan que le confieren un singular valor probatorio.

La tutela sumaria consiste en la atribución al juez de la facultad de adoptar una decisión rápida, sin todos los elementos de prueba que serían necesarios en el juicio declarativo común, directamente ejecutiva sin prestar caución y de carácter sumario, es decir, sin que la resolución produzca efectos de cosa juzgada y dejando a salvo el derecho de las partes a promover un juicio declarativo sobre el fondo. Esta figura se corresponde al juez francés de los *référés*, que decide provisionalmente sobre cualquier cuestión, sin perjuicio del posible juicio declarativo posterior. En nuestro derecho ha existido también este tipo de tutela, limitada al ámbito de la protección posesoria: los interdictos.

Finalmente, el juicio monitorio es un procedimiento en el que se obtiene un título ejecutivo con base en la pasividad del deudor. El acreedor no cuenta con un documento revestido de especiales formalidades (lo que diferencia el monitorio del ejecutivo de la LEC de 1881), y, además, la resolución que se dicte producirá efectos de cosa juzgada (con lo que el monitorio se aparta de la tradición de los juicios sumarios). El silencio del deudor posterior a la orden de pago confiere verosimilitud al documento presentado por el acreedor, el requerimiento se convierte en título ejecutivo precisamente porque ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que el deudor pagase o formulase la oportuna oposición.

Cada una de estas "técnicas procesales para huir del proceso" se basa en un mecanismo implícito que es el que verdaderamente le otorga eficacia. Así, la efectividad del juicio cambiario o del ejecutivo radica en que el título dotado de especiales garantías formales permite decretar el embargo sobre los bienes del deudor, sin que se cumplan los requisitos generales exigidos (hoy en el art 728 de la LEC de 2000) para la adopción de esta medida asegurativa del patrimonio: peligro por la mora procesal, apariencia de buen derecho y caución.

La efectividad de la tutela judicial sumaria se halla en que no se promueva juicio declarativo posterior sobre el fondo, lo que está directamente relacionado con que el juez acierte en su resolución provisional, a pesar de no contar en el momento de dictarla con todos los elementos de juicio. Muchas veces los jueces que redactamos una sentencia en un interdicto introducimos en su fundamentación alguna expresión de este tenor: "sin perjuicio de lo que las partes pudieran alegar en el juicio declarativo que corresponda a la cuantía...", aun a sabiendas de que muy probablemente ese juicio posterior no existirá, sobre todo si la solución provisional que damos en el juicio sumario es acertada. Para ello es muy importante que el juez encargado de resolver este tipo de litigios tenga experiencia y "ojo clínico". Resulta significativo que en Francia la competencia funcional para actuar como *juge des référés* la tiene el presidente del tribunal (quien, no obstante, puede delegar en otro magistrado de su confianza).

Pues bien, el mecanismo implícito que ha hecho triunfar al proceso monitorio en los países en que se halla vigente es el de la creación de un título ejecutivo mediante la preclusión. La experiencia europea demuestra que sólo en un 10% de procedimientos monitorios se formula oposición. La mera pasividad del deudor permite la formación masiva de títulos ejecutivos por la incomparecencia del deudor tras la recepción del mandamiento de pago

## EL PERIPLO EUROPEO DEL PROCESO MONITORIO

El juicio monitorio surge durante la alta edad media en las ciudades del norte de Italia. En ese tiempo y lugar se estaba produciendo el nacimiento del capitalismo Las estructuras procesales provenientes de la tradición romano-canónica eran insuficientes para atender a las necesidades de los nuevos comerciantes. Era necesario facilitar la creación del título de ejecución sin tener que acudir al lento y costoso "solemnis ordo iudiciarius". Surge así el "mandatum de solvendo cum clausula iustificativa", precedente directo del actual juicio monitorio. En su propia denominación se pueden encontrar los dos rasgos típicos que caracterizan esta técnica procesal: se emite un mandato de pago pero con la advertencia de que el deudor puede dejarlo sin efecto formulando oposición Es decir, no es un mandato de pago incondicionado, sino que su eficacia se halla sujeta a la condición negativa de que por parte del deudor no se justifique su negativa a pagar formulando la correspondiente oposición.

De Italia el monitorio pasó a Alemania en dónde, a partir del siglo XV, este proceso evolucionó en el sentido de distinguirse claramente entre la primera fase de emisión del mandato de pago y la eventual oposición. De Alemania pasaría a los países del norte de Europa en los que rige en la actualidad, al tiempo que el proceso se perdía en Italia que, a partir de principios del siglo XIX, recibía una intensa influencia francesa, a la que era ajena el proceso monitorio. El procedimento *d'ingiunzione* no se volvería a adoptar en Italia hasta 1922.

Durante la dominación prusiana, desde 1871 hasta la finalización de la primera guerra mundial, el proceso monitorio rigió en Alsacia-Lorena, donde se aplicaba la *Zivilprozessordnung für das Reich* y tuvo tal éxito que, tras la definitiva incorpo-

ración de esta región a Francia, el proceso subsistió con el nombre de *commandement de payer* con ámbito estrictamente local. En 1937 se extendió a todo el país para los créditos comerciales, y en 1981 para los civiles.

El proceso monitorio fue considerado por el informe Storme confeccionado en 1992 por encargo de la Comisión Europea, como uno de los instrumentos procesales que debían ser introducidos en los países de la entonces Comunidad Europea para que la diferente eficacia de los distintos sistemas procesales nacionales no produjesen fracturas internas en el mercado único. La "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de la lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales", publicada en el Diario Oficial de la Comunidades Europeas de 3 de diciembre de 1998, hace referencia a la necesidad de introducir procedimientos rápidos para el cobro de procedimientos no impugnados, categoría dentro de la cual debe incluirse el monitorio.

En España no existen antecedentes legislativos del proceso monitorio. Sin embargo, la doctrina de los siglos XVIII y XIX sí hace referencia a la práctica forense del "pague o dé razones", suprimido por la famosa "Instrucción" del Marqués de Gerona de 1853 que consideraba una práctica judicial corrupta todo mandato condicionado de pago[1]. Aunque algunos autores han querido ver rasgos propios del juicio monitorio en algunos procedimientos de la LEC de 1881 (singularmente la jura de cuentas), no ha existido en nuestro derecho un auténtico juicio monitorio hasta la modificación de la LPH mediante la Ley 8/1999 de 6 de abril, proceso cuya vida, como ya se preveía, ha sido muy corta, pues la Disposición final primera de la LEC de 2000 modifica el artículo 21 de la LPH y remite, en cuanto al procedimiento, a lo establecido en sus artículos 812 y siguientes, aunque con algunas especialidades.

## EL MONITORIO, UN JUICIO MUY ESPECIAL

El monitorio es un juicio especial por la materia, en cuanto que constituye la vía mediante la cual se sustancia una concreta categoría de pretensiones: las dinerarias de hasta cinco millones de pesetas.

Pero, sobre todo, el monitorio es un juicio especial por su estructura. Algunos autores dudan, incluso, de su naturaleza jurisdiccional, sosteniendo que se trata de una actuación administrativa realizada por el órgano judicial. Para fundamentar esta postura la doctrina se basa en que en el juez que dicta una orden de pago no resuelve nada, puesto que ni siquiera oye a la parte adversa. El juez, en este caso, no actuaría ni juzgando ni haciendo ejecutar lo juzgado. Sin embargo, dentro de la función de "juzgar" incluida por el artículo 117.3 de la CE entre las atribuciones de los jueces, debe comprenderse no sólo la tarea de "sentenciar", sino también la de "proceder" y, en este sentido, la función del juez en el monitorio es plenamente jurisdiccional, cumpliéndose además el principio de audiencia bilateral puesto que desde el mismo requerimiento de pago se advierte al deudor de la facultad que tiene de formular oposición, la cual dejará sin efecto el propio mandamiento.

Lo que sí es cierto es que el monitorio es un proceso de estructura muy especial. En él se produce lo que Calamandrei denomina la "inversión de la iniciativa del contradictorio"[2]. En una situación normal el juicio contradictorio existe por iniciativa del acreedor que lo promueve para la efectividad del derecho del que se cree titular, pero en el monitorio el juicio contradictorio sólo existirá si el deudor formula oposición. En consecuencia, se desplaza a él la iniciativa del nacimiento del proceso declarativo común.

La secuencia en el juicio monitorio queda sustancialmente alterada respecto al declarativo común. En este último el juez recibe una pretensión, oye al demandado, practica la prueba y, después, ordena. En cambio, en el juicio monitorio el juez recibe la pretensión, ordena (libra el mandamiento de pago) y sólo después, si el deudor quiere, oye al demandado. Por esta razón Carnelutti pone énfasis en la eventualidad del monitorio como nota determinante de su especial naturaleza jurídica[3].

## DOCUMENTOS QUE SOLO SON HUMO

Si hemos dicho antes que lo esencial en el monitorio es el efecto creador de un título ejecutivo que se da al silencio del deudor frente al requerimiento de pago, habremos de deducir que el documento, las formalidades que pueda revestir y sus garantías de autenticidad son irrelevantes, pues el legislador hace derivar su fuerza probatoria de la incomparecencia del deudor pese a la admonición judicial de que, de no oponerse ni pagar, transformaría la orden de pago en título ejecutivo. Por ello en los países del norte de Europa no se exige base documental alguna a la petición del acreedor. Al actor le es suficiente con manifestar ante el juez que una suma le es debida para que el órgano jurisdiccional (no el juez, sino el *Rechtsfleger*) emita el mandamiento de pago.

En España, como en Italia y Francia, el monitorio es documental. El artículo 812 de la LEC de 2000 inicia la regulación de este nuevo procedimiento con una referencia a los documentos que deben acompañar a la petición. Del contenido de este precepto, puesto en relación con el artículo 815, se infiere la existencia de dos categorías de documentos, según la distinta fuerza probatoria *prima facie* de que gozan.

El primer grupo es el de los documentos cuya fuerza probatoria debe apreciar el juez. Dentro de él se encuentran los documentos provenientes del deudor, es decir, aquellos en los que de uno u otro

[1] Tomás y Valiente, Francisco, *Estudio historico jurídico del proceso monitorio*, Revista de Derecho Procesal, 1960, vol. 1, págs. 72 a 88.

[2] Calamandrei, Piero, *El procedimiento monitorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1953, págs. 24 a 26.

[3] A la polemica con Carnelutti se refiere el propio Calamandrei en la obra citada en nota anterior, pags. 245 a 248.

modo consta que su existencia y contenido han sido conocidos por el deudor, y los documentos procedentes del acreedor, unilateralmente confeccionados por él. Esta última categoría es la que más choca contra nuestra tradición jurídica, pues se hace difícil al juez ordenar que se practique un requerimiento de pago con base en una mera factura emitida por el acreedor, de la clase de las que normalmente exista en las relaciones habidas entre él y el deudor. Sin embargo, hemos de recordar aquí lo que venimos repitiendo: todo el mecanismo del juicio monitorio se funda en que la pasividad del deudor frente a la advertencia que recibe del juez confiere fuerza probatoria a un derecho del que, en principio, sólo se tenía una acreditación a primera vista.

En el segundo grupo de documentos se engloban dos tipos de crédito a los que el legislador ha querido dotar de una especial protección, confiriendo a los documentos que los acreditan un valor probatorio predeterminado. Son los créditos comerciales y los de cuotas adeudadas a las comunidades de propietarios. Los primeros han de venir acreditados mediante alguno de los documentos comprendidos en la categoría anterior (provenientes del deudor, confeccionados por el acreedor) y, además, por otros que revelen la existencia de una relación comercial anterior duradera. Los créditos a favor de las comunidades de propietarios han de constar en la correspondiente certificación. En estos casos el artículo 815 parte del presupuesto de que el juez debe admitir, sin más, la petición y, por tanto, ordenar la práctica del mandamiento de pago. Sin embargo, la utilización en los dos supuestos del artículo 812.2 del verbo "acreditar" referido a los documentos hace pensar que en estos casos también se está considerando una cognición del juez limitada a determinar si los documentos constituyen o no un *fumus* del derecho del peticionario.

## COMPETENCIA TERRITORIAL: SEGUIR AL DEUDOR

La finalidad de las normas sobre competencia territorial del artículo 813 es que sea competente para conocer del juicio monitorio el mismo juez que deba practicar el requerimiento. Por ello se fija como fuero principal no sólo el del domicilio del deudor (concepto normativo), sino también el de su residencia (concepto fáctico), y se establecen como fueros subsidiarios los del lugar en que el deudor pueda ser hallado a efectos de practicar el requerimiento, esto es, el domicilio que consta en el padrón municipal, el que conste a efectos fiscales, el que figure en registros oficiales, el que aparezca en publicaciones de colegios profesionales y el lugar de trabajo no ocasional.

Sólo hay una excepción a esta regla, la establecida para el caso de reclamaciones de cuotas de gastos generales de comunidades de propietarios. En estos supuestos rige el "forum rei sitae", conforme a una enmienda introducida en el Senado. No queda muy claro en la redacción del precepto si se trata de un fuero principal o de un fuero alternativo concurrente.

La competencia es exclusiva. No cabe, por tanto, la sumisión expresa o tácita y será examinada de oficio por el juez. La competencia para entender de la petición de monitorio marca ya la del juicio declarativo común posterior que surja en el caso de que el deudor formule oposición.

## UNA PETICION QUE NO ES DEMANDA

El escrito iniciador del proceso monitorio recibe el nombre de petición para recalcar así que no debe asimilarse a la demanda. No debe contener relación de hechos ni fundamentación jurídica sino, únicamente, los datos concretos recogidos en el artículo 814: nombre del deudor, domicilios de acreedor y deudor, lugares en que éste puede ser hallado y origen y cuantía de la deuda. Se prevé expresamente que la petición se pueda hacer por formulario, por lo que, análogamente a lo establecido para otros supuestos de constitución personal (juicio verbal de menos de 150.000 pesetas), deberá contarse en el juzgado con formularios a disposición del público.

Para la presentación de la petición no se exige abogado ni procurador. Como se sabe este es uno de los temas que más polémica han levantado y que más han contribuido a predisponer en contra de la LEC de 2000 a los colegios profesionales. Creo que la indefensión no se da puesto que la intervención de abogado y procurador sólo es no preceptiva en esta fase inicial del procedimiento. A partir del momento en que surge la controversia, incluso para la misma presentación del escrito de oposición, recobran vigencia las reglas generales y, por tanto, es preceptiva la defensa y postulación si el importe de la pretensión es superior a las 150.000 pesetas.

Aunque la ley no lo diga expresamente (o precisamente por eso) creo que junto a la petición iniciadora de monitorio, puede solicitarse el embargo preventivo que se regirá, puesto que el acreedor no ostenta título alguno dotado de especial fuerza probatoria, por las normas generales reguladoras de esta medida cautelar.

## LA LIMITADA COGNICION DEL JUEZ

El artículo 815 pone bien a las claras que el legislador está pensando en un proceso monitorio en el que el juez, mientras no se formule oposición, cumple un humilde papel de dar traslado de la pretensión actora, hasta el punto de que no se prevé expresamente la posibilidad de que inadmita la petición. Sin embargo, esta posibilidad debe necesariamente existir y contra la resolución de inadmisión se darán los correspondientes recursos.

El mismo precepto prevé que, cuando no se trata de uno de los documentos del artículo 812.2 (créditos comerciales y de gastos generales a favor de comunidades de propietarios), el juez debe apreciar si constituye o no un principio de prueba. También, aunque no lo exprese el artículo 812, deberá el juez verificar, en el caso de créditos

comprendidos en el segundo apartado del precepto, si los documentos "acreditan" o no el derecho del peticionario.

En uno y otro caso la actitud del juez frente al valor probatorio de los documentos acompañados con la petición debe ser la adecuada, pues si se adopta un punto de vista inquisitivo y de excesivo rigor no se cumplirá la finalidad perseguida con la implantación de este proceso en nuestro país. Debe recordarse que para ordenar el libramiento del mandamiento de pago basta con una acreditación *prima facie* de la pretensión del acreedor. Lo más prudente será no hacer alarde de un especial celo en la acreditación del derecho del peticionario de manera que sea el deudor, en su caso, quien formule oposición si considera el crédito inexistente o de cuantía distinta a la que se le reclama.

## EL REQUERIMIENTO: EL DEUDOR EN LA ENCRUCIJADA

Para la práctica del requerimiento se remite el artículo 815 al artículo 161 de la LEC de 2000. De ello se infiere que en este proceso no cabe la práctica del requerimiento mediante la publicación de edictos lo que es lógico teniendo en cuenta que si no existe conocimiento efectivo de la pretensión actora por parte del deudor cae por su base el mecanismo legal diseñado para que su incomparecencia confiera consistencia al inicial mandato de pago.

Sólo existe una excepción a esta regla: el caso de la reclamación de gastos comunes cuando el deudor no es hallado en el domicilio designado o en el piso o local. En este supuesto sí cabe requerir mediante publicación de edictos, lo que se explica por la bilateralidad reforzada de que goza el título confeccionado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 de la LPH: el deudor debe haber sido convocado a la junta de propietarios en que se aprobó el acuerdo liquidatorio y, además, éste le debió haber sido notificado.

El requerimiento tiene un doble contenido: de un lado se insta al deudor a que pague y, de otro, se le pone de manifiesto que ni no se opone o paga en plazo de veinte días se despachará ejecución contra él.

## EL DEUDOR INCOMPARECIDO

Si el deudor no comparece se dicta el auto prevenido en el artículo 816, que tiene una doble característica: Primero es una resolución que produce efectos de cosa juzgada. El artículo 816 no recoge expresamente esta expresión. Sin embargo, sí establece que "el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en el proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere", lo que no es otra cosa que el efecto de exclusión del proceso ulterior característico de la cosa juzgada material. Este rasgo es el que diferencia este proceso de otros con los que mantiene similitudes, como el ejecutivo de la LEC de 1881 o la jura de cuentas.

Además es un título en el que el juez "despachará ejecución por la cantidad reclamada". Quiere ello decir que el auto que sigue a la incomparecencia del deudor no es sólo un título ejecutivo, sino que nuestro legislador, yendo más lejos que en derecho comparado, entiende que dicha resolución abre ya la fase de ejecución. Es evidente que no puede haber ejecución sin título (art. 517). El título ejecutivo existe en el proceso monitorio y no es otro que el requerimiento de pago unido al silencio del deudor. Lo que ocurre es que en el régimen del artículo 816 y a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos jurídicos extranjeros, el nacimiento del título ejecutivo no se concreta en un determinado trámite.

## EL DEUDOR PAGA

Si el deudor paga el procedimiento se archiva, sin que la ley contenga previsión alguna respecto a las costas, ya que éstas no se habrán devengado al no haber sido preceptivas, en este caso, la postulación y defensa.

## EL DEUDOR SE OPONE

Sólo prevé la ley que la oposición sea escrita y motivada. Basta su mera formulación para que quede sin efecto todo lo actuado, lo que la diferencia de los recursos.

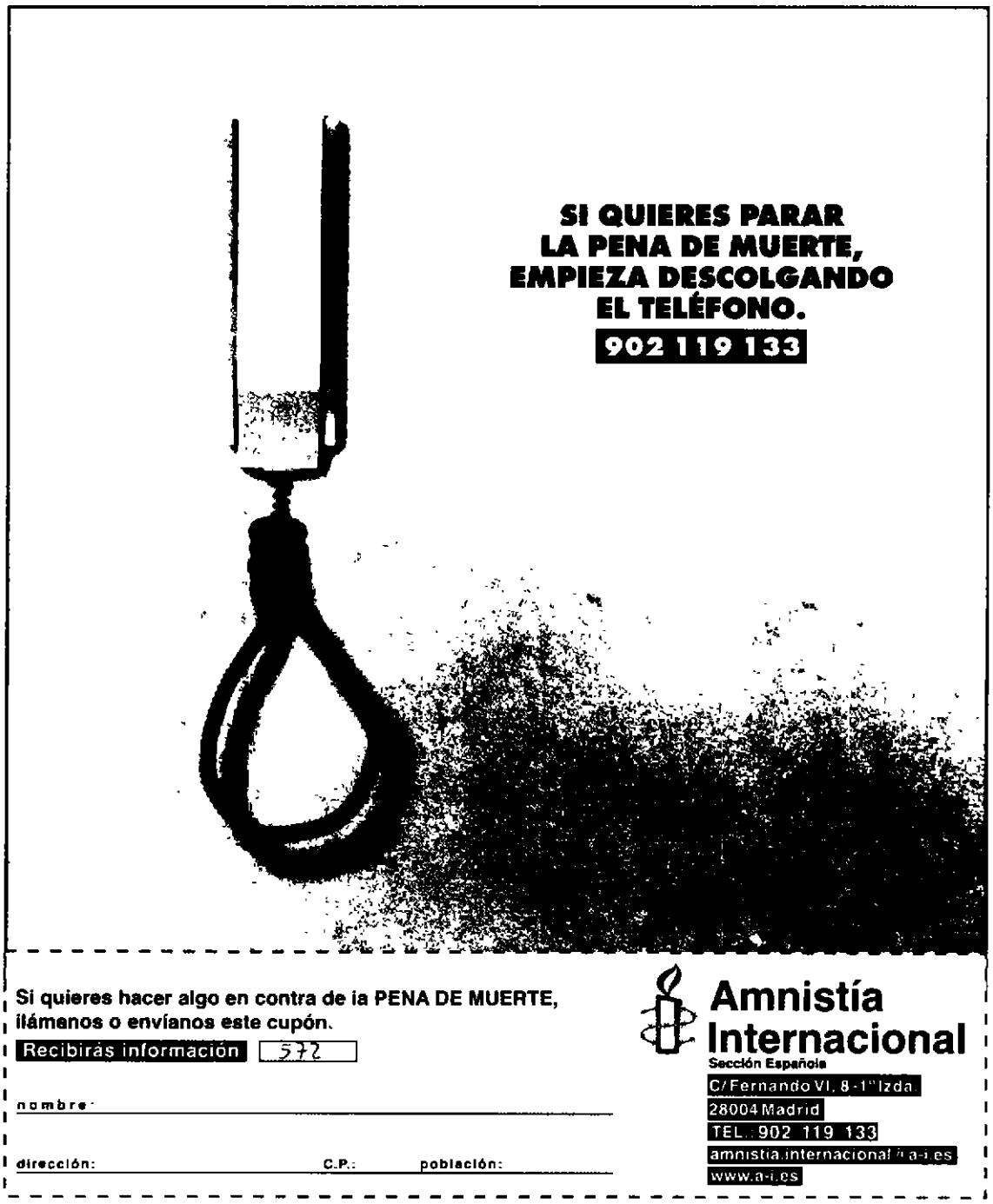
La formulación de la oposición hace renacer en el acreedor la carga de iniciar el procedimiento que corresponda según la cuantía de la pretensión, de alegar en él los hechos en los que se funda su pretensión y de probarlos pues, no lo olvidemos, no ostenta título privilegiado alguno sino un mero documento que puede ser unilateralmente confeccionado por él y cuya eventual eficacia probatoria ha quedado desvirtuada por la oposición del deudor que ha demostrado así que el crédito no era incontrovertido.

## EL CAMBIO CULTURAL

Con ocasión de la reintroducción del proceso monitorio en Italia, Calamandrei decía que "el profesional al cual el acreedor se dirige cuando del procedimiento de inyunción se trata, es casi siempre, si no en general, un causídico de pretura, un procurador modesto, uno de aquellos que no ejercen la profesión en *gran estilo*"[4]. La misma apreciación puede hacerse, mutatis mutandi, respecto al papel del juez en el juicio monitorio que necesariamente va a ser de "bajo perfil". Es imprescindible asumir que el juicio probatorio que se hace sobre la base documental de la pretensión del acreedor es puramente provisional sin que respecto al mismo quepa adoptar una postura de protección del deudor, ya

[4] Ob cit , pág. 230.

que sólo será el silencio de éste el que, en realidad, confirmará o no la inicial apariencia de buen derecho del peticionario. A diferencia de lo que ocurre con el ejecutivo de la LEC de 1881, la admisión de la petición no acarrea, por sí sola, la adopción de medida alguna sobre el patrimonio del deudor y la oposición de éste deja sin efecto el mandato judicial de pago. El intervencionismo del juez no debe ser excesivo en este primer estadio procesal. Sólo si esto es asumido se conseguirá que el monitorio, que tanto éxito ha tenido en los países de la Unión Europea, no fracase en el nuestro. Si prospera este procedimiento rápido y sencillo para dar una respuesta estándar a cuestiones igualmente estándar, el juez podrá reservar sus fuerzas para intervenir, entonces sí, en plenitud de sus funciones jurisdiccionales, en aquellos asuntos cuya importancia exija un tratamiento verdaderamente personalizado. De esta manera, el juicio monitorio, exclusivamente escrito, puede actuar como factor que, de hecho, favorezca la inmediación. Otra de las paradojas de este proceso.

# Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de los recursos civiles

Javier DE LA HOZ DE LA ESCALERA

Uno de los aspectos más novedosos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es sin duda la configuración del sistema de recursos. Es claro que en cualquier sistema procesal civil su correcto diseño es pieza clave para lograr el siempre deseable equilibrio entre el derecho a la tutela judicial y la efectividad de este derecho, cuya conjunción configura el ideal de la tutela judicial efectiva de que habla el artículo 24 de nuestra Constitución. La tensión entre la necesidad de un sistema de garantías que permita la revisión de lo resuelto por el juez, ya sea por él mismo o por otro órgano superior, y la realidad de que esto conlleva una enorme dilación de la respuesta judicial definitiva, hasta el punto de hacerla en no pocas ocasiones ilusoria en vez de "efectiva", sólo puede resolverse con un sistema de recursos respetuoso con aquellas garantías pero también asentado sobre la realidad y atento a los intereses en juego, que pondere exquisitamente el número y la calidad de los recursos procesales admisibles en función de los medios que la sociedad está dispuesta a poner a disposición de sus ciudadanos para dirimir sus controversias.

El legislador de 1999 ha sido sin duda consciente de los defectos de la regulación de los recursos en la vieja legislación y se ha esforzado en corregirlos; no pueden negarse aspectos positivos en el nuevo sistema, esencialmente su extremada simplificación y la sencillez y homogeneidad de los trámites. Sin embargo, hay aspectos en que se han adoptado soluciones que, desde la praxis jurisdiccional, resultan en algunos casos tímidas, en otros francamente innecesarias y entorpecedoras para el conjunto del sistema, y en otros, en fin, claramente inútiles. No es este el lugar adecuado para una exposición académica, que por otra parte será hecha sin duda desde el ámbito universitario, pero sí pueden hacerse ya algunos apuntes críticos. Tan sólo añadir, como mínima introducción, que la ley mantiene la esencia de la legislación anterior en los recursos ordinarios: un recurso no devolutivo, que ahora se unifica en su denominación, el de reposición; un recurso devolutivo ordinario que es la apelación, y un recurso devolutivo accesorio, para controlar la admisión de los otros recursos devolutivos ordinarios o extraordinarios, que es la queja. Sin embargo, innova absolutamente los recursos extraordinarios: la casación pierde el ámbito procesal, éste se reserva a un recurso extraordinario por infracción procesal y se crea un recurso en interés de la Ley.

## EL RECURSO DE REPOSICION

La Ley ha mantenido con su propio nombre el recurso de reposición (art. 451) como recurso ordinario, no devolutivo ni suspensivo, contra las providencias y autos no definitivos. Suprime, sin embargo, el viejo recurso de súplica contra las resoluciones de órganos colegiados, que pasa a denominarse también de reposición, unificación a todas luces lógica y simplificadora y que acaba además con una denominación, la de "súplica", que se había quedado muy anticuada.

En la vieja Ley y originariamente, el recurso de reposición era en rigor un medio de impugnación, un instrumento de combatir las ilegalidades procesales. Con el tiempo y la doctrina del Tribunal Constitucional perdió claramente esa esencia para pasar a ser un medio de gravamen utilizable para combatir infracciones tanto procesales como materiales. El viejo artículo 377 exigía que en el escrito de interposición se citase la disposición de la propia LEC que se consideraba infringida, exigencia que en rigor impedía la utilización del recurso cuando el auto o providencia no vulnerasen la legalidad procesal. Fue el Tribunal Constitucional quien dio el paso al interpretar que esa cita legalmente exigida no era necesaria cuando se tratase de combatir la resolución por cuestiones de fondo[1]. Pues bien, en la LEC se ha querido terminar con esta problemática al exigirse tan solo que en la interposición del recurso se haga indicación de "la infracción en que la resolución hubiese incurrido", términos amplios y comprensivos de cualquier tipo de vulneración de normas o principios de aplicación al caso.

En términos generales son recurribles todas las providencias y autos no definitivos (arts. 206 y 207), salvo las excepciones que la propia Ley prevé (p. ej., arts. 452 y 457,5). Así, la Ley sigue en este punto los pasos de la vieja y no se ha atrevido a generalizar una norma tan sencilla como la contenida en el artículo 61 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 para el juicio de cognición, por el que durante la fase declarativa del juicio no cabe recurso de reposición contra ninguna providencia ni auto, salvo que impidan la continuación del juicio.

Especial problemática presenta la recurribilidad de las resoluciones orales, esto es, las adoptadas por el tribunal de viva voz cuando está celebrando una vista. La norma general está contenida en el artículo 210 de la LEC. y no deja de ser claramente contradictoria con la oralidad[2]: sólo si las partes manifiestan

[1] SS.TT.CC. 113/1986, 29/1987, 69/1987, 113/1998, 162/1990, 213/1993, 199/1997, 64/1998.

[2] Artículo 210: 1. Salvo que la Ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose este con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones. 2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el juicio estuvieren presentes en el

su voluntad de no recurrir en el acto, el tribunal declara en el mismo momento la firmeza de la resolución; en otro caso, el tribunal debe redactar la resolución y notificarla debidamente, y a partir de su notificación puede ser recurrida. No se alcanza a comprender tan complejo sistema, que la generalidad de la norma permite entender aplicable a cualquier decisión adoptada en el curso de una vista; por ejemplo, la decisión oral en la audiencia previa sobre la subsanación de un defecto de poder en el procurador, requerirá que después el juez dicte un auto, salvo que las partes en el acto manifiesten su conformidad a la decisión; el recurso de reposición contra este auto puede tardar en resolverse, en el mejor de los casos, quince días. Es claro que esa regulación distorsiona totalmente el sistema de oralidad e inmediación de que la Ley presume, y quizás por esto mismo en ella se prevé, aunque para casos muy concretos, el recurso de reposición oral ya existente en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 regulador del proceso de cognición: así, en el artículo 285 se dispone que el tribunal resuelve sobre la prueba oralmente y contra la resolución –de admisión o inadmisión– cabe recurso de reposición "que se substanciará y resolverá en el acto". Es de lamentar que tan simple, clara y eficaz regulación no constituya la norma general en vez de la excepción. Una interpretación que trata de salvar tan grave defecto de la Ley es la que entiende que aquel sistema se está refiriendo a las resoluciones de fondo y definitivas, autos y sentencias, éstas en las jurisdicciones en que se admita, dado el carácter supletorio de la LEC, y en este sentido se ha pronunciado Montero Aroca[3]; pero ante ella se alza el obstáculo insalvable de la falta de regulación en la ley con carácter general de un recurso de reposición oral; por esto, y dado el principio de legalidad procesal especialmente consagrado (art. 1º), toda interpretación escapista no hace sino parchear "contra legem" una regulación a todas luces defectuosa pero legal.

Por último, aunque no es exactamente una novedad respecto de la situación actual (arts. 381 y 703 LEC de 1881), se dispone expresamente la irrecurribilidad autónoma de lo resuelto en reposición, de suerte que contra el auto resolutorio del recurso no cabe ya apelación, ni siquiera a reproducir junto con la apelación principal, sino que únicamente cabe el "reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva" (art. 454).

## EL RECURSO DE APELACION

Este recurso se sigue configurando en la ley como un recurso ordinario, precisamente el que permite la segunda instancia. La nueva ley sigue la línea de la legislación histórica al consagrar el sistema limitado, aunque no puro; esto es, concibe la segunda instancia no como un nuevo juicio, sino como una revisión de lo ya juzgado, aunque el tribunal de apelación se enfrente al caso con jurisdicción plena, sólo cercenada por lo pedido por el recurrente y la prohibición de la reforma a peor, principios que, al fin, son positivizados (art. 465).

Esa plenitud de jurisdicción del tribunal de la segunda instancia no es, sin embargo, fácilmente cohonestable con el nuevo sistema de juzgar en la primera. La Ley impone en la primera instancia una inmediación absoluta: el juez o magistrado que celebra la vista o la comparecencia que tenga por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución es quien debe dictar la correspondiente resolución (arts. 137 y 194), sancionándose con la nulidad el incumplimiento de esta norma. Si esto es así, parece no tenerse en cuenta que la segunda instancia es incompatible, en muy buena medida, con un sistema de oralidad en la primera. Como ha expuesto Díez-Picazo Jiménez[4], si en la primera instancia hay efectiva inmediación, y si el juez que presencia la vista es el que debe dictar la sentencia, precisamente por entenderse esencial la inmediación, al modo en que ocurre en el proceso penal, es incoherente que el tribunal de alzada pueda revisar la valoración de esas pruebas sin haber gozado de inmediación; la ausencia de ésta sólo permite razonablemente una limitada revisión de los aspectos fácticos de la sentencia de instancia: hechos cuya certeza haya sido fijada con base en medios de prueba que no exigen inmediación —documentos— o no es esencial en ellos —informes periciales—, o que han sido fijados por aceptación de las partes, por ser notorios o, en algunos casos, por presunciones. Porque, en definitiva, si se impone la inmediación por considerar imprescindible para que el juez forme un cabal y correcto juicio que vea y oiga directamente todas las pruebas personales y los objetos litigiosos, no se comprende que el juez de la segunda instancia, cuya postura frente al litigio es idéntica, pueda juzgar mejor que el de la instancia sin haber gozado de esa inmediación.

La Ley trata de obviar esas limitaciones con el recurso, sin duda ingenuo, de ordenar la grabación de todos los actos orales (art. 147), previsión que, además de desconocer la realidad de la Justicia en medios materiales e introducir una complejidad tremenda en las secretarías judiciales, parte de la base de que la inmediación puede aprehenderse en una cinta de vídeo, de lo que obviamente cabe discrepar. La actual configuración de la apelación que la LEC de 1881 mantiene y la nueva ley perpetúa es, además de una singularidad —no existe en ningún otro orden jurisdiccional con esas mismas características, y tampoco en lo penal en que la introducción de la apelación como recurso ordinario es relativamente reciente, pues data de la reforma de 1967 y la doctrina generalizada de las Audiencias

acto o debidamente representadas, y expresaran su decisión de no recurrir, el tribunal declarará en el mismo acto la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada. 3 En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles. En palabras de Montero Aroca, en este precepto "se está negando la esencia de lo que es un acto oral y concentrado". Juan Montero Aroca (Coord.) y otros: *El nuevo Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, pag 487.

[3] Montero Aroca, Juan. Obra citada, pag. 488.

[4] Díez-Picazo Jiménez, Ignacio, "Planteamiento, sistema y caracteres del Borrador de Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Civil", en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, pág 37

reconoce las limitaciones que en orden a la valoración de la prueba impone la ausencia de inmediación—, hija directa de un sistema de escritura, y en puridad incompatible con un sistema de oralidad con inmediación y concentración. Si el legislador ha optado por un nuevo sistema en la primera instancia, parece que debiera haber reconsiderado el sentido y alcance de la apelación; o quizás resulte que, pese a todo, ese legislador que presume de oralidad e inmediación para la primera instancia, en realidad desconfía de ella. En cualquier caso, el mantenimiento de una segunda instancia como la actual obliga a una documentación íntegra y completa de lo actuado en la instancia, lo que antes lograba el sistema de escritura de forma bastante completa; y los letrados, con razón puesto que en última instancia va a primar la valoración de quien no ve las pruebas, querrán que todo, absolutamente todo lo que exponen y manifiestan ellos y los testigos y peritos, conste por escrito; si llegamos a esto, la oralidad no será tal, sino una suerte de "verbalidad" tan inútil como la actual —el actual juicio verbal nunca ha sido en la práctica realmente oral—, distorsionando seguramente y en gran manera toda la primera instancia. Como indica Nabal Recio[5], "*el precio de la oralidad en la instancia se paga en las fases procesales sucesivas*", pues en ninguna de las jurisdicciones en que predomina la oralidad se da una posibilidad de revisión de las cuestiones fácticas tan amplia como en la apelación civil, ya por expresa disposición legal —juicio penal en única instancia, juicio en lo social—, ya por vía de interpretación judicial —juicio penal en doble instancia; y si no se quiere pagar ese precio en las sucesivas instancias, se paga en la primera por el mecanismo de no cumplir realmente la oralidad, que es lo que tristemente y conociendo las inercias del sistema judicial y todos sus intervinientes, es de temer que ocurra.

Otro aspecto a destacar en la regulación del recurso de apelación es su universalidad. La Ley ha seguido el criterio de no cerrar la apelación a ningún tipo de proceso, por ínfima que sea su cuantía, lo que parece excesivo e innecesario. La limitación en los juicios verbales de menos de 80.000 pesetas. introducida por la Ley 10/1992 se encontraba consolidada, sin mayores problemas, y nada impediría su permanencia, incluso ampliándola hasta las 150.000 pesetas, límite previsto por la Ley para exigir la intervención de letrado (art. 31,1). El CGPJ, en su informe al anteproyecto, sostuvo esta postura, aun admitiendo la posibilidad de excepciones en razón a la materia, y también alguna asociación judicial[6]. En países de nuestro entorno existe esa limitación y así, en Alemania, no cabe este recurso si la cuantía no supera los 1.200 marcos, y en Francia si es inferior a los 13.000 francos franceses. Desde luego no tenía ningún problema de inconstitucionalidad porque, en contra de una opinión extrañamente muy difundida, nuestra Constitución no consagra un derecho a la segunda instancia en materia civil.[7] Y la limitación del acceso a otra instancia por razón de la cuantía es normal en la jurisdicción social, en la que no se admite la suplicación por menos de 300.000 pesetas; y en la jurisdicción contenciosa no tienen acceso a la apelación los asuntos cuya cuantía no exceda de tres millones de pesetas. Pese a todo ello, con extrema generosidad, desconocida en estas otras jurisdicciones, sin reparar en gastos y poniendo fin a la experiencia de 1992, se ha consagrado la universalidad de la segunda instancia civil. Como indica Nabal Recio[8], "*es todo tan incongruente, que llegaría incluso a parecer una distracción del legislador si criterios tan dispares no se hubieran manifestado en el transcurso de una misma legislatura*". Y piénsese en que la cuestión no se agota estrictamente en la apelación: como quiera que cualquier sentencia dictada en apelación por la Audiencia provincial puede ser recurrida en casación, podremos ver recursos de casación sobre asuntos de un interés económico ínfimo; quizás sea el ideal desde el punto de vista de las garantías, pero no parece que nuestra organización judicial ni nuestra economía puedan permitirse esos lujos, que por no poder ser soportados sólo conducen a colapsar los tribunales.

Sin embargo, la LEC sí acierta al limitar, en general, el recurso de apelación, en la fase declarativa, a las sentencias y autos definitivos, entendiendo por éstos los que ponen fin a la primera instancia. Con ello se pone fin, de forma sencilla y expeditiva, a los recursos contra autos interlocutorios, salvo las excepciones que la propia Ley prevé; las partes tan sólo pueden combatir las providencias y autos mediante la reposición, contra cuya resolución no cabe ya apelación de ningún tipo; pero queda a salvo su derecho a reproducir la cuestión en la segunda instancia, sin necesidad de anunciar el recurso contra el auto ni ningún otro requisito, salvo excepciones. Las excepciones en la Ley a esa norma general de inadmisión de apelación contra autos no definitivos en la fase declarativa son sólo dos, salvo error u omisión: la apelación contra los autos que acuerdan la suspensión del curso del pleito por prejudicialidad penal o civil (arts. 41,2 y 43). En otros casos se trata de autos definitivos, como los que acogen la incompetencia internacional, de jurisdicción, por arbitraje o por competencia objetiva (art. 66), declaran la caducidad de la acción (art. 237) o ponen fin al proceso de reconstrucción de autos (art. 235,4). En general la solución ha sido drástica, suprimiendo el recurso, como es el caso de los autos que resuelven las cuestiones de competencia territorial (art. 67) o la acumulación de autos (arts. 83 y 88). Y lo mismo ocurre en procesos especiales: no cabe recurso de apelación contra el auto que establece las medidas provisionales pre-

[5] Nabal Recio, Antonio. "Crítica de nuestro sistema procesal", en *Poder Judicial* núm 53, pág. 240.

[6] Es el caso de Jueces para la Democracia, nada sospechosa de sacrificar las garantías procesales en aras a la eficacia. Postura sostenida por Carlos Javier Alvarez Fernández en las *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento civil*. Fundación Antonio Carretero y Asociación Jueces para la Democracia. Ed. Edijus. 1999, pág. 108.

[7] SS.TT.CC. 14/1982 de 21 de abril, 123/1983 de 26 de diciembre, 112/1987 de 2 de julio, 64/1992 de 29 de abril, en las que se insiste en que la creación o no de una doble instancia es facultad del legislador.

[8] Obra citada, pág. 234.

vias a un proceso matrimonial (art. 771), o el que fija las provisionales tras la admisión de la demanda de separación o divorcio (art. 772).

En cuanto al procedimiento, la LEC regula una forma única de tramitación del recurso de apelación, ya se interponga contra autos o sentencias definitivas, y sin diferencia alguna en razón al tipo de proceso, lo que supone una evidente mejora y simplificación del régimen anterior en que había hasta cinco formas de tramitar una apelación. Ahora bien; la substanciación del recurso se ha regulado en forma absolutamente escrita, lo que sin duda contrasta con la regulación de la instancia, que se ha querido predominantemente oral con plena vigencia del principio de inmediación. La opción no tiene por base, desde luego, orientación doctrinal alguna, sino la mera productividad; y a esa productividad se ha sacrificado la publicidad, el acceso directo de las partes a los jueces de la segunda instancia y el mejor conocimiento que a los componentes del órgano colegiado depara la vista oral, frente a la supeditación al ponente de los otros dos que propicia la tramitación escrita; porque además la Ley no impone la celebración de vista, salvo que se haya practicado nueva prueba; ciertamente, el tribunal puede ordenar la celebración de vista si lo considera necesario, haya mediado o no petición de parte, que nunca es vinculante, pero las más de las veces la Vista estará ya devaluada, pues no será admisible que las partes introduzcan nuevas pretensiones revocatorias o incluso varíen las argumentaciones ya expuestas en los escritos de interposición y la inercia conducirá, como ha ocurrido actualmente en los juicios verbales y de cognición, a la desaparición de las vistas salvo cuando son preceptivas.

También en materia de procedimiento no puede por menos de hacerse notar una plausible novedad que se da también en todos los demás procesos devolutivos: la Ley no prevé emplazamiento alguno a las partes para que se personen ante el tribunal superior, ya sea la Audiencia, el Tribunal Superior o el Tribunal Supremo; y ni siquiera ha exigido a las partes la designación de un domicilio en la sede del tribunal en que oír notificaciones; ni se prevé sanción o efecto jurídico alguno a la no personación. Esto es así y no parece que sea una simple omisión, pues ocurre también en los recursos extraordinarios. Consecuencia de ello es que cualquier resolución que el tribunal deba notificar a las partes, incluso la sentencia final, deberá hacerlo a través de los procuradores de la instancia; y en el caso de partidos judiciales distintos del de la sede del tribunal, ello exigirá acudir al auxilio judicial. Ciertamente son pocas las resoluciones a dictar en la alzada, pero cualquier incidencia o simplemente la resolución sobre prueba, la notificación del señalamiento o la citación a la vista son otros tantos actos de notificación que deberán hacerse mediante auxilio judicial. El sistema es tan novedoso en nuestro país, en que siempre se exigió expresamente la personación ante el órgano superior, que parece que un cambio tan drástico hubiera merecido una expresa disposición legal; pero en todo caso bienvenido sea desde el momento en que simplifica enormemente la actuación a las partes y aligera de costes el proceso.

En cuanto a la prueba en segunda instancia el legislador ha mantenido prácticamente el actual régimen; así, se admiten (art. 463) las indebidamente denegadas, siempre que se hubiera intentado la reposición o formulado protesta —alternativa de difícil inteligencia y que puede obedecer a la distinta regulación que da la Ley a la respuesta a la denegación de prueba según se trate del juicio ordinario o del verbal—; las admitidas y no practicadas en la primera instancia por causa no imputable a la parte, ni siquiera como diligencias finales, supuesto que es de esperar que por la nueva regulación de éstas sea utilizado excepcionalmente; las relativas a hechos nuevos —ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la instancia— o anteriores —a dicho plazo—, pero ignorados, como ocurre también actualmente, lo que no son sino los tradicionales "nova producta" " y "nova reperta", y su admisión es precisamente lo que hace que el modelo de apelación no sea limitado puro; y todas las pruebas que proponga quien ha estado en rebeldía en la primera instancia y no se haya personado sino después del momento establecido para proponer prueba, cuando esta situación no le sea imputable; en este último supuesto nuevamente se ha buscado la eficacia por encima de la lógica del sistema, pues si la rebeldía no es imputable a la parte sólo puede deberse bien a situaciones de fuerza mayor, bien a defectos en el emplazamiento o citación o a la ineficacia de estos actos; en unos de estos casos debiera darse una solución similar a la de la audiencia al rebelde, esto es, posibilitar la primera instancia; y en otros es claro que lo lógico sería declarar la nulidad de actuaciones a fin de salvaguardar plenamente los derechos de la parte indebidamente preterida del procedimiento; pero lo que no tiene sentido es que por haberse substanciado la primera instancia en rebeldía no imputable al demandado, la segunda se convierta en primera.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL

Este recurso, cuya resolución se atribuye a las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de Justicia, es, sin duda, la mayor novedad de la Ley en esta materia, y la más discutida de todas las que introduce, porque con él se viene a escindir la casación que en nuestro país, desde 1855, tenía en cuenta tanto la infracción de ley material como de la ley procesal. Por ello es difícil justificar la reforma con argumentos históricos, como lo es tratar de encontrar argumentos dogmáticos, pues carece en rigor de justificación la distinción a estos efectos de las infracciones de ley según se trate de leyes materiales o procesales. No cabe cuestionar que sea constitucionalmente viable sustraer el conocimiento de tales infracciones al órgano que, por mandato constitucional, es el "órgano jurisdiccio-

nal superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (art. 123 CE), porque lo procesal no constituye un orden jurisdiccional, pero es obvio que se trata de un cambio muy traumático que no obedece, sin embargo, a otros motivos que los meramente políticos y practicos: de una parte, llenar de contenido las salas de lo civil de los tribunales superiores de justicia (art. 152 CE), lo que no obedece tanto a un deseo de que sus magistrados también trabajen como de dotar de poder a estos órganos que desde muchos sectores son vistos y propugnados como expresión de un poder judicial de las nacionalidades y regiones; de otra, la necesidad, imperiosa y urgente, de aliviar de trabajo al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, cuya carga de asuntos y atraso son universalmente reconocidos como obstáculos insalvables al correcto ejercicio de sus funciones.

Se trata de un recurso extraordinario, tanto porque sólo cabe contra determinadas resoluciones —sólo contra las sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación que pongan fin a la segunda instancia (art. 468)— como porque la ley limita los motivos por los que puede ser interpuesto. Y no es sino trasunto de la actual casación por quebrantamiento de forma, hasta el punto de que la propia Ley, al referirse a la acción del tribunal al anular la resolución recurrida, emplea el verbo "casar", como si de una casación se tratara (art. 476). Pero lo más curioso e insólito es que se trata de un recurso excluyente, pues su utilización por la parte le impide utilizar el recurso de casación. Así lo dispone el art. 466.2 al decir que si se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos dichos, se tendrá por inadmitido el recurso de casación. Con ello se impone a la parte necesariamente una opción, que puede ser dramática, en la que habrá de valorar la transcendencia de los defectos de forma habidos en el proceso y su viabilidad, pues de no prosperar este recurso por infracción procesal no podrá ya acudir en casación. Tal sistema es consecuencia del hecho de atribuirse el conocimiento de uno y otro a órganos distintos; pero también de la voluntad decidida del legislador de forzar a la parte a no reclamar por defectos de forma nimios o poco transcendentes, y asi se desprende claramente de la exposición de motivos de la Ley: *"la separación entre el recurso de casación y el extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir, sin duda, a la seriedad con que estas se aleguen"*. Claro está que sin embargo el sistema introduce una enorme complejidad y ofrece ocasión fácil al fraude en el caso de varios litisconsortes: cuando alguno interponga el recurso extraordinario por infracción procesal y otro el de casación, se resuelve primero el de infracción procesal, pero simultáneamente y para ir ganando tiempo, se sustancia también el de casación hasta la resolución sobre su admisión, quedando después en suspenso hasta la resolución de aquel primero.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO EN INTERES DE LEY.

La fragmentación de la casación y la atribución de competencia en la materia propia del quebrantamiento de forma a diecisiete tribunales tiene una consecuencia inevitable: la falta de un criterio uniforme en la interpretación de la Ley procesal. Es verdad que tal uniformidad puede no ser completa incluso en la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero esto no es más que un argumento a favor de este tribunal; si en una sola Sala ya es difícil mantener cierta uniformidad, es obvio que en lo sucesivo y en diecisiete será imposible, máxime cuando se trata de aplicar e interpretar una Ley tan novedosa sobre la que no existe doctrina legal anterior.

El legislador ha sido consciente de este problema y ha tratado de salvarlo mediante la creación de un recurso en interés de ley, de previsible fracaso a la vista del sufrido por el actual (art. 1.718 LEC de 1881). Se trata de un recurso extraordinario contra las sentencias dictadas por las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de Justicia y subsidiario del de amparo constitucional, cuya interposición impide la de este recurso. Por ahora y mientras el Tribunal Supremo siga conociendo del recurso extraordinario por infracción procesal conforme a la Disposición Transitoria Decimosexta es claro que no puede hacerse uso de este recurso; lo que si bien se mira podría no ser una desventaja.

El único motivo del recurso es la contradicción entre sentencias de los Tribunales Superiores, esto es, sólo cabe cuando éstas sostengan criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. Y su flanco débil es la legitimación: sólo están legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal, el defensor del pueblo y las personas jurídicas de derecho público *"que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre estas cuestiones"*. No deja de sorprender que se legitime para interponer el recurso al Ministerio Fiscal, a quien previamente se ha dejado fuera de la substanciación del recurso extraordinario por infracción procesal; más aún, que se otorgue legitimación al defensor del Pueblo, atribuyéndole un nuevo cometido muy alejado de sus competencias normales y que es dudoso ejercite alguna vez; y más aún, en fin, esa atribución genérica de legitimación a personas jurídicas de derecho publico que, además, han de tener interés legítimo en la unidad jurisprudencial; sin duda se está pensando en colegios profesionales o en la misma universidad, pero es francamente difícil que unos y otros lleguen a hacer uso de este recurso.

La sentencia, como es propio de este tipo de recursos, no afecta en ningún caso a las situaciones jurídicas definidas en las sentencias que son su base, sino que se limita a proclamar en su fallo la doctrina jurisprudencial; pero tiene unos efectos inusuales en nuestro derecho hasta la fecha y sólo propios de las sentencias del Tribunal Constitucional

(art. 5 LOPJ): a partir de su publicación en el BOE, su doctrina complementa el ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil. Lo primero es una innovación en el sistema de fuentes del derecho español, pues hasta ahora la jurisprudencia sólo era fuente del derecho cuando emanaba del Tribunal Supremo y era doctrina reiterada (art. 1, 6 C. Civil); lo segundo es la consagración de una vinculación directa de todos los tribunales al criterio del Tribunal Supremo en esta materia procesal, lo que sin duda excede del mero "complemento" del ordenamiento jurídico.

## EL RECURSO DE CASACION

Por lo dicho se comprende que el recurso de casación queda reducido en el diseño legal al control de la aplicación del derecho material; o, como expresa la Ley, *"habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso"*. (art. 477.1). En realidad, es el motivo 4º del artículo 1.692 de la Ley de 1881, en la que se denominaba *"por infracción de ley"*.

La infracción impugnable a través del recurso de casación no es sólo la de la Ley, sino la de cualquier norma aplicable para resolver el fondo del asunto; y dentro del concepto de *"normas aplicables"* deben entenderse incluidas todas las establecidas en el sistema de fuentes del artículo 1 del C. Civil: la Ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Ninguna novedad cabe reseñar sobre la casación actual, como no sea la expresa supresión de la referencia a la "jurisprudencia" infringida, lo que sin embargo queda salvado con esa interpretación amplia de la expresión "normas aplicables".

Son muchas las novedades de este nuevo recurso de casación, como la exclusión del Ministerio Fiscal, salvo que deba intervenir por ser parte en el proceso por razón de la materia; la desaparición del depósito para recurrir; y la desaparición también el actual recurso de casación directo (art. 1.688 VLEC), de muy escasa utilización. Se mantiene, eso sí, la exclusión del ámbito casacional de todo lo fáctico, de toda revisión y control de la valoración de las pruebas, siguiendo así la línea iniciada en la reforma procesal de 1984 y completada en la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que acabó con el "error de hecho".

Su fundamento sigue siendo tanto la defensa del *"ius constitucionis"* o del derecho objetivo como del *"ius litigatoris"* o derechos del litigante, pero se refuerza extraordinariamente lo primero en su modalidad de defensa de la uniformidad de la jurisprudencia, lo que en definitiva no es, como indica González-Cuéllar Serrano[9], sino la defensa del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE. Tan es así que al regular el acceso al recurso, además de los criterios ya anteriormente utilizados de la materia (sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, y la cuantía (sentencias dictadas en procesos de cuantía superior a 25 millones de pesetas), se utiliza un tercero que se denomina "interés casacional" y que no es otra cosa que el interés en la unificación de la doctrina, pues así se deduce de los supuestos que comprende: a) cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista "jurisprudencia" contradictoria de las Audiencias Provinciales; c) cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, y d) cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior que haya de conocer del recurso o no exista dicha doctrina sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. Y en este punto ha de reconocerse que la Ley ha sido generosa, porque por esta vía puede tener acceso a la casación cualquier asunto, por ínfima que sea su cuantía, con tal que la sentencia de la Audiencia contradiga otra de cualquier otra; lo que, obviamente y dado el volumen de trabajo que despachan hoy día las Audiencias Provinciales, lejos del sosiego y reposo que serían precisos, se produce con harta frecuencia. Eso sí: la ley ha elevado a la categoría de "jurisprudencia" lo que hasta ahora no lo era, el criterio de las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia, dando así una nueva dimensión al término empleado en el título preliminar del Código Civil.

## EL RECURSO DE QUEJA

Este recurso se mantiene también en términos iguales al actual, concibiéndolo como accesorio de otros recursos —apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación—, y cuyo objeto es simplemente someter a la decisión del órgano superior la decisión de inadmisión del inferior. Son recurribles en queja, en consecuencia, los autos dictados por los Juzgados de Paz y de Primera Instancia inadmitiendo "la tramitación", dice la Ley, de aquellos recursos. En realidad, se está refiriendo a los autos que deniegan la preparación de los recursos (arts. 457, 4, 470, 3, 480). El recurso debe prepararse pidiendo la reposición del auto que rechaza la preparación de la apelación, casación o de infracción procesal, aunque en la regulación concreta de cada uno de estos recursos se considere directamente la queja. Tal petición es en realidad un recurso de reposición, a interponer en plazo de cinco días, con la peculiaridad de que, además, la parte debe solicitar al interponerlo que en caso de ser desestimado se le entregue testimonio "de ambas resoluciones". Entender así la petición de reposición es importante porque este recurso previo es la única ocasión en que la parte recurrida puede expresar su opinión sobre la admisibilidad del re-

[9] González-Cuéllar Serrano, Nicolás, en *Los Recursos en el Proceso Civil*. Dirigida por Vicente Gimeno Sendra. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Pag 400.

curso rechazado. La única novedad relevante y afortunada es la supresión del informe que en la Ley de 1881 el Tribunal superior pedía al inferior, que siempre fue de muy escasa utilidad.

Quizás la práctica evidencie lo equivocado de las anteriores críticas; es siempre el riesgo de opinar sobre lo que no es sino un mero texto aun no contrastado con la realidad. Quizás la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia frene razonablemente la interposición de recursos de apelación y compense los efectos de su universalidad. Quizás la nueva Ley contribuya a que el Tribunal Supremo pueda cumplir su función satisfactoriamente, aunque haya sido a costa de su mutilación. Puede ser que así las salas de lo civil de los tribunales superiores tengan utilidad incluso en las comunidades autónomas sin derecho foral, aunque haya sido a costa de propiciar una seria dispersión en la interpretación de las normas procesales. El tiempo lo dirá.


EDITORIAL TROTTA
Tel. 34-91-593 90 40
E-mail: trotta@internet.es
http: www.trotta.es

Premio Nacional a la
Mejor Labor Editorial 1999

PEDRO PLASENCIA
*La fiesta de los toros. Historia, régimen jurídico y textos legales*

IGNACIO PÉREZ-SOBA
*Cooperación para el desarrollo. Legislación y directrices*

ESTHER HAVA
*Protección jurídica de la fauna y flora en España*

JOSÉ RUBIO CARRACEDO, JOSÉ MARÍA ROSALES Y MANUEL TOSCANO MÉNDEZ
*Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*

JUAN RAMÓN CAPELLA
*Elementos de análisis jurídico*

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA
*El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*

JUAN J. BUSTOS Y HERNÁN HORMAZÁBAL
*Lecciones de derecho penal* (vol. 2)

JOSÉ LUIS SERRANO
*Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*

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

ENRIC FOSSAS Y FERRAN REQUEJO (eds.)
*Asimetría federal y estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*

LUIGI FERRAJOLI
*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (4.ª edición)
*Derechos y garantías. La ley del más débil*

JOSÉ LUIS MONEREO
*Fundamentos doctrinales del derecho social en España*

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO
*Derechos fundamentales. Concepto y garantías*

# INTERNACIONAL

# La protección de los derechos humanos en el proceso penal de los EE.UU.*

Stephen C. THAMAN

## I. INTRODUCCION

El fundamento de la protección de los derechos de los acusados en el proceso penal en los EE.UU. se encuentra en el *Bill of Rights*, compuesto por las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal, que se promulgaron en el año 1791 para compensar la ausencia de un catálogo de derechos en la Carta Magna de 1787. Las ocho primeras enmiendas contienen casi todas las garantías de protección que asisten a los ciudadanos sospechosos o acusados de haber cometido un delito. La única excepción la constituye el derecho a ser juzgado por un jurado, recogida en el artículo III, sección 2 (3) de la Constitución. En las líneas que siguen, voy a detallar el desarrollo de estos derechos desde su promulgación hacia el final del siglo XVIII, y a analizar su contenido actual dentro del contexto de las dos más graves violaciones de los derechos humanos que, a mi juicio, son como una plaga en los EE.UU. de hoy: la pena de muerte y el racismo en la administración de justicia.

Los EE.UU. y Japón son las únicas democracias industrializadas en las que todavía se dicta y ejecuta la pena de muerte[1], siendo esto último mucho más frecuentes en los EE.UU. En los últimos tiempos se ha podido comprobar la existencia de un alto índice de inocentes entre quienes esperan su ejecución en los corredores de la muerte. Así, desde el año 1973 se ha puesto en libertad, al menos, a ochenta y cinco personas que habían sido condenadas a muerte y que posteriormente resultaron ser inocentes[2]. En la actualidad se desconoce a ciencia cierta cuántas personas están cumpliendo condenas de privación de libertad por delitos que no han cometido. Por otra parte, los EE.UU. recluyen en centros penitenciarios a más personas *per cápita* que cualquier otro país del mundo[3], de forma tal que la "industria carcelaria" está entre los sectores económicos de más rápido crecimiento; incluso, algunos municipios se disputan la construcción de nuevas prisiones en su territorio, porque significan trabajo y permiten aumentar las recaudaciones por impuestos. Es decir: *It's good business*. En California, por ejemplo, el sindicato de los trabajadores de centros penitenciarios es una fuerza poderosa que ejerce presión en el Congreso estatal para aumentar las penas de privación de libertad. Tampoco es un secreto que los presos en los EE.UU. son, en forma desproporcionada, miembros de determinadas minorías, principalmente de la afroamericana[4].

Observando estas tendencias, se revela una inquietante *politización de la administración de la justicia*. Así, los candidatos a ocupar determinados cargos políticos prometen mayor dureza en relación con la ejecución de la pena capital y el aumento de las penas de privación de libertad; igualmente, prometen construir más prisiones, etc.[5]. Los magistra-

---

* Texto de la intervencion del autor en los *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, celebrados en 1999 bajo la dirección del profesor Juan Soroeta Liceras y actualmente en curso de publicacion por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao. *Jueces para la Democracia. Informacion y Debate* agradece al profesor Soroeta Liceras la amable autorización que hace posible incluir el trabajo del profesor Thaman en este numero.

[1] Eric Zorn. *Differing Views on Death Penalty Prove Same Thing*. Chicago Tribune 12 11 98, citando al Magistrado Moses W. Harrison III del Tribunal Supremo de Illinois.

[2] Dirk Johnson. *Illinois, Citing Verdict Errors, Bars Executions*. New York Times. 1.2.00, pág. A1, A16.

[3] En febrero del año 2000 la poblacion carcelaria ascendió a dos millones de internos. En los EE UU se priva de libertad a un porcentaje de población mas alto que el de cualquier otro país en toda la historia. Aunque los EE.UU. tienen un 5% de la población mundial, posee el 25% de los presos del mundo. Duncan Campbell. *US jails two millionth inmate*. Manchester Guardian Weekly, 17.2-23-2.2000, pág. 1. En 1998, se encuentran privadas de libertad 668 personas por cada 100.000 habitantes, mientras que en 1985 el índice era de 313 por cada 100.000. Fox Butterfield. *Number of Inmates Reaches Record 1.8 Million*. New York Times. 15.3.99, pag. A12. Es por lo menos un índice cinco veces superior al de los demás países industrializados. *America Behind Bars*. Southern Center for Human Rights Report. Otoño 1995, pág. 5.

[4] Alrededor del 40% de los hombres negros entre 20 y 30 años estan cumpliendo penas de privacion de libertad o penas condicionales cada dia en California (uno de cada tres en Nueva York), frente a un 5% de hombres blancos y un 11% de hispanos de la misma edad. Aunque los negros representan el 18% de los arrestados, constituyen un 32% de los que cumplen penas de privación de libertad. Fox Butterfield. *Study Finds a Disparity in Justice for Blacks*. New York Times. 13.2.96, pag. A8. Los EE.UU. han gastado alrededor de 24 900 millones de dolares en 1992 para construir y mantener sus prisiones y carceles. Hay en torno a un 33% mas de enfermos mentales que cumplen penas privativas de libertad en las prisiones que en los hospitales psiquiátricos. El 40% de los encarcelados estatales son analfabetos. *Id.* La industria de las prisiones emplea mas de 523.000 personas. Campbell, *supra* nota 3, pág. 1.

[5] Los hijos del ex presidente George Bush son buenos ejemplos de ello. George W. Bush, gobernador de Texas, y candidato también a la presidencia, esta orgulloso de que en su Estado exista el sistema de administración de justicia mas grande del país con 545 000 personas cumpliendo penas condicionales o privativas de libertad. En las prisiones de Texas están encarceladas 724 personas por cada 100.000 habitantes, el segundo índice más alto despues de Luisiana, con 736 por cada 100 000. En Minnesota existe el indice más bajo, con 117 por cada 100 000. En Texas fue necesario disminuir los gastos de educacion para financiar la construcción de más prisiones. Durante la administración de George W. Bush se han llevado a cabo un récord de 98 penas de muerte. *Gov. Bush's Law and Order Amounts to Tough and Popular*. New York Times. 18.8 99, pág.

dos de designación política tratan de mostrar su dureza en las sentencias[6], mientras los fiscales designados por la misma vía piden las penas máximas y manipulan la ley, si no la violan, para aumentar el número de condenas[7].

¿Cómo es posible tal situación en la democracia más antigua del mundo, que posee una de las declaraciones de derechos humanos más antiguas, donde también se está gozando de una prosperidad económica sin precedentes? ¿Por qué hay todavía terribles bolsas de pobreza en el campo pero, sobre todo, en las caóticas ciudades?[8] ¿Por qué optan los políticos por recluir en cárceles a una creciente cantidad de pobres, cuyos delitos son resultado de su pobreza, ignorancia y degradación, en vez de emplear una parte de esa riqueza de que disfruta el país para aminorar estos problemas?

## II. EL RETRASO EN LA APLICACION DEL *BILL OF RIGHTS* EN EL AMBITO FEDERAL

*El Bill of Rights* se promulgó para limitar el poder del nuevo gobierno federal y así asegurar la continuidad de la soberanía de los diferentes gobiernos estatales. Las disposiciones contenidas en las primeras ocho enmiendas, que protegen a los acusados en procesos penales, no solían aplicarse directamente en los sistemas estatales[9]. El Derecho Penal era casi exclusivamente competencia de los Estados. La competencia de los nuevos tribunales federales se limitaba solamente, en aquel entonces, a cuestiones tales como la traición, el contrabando, delitos que implican a más de un Estado, etc. Tan sólo a partir del momento en que el legislador federal comenzó a expandir las competencias federales mediante la tipificación de delitos, sancionando, por ejemplo, el consumo, el tráfico de bebidas alcohólicas (*prohibition*), drogas, y otras conductas peligrosas para la salud y el bienestar público, aumentó el número de juicios penales en los tribunales federales.

Todos los Estados tenían (y tienen) sus propias Constituciones con sus propios *Bills of Rights*, así como sus propios códigos penales y de procedimiento penal. Aunque los *Bills of Rights* de los Estados transcriben en ocasiones de forma literal, palabra por palabra, los de la Constitución Federal, lo cierto es que su interpretación y aplicación ha variado de un Estado a otro. En la práctica, los ciudadanos afroamericanos han sido las víctimas principales de la desigualdad. Para evitar linchamientos por la muchedumbre, la administración de "justicia" orquestaba una farsa de tribunal de jurado en casos de homicidio, que culminaba normalmente con la ejecución de la pena de muerte en tan sólo un poco más de tiempo del que hacía falta para el linchamiento[10]. Hasta el fin del siglo XIX, ni el Estado ni el acusado tenían la posibilidad de interponer un recurso de apelación contra una sentencia después del veredicto de un jurado. Por esta razón, el Tribunal Supremo de los EE.UU. (en adelante, TSEU) carecía de capacidad para interpretar y aplicar las diversas enmiendas contenidas en el *Bill of Rights*.

Con la promulgación en 1865, después de la Guerra Civil, de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, y, una vez promulgadas la Decimotercera y la Decimoquinta, para proteger a los esclavos liberados, quedó establecido por primera vez un vehículo para tratar de forzar a los Estados a que aplicaran de una forma efectiva los mecanismos de protección establecidos por el *Bill of Rights* federal. La Decimocuarta Enmienda establece lo siguiente: "ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal"[11]. Durante muchos años el TSEU consideraba como violaciones del *due process* (proceso debido) solamente aquellas violaciones de "principios inmutables de justicia según la concepción de una sociedad civilizada"[12], o de principios "implícitos en el concepto de libertad organizada", sin los que "un sistema de justicia adecuado y progresista sería imperfecto"[13]. Pero, a juicio del TSEU, la gran mayoría de los derechos protegidos por el *Bill of Rights* federal no llegaban a este nivel. Por eso, los Estados eran libres a la hora de interpretar sus propias Constituciones en estas áreas sin la injerencia del TSEU, si la conducta de los órganos de la justicia no era brutal o incivilizada. En este sentido, el TSEU ha revocado sentencias condenatorias de tribunales estatales cuando ha concluido que la policía ha utilizado la tortura[14], la coerción u otras prácticas crueles para conseguir una confesión involuntaria, y otras, tales como la famosa pena de muerte a que fueron condenados los *Scottsboro Boys*, jóvenes negros pobres, por la violación de dos muchachas blancas, porque carecieron de la asistencia de un letrado durante el proceso[15].

Como consecuencia del movimiento en favor de los Derechos Civiles de los años cincuenta y sesenta, las cosas empezaron a cambiar. Una mayoría de los miembros del TSEU comenzó a asumir

---

A1, A19. Su hermano, Jeb Bush, gobernador de Florida, ha firmado recientemente una ley reemplazando la silla eléctrica por la inyección letal, pero su condición para no vetar la ley fue una previsión para acelerar los recursos de los condenados para poder ejecutarlos en cinco años en vez de en diez. *Florida OKs Measure to Speed Executions*. San Francisco Chronicle. 8.1.00, pág A2.

[6] *Véase*, Stephen B. Bright & Patrick J Keenan. *Judges and the Politics of Death: Deciding Between the Bill of Rights and the Next Election in Capital Cases*. 75 Boston U. L. Rev. 759 (1995)

[7] Ken Armstrong & Maurise Possley. *The verdict: Dishonor*. Chicago Tribune. 8.1.99, pág. 1 (www chicagotribune com).

[8] Según una investigación, los niños pobres en los EE.UU. son mas pobres que en la mayoría de otros países industrializados del Oeste, con la excepción de Israel e Irlanda. Keith Bradsher *Low Ranking for Poor American Children*. New York Times. 14.8.95, pág. A7.

[9] Barron v. Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

[10] Por lo menos 4 743 personas han muerto por linchamiento. El 90 % tuvieron lugar en el Sur y tres cuartas partes de las víctimas eran afroamericanos. Una pena de muerte eficaz ha convencido a la muchedumbre blanca de dejar los linchamientos. Transcurrían pocos días en aquel entonces desde la detención hasta el juicio oral, el veredicto y la ejecución de la pena de muerte. El Estado más sangriento era Georgia, donde se han ejecutado a 337 negros y 75 blancos entre 1924 y 1972. Stephen B. Bright *Discrimination, Death and Denial: the Tolerance of Racial Discrimination in Infliction of the Death Penalty*. 35 Santa Clara L. Rev 433, 440-441 (1995).

[11] U.S. Const XIV Amendment *Vid*, al respecto, Esparza Leibar I, *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona 1995.

[12] Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947).

[13] Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

[14] *See* Brown v Mississippi, 297 U.S 278 (1936)

[15] Powell v. Alabama, 287 U.S 45 (1932)

que la idea del *due process*, a que se refiere la Decimocuarta Enmienda, incluye casi todos los derechos enumerados en las primeras ocho enmiendas del *Bill of Rights*:

1) el derecho a no ser sometido a registros o incautaciones excesivas, garantizado por la Cuarta Enmienda[16] y la prohibición de utilizar pruebas obtenidas inconstitucionalmente[17];

2) el derecho a no autoinculparse, garantizado por la Quinta Enmienda[18];

3) la aplicabilidad del principio *non bis in idem*, también garantizada por la Quinta Enmienda[19];

4) el derecho a un juicio público sin dilaciones[20], el derecho a ser juzgado por un jurado[21], a examinar contradictoriamente a los testigos de cargo[22], el derecho de la defensa a proponer testigos[23], y a la asistencia de letrado[24], garantizados todos ellos por la Sexta Enmienda;

5) finalmente, la prohibición de penas crueles e inhumanas, garantizada por la Octava Enmienda[25].

Los únicos mecanismos de protección incluidos en el *Bill of Rights* que el TSEU no consideró obligatorios para los Estados bajo la rúbrica del *due process* fueron el derecho a una acusación por el Gran Jurado, garantizado por la Quinta Enmienda[26], y la protección contra fianzas excesivas, regulada por la Octava Enmienda.

La jurisprudencia del TSEU declarando que los derechos del *Bill of Rights* eran vinculantes para los Estados, considerada como una "revolución del proceso penal", tuvo lugar, principalmente, cuando *Earl Warren* ocupaba la presidencia del alto tribunal (1953-1969). Sin embargo, los presidentes *Richard Nixon* (1968-1974), *Ronald Reagan* (1980-1988) y *George Bush* (1988-1992), nombraron a varios magistrados ultraconservadores en el TSEU, como consecuencia de lo cual, las decisiones en estos años comenzaron a socavar los derechos que habían sido garantizados por el *Warren Court*.

En las líneas que siguen voy a exponer los siguientes aspectos:

1) cómo las decisiones del TSEU, adoptadas bajo las presidencias de los magistrados *Warren Burger* (1969-1987) y *William Rehnquist* (1987-) han debilitado paulatinamente la protección garantizada por el Tribunal en la época en que fue presidido por *Warren*, cuando decidió que la Cuarta Enmienda era vinculante para los Estados, y de qué forma han conducido a una situación en la que la policía puede actuar arbitrariamente, en cumplimiento de las leyes relativas al tráfico de drogas y de armas, contra determinadas minorías nacionales, sin violar la Constitución;

2) cómo el desarrollo de la jurisprudencia ha conducido a un régimen de interrogatorios policiales más coercitivo e inquisitorial, que no alcanza las normas mínimas reconocidas en Europa y, mientras tanto, ha contribuido a que se hayan dictado sentencias de pena de muerte contra algunos inocentes;

3) cómo la utilización de informadores de la policía, no solamente para investigar clandestinamente en los entornos criminales, sino también para declarar durante el juicio oral como testigos de cargo, ha conducido asimismo a sentencias de pena de muerte contra inocentes;

4) cómo el TSEU ha afirmado, finalmente, que la pena de muerte no viola ni la prohibición de penas crueles e inhumanas, ni el *due process*, y cómo la jurisprudencia del alto tribunal ha conducido a un aumento de sentencias capitales y a la aceleración de su ejecución;

5) cómo un sistema general de penas draconianas y un principio de oportunidad casi sin límites han conducido a un sistema de justicia donde raramente se celebra un juicio oral con jurado, porque los acusados admiten los cargos para minimizar las penas; y, finalmente,

6) cómo el nombramiento de abogados de oficio incompetentes, para defender a acusados pobres, ha contribuido a que se hayan dictado fallos injustos y cómo las oficinas del defensor público (abogados de oficio funcionarios) luchan, en forma más o menos eficaz, para defender a sus clientes, a pesar de las dificultades existentes.

La combinación de todos estos factores ha producido un sistema defectuoso de administración de justicia, donde los derechos de los pobres son diariamente objeto de graves violaciones, donde los propios pobres son condenados "gracias a la ayuda" de un letrado ineficaz, con fundamento en pruebas que, a veces, tienen un valor probatorio cuestionable y que, además, son obtenidas de una manera dudosamente legal. Las reglas probatorias mantienen al jurado en un estado de semiignorancia, y en muchas ocasiones sus miembros no pueden discernir los aspectos más frágiles de las pruebas de cargo, o evaluar adecuadamente la credibilidad de los testigos. La policía y sus informadores mienten como rutina en sus testimonios en el juicio oral; los fiscales, a menudo, se lo permiten, dejan también de revelar la existencia de pruebas exculpatorias, y utilizan tácticas incorrectas e informes incendiarios para manipular al jurado; finalmente, los magistrados, que como los fiscales son elegidos a escala estatal, no tienen valor o interés en poner fin a estas cuestionables prácticas, por lo que no anulan condenas claramente injustas, pronunciadas por los diferentes jurados.

## III. ACOSO POLICIAL: DETENCION Y REGISTRO DE PERSONAS QUE FORMAN PARTE DE DETERMINADAS MINORIAS

Después de haber decidido que la Cuarta Enmienda y la doctrina de la prueba prohibida son vinculantes para los Estados, el TSEU, bajo la presidencia de *Warren*, trató de limitar los poderes de la

[16] Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).
[17] Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
[18] Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).
[19] Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969).
[20] Klopfer v. North Carolina, 386 US 213 (1967)
[21] Duncan v. Louisiana, 391 U S 145 (1968)
[22] Pointer v. Texas, 380 US 400 (1967).
[23] Washington v Texas, 388 US 14 (1967)
[24] Gideon v Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)
[25] Robinson v. California, 370 US 660 (1962).
[26] Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884).

policía en sus intervenciones contra los ciudadanos, especialmente en relación con determinadas minorías (sobre todo, la afroamericana). El alto tribunal decidió en aquel entonces que los registros y detenciones de personas serían legales solamente cuando existiera una "causa probable" (*probable cause*) de que la persona hubiera cometido un delito, o que hubieran sido encontrados en su poder, en su casa o entre sus efectos personales (por ejemplo, en su automóvil) pruebas, efectos o instrumentos del delito. La valoración jurídica de las intervenciones o cacheos diarios por parte de la policía siguió siendo poco clara: ¿ello significaba que la policía no podía detener temporalmente a una persona sin indicios de su probable culpabilidad?

En 1968, un año de desórdenes raciales tras del asesinato de Martin Luther King, el TSEU prestó especial atención al acoso sistemático a ciudadanos negros efectuado por parte de la predominantemente policía blanca durante la investigación de la criminalidad, y decidió, sin embargo, que la policía podría efectuar una "detención temporal" sin necesidad de que se diera la *probable cause*, siendo suficiente una "sospecha fundada" (*reasonable suspicion*) de que la persona hubiera cometido o se preparaba para cometer un delito. El TSEU admitió también la posibilidad de que la policía realizase cacheos cuando tuviera una sospecha fundada de que el individuo podía estar armado o de que pudiera ser peligroso. En tal caso, la policía solo podía incautarse de armas (armas blancas o de fuego), pero no de otro tipo de objetos (drogas)[27].

Dada la tensión existente entre la policía, predominantemente blanca, y la comunidad negra, los tribunales proclamaron el principio de que una persona no puede ser "detenida temporalmente" por el mero hecho de encontrarse en un "barrio de alta criminalidad"[28], a causa del color de su piel[29], o por el simple hecho de haber huido al llegar la policía[30]. Debían existir indicios objetivos o conductas que demostraran que el sospechoso hubiera cometido o se preparaba para cometer un delito.

Tras la jubilación de *Warren*, el TSEU comenzó a ampliar el margen de actuación de la policía en su "guerra contra la droga". Así, admitió la posibilidad de que aquélla se incautara de drogas durante un cacheo en busca de armas, en el caso de que el agente pudiera comprobar inmediatamente que el objeto era contrabando[31]. También decidió el TSEU que no se produce una violación de la Cuarta Enmienda cuando la policía trata de efectuar una detención sin sospecha fundada, en el caso de que la persona no se someta a la autoridad de la policía[32]. Finalmente, el TSEU ha decidido recientemente que el mero hecho de que una persona huya de la policía cuando ésta llega a un barrio de alta criminalidad (a pesar de incidentes como la brutal paliza de *Rodney King* en Los Angeles), constituye una "sospecha fundada", para justificar una detención temporal, aun cuando la policía no tuviera idea alguna sobre *qué* delito estuviera cometiendo[33]. Esta decisión es realmente lamentable, especialmente en un contexto en el que los informes que denuncian la utilización del terror por parte de la policía contra personas pertenecientes a determinadas minorías, y que sugieren su propia implicación en el tráfico de drogas y en extorsiones son cada vez más habituales[34].

Por otra parte, es conocido que la policía concentra sus fuerzas en la aplicación de las normas de tráfico vial contra afroamericanos y otras minorías, con el objeto de investigar posibles delitos relacionados con las drogas. Entre los críticos, esta práctica es conocida como la de "negro conduciendo" (*driving while Black*)"[35]. Así, la policía suele obligar a detenerse a ciudadanos negros por conducir con exceso de velocidad, por no haber señalizado que iban a realizar un giro, o incluso por no llevar debidamente iluminada la placa de la matrícula, con el objeto real de "descubrir" otra conducta sospechosa, o para poder registrar el automóvil. Lo cierto es que, mientras que algunos tribunales han afirmado la legalidad de tal detención solamente si un "agente razonable" hubiera detenido también a la persona en la misma situación, el TSEU ha dado su expresa aprobación a esta táctica, que la policía utiliza especialmente contra minorías en muchas localidades[36]

El TSEU ha confirmado también la legalidad de una práctica permitida por la ley en unos veintiocho Estados[37], consistente en llevar a cabo la detención de personas por infracciones de tráfico, aunque por tal violación no pudieran ser condenadas ni si quiera a un día de privación de libertad, con el objeto real de cachearles[38] y de registrar el vehículo[39]. Así,

---

[27] Terry v. Ohio, 392 US I (I968).
[28] Brown v. Texas, 443 U.S 47 (I979)
[29] *See, e.g.*, State v. Barber, 823 P.2d 1068 (Wash 1992)
[30] *See, e.g.*, State v. Hicks, 488 N.W.2d 359 (Neb. 1992)
[31] Minnesota v. Dickerson, 508 U.S. 366 (1993)
[32] California v. Hodari D., 499 U.S. 621 (1991) Se trata normalmente de situaciones en que la policía trata de efectuar una detención ilegal y la persona se desprende de piezas de convicción antes de que la policía pueda detenerla.
[33] Illinois v Wardlow, 120 S Ct 673 (2000)
[34] En el año 1997, por ejemplo, se presentaron contra la policía en New York City 1.768 quejas por mala conducta, y la ciudad tuvo que pagar 19.500.000 de dolares como indemnización. Deborah Sontag & Dan Barry. *When Brutality Wears a City Badge*. New York Times. 19 11.97, pág A1, A25. Seis agentes de la policía de Filadelfia admitieron su culpabilidad por haber llevado a cabo registros ilegales, por haber colocado piezas de conviccion para inculpar a personas y por haber cometido perjurio. El resultado fue la revocación de 56 condenas por delitos relacionados con la droga y la investigacion de la ilegalidad de 1.600 detenciones. Michael Janofsky. *A Philadelphia Police Scandal Results in Lawsuit and Racism Accusation*. New York Times 12.12 95, pág. A10 Otros seis agentes de la policía en Atlanta fueron detenidos por haber robado a traficantes de droga y haber extorsionado por cobrar proteccion Ronald Smothers. *6 Held in Atlanta Police Corruption Case*. New York Times 7 9 95, pag. A12. Tambien en Los Angeles se han debido abrir y reinvestigar hasta 3.200 casos a causa de la corrupción policial. Las acusaciones incluyen el tráfico de cocaína y el homicidio; se ha suspendido en su empleo a trece agentes y hasta cien mas han falsificado, posiblemente, pruebas. Duncan Campbell *Police corruption embroils LA in a legal nightmare*. Guardian Weekly 6.1-12.1. 2000, pág. 5.
[35] David A. Harris. *'Driving While Black' and All Other Traffic Offenses' the Supreme Court and Pretextual Traffic Stops*. 87 J. Crim. L & Criminology 544,546 (1997).
[36] Whren v. United States, 517 U.S 806 (1996).
[37] Barbara C. Salken *The General Warrant of the Twentieth Century? A Fourth Amendment Solution to Unchecked Discretion to Arrest for Traffic Offenses*. 62 Temple L Rev 221,250 (1989).
[38] United States v. Robinson, 414 U S 218 (1973), Gustafson v. Florida, 414 U S. 260 (1973).
[39] New York v. Belton, 453 U S. 454 (1981).

en presencia de una simple falta, la policía puede llevar a cabo un registro por drogas sin indicios fundados de criminalidad y sin que haya peligro alguno para los agentes de la policía. Siguiendo su jurisprudencia de deferencia hacia la policía (y los políticos) en su campaña antidroga, el TSEU permite a los departamentos municipales de la policía aplicar "reglas de inventario", para confiscar y registrar sin *probable cause* vehículos y otros efectos después de la detención del dueño por cualquier infracción[40]. Aun cuando la policía haya llevado a cabo un registro ilegal en el lugar de los hechos, los tribunales de apelación han permitido en ocasiones la utilización de las pruebas por haber sido obtenidas más tarde, durante el "procedimiento de inventario"[41].

La policía utiliza tales intervenciones sobre vehículos como pretexto también para actuar contra peatones en barrios con alta criminalidad. Por ejemplo, en la ciudad de San Louis (Missouri), la policía municipal detiene con frecuencia a jóvenes negros por cometer la falta municipal de "manifestación callejera" (*street demonstration*), una disposición destinada a controlar el comercio callejero o las actuaciones de artistas de la calle, con el único objeto de efectuar un registro de la persona sin indicios fundados de criminalidad.

En la actualidad, diferentes grupos de ciudadanos han comenzado a presentar demandas civiles contra los departamentos de policía y contra los Estados, por llevar a cabo prácticas de "perfil racial" (*racial profiling*), contra afro e hispanoamericanos, en particular al utilizar la represión de violaciones de normas de circulación como pretexto para investigar actividades relacionadas con el tráfico de drogas y llevar a cabo registros sin la necesidad de que exista una *probable cause*[42]. En este sentido, resulta significativo que el actual candidato a la presidencia de los EE.UU., *Bill Bradley*, esté criticando esta situación en su campaña[43].

En cualquier caso, aun cuando los tribunales decidan que la policía ha violado la Cuarta Enmienda al llevar a cabo un registro, las pruebas obtenidas son admisibles si, por ejemplo, el agente de la policía ha confiado de buena fe en el auto judicial que autorizaba el registro, porque el TSEU, bajo la presidencia de *Warren Burger*, estableció que la única razón *para declarar una prueba como ilegal es la de llevar a cabo violaciones por parte de la policía y no la de proteger a los ciudadanos contra violaciones de la Constitución por parte de magistrados, etc.*[44]. El TSEU limitó también el alcance de la denominada "regla de exclusión" (*exclusionary rule*), al establecer que solamente la persona cuyo derecho a la intimidad había sido violado por la acción policial puede pedir durante el juicio oral la invalidez de las pruebas ilegalmente obtenidas. En consecuencia, la policía puede detener y registrar ilegalmente un vehículo, por ejemplo, con cuatro pasajeros, y solamente su dueño podría alegar con éxito la invalidez de las pruebas en el juicio. Es decir, la "prueba prohibida", por ejemplo, una cantidad de cocaína, podría ser admitida contra un pasajero, aunque éste no fuera el dueño de la droga[45].

## IV. LOS INTERROGATORIOS POLICIALES Y EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Después de haber establecido, de acuerdo con la Quinta Enmienda, el carácter vinculante para los Estados del derecho del procesado de no declarar contra sí mismo, el TSEU dictó la famosa decisión *Miranda v. Arizona*, con el objeto de prohibir a la policía el uso de la coerción, las amenazas, la presión psicológica, y las promesas y engaños para inducir a sospechosos a inculparse contra su propia voluntad. En esta decisión, el alto tribunal examinó manuales policiales en los que se describían tácticas para superar la resistencia del detenido y conseguir una confesión o declaración, normalmente durante las 24 o hasta las 48 horas en las que el detenido permanece en las dependencias policiales antes de comparecer por primera vez ante un juez. El presidente del Tribunal, *Warren*, afirmó en nombre de la mayoría de los magistrados que, aún sin indicios de coerción, amenazas, promesas, etc., el hecho de ser detenido por la policía era coercitivo en sí y que, antes de interrogar a un detenido y conseguir una renuncia expresa de sus derechos, la policía debía explicarle su derecho a no declarar contra sí mismo, y a ser asistido por un letrado de su elección, o por un abogado de oficio nombrado por el Estado[46].

Tales garantías, aceptadas en la gran mayoría de los países europeos[47], corren el peligro de desaparecer en los EE.UU. Aunque el TSEU decidió inicialmente que la omisión de las advertencias relacionadas en la decisión *Miranda* o que una explícita renuncia a los derechos tendría como resultado la

[40] South Dakota v Opperman, 428 U.S. 364 (1976); Colorado v. Bertine, 479 U.S. 367 (1987).

[41] United States v. Andrade, 784 F.2d 1431 (9th Cir. 1986); United States v Seals, 987 F.2d 1102 (5th Cir. 1993); United States v Martin, 982 F.2d 1236 (8th Cir. 1993); United States v. Zapata, 18 F.3d 971 (1st Cir. 1994).

[42] Brown v. Oneonta, N.Y. ,195 F.3d 111 (2nd Cir. 1999); *National Congress for Puerto Rican Rights v. New York, N.Y.*, 75 F.Supp.2d 154 (S.D.N Y. 1999); *Maryland State Conference of NAACP Branches v. Department of Md. State Police*, 72 F.Supp.2d 560 (D. Md 1999), *Hodgers-Durgin v De La Vina* (9th Cir. 12.21.99), 66 Crim. L. Rep. 300. En por lo menos 17 casos en Nueva Jersey los tribunales han prohibido la utilización de pruebas obtenidas por la policía como resultado de *racial profiling* y el Estado de Nueva Jersey ha expresado su conformidad con una resolución que le obliga a recopilar meticulosamente estadísticas sobre la raza de las personas detenidas por la policía 66 Crim. L. Rep. 251 (1.5.00). Los órganos de la administración de justicia federales están recopilando ya tales estadísticas, 65 Crim. L. Rep. 292., y el *American Bar Association*, hace lo propio. 65 Crim. L. Rep. 535.

[43] Sobre *racial profiling* en Nueva Jersey, el Estado de *Bill Bradley*, *vease* Iver Peterson. *Whitman Concedes Troopers Used Race in Stopping Drivers*. New York Times. 21.4 99, pág. A1, A23; Jodi Wilgoren. *Police Profiling Debate: Acting on Experience, or on Bias*. New York Times. 9.4.99, pág. A21. En general, *véase* Kevin Flynn. *State Cites Racial Inequality in New York Police Searches*. New York Times. 1.12.95, pág A22 Sobre el "perfil racial" en la frontera con Mexico contra Hispano-Americanos (¡incluso contra un magistrado hispano-americano!), *véase* Jim Yardley. *Some Texans Tiring of Stops by Border Patrol*. New York Times. 26.1.00, pág. A1, A17.

[44] United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

[45] Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

[46] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

[47] *Vease*, *e.g.* §§ 163a(3), 136 StPO (Germany); §§63, 64(3), 350 CPP (Italy);§ 520(2)(a-c) LECr (Spain); artículo 51 Const. RF.

imposibilidad de utilizar las declaraciones en el juicio oral, el alto tribunal permitió la utilización de declaraciones conseguidas en violación de la decisión *Miranda* para contradecir las declaraciones del procesado durante el juicio oral[48]. Finalmente, el TSEU terminó por afirmar que la decisión *Miranda* no tenía rango constitucional, sino que solamente constituía una regla "profiláctica", para fortalecer la Quinta Enmienda. En consecuencia, aunque la declaración propiamente dicha constituiría una "prueba prohibida", la policía puede utilizar cualquier pista conseguida durante el interrogatorio para desarrollar la investigación sin que las pruebas resultantes de estas pistas constituyan "frutos del árbol envenenado"[49]. Así, los departamentos de policía inician con frecuencia los interrogatorios a los detenidos ignorando las advertencias establecidas en la decisión *Miranda*, para obtener pistas para una investigación más efectiva, o pruebas para contradecir al procesado si piensa declarar en el juicio oral. Aún cuando existe una clara estrategia de violar abiertamente de esta forma las disposiciones de la decisión *Miranda*, algunos tribunales han admitido pruebas así obtenidas, bajo las excepciones anteriormente mencionadas[50].

En 1968 el Congreso de los EE.UU. promulgó una ley con la intención expresa de anular la decisión *Miranda* y otras decisiones del TSEU que protegían los derechos de los acusados[51], pero durante aproximadamente treinta años tanto el Fiscal General del Estado (*Attorney General*) como los tribunales federales se han negado a basar sus argumentos en esta ley. Finalmente, en 1999, un tribunal federal de apelación falló que la ley de 1968 vino en realidad a anular la decisión *Miranda*[52], y el TSEU ha aceptado tomar una decisión al respecto. Si el alto tribunal finalmente decide que la regla de *Miranda* no es constitucionalmente vinculante, la protección en los EE.UU. contra la utilización de métodos coercitivos o engañosos por parte de la policía caería por debajo del nivel de la mayoría de los países europeos, con la excepción, quizás, de Francia.

Además de las decisiones que animan a la utilización de engaño por parte de la policía para conseguir confesiones, es importante subrayar que en ocasiones este tipo de falsas confesiones han conducido a la condena de no pocas personas por homicidios que no habían cometido y, a veces, a la imposición incluso de la pena capital. Así, por ejemplo, en un distrito policial en la ciudad de Chicago la policía ha utilizado la tortura, mediante descargas eléctricas, palizas y asfixia, para conseguir confesiones que condujeron posteriormente a la imposición de la pena de muerte[53].

## V. LA UTILIZACION DE CONFIDENTES

El principio de oportunidad casi ilimitado que predomina en el sistema norteamericano y las penas draconianas a que se enfrentan los acusados, han conducido a una creciente utilización de informadores secretos por la policía y la fiscalía, que declaran contra sus conocidos o cómplices para evitar así posibles condenas por delitos graves o para obtener una reducción de sus propias penas. En el caso de que el informador no brindara resultados satisfactorios, a juicio de sus "dueños" (la policía o el fiscal), podría ser condenado a la máxima pena posible[54].

Como resultado de esta práctica, los confidentes no solamente aportan pruebas para la investigación y detención de delincuentes sino que, en muchos casos, también intervienen como testigos de cargo en el juicio oral. Con frecuencia, algunos individuos internos en centros penitenciarios testifican que sus vecinos de celda han reconocido su culpa mientras esperaban su primera comparecencia ante el tribunal e incluso, a veces, después de la primera comparecencia y el nombramiento de un letrado. El TSEU ha permitido el interrogatorio de presos por parte de confidentes secretos que colaboran con la policía, casi sin límites, antes de la primera comparecencia del sospechoso[55] y que tales *confidentes de celda* relaten en el juicio oral el contenido de las conversaciones llevadas a cabo en la propia celda, aun después de la presentación de la acusación y el nombramiento de un letrado, si el confidente participa solo pasivamente en las conversaciones[56]. Esta táctica de los órganos de la acusación, prohibida en algunos países europeos[57], ha conducido a la condena de no pocas personas inocentes en los EE.UU., y algunas, incluso, a la pena de muerte[58].

## VI. LA MARCHA VICTORIOSA DE LA PENA DE MUERTE

Quizás como resultado del movimiento por los derechos civiles, el apoyo en los EE.UU. a la pena de muerte fue decayendo progresivamente durante los

[48] Harris v. New York, 401 US 222 (1971)
[49] Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974)
[50] California Attorneys for Criminal Justice v. Butts, 922 F.Supp. 327 (C.D. Cal. 1996); People v. Peevy, 73 Cal.Rptr.2d 865 (Cal. 1998)
[51] 18 U.S.C. § 3501
[52] United States v. Dickerson, 166 F.3d 667, cert. granted 120 S.Ct. 578 (1999)
[53] Ken Armstrong & Steve Mills. *The Failure of the Death Penalty in Illinois. A tortured path to Death Row.* Chicago Tribune. 11.17.99, at 1, 8-9. Sobre métodos más refinados para inducir a una confesion falsa, *vease* Jan Hoffman. *Police Refine Methods So Potent, Even the Innocent Have Confessed.* New York Times. 30.3.98, pág. A1, A17.
[54] En el caso de Ricketts v. Adamson, 483 U.S. 1 (1987), el procesado fue acusado del asesinato, con una bomba, de un periodista que estaba investigando la corrupción política en Arizona. El fiscal le realizó la siguiente oferta: si declaraba contra los demás imputados y admitía su culpabilidad, en vez de arriesgarse a ser condenado a la pena de muerte, le sería impuesta una pena de 20 años de privación de libertad. El acusado aceptó esta propuesta y declaró en el juicio oral contra los demás imputados, que fueron condenados a la pena de muerte. Sin embargo, el tribunal de segunda instancia anuló la sentencia y ordenó un nuevo juicio. Esta vez, Adamson se negó a declarar sin garantías mas amplias. El fiscal, manteniendo que el acusado había violado el acuerdo, archivó la acusación contra los demás imputados y presentó nuevos cargos contra Adamson, que fue condenado a la pena de muerte por el jurado. El TSEU desestimó su recurso.
[55] Illinois v. Perkins, 496 U S 292 (1990)
[56] United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Kuhlmann v. Wilson, 477 U S. 436 (1986)
[57] *See, e.g.*, BGHSt 34, 362, at 363-364, BGH, 18 StV, 10/98, at 527, 527-530
[58] Ken Armstrong & Steve Mills. *The Failure of the Death Penalty in Illinois: The inside informant.* Chicago Tribune. 16 11.99, pág. 1, 8-9.

años cincuenta y sesenta[59]. Finalmente, en 1972, el TSEU declaró que la pena de muerte era una pena cruel e inhumana y que violaba el *due process*, no en sí, sino a causa del modo injusto en que se aplicaba. Los condenados a muerte no solamente eran casi siempre pobres, por lo que no podían pagar un buen letrado, sino que también las condenas a muerte recaían de forma desproporcionada en las minorías raciales. Tanto la selección de quienes, entre los cerca de 20.000 procesados por asesinato al año, iban a ser condenados a la pena de muerte, como la de quienes, permaneciendo en los corredores de la muerte, iban a ser finalmente ejecutados, se volvió completamente caprichosa[60]. El mismo año el Tribunal Supremo de California declaró que la pena de muerte era *en sí* una pena cruel e inhumana según la Constitución californiana[61].

Los políticos partidarios de la pena de muerte no esperaron. Los legislativos de más de treinta y cinco Estados redactaron nuevas leyes estableciendo la pena de muerte y trataron de limitar la discrecionalidad del juez, o de guiarla para evitar el "capricho" de las viejas leyes. En 1976, el TSEU aprobó algunas de estas leyes[62], y la moratoria de ejecuciones, que se había prolongado desde 1968 hasta 1976, dio a su fin. Así, *Gary Gilmore*, que se había negado a presentar un recurso y pidió ser ejecutado, murió fusilado en Utah en 1977[63], reanudándose de esta forma la matanza. En 1976, por medio de un referéndum, el pueblo de California enmendó su Constitución, que pasó a afirmar que la pena de muerte no es una pena cruel e inhumana, de forma que, al final del siglo XX, la pena de muerte se restableció, de forma amenazadora, en treinta y ocho Estados y en el propio sistema federal[64].

Desde 1977 se ha ejecutado en los EE.UU. a más de 600 personas en 30 Estados. El puntero entre los Estados sangrientos es, con diferencia, Texas, seguido de otros Estados del Sur y Missouri[65]. Por otra parte, y como queda dicho, también se ha descubierto, gracias a la constancia de periodistas, abogados, grupos religiosos y de otro tipo que actúan sin vinculación con la administración de justicia que al menos 85 inocentes habían sido condenados a la pena de muerte en los EE.UU. desde 1977. En todos estos casos el Estado ha reconocido oficialmente la inocencia del condenado, gracias a confesiones de las personas culpables, al análisis de ADN,[66] u otros métodos. Se desconoce a ciencia cierta cuántas personas inocentes han sido ejecutadas, han muerto en los corredores de la muerte o se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad[67]. Ante estos datos, debe celebrarse que al menos un político de alto nivel haya reconocido que algo está "podrido en su Estado" y confiar en que otros sigan su ejemplo. Se trata del Ggobernador de Illinois, *George Ryan*, un republicano partidario de la pena de muerte, que ha establecido una moratoria en la ejecución de la pena capital hasta que una comisión haya investigado las razones por las cuales doce personas inocentes (de las 85 en todo el país) fueron condenadas a muerte en su Estado, y ha hecho una serie de recomendaciones para evitarlas en el futuro[68].

Pero el TSEU y los políticos no solo han promovido la reactivación de la pena de muerte, sino que existe una tendencia a expandir su aplicación a un elenco más amplio de delitos. Así, el actual presidente del país, *Bill Clinton*, ha promulgado una ley que prevé la pena de muerte para cincuenta nuevos tipos de asesinato. Son muchos los políticos, tanto a escala federal como estatal, que subrayan su apoyo a la pena capital y a una campaña para limitar el derecho al recurso para presos condenados a muerte. El TSEU, que no cuenta con ningún magistrado que exprese su oposición a la pena de muerte, ha dictado fallos que limitan la protección de los condenados a muerte, a veces más que respecto de otros condenados a penas menores. Por ejemplo, durante la selección del jurado, en casos en que cabe una condena de pena de muerte, el fiscal puede recusar, por razones de parcialidad, a cuantos candidatos hubiere contrarios a la pena de muerte[69]. Es decir, alrededor de un 20-30% de los posibles miembros de un jurado, probablemente los más progresistas de la población local, no pueden participar en los juicios

---

[59] El apoyo a la pena de muerte era de alrededor del 42% en 1966, pero ascendió hasta el 66% en 1976 y ha quedado a fin del siglo entre el 70 y 80%. Tony Mauro & Mark Potok, *Death penalty becoming 'real'*. USA Today. 7.12.94, pag. 3A.

[60] Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

[61] People v. Anderson, 493 P.2d 880 (Cal. 1972).

[62] Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976); Proffitt v. Florida, 428 U.S. 242 (1976); Jurek v. Texas, 428 U.S. 262 (1976).

[63] *See* Norman Mailer, The Executioner's Song (1977).

[64] La pena de muerte no existe en los siguientes Estados: North Dakota, Minnesota, Iowa, Wisconsin, Michigan, West Virginia, Maine, Vermont, Rhode Island, Massachusetts, Hawaii y Alaska. Ken Armstrong & Steve Mills. *Yet another Death Row inmate cleared.* Chicago Tribune. 18.5.99, pág. 1,16.

[65] Hasta diciembre de 1999, hubo 445 ejecuciones en los Estados de Sur. De ellas, 197 en Texas, 73 en Virginia y 44 en Florida. En Missouri se ha ejecutado a 41 personas. Por contra, desde 1977, se ha ejecutado "solamente" a 16 personas en el Noroeste. Paul Duggan *To Kill or Not to Kill* Washington Post National Weekly Edition 20.12.-27.12 99, pág. 31,33

[66] Por análisis de ADN se ha puesto en libertad a 65 personas que se encontraban en los corredores de la muerte, y en 18 de estos casos la condena estaba basada, por lo menos en parte, en dictámenes periciales que carecieron de credibilidad científica. Ken Armstrong & Steve Mills. *The Failure of the Death Penalty in Illinois: Convicted by a hair* Chicago Tribune. 18.11 99, pág. 1, 8.

[67] Según una investigación realizada en los años ochenta, por lo menos 350 personas inocentes fueron condenadas por asesinatos con posibilidad de pena de muerte. En 309 de estos casos el Estado ha reconocido oficialmente la inocencia del condenado. 139 fueron condenados a muerte y 23 ejecutados Hugo A Bedau & Michael L. Radelet. *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases.* 40 Stan. L. Rev. 21, 22-24, 35-39, 71-71, 83-85 (1987). En 1992 el número de errores ha alcanzado los 416 y el de inocentes ejecutados los 29. Samuel R. Gross. *Lost Lives. Miscarriages of Justice in Capital Cases.* 42 Law Quadrangle Notes (Univ. of Michigan Law School). Spring 1999, 82, 84-85

[68] El Gobernador *Ryan* caracterizó la situacion en Illinois como "un récord vergonzoso de condenar gente inocente y colocarla en los corredores de la muerte". "No puedo apoyar un sistema, que se ha mostrado tan lleno de errores en su administración y se ha acercado a la peor pesadilla, cuando el Estado da muerte a un inocente (...) Hasta que esté seguro de que cada condenado a muerte en Illinois es verdaderamente culpable, hasta que pueda estar seguro con una certeza moral de que ningún hombre o ninguna mujer inocente va a morir de una inyeccion letal, nadie va a conocer este destino". 150 personas están en los corredores de la muerte en Illinois Dirk Johnson. *Illinois, Citing Verdict Errors, Bars Executions* New York Times. 1.2.00, pág. A1, A16.

[69] Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510 (1968); Lockhart v. McCree, 476 U.S. 162 (1986).

más importantes[70]. El resultado es un jurado que probablemente simpatiza más con la acusación y, por eso, tendería más a emitir un veredicto de culpabilidad[71].

Aunque el TSEU ha proclamado que la recusación sin motivo de todos los miembros de minorías por parte del fiscal viola el principio de igualdad ante la ley[72] —en los casos en que el procesado era negro, era una práctica habitual de la acusación la recusación de entre los posibles candidatos a ser miembros de un jurado de todos aquéllos de origen afroamericano— el alto tribunal ha comenzado a aplicar esta doctrina también a la defensa[73]. A pesar de ello, esta práctica perniciosa persiste, y en muchos casos, después de la decisión *Batson v. Kentucky*, el fiscal ha podido justificar todas sus recusaciones de afroamericanos con base en "razones neutras en relación con la raza del jurado" (*race neutral*)[74].

El TSEU ha confirmado también la constitucionalidad de leyes que permiten a la acusación presentar pruebas que muestran el impacto del asesinato en la familia de la víctima o en la comunidad a la que pertenecía. La acusación utiliza tales pruebas para provocar una reacción pasional del jurado contra el procesado y empujarle a emitir un veredicto de muerte[75]. A pesar de que los fiscales piden y los jurados recomiendan la pena de muerte de una forma desproporcionada contra asesinos (negros y blancos) de víctimas blancas, el TSEU ha rechazado el argumento de que el método de administración de la pena capital viole el principio de igualdad ante la ley por esta razón[76].

Finalmente, tanto la legislación[77] como las decisiones del TSEU han limitado el derecho de los condenados a muerte a recurrir; en especial, han rechazado en numerosas ocasiones recursos de *habeas corpus* para impugnar la constitucionalidad de sus condenas[78]. El *writ of habeas corpus* es el único vehículo para impugnar sentencias firmes y ha sido usado para revocar muchas condenas injustas en el pasado.

## VII. PENAS DRACONIANAS Y COERCION PARA EL CASO DE RECONOCIMIENTO DE CULPABILIDAD

Además de la pena capital, hay disposiciones en muchos Estados y en el propio sistema federal que prevén la cadena perpetua por violaciones de las leyes antidroga y para reincidentes en delitos contra la propiedad. A pesar de haberse producido una notable caída en el índice de criminalidad en los últimos años[79], las famosas leyes de "*Three Strikes*"[80], que establecían draconianas penas privativas de libertad por violaciones de las leyes antidrogas[81] y otros delitos, además de represivas "pautas sentenciadoras" (*sentencing guidelines*) que limitan la posibilidad de utilizar la discrecionalidad del juez en la determinación de la sentencia[82], han tenido como consecuencia un importante aumento de la población carcelaria en los EE.UU., lo que la convierte probablemente en la más numerosa del mundo[83].

Pero la severidad de las penas no es solamente un síntoma de una cultura que se deshace de sus ciudadanos "menos perfectos" como de sus cuchillas de afeitar o de sus cámaras fotográficas desechables. Es también, en primer lugar, un triunfo de la fiscalía en las negociaciones de conformidades "a la norteamericana" (*plea bargaining*) para evitar un juicio oral con jurado. Un juicio con jurado se prolonga mucho en el tiempo, y es un procedimiento costoso que demanda un alto nivel de profesionalidad de letrados y fiscales y en donde la última resolución es siempre imprevisible. Se ha escrito mucho sobre la inutilidad del jurado a causa de su simpatía por el procesado, antipatía por la policía, desacuerdo con la ley, etc., en casos en que los elementos del delito estaban sin duda probados. Durante las negociaciones para que un acusado se acoja a una conformidad, la amenaza por parte del acusado de insistir en la celebración de un juicio con jurado es el argumento más efectivo en manos de la defensa para conseguir una oferta razonable por parte del fiscal, mientras que la amenaza de penas draconianas desempeña el mismo papel en las manos de la fiscalía para evitar la celebración del juicio con jurado. No es un secreto que los magistrados dictan sentencias con penas más graves si el procesado es condenado por veredicto de un jurado que cuando admite su culpabilidad en un *guilty plea*. Como resultado de este sistema, acusados inocentes y sospechosos que admitieron su culpabilidad bajo tortura o presión psicológica para

[70] Mientras que un 77% de norteamericanos son partidarios de la pena de muerte, la cifra desciende hasta el 44%, si existiera la alternativa de la cadena perpetua *The death penalty One in seven wasn't guilty*. Economist. 28 11.98, pág. 29.

[71] Bruce J. Winick. *Prosecutorial Peremptory Challenge Practices in Capital Cases: An Empirical Study and A Constitutinal Analysis*. 81 Mich. L. Rev. 1 (1982).

[72] Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986)

[73] Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992)

[74] Se dan aún casos en los que el fiscal usó sus 26 recusaciones no motivadas contra afroamericanos y los tribunales de apelación confirmaron la pena de muerte. Bright, *supra* nota 10, pág. 447-49.

[75] Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991)

[76] McCleskey v. Kemp, 481 U.S 279 (1987)

[77] 28 U.S C. § 2244.

[78] McCleskey v Zant, 499 U.S 467 (1991).

[79] En 1998 se produjo una caída de la criminalidad del 7% En la ciudad de Nueva York se cometieron 633 homicidios en 1998 frente a los 770 de 1997 Fox Butterfield. *Crime Fell 7 Percent in '98 Continuing a 7-Year Trend*. New York Times. 17.5 99, pág. A12. En 1992 se cometieron 2 245 homicidios, 1.946 en 1993, 1.561 en 1994, y 1.183 en 1995. Clifford Krauss *Rate for Reported Crimes, Including Murders, Continues to Drop in New York City*. New York Times. 2.10.96, pág. A13. El índice de homicidios es el más bajo de los últimos 30 años, con 18.209, que es un 7% más bajo que en 1996 y un 26% más que en 1993. El índice de 6,8 homicidios por cada 100.000 habitantes es el más bajo desde 1967 También, el índice de criminalidad violenta ha caído un 4% al nivel más bajo desde 1987. *Crime Drops in '97; Murders Are at 30-Year Low*. New York Times. 23.11.98, pag A16

[80] Fox Butterfield. *Tough Law on Sentences Criticized*. New York Times. 8.3.96, pág. A8.

[81] U.S. Sentencing Commission, Special Report to Congress: Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System 33-34 (1991).

[82] Albert A. Alschuler. *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation*. 58 U. Chi. L. Rev 901 (1991)

[83] *Vease supra* notas 3 y 5 El 41,2% de los presos son negros y el 41,3% blancos. La probabilidad de que se encarcele a un negro en los EE.UU es seis veces superior a la de los blancos Fox Butterfield. *Number of Inmates Reaches Record 1.8 Million*. New York Times. 15.3.99, pág. A12.

evitar un destino peor[84], en ocasiones renuncian a su derecho de ser juzgados por un jurado y dan su conformidad a una sentencia negociada para evitar una pena más severa.

Pero cuando una persona decide arriesgarse a ser juzgada por un jurado y, por tanto, a ser condenada a una severa pena en un caso en el que no cabe la pena de muerte, cuando el jurado se pronuncia por la culpabilidad del acusado suele desconocer el alcance real de la pena privativa de libertad. Por ejemplo, en un reportaje de televisión tuve la ocasión de ver una entrevista con un miembro de un jurado que había participado en un juicio en el que se condenó por tráfico de drogas a un joven de dieciocho años sin antecedentes penales. Cuando el periodista le preguntó cuantos años de condena pensaba que merecía cumplir el joven, respondió que "probablemente cinco años, pues era un delito grave". El hombre se quedó perplejo cuando el periodista le dijo que la sentencia era de cadena perpetua. El sistema funciona mejor, desde la perspectiva de la administración de justicia, si el jurado no conoce la severidad de las penas que pueden ser impuestas[85], porque en casi todos los países en los que se ha introducido el jurado y donde tenían un Código penal con penas muy severas, el jurado ha solido rechazar estas penas por considerarlas excesivas. Con la publicidad sobre, por ejemplo, las leyes de *Three Strikes*, los jurados han comenzado a preguntar a los magistrados si se trata de un caso de *Three Strikes*. La respuesta normalmente es que no es de su incumbencia[86].

Los legisladores han comenzado también a redefinir los elementos constitutivos de algún subtipo agravado, cuya apreciación se atribuye al magistrado-presidente y no al jurado. Así cuando la cantidad de droga poseída fuera de notoria importancia[87], caso en el que se autoriza al juez profesional a valorar libremente la prueba. Es lo que se hacía tradicionalmente en el supuesto de existencia de antecedentes penales[88]; pero el TSEU ha rechazado este modo de operar en relación con el uso de armas o la producción de lesiones graves[89].

## VIII. LA NO SIEMPRE EFICAZ AYUDA DEL LETRADO Y DEL DEFENSOR PUBLICO

En teoría, la Sexta Enmienda de la Constitución protege suficientemente el derecho a la asistencia de un letrado. Según la interpretación del TSEU, un acusado tiene el derecho de ser defendido por un letrado de su elección, o de tener un abogado de oficio si carece de medios económicos, cuando existe la mera posibilidad de una condena de privación de libertad[90].

En los EE.UU. hay tres sistemas diferentes para asegurar la asistencia de abogados de oficio a acusados pobres: los defensores públicos, los defensores de pobres por contrato y el nombramiento de abogados individuales de oficio[91]. En muchos Estados y Condados existen Oficinas del Defensor Público (*public defender*) que se encargan de la defensa. En California, por ejemplo, la administración de cada uno los Condados decide qué tipo de organización de la defensa de oficio es la más compatible con sus necesidades. En los grandes Condados metropolitanos, la oficina del defensor público es similar a un gran bufete de abogados que organiza la defensa de todos los acusados pobres. Normalmente, el jefe de la oficina es un funcionario municipal. Una excepción a esta regla es el Defensor Público de la Ciudad de San Francisco, que accede al cargo tras la celebración de elecciones. En el Condado de Alameda, California, donde he trabajado durante más de once años como defensor público, hay oficinas del defensor público en los tribunales municipales, sitas en las cinco ciudades más grandes, dos oficinas en los tribunales para menores, y una oficina en el Tribunal Superior en Oakland, donde se juzgan los delitos graves (*felonies*). En los procedimientos preliminares se produce una combinación de representación colectiva (por ejemplo, uno o dos abogados se encargan de la totalidad de las primeras comparecencias en casos de *felonies* y *misdemeanors* —faltas— en el tribunal municipal, otros —uno o dos— se encargan de las negociaciones de conformidades, y otros de la preparación de mociones o cuestiones previas), pero, si el acusado pide un juicio con jurado, se nombra un abogado particular para preparar y continuar con la defensa hasta el final. La representación en casos de delitos graves es, en cambio, vertical desde la apertura de procedimientos en el tribunal superior[92]. Existen, sin embargo, excepciones en casos de homicidio y, sobre todo, en casos en los que cabe la pena capital, en los que se ha nombrado un defensor desde el principio. Una oficina del defensor público puede representar a gran cantidad de acusados de una forma mucho más eficaz que abogados de oficio privados, nombrados *ad hoc* para cada caso. De esta forma, se da una acumulación de experiencia y pericia —como ocurre en la fiscalía— y hay también un grupo de investigadores que ayudan en la preparación de los casos.

---

[84] En la investigación de Bedau and Radelet, *véase supra* nota 67, se han encontrado por lo menos 16 casos en los que una persona inocente ha admitido su "culpabilidad" en el homicidio en vez de correr el riesgo de un juicio con jurado. Gross, *supra* nota 65, 89. *Vease*, también John H. Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, 46 U. Chi. L. Rev. 3 (1978).

[85] Es la regla en la gran mayoría de los casos penales, con la excepción de aquéllos en que cabe la pena de muerte. Shannon v. United States, 114 S Ct. 2419 (1994).

[86] People v. Nichols, 62 Cal.Rptr 2d 433 (Cal. App. 1997); State v. Taylor, 943 S.W.2d 675 (Mo.App. 1997); State v. Stevens, 949 S.W.2d 257 (Mo.App. 1997). Algunos magistrados se manifestaron en contra de esta práctica preponderante y han informado al jurado de los parámetros de las penas. United States v. Datcher, 630 F Supp. 411 (M.D.Tenn. 1993).

[87] McMillan v United States, 477 U.S. 79, 87-86 (1986

[88] Almendariz-Torres v. United States, 523 U.S. 224 (1998)

[89] Jones v. United States, 119 S.Ct. 1215 (1999).

[90] Argersinger v. Hamlin, 407 U S. 25 (1972)

[91] Robert L. Spangenberg & Marea L Beeman *Indigent Defense Systems in the United States*. 58 Law & Contemp. Probs 31, pág. 32.

[92] La oficina del defensor publico para Cook County, Illinois (Chicago) tiene un sistema de representación horizontal, divida en seis etapas. entrevista, primera comparecencia, problemas de prisión y libertad provisional, juicio oral y apelación, etc. Kim Taylor-Thompson. *Individual Actor v Institutional Player: Alternating Visions of the Public Defender*. 84 Geo. L. J. 2419, pág. 2425 (nota 28)

Por contra, en otros Condados de California, el ayuntamiento ha convocado concursos públicos para proveer la defensa de oficio, de forma que el abogado o grupo de abogados que hace la mejor puja, se constituye en una suerte de defensor público-privado. Un sistema como éste ha sido establecido en el condado de San Diego[93]. En Condados rurales, sin embargo, el tribunal nombra un abogado de oficio para cada caso, normalmente de un elenco de abogados que han expresado su voluntad de llevar la defensa en tales casos.

Los requisitos para ser abogado de oficio varían en función de las regiones. En unas existen reglas rigurosas en cuanto a la experiencia necesaria, dependiendo de la gravedad de la acusación. En otros, los magistrados nombran abogados muy poco cualificados en casos penales. Se ha llegado a nombrar abogados especialistas en Derecho Civil o Tributario para ejercer la defensa en casos en los que cabe la pena capital, aún cuando no hubieran actuado nunca en un juicio penal. Con frecuencia, los tribunales han nombrado abogados incompetentes, o partidarios de la pena de muerte, lo que ha redundado en la imposición de una condena injusta de muerte contra sus clientes[94].

Mientras que en California son los propios Condados quienes deciden la organización de la defensa de oficio, en Missouri la oficina del defensor es un cargo de rango estatal, pero con oficinas regionales[95].

El *Public Defender Service* del Distrito de Columbia (Washington, D.C.) constituye una excepción, en la medida en que se limita la cantidad de casos asignados a cada abogado y se ofrece una representación completamente vertical, como podría darse en un bufete *law firm* tradicional[96].

La calidad de la defensa es más importante en un sistema acusatorio como el de los EE.UU. que en un sistema de instrucción, donde el magistrado está obligado a buscar la verdad y es responsable de asegurar que se hayan investigado y presentado todas las pruebas inculpatorias y exculpatorias. Los magistrados presidentes no tienen en los EE.UU. tal papel, sino que, mientras ninguna de las partes viole las reglas del juego, son árbitros pasivos. Corresponde a las mismas partes investigar y preparar las pruebas para el juicio oral, donde la acusación casi siempre tiene ventaja porque puede aprovecharse de las fuerzas de la policía local y estatal (o en el sistema federal del FBI u otras agencias policiales), sus grupos operativos, laboratorios y peritos para investigar los hechos. Algunas de las sentencias que imponían penas capitales han sido recurridas con éxito sobre la base de que el abogado defensor había investigado de forma incompleta o simplemente no había investigado una coartada, una excusa o una justificación posible, o por no haber presentado pruebas atenuantes que hubieran podido salvar la vida de su cliente[97].

Una investigación independiente por parte de la defensa es doblemente importante, porque el fiscal a menudo no está obligado por la ley o la Constitución a revelar las pruebas de cargo. Aunque el TSEU ha proclamado que el fiscal está obligado a revelar pruebas exculpatorias o atenuantes de la pena[98], no tiene ninguna obligación de buscar pruebas exculpatorias[99]. Además, el TSEU entiende que si el fiscal se negó a revelar pruebas exculpatorias o atenuantes, ello no puede ser considerado como una violación del *due process* si el tribunal de apelación decide que la revelación y admisión de las pruebas en el juicio oral no hubiera tenido como resultado un veredicto diferente[100]. El resultado de esta decisión es que el fiscal suele hacer una evaluación previa sobre las posibilidades que existen de que el tribunal de apelación determine que la ocultación de pruebas hubiera podido afectar al veredicto del jurado en beneficio del procesado.

A menudo los fiscales ocultan información sobre los acuerdos alcanzados entre la policía o la fiscalía y sus testigos de cargo[101]. Estos acuerdos pueden incluir un archivo de los cargos pendientes contra un testigo, una promesa de no acusación contra éste, la oferta de una conformidad muy ventajosa para él, su admisión en el Programa para Protección de Testigos, y también una remuneración por cada traficante de drogas que pueda inculpar[102]. La información ocultada podría ser incluso el hecho de que un testigo sea un confidente policial[103], pues el testimonio de un confidente es peligroso en sí y los tribunales de segunda instancia pueden determinar qué errores no llevan aparejado daño para el procesado (*harmless error*), existiendo así un gran incentivo para el fiscal para reforzar la credibilidad de sus testigos de cargo, ocultando información o no revelando, por ejemplo, el perjurio de sus testigos cuando declaran falsamente en el juicio oral[104].

---

[93] En 1993 un condado en Georgia recortó el presupuesto para la defensa de los pobres y dio el contrato para la defensa de oficio a un letrado cuya oferta de 25.000 dólares por año era casi 20.000 dólares menos que la de los otros dos postores. Este llevó la defensa solamente en un juicio con jurado, y consiguió conformidades en los otros 213 procesos. *Too poor to be defended.* The Economist. 11.4.98, 21, pág. 22.

[94] Ken Armstrong & Steve Mills. *The Failure of the Death Penalty in Illinois: Inept defenses cloud verdicts.* Chicago Tribune. 11.15.99, at 1,8-9. Para una crítica profunda, *véase.* Stephen B. Bright. *Neither Equal nor Just: the Rationing and Denial of Legal Services to the Poor When Life and Liberty Are at Stake.* 1997 Ann. Surv. Am. L. 783 (1997).

[95] En unos 16 Estados hay una oficina del defensor público con autoridad sobre todas las oficinas municipales En otros 14 Estados la organización de la defensa depende de cada Condado. Spangenberg & Beeman, *supra* nota 91, pág. 37-40.

[96] Taylor-Thompson, *supra* nota 92, pág. 2427-28.

[97] El caso en el que se calificó a la defensa como "ayuda ineficaz del abogado defensor" se trataba de una queja sobre la falta de investigación y presentación de pruebas atenuantes en un juicio capital. Strickland v Washington, 466 U.S. 668 Pese a ello, aun cuando la ayuda del defensor sea obviamente inadecuada, los tribunales de apelación no deben revocar la condena, en el caso de que, aún con una defensa capaz o solvente, el jurado hubiera condenado al procesado e impuesto la pena capital. Para casos en que una condena de muerte fue revocada a causa de una ayuda ineficaz del defensor, *véase* Glenn v. Tate, 71 F.3d 1204 (6th Cir. 1995); Smith v. Stewart, 140 F 3d 1263 (9th Cir 1998).

[98] Brady v Maryland, 373 U.S 83 (1963)

[99] United States v. Valenzuela-Bernal, 458 U.S. 858, 863 (1982)

[100] United States v. Bagley, 473 U.S. 667 (1985)

[101] En United States v. Boyd, 55 F 3d 239 (7th Cir. 1995), por ejemplo, la policía permitió a los miembros de una banda criminal establecer relaciones sexuales con sus novias y usar drogas en la comisaría y no reveló que algunos de los testimonios eran falsos.

[102] United States v. Arnold, 117 F.3d 1308 (11th Cir. 1997).

[103] People v. Wright, 658 N.E.2d 1009 (N.Y. 1995).

[104] Desde 1963, al menos han sido revocadas en los EE.UU.

La calidad de la defensa ofrecida por las oficinas del defensor público depende por un lado, como en el caso de abogados privados de oficio, de la remuneración que perciben por sus servicios. Cuando yo trabajaba en la oficina del Condado de Alameda los defensores públicos consiguieron alcanzar el mismo nivel salarial que la fiscalía del mismo Condado; por contra, los defensores públicos en la ciudad de San Luis (Missouri) no la han alcanzado todavía. Aunque incluso en oficinas en las que la remuneración es insuficiente hay abogados idealistas que luchan con seriedad por defender a sus clientes, cuando el volumen de casos es demasiado grande tienen dificultades para ofrecer una buena defensa. En algunos Estados, particularmente en el Sur, las oficinas del defensor público, si existen, suelen tener muy poco personal, insuficientemente remunerado y con demasiado trabajo[105].

En cuanto a los abogados privados de oficio, a menudo son amigos del magistrado que los nombra o del fiscal, y no llevan a cabo más que una tibia defensa con el objeto de asegurar que "el sistema funciona"[106]. La remuneración por hora que perciben los abogados de oficio es normalmente muy baja[107]. Por ello no debe sorprender el hecho de que en los EE.UU. en muy raras ocasiones se haya condenado a muerte un hombre rico[108].

Por otro lado, en algunas oficinas del defensor hay equipos especializados que llevan la defensa en casos de pena de muerte como, por ejemplo, en Missouri. Hay otras oficinas que se especializan en los recursos de casación (*appeals*) o de *habeas corpus* en los casos en que se haya producido una condena a la pena de muerte. Tales oficinas dependen del capricho de la política criminal o presupuestaria. Por ejemplo, el *California Appellate Project* ayudó a los abogados de todo el Estado que actuaron ante los tribunales de apelación y el Tribunal Supremo del Estado en casos de penas capitales, pero perdió su financiación cuando el Congreso federal recortó su presupuesto[109], al promulgar la Ley Contra el Terrorismo y una Pena Capital Efectiva en 1992, con el objeto de acelerar las ejecuciones de los presos que se encontraban en los corredores de la muerte. Un Estado que quisiera conseguir dinero federal debía demostrar que los defensores que se encargaban de los recursos de apelación y *habeas corpus* estaban suficientemente cualificados y remunerados[110]. Así, el Tribunal Supremo de California financió recientemente el *Habeas Corpus Center* para una defensa más efectiva de los condenados a la pena de muerte y para tomar parte en el programa federal para acelerar las ejecuciones.

## IX. ESTADOS UNIDOS COMO VIOLADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

No debe ser una sorpresa que *Amnesty International* haya acusado a los EE.UU. de violar de forma masiva los derechos humanos en la administración de justicia, constituyendo, de esta forma, un caso único entre las democracias industrializadas. Esta ONG —de gran prestigio y solvencia internacional— ha afirmado en sus informes que "las violaciones de los derechos humanos en los Estados Unidos de América son constantes, muy extendidas y parecen afectar en forma desproporcionada a personas que son miembros de minorías raciales o étnicas"[111]. El

381 condenas por homicidio porque el ministerio fiscal ocultó pruebas de inocencia o presentó, a sabiendas, pruebas que eran falsas. Alan Berlow. *The Wrong Man*. The Atlantic Monthly. Nov 1999, 66, pág 74

[105] En Condados en los que se producen pocos homicidios y los presupuestos son limitados, los defensores públicos tienen a menudo experiencia y recursos limitados Por ejemplo, en el Condado de Montgomery en Illinois, el defensor público *David Grigsby* debía defender a *Tuhran Lear*, acusado del asesinato y robo del director de una estación de servicio en 1988. Se había graduado en la Facultad de Derecho solamente dos años antes y nunca había defendido en un caso de homicidio. Por otra parte, llevaba al mismo tiempo otros cien casos, para los que contaba con un solo investigador, y, además, el tribunal negó su solicitud para financiar un perito para investigar circunstancias atenuantes y así tratar de salvar la vida de su cliente. *Matthew A. Maloney*, el defensor público a tiempo parcial del condado de Bureau, también en Illinois, debería haber defendido a *Jeffrey Rissley* de la acusación del rapto y asesinato de una niña de seis años. Cuando el tribunal rechazó su solicitud de pagar a un investigador para el caso, decidió abandonar la defensa. Entonces el tribunal nombró a *John Hednch*, un abogado con especialidad en el área de testamentos e inmuebles. *Rissley* prestó su conformidad con las calificaciones del fiscal y fue condenado a muerte sin un juicio oral. Ken Armstrong & Steve Mills. *The Failure of the Death Penalty in Illinois: Inept defenses cloud verdicts*. Chicago Tribune 15.11 99, pág. 1,8-9. Cada defensor público en Louisville, Kentucky, por ejemplo, debe llevar la defensa en 750 casos cada año. *Too poor to be defended* The Economist. 11.4.98, pag. 21. Solamente una pequeña minoría de condados en EE.UU. tiene oficinas del defensor público que pueden ofrecer una representacion adecuada. Bright, *supra* nota 94, pág. 784.

[106] El abogado septuagenario tejano *Joe Frank Cannon* es el favorito de los magistrados, porque defiende en los casos de pena de muerte muy rápidamente, muy económicamente, casi sin preparación. Se han condenado a muerte a ocho de sus clientes, uno de los cuales ha sido ya ejecutado, y otro murio en la prisión mientras esperaba su ejecución. En un caso, que fue confirmado en la apelación, se durmió durante etapas importantes del juicio. Paul M. Barrett. *Lawyer's Fast Work On Death Cases Raises Doubts About System*. Wall Street Journal. 9 9 94, pág A1, A4 Sobre abogados durmiendo en casos de pena capital, *vease* Bruce Shapiro. "Sleeping Lawyer Syndrome". The Nation. 7 4.97, pag. 27-29. Con muchos ejemplos de "abogados durmientes" y sus clientes ya ejecutados, *véase* Bright, *supra* nota 94, pág 786 (nota 9)

[107] En Virginia, la remuneración a abogados de oficio privados, es de un maximo de 265 dólares para delitos graves (*felonies*) con una pena máxima de 20 años, y de 575 dólares si la pena máxima es superior a 20 años. En Alabama el pago por hora es de 20 dólares para preparar la defensa en un caso de pena capital, con un maximo de ¡1.000 dólares! Se pagan un máximo de 1.000 dolares en Mississippi en casos de pena capital, por el juicio oral y otras audiencias *Too poor to be defended*. The Economist. 11.4.98, pág. 21. En no pocos Condados la remuneración no alcanza el salario mínimo por hora. Bright, *supra* nota 94, pág. 787.

[108] Bright, *supra* nota 10, pág. 433.

[109] Lis Wiehl. *Program for Death-Row Appeals Facing its Own Demise*. New York Times. 11.8.95, pág. A13. En general, sobre la reducción del presupuesto para la defensa de oficio y, en consecuencia, el aumento en el volumen de trabajo (40% solamente entre 1982 y 1986), *véase* Taylor-Thompson, *supra* nota 92, pág. 2448-5.

[110] La Oficina para la defensa en la segunda instancia en Missouri carece de presupuesto para pagar a letrados particulares. Tan sólo dispone de entre 5 000 y 10.000 dólares por la defensa de un preso. Un abogado que llevó la defensa en un caso de pena de muerte tenia experiencia solamente en cuestiones de desahucio. El Estado de Missouri quiere entrar en el programa federal para acortar el tiempo de espera en los corredores de la muerte de diez a cinco años. Tim Bryant. *Officials Try to Shorten Time Between Sentence, Execution*. St. Louis Post-Dispatch 30.4 97, pág. 3A.

[111] *Amnesty International blasts U.S. for its death penalty, police brutality*. ST. Louis Post-Dispatch. 23 3.99, pág A6

Secretario de Asuntos Exteriores de Alemania, Joschka Fischer, ha anunciado recientemente que la Unión Europea va a presentar un proyecto de resolución contra la pena de muerte ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el que se condena a países no identificados, por "la ejecución de menores, de retrasados mentales, su realización antes de que hayan concluido todos los procedimientos pendientes, y por la concesión de extradiciones a países donde la pena de muerte está en vigor"[112]. No es un secreto qué país era el blanco de estas críticas. Por su parte, el TSEU ha interpretado la Octava Enmienda de la Constitución, que proscribe penas crueles e inhumanas, de forma que permita la ejecución de menores que tenían 16 o 17 años en el momento de la comisión del delito[113]. A su juicio, esta enmienda tampoco proscribe la ejecución de retrasados mentales que hayan cometido un asesinato[114].

El pésimo estado en que se encuentra la administración de justicia es una grave mancha para los EE.UU., sobre todo en una época de prosperidad económica (por lo menos en términos de PNB), de un mercado de valores alcista y de un índice de desempleo muy bajo. Pero como todo el mundo sabe, el "boom" económico también ha incrementado la desigualdad entre clases (y razas) en los EE.UU. Lamentablemente, las propuestas que se han realizado durante la campaña presidencial en cuanto a la utilización del superávit presupuestario se concentran solamente en las alternativas para salvar la liquidez del sistema de seguridad social o en cómo devolver el dinero a los contribuyentes, a través de una reducción de impuestos. Lo que necesitamos, a mi juicio, es un *Plan Marshall* para la "Otra América", la América que no paga impuestos, que está desempleada o subempleada, que tiene uno de los peores sistemas escolares del mundo, y que es un vivero para la criminalidad autodestructiva (la droga) y destructiva de otros (normalmente también habitantes de esta América).

Pero, mientras tanto, la administración de justicia se utiliza para eliminar o apartar a los hijos de la desigualdad norteamericana. La industria penitenciaria es, en sí, un sector económico creciente que contribuye a la euforia en la que se regodea el país en estos tiempos. Las clases económica y políticamente dominantes olvidan que los "criminales" son nuestros hijos, criados en nuestras familias (o en la falta de ellas), educados en nuestras escuelas. Pero se les trata como "extranjeros internos". En mi opinión, un gran país como los EE.UU. debe afrontar la resolución de estos problemas de una forma seria, justa y ordenada, pero ésta nunca puede consistir en apartar de la sociedad a "sus criminales", y menos con la brutalidad que caracteriza, especialmente a la pena de muerte.

[112] Elizabeth Olson. *Good Friends Join Enemies to Criticize U.S. on Rights.* New York Times. 28.2.99 (http//www.nytimes.com). La resolución, que fue aceptada finalmente por 30 países y rechazada por 11, incluidos los EE.UU. y China, proclama lo siguiente. "La abolición de la pena de muerte contribuye al aumento de la dignidad humana y al desarrollo progresista de los derechos humanos." Barry James. *EU Plans a Resolution at UN Against Capital Punishment.* International Herald Tribune. 29.9.99, pág. 5.

[113] Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988). Los únicos países que ejecutan a delincuentes menores de 18 años en el momento de la comisión del crimen son los EE.UU., Irán, Nigeria, Pakistán, Arabia Saudita y Yemen. Elizabeth Olson. *U.N. Report Criticizes U.S for 'Racist' Use of Death Penalty.* New York Times 7.4.98, pag. A15

[114] Penry v Lynaugh, 492 U S 301 (1989) (el hombre ejecutado tenía una edad mental de siete años). Se permite la ejecución de retrasados mentales en 28 de los 38 Estados en los que existe la pena de muerte. Elizabeth Olson. *U.N. Report Criticizes U.S. for 'Racist' Use of Death Penalty* New York Times. 7.4.98, pág. A15.

# Hacia la corte penal internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma

Patricia LAURENZO COPELLO

## I. EL CAMINO HACIA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En el año 1945, tras las evidencias encontradas por los aliados de las terribles y masivas agresiones a los derechos básicos de la personalidad cometidos durante la segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras acordaron la creación de una instancia judicial específicamente destinada a procesar y castigar aquellos crímenes. Surgió así el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, cuya actuación fue aprobada en diciembre de 1946 por la Asamblea General de las Naciones Unidas[1].

Desde entonces se sucedieron, bajo los auspicios de la ONU, numerosos proyectos dirigidos a dar forma a un Estatuto de Tribunal Penal Internacional de carácter permanente y a la tarea, aún más ambiciosa, de definir el alcance y contenido de los crímenes que debían constituir la competencia de tal órgano jurisdiccional. Sobre estas bases, la Comisión de Derecho Internacional llegó a aprobar en los años cincuenta un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, pero la falta de acuerdo entre los Estados respecto de ciertas materias especialmente sensibles –como, por ejemplo, la definición del crimen de agresión[2]– impidió que tales iniciativas pudieran consolidarse[3].

Tras estos primeros intentos, el interés por el desarrollo de una jurisdicción penal internacional decayó durante largos años y no volvió a presentarse con la misma fuerza hasta que a principios de la década de los noventa se tuvo noticia de dos sucesos gravemente atentatorios de los derechos humanos. Me refiero a los actos de limpieza étnica, genocidio y otros ataques masivos a los derechos básicos de la personalidad ocurridos primero en el territorio de la antigua Yugoslavia –en el año 1991– y poco después –en 1994– en Ruanda. La especial intensidad de estos crímenes dio lugar a la creación por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de sendos Tribunales *ad hoc* destinados a esclarecer los hechos y a castigar a sus responsables.

Pero más allá de estas soluciones concretas, tan dramáticos acontecimientos llevaron a la comunidad internacional a retomar, quizá con más seriedad que nunca, la antigua aspiración de perfilar una instancia jurisdiccional propia y de carácter permanente con el fin de juzgar y sancionar, en su caso, los atentados sistemáticos y masivos a los derechos humanos ocurridos no sólo con motivo de una confrontación bélica, sino también en supuestos de connivencia o dirección de los mismos desde los propios órganos del poder. Respecto a esta última cuestión, es conveniente recordar que por esas mismas fechas comenzaban a tomar forma diversas iniciativas tendentes a evitar la impunidad de los responsables de los actos indiscriminados de tortura, persecución política y desaparición de personas acaecidos en diversos países latinoamericanos con motivo de la ruptura de la normalidad democrática.

El resultado de este intenso y complejo proceso de concienciación internacional no se hizo esperar: el 17 de julio de 1998 una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas[4], reunida en Roma, aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional[5] que en este momento se encuentra a la espera de su ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por, al menos, 60 países para entrar en vigor (art. 126 Estatuto CPI)[6].

## II. RASGOS BASICOS DEL ESTATUTO DE ROMA

### 1. Naturaleza de sus normas y estructura de la Corte

El Estatuto de la Corte Penal Internacional se compone de un complejo entramado de normas de muy diverso carácter. Su propia naturaleza de Tra-

---

[1] Más detalles en Bautista Jiménez, *Los crímenes contra la humanidad: estado de la cuestión*, en Diego Díaz-Santos y otros, *Conflicto social y sistema penal*, Madrid, 1996, pags. 218 y ss.

[2] De hecho, las dificultades para llegar a un acuerdo en este punto subsisten hasta la actualidad. Por eso el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, Estatuto de Roma) no llega a definir el crimen de agresion, posponiendo la competencia de la Corte en este punto a una futura definición de tal conducta delictiva (art. 5). En términos genericos, el crimen de agresión se identifica con la idea –en si misma muy poco precisa– de planificacion o iniciación de una "guerra injusta". Véase al respecto, Gil Gil, *El genocidio y otros crimenes internacionales*, Valencia, 1999, págs. 75 y ss.

[3] Cfr. con mayores detalles sobre el proceso descrito en el texto, Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pags. 60 y ss.

[4] La Asamblea General de la ONU acordó la celebración de esta Conferencia diplomática mediante la Resolución 51/207 de 17 de diciembre de 1996.

[5] Con todo y aunque la Conferencia representó un exito de participacion –acudieron 160 Estados–, es de lamentar el voto en contra de algunos paises de gran importancia en el reparto del poder mundial, entre los que cabe destacar, por razones obvias, a los Estados Unidos de América y China, entre otros. Véase al respecto, críticamente, Gutiérrez Espada, *Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional*, en Carthaginensia XVI, 2000, págs 87 y s

[6] Si bien hasta el momento son muy pocos los Estados que han formalizado la adhesion, recientes informaciones periodisticas indican que al mes de mayo de 2000 más de cuarenta Estados –incluida España– han iniciado el correspondiente proceso interno en aquella línea y esperan completar los trámites en un periodo no superior a un año. Véase el diario *El País* de 24 de mayo de 2000.

tado internacional[7], así como las prescripciones relativas a la cooperación internacional y asistencia judicial, destinadas a garantizar el desarrollo adecuado de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia (arts. 86 y 87[8]), le conceden, sin duda, marcada trascendencia en el ámbito del Derecho internacional público.

Sin embargo, a ello se añaden una serie de normas de nítido contenido penal material, cuyo alcance no se limita a la descripción de los crímenes de competencia de la Corte, sino que se extiende a la determinación de los principios garantísticos delimitadores del ejercicio del poder punitivo de la Corte, así como a los presupuestos fundamentadores de la responsabilidad de los sujetos sometidos a su jurisdicción[9], sin olvidar, además, la relación de penas aplicables.

Este complejo cuadro de preceptos de diverso signo se completa con numerosas reglas de Derecho procesal penal, destinadas a dar forma al procedimiento de investigación, prueba y enjuiciamiento de los posibles justiciables[10].

El Estatuto sigue, pues, un modelo de fusión de las diversas perspectivas jurídicas implicadas en el funcionamiento de la Corte, de modo tal que en él se crea y estructura la Corte Penal Internacional, se determina su competencia, se definen los crímenes sobre los que ejercerá jurisdicción y los presupuestos de la responsabilidad criminal y se establecen las líneas básicas del procedimiento aplicable[11].

La Corte se compone de dieciocho magistrados que necesariamente han de ser nacionales de alguno de los Estados partes, sin que en ningún caso pueda haber más de un representante del mismo Estado (art. 36). Los magistrados se distribuyen en tres Secciones: las de Cuestiones Preliminares, Primera Instancia y Apelaciones (art. 34b). La investigación de los hechos y el ejercicio de la acción penal se atribuyen al fiscal (art. 42). Los aspectos administrativos, por último, quedan encomendados a la Secretaría (art. 43).

La estructura y modo de funcionamiento del Tribunal ponen de manifiesto la clara intención de preservar al máximo su independencia en la tarea de investigación y juicio de los crímenes de su competencia. Sin embargo, el artículo 16 del Estatuto prevé una excepción a esa línea general que, en la práctica, encierra un riesgo nada desdeñable de obstaculización de la actividad normal de la Corte. En efecto, el mencionado precepto obliga al Tribunal a suspender la investigación o enjuiciamiento de un hecho que se encuentre en curso si así se lo impone el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por un período de doce meses renovable en las mismas condiciones[12]. Si se tiene en cuenta la composición del Consejo de Seguridad y, sobre todo, la presencia en el mismo de algunos de los Estados que votaron en contra del Estatuto de Roma, no es difícil vislumbrar en esta medida aparentemente excepcional una clara amenaza de paralización de la actividad jurisdiccional independiente de aquel órgano cuando así interese a algún sector con especial protagonismo en el reparto del poder mundial.

Con todo, en términos generales ha de admitirse que la composición del Tribunal y las normas sobre instrucción y enjuiciamiento de los crímenes suponen un importante avance en la línea de consolidar una justicia internacional autónoma y de carácter permanente.

## 2. MARCO DE COMPETENCIAS

**a**. El Preámbulo del Estatuto de Roma expresamente declara que la Corte Penal Internacional será "complementaria de las jurisdicciones nacionales". En términos generales, esta complementariedad se concreta en la restricción de su competencia a aquellos casos en los que el Estado con jurisdicción para resolver el crimen correspondiente no pueda llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento o, en su caso, no quiera hacerlo (art. 17).

La Corte carece, pues, de competencia originaria incluso respecto de los crímenes recogidos en el propio Estatuto de Roma, adquiriéndola sólo de modo subsidiario cuando el Estado competente no cuenta con un sistema de administración de justicia adecuado para llevar a cabo el procesamiento o no está dispuesto a hacerlo. Esta última posibilidad se encuentra directamente relacionada con la naturaleza de los delitos comprendidos en el Estatuto, una de cuyas peculiaridades más significativas se asocia a la presencia de una política o plan de agresión masiva o sistemática contra la población civil que difícilmente puede comprenderse sin la connivencia o, al menos, la tolerancia de quienes ejercen el poder. Por ese motivo, el artículo 17 expresamente autoriza la intervención de la Corte cuando las iniciativas de naturaleza judicial tomadas por el Estado competente revelan el propósito de sustraer a los presuntos criminales de su responsabilidad, sea por la vía de fomentar demoras injustificadas en el proceso o por cualquier otro medio que resulte in-

[7] Véase Escobar Hernández, en García Arán/López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet)*, Valencia, 2000, pág. 231. Sobre las ventajas de la fórmula del tratado frente a otras alternativas de creacion de la Corte, en particular su posible constitución a través del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, cfr. Ambos, *Hacia el establecimiento de un Tribunal penal internacional permanente y un Código penal internacional*, en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", nº 6, Buenos Aires, 1997, págs. 856 y ss.; Gutiérrez España, *Luces y sombras...*, cit., págs. 90 y s.

[8] Salvo mención expresa en otro sentido, en adelante todos los artículos citados en el texto corresponderan al Estatuto de Roma.

[9] El Estatuto adopta así un "sistema de aplicación directa" del Derecho penal internacional, no supeditado a las normas penales internas de los Estados partes. Sobre esta y otras alternativas, cfr. Bassiouni, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1984, págs. 87 y ss.

[10] Sobre las particularidades del procedimiento y otros aspectos procesales cfr. Ambos, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs*, en ZStW, 1999.

[11] Todo ello sin perjuicio de remitir, para una regulacion más detallada, a las llamadas "reglas de procedimiento y prueba" (véase art. 51)

[12] El texto del artículo resulta confuso pues, si bien en principio parece imponer ese periodo como un maximo no superable (la orden de suspensión "no podrá exceder de doce meses", dice el precepto), a continuación permite renovar la orden sin determinar el número de ocasiones en que tal renovación puede tener lugar. Véase en este sentido, Gutiérrez Espada, *Luces y sombras...*, cit., pág. 98, quien, además, propone una interpretación restrictiva del artículo 16 tendente a evitar su uso abusivo e inmotivado por parte del Consejo de Seguridad.

compatible con la intención de hacer comparecer al sospechoso ante la justicia. En esa misma línea, el artículo 20 no extiende la garantía de la cosa juzgada a quien hubiera sido objeto de un proceso previo de carácter manifiestamente ficticio y realizado con el único propósito de sustraer al acusado de la competencia de la Corte.

Si bien estas previsiones apuntan de modo casi exclusivo a atajar los supuestos donde la justicia nacional actúa con parcialidad *favorable* al acusado –cuando trata de evitar su enjuiciamiento y castigo–, da la impresión de que al menos las prescripciones relativas a los límites de la cosa juzgada podrían extenderse también al caso contrario, es decir, aquél en el que la falta de imparcialidad de los órganos judiciales nacionales juega *en contra* del reo[13]. Ciertamente no será éste el caso más habitual. Pero esa posible función garantística de la Corte no debería despreciarse atendiendo a la carga política siempre implícita en los crímenes de su competencia. Piénsese, por ejemplo, en el bando vencedor de una guerra civil que intente arrogarse el derecho exclusivo de juzgar a los vencidos sin las garantías de un aparato judicial independiente.

En todo caso, ninguno de esos límites a la justicia nacional modifica el criterio básico de competencias establecido en el Estatuto. Éste sigue situado en la idea de subsidiariedad de la CPI. respecto de los correspondientes órganos judiciales internos. Sin embargo, parece claro que esa preferencia sólo podrá mantenerse si el Estado competente cuenta con la *legislación* adecuada para castigar el delito del que se trate. Carecería de sentido, en efecto, que un crimen previsto en el Estatuto de Roma –y reconocido, por tanto, como un grave atentado a los derechos humanos por la comunidad internacional– pudiese quedar impune por no encontrarse tipificado en la legislación penal interna del Estado implicado. En tal caso, esa laguna de punibilidad constituirá argumento suficiente para trasladar la capacidad de procesamiento a la Corte. El silencio del Estatuto de Roma en este punto no es obstáculo para mantener tal tesis, pues, en definitiva, se trata de un supuesto en el que el Estado *no puede* llevarlo a cabo el juicio (art. 17)[14] [15].

**b**. La actuación de la CPI. también encuentra fuertes restricciones en función de la materia que pude ser sometida a su jurisdicción. En este sentido, el artículo 5 del Estatuto limita la competencia de la Corte "a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"[16] y, en concreto, a los de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión[17].

Se opta, pues, por acotar la competencia de la Corte a un reducido número de conductas delictivas –seleccionadas entre los atentados más repugnantes a los derechos humanos– sin agotar todos los crímenes de trascendencia para la comunidad internacional[18]. Esta fragmentariedad en razón de la materia obliga una vez más a mantener la vista atenta al Derecho interno –inclusive de los Estados partes– con el fin de evitar que la falta de previsión de los crímenes internacionales no recogidos por el Estatuto de Roma pueda producir un pernicioso e injustificado efecto de impunidad[19].

**c**. Otra limitación de suma importancia desde el punto de vista del ámbito de competencias –derivada en buena medida de la forma de tratado elegida para constituir la Corte[20]– se vincula a los hechos que pueden ser sometidos a su jurisdicción. En este sentido la regla general consiste en restringir la competencia del Tribunal a los crímenes cometidos en el territorio o por un nacional de alguno de los Estados partes o, en su caso, de un Estado que, sin pertenecer al Estatuto, acepte de modo individualizado la intervención de la Corte para la investigación y juicio de unos hechos concretos[21].

---

[13] El artículo 20.3.b) no reconoce la cosa juzgada cuando el proceso ante otro tribunal "no hubiera sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional". También el artículo 17.2 c) prevé esa misma circunstancia para los casos en los que el Estado competente reclama el ejercicio de su jurisdicción antes del procesamiento por la Corte. Pero aquí se *añade* el requisito de que la sustanciación no imparcial del procedimiento se realice en circunstancias tales que lo hagan "incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia", de donde se infiere que sólo se esta pensando en los casos de procesos ficticios destinados a sustraer al autor, para favorecerlo, de la competencia de la justicia internacional.

[14] Así Escobar Hernández, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., pág. 247.

[15] Lo dicho en el texto pone de manifiesto la conveniencia de ajustar los Códigos penales de los Estados partes a las previsiones del Estatuto en materia de conductas punibles. En el caso de España, el Título XXIV del Libro II del Código penal contiene un buen número de estas figuras bajo el epígrafe genérico de "Delitos contra la Comunidad Internacional". Entre ellos, resultó novedosa la introducción en el año 1995 de la mayor parte de los crímenes de guerra. En cambio, se percibe una clara laguna al no estar contemplados de modo específico los "delitos contra la humanidad", cuestión esta que debería salvarse con una reforma interna de nuestra legislación en el momento de concretar la adhesión al Estatuto de Roma.

[16] El propio Estatuto –en su artículo 22.3– deja abierta la posibilidad de que otros comportamientos sean considerados crímenes de Derecho internacional más allá de sus previsiones.

[17] La aplicación de este último queda en suspenso hasta que se llegue a un acuerdo sobre su definición –así lo dispone el artículo 5.2.

[18] De todos modos, no hay acuerdo en la doctrina sobre el auténtico alcance de los delitos internacionales. Figuras tales como el narcotráfico o el terrorismo, por ejemplo, están en el límite de tal definición (aunque se encuentran entre los primeros candidatos a ser incorporados próximamente al Estatuto de Roma); y otros casos, como la piratería o el comercio de personas con fines sexuales, parecen inscribirse más bien en la categoría de los llamados "delitos transnacionales", esto es, aquéllos que afectando a bienes jurídicos de orden interno, requieren sin embargo de la cooperación internacional para su eficaz persecución y castigo. Cfr. al respecto, Gil Gil, *Derecho Penal Internacional*, cit., págs. 43 y ss.

[19] Un buen ejemplo se encuentra en los límites de la competencia de la Corte respecto de los "crímenes de guerra". Téngase en cuenta, en efecto, que el artículo 8 se refiere a ellos, "en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes". Si bien ha de admitirse con Gutiérrez Espada –*Luces y sombras...*, cit., pág. 111– que el término "en particular" no excluye totalmente la posibilidad de intervención de la Corte cuando el crimen de guerra no se produzca en el contexto de una política o plan generalizado, parece claro que la regla general es la contraria, de donde se sigue que los crímenes de guerra aislados y ajenos a un plan de intervención sistemática y masiva permanecerán dentro de la competencia exclusiva de los Estado correspondientes. De ahí la especial importancia de contar con una adecuada regulación de tales conductas en los ordenamientos jurídicos internos, incluidos los de aquellos países adheridos al Estatuto de Roma. Sobre esta limitación del Estatuto cfr., críticamente, Gil Gil, *Derecho Penal Internacional*, cit., págs. 40 y s.

[20] Véase en este sentido, Escobar Hernández, *Crimen internacional...*, cit., pag. 231.

[21] Véase al respecto el artículo 12 En el caso de aceptación

Excepcionalmente, sin embargo, cabe la posibilidad de intervención directa de la Corte, aun contra la voluntad del Estado implicado, si la iniciativa procede del Consejo de Seguridad actuando de acuerdo a las facultades que le concede el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales[22].

A primera vista, da la impresión de que sólo esta última vía directa permite garantizar hasta cierto punto el efectivo enjuiciamiento de aquellos crímenes que se cometan desde los propios órganos del Estado o con su connivencia o tolerancia –la gran mayoría de los previstos en el Estatuto–, pues en los demás casos la necesidad de contar con el consentimiento precisamente de quienes son responsables de tales hechos cerraría las puertas, desde el principio, a la actuación de la Corte. Sin embargo, esta conclusión inicial ha de relativizarse al menos por dos motivos. En primero lugar, porque conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1, todo Estado parte, por el solo hecho de adherirse al Tratado, acepta automáticamente la competencia del Tribunal para cualquier suceso futuro, reduciéndose así la posibilidad de un rechazo posterior *ad hoc*. Además, tampoco debemos perder de vista el carácter alternativo (y no acumulativo) de las condiciones que permiten la actuación de la Corte. En efecto, conforme al artículo 12.2, basta, *alternativamente*, con que sea parte en el Estatuto, bien el Estado del lugar de comisión *o* el de la nacionalidad del presunto autor de los hechos[23]. Siquiera sea de manera tímida, esta fórmula consigue evitar al menos que los Estados no dispuestos a admitir una auténtica justicia internacional conserven la capacidad de inmunizar de modo ilimitado y pleno a sus nacionales frente a la CPI. Y ello porque, al margen de la posibilidad ya indicada de romper esa inmunidad mediante la iniciativa directa del Consejo de Seguridad, los ciudadanos de un Estado no parte tampoco podrán escapar al enjuiciamiento de la Corte si cometen uno de los crímenes de su competencia en el territorio de un Estado adherido al Estatuto de Roma (piénsese, por ejemplo, en los crímenes de guerra acaecidos con motivo de una guerra de agresión).

Con todo, nada de lo dicho permite ocultar que esta subordinación general de la competencia del Tribunal a la voluntad de los Estados constituye uno de los auténticos puntos débiles del Estatuto de Roma, sólo susceptible de cierta relativización mediante la adhesión al mismo de un número realmente amplio de Estados –tanto en cantidad como en importancia estratégica–.

*ad hoc* por un Estado que no sea parte, se requiere una declaracion expresa de consentimiento depositada en poder del secretario de la CPI.

[22] Tal posibilidad surge claramente de la aplicacion coordinada de los artículos 12.2 y 13 b) del Estatuto.

[23] Llama la atención sobre esta posibilidad, pensando en particular en los Estados Unidos de America que con especial interés rechazaba la formula finalmente prevista en el artículo 12, Gutiérez Espada, *Luces y sombras* ..., cit., págs. 119 y s.

## III. LOS ASPECTOS DE DERECHO PENAL MATERIAL

### 1. Los principios garantistas

El Estatuto de Roma recoge una serie de garantías básicas para el justiciable que en buena medida reproducen los principios configuradores del *ius puniendi* característicos de cualquier Estado democrático.

**a**. Ante todo: el *principio de legalidad*.

El artículo 22.1 comienza proclamando que nadie puede ser condenado por la Corte por un hecho no contemplado como crimen en el Estatuto en el momento de su comisión. Esta formulación estricta de la llamada garantía criminal –el clásico *nullum crimen sine lege*– supone un paso adelante en la búsqueda de la auténtica seguridad jurídica dentro del Derecho penal internacional, pues, a diferencia de algunos precedentes de importancia, en esta ocasión se opta por restringir el catálogo de hechos punibles a los estrictos cauces del texto del tratado, sin admitirse otras fuentes de creación de delitos tales como la costumbre internacional o los principios generales del Derecho[24].

A ello se añade la expresa *prohibición de la analogía* e incluso de la interpretación extensiva en contra del reo, aspecto este último deducible del artículo 22.2, donde se impone la interpretación favorable a la persona enjuiciada cuando el texto legal resulte "ambiguo". Con todo, tienen razón quienes advierten sobre la difícil compatibilidad de tan estricta regla garantística con los criterios previstos en el propio Estatuto para definir algunas de las conductas punibles. Particularmente criticable resulta, en este sentido, la fórmula abierta utilizada por el artículo 7 para completar el catálogo de crímenes de lesa humanidad, a través de la cual tiene cabida aquí cualquier acto inhumano *de carácter similar* a las conductas en él descritas –véase artículo 7 k)[25].

Por otra parte, el artículo 24 proclama la absoluta *irretroactividad* del Estatuto y, con ello, la incompetencia de la Corte para juzgar los crímenes anteriores a su entrada en vigor. Esta regla no afecta al Derecho penal internacional material sino sólo a los límites temporales de actuación de la CPI, de donde se sigue, obviamente, que tal cláusula carece de cualquier posible efecto de impunidad respecto de

[24] Esta posibilidad quedaba abierta, por ejemplo, en la Declaracion Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y en el Pacto internacional de derechos civiles y politicos de 1966 Sobre la debilidad de las versiones del principio de legalidad en ellos contenidos, cfr. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, I*, 5ª ed , Madrid, 1998, pág 166 En general, sobre la evolución del principio de legalidad en el orden internacional y su relevancia en la actualidad, cfr. Gil Gil, *Derecho penal internacional*, cit , págs. 72 y ss En cualquier caso, muchas de las formulaciones laxas de esta garantía encuentran su explicación histórica en la falta de órganos judiciales internacionales de caracter permanente y, sobre todo, en la ausencia, hasta ahora, de un ordenamiento penal de tales características. Véase al respecto, Guariglia, *Algunas reflexiones sobre el proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional permanente*, en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", nº 6, Buenos Aires, 1997, pags. 904 y s

[25] En este sentido, con razon, Cuerda Riezu/Ruiz Colomé, *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, en "Libro homenaje al profesor Angel Torio Lopez", Granada, 2000, pág 128.

aquellas conductas subsumibles en el Estatuto pero ocurridas antes de su vigencia. En estos casos la solución habrá de buscarse por los cauces hasta ahora disponibles, incluida la posible aplicación del Derecho interno de un Estado distinto al de la nacionalidad del presunto infractor a través del principio de justicia universal[26]. Por lo demás, el artículo 24 soluciona el supuesto de modificación del propio Estatuto, previendo para tal caso la clásica aplicación retroactiva *in bonam partem,* aunque limitada a los cambios ocurridos antes de la sentencia definitiva[27].

El principio de legalidad se completa en el Estatuto con la garantía penal *–nulla poena sine lege–* prevista en el artículo 23. Conforme a este precepto, "quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto". Ciertamente, a la vista de la escasa determinación de las penas previstas en este cuerpo normativo, los efectos prácticos de tal garantía en buena medida han de relativizarse[28]. Sin embargo, su reconocimiento no deja de ser beneficioso siquiera sea por dos motivos: de un lado, porque impide a la Corte sobrepasar ciertos límites genéricos establecidos en el Estatuto[29] –en particular, el máximo de treinta años previsto para la reclusión temporal (art. 77)– y, de otro, cierra las puertas de modo definitivo a la posible aplicación por el Tribunal internacional de una sanción afortunadamente ausente del texto de Roma: la pena de muerte.

Con todo, ni el alcance real de esta garantía –limitada a los casos juzgados por la Corte en aplicación del Estatuto– ni el indiscutible valor testimonial implícito en la eliminación de la pena de muerte en un texto internacional consensuado por un buen número de naciones civilizadas, consiguen eliminar el riesgo de que alguno de los crímenes contenidos en el texto de Roma pueda sancionarse con tan inhumana e injusta pena. Y ello como perniciosa consecuencia del ya comentado principio de "complementariedad". En efecto, si apelando a su preferencia de competencias, un Estado donde esté prevista la pena de muerte decide ejercer su jurisdicción interna, nada podrá impedir que en uso de sus atribuciones aplique la pena capital a los culpables. De hecho, los Estados partidarios de tal sanción se ocuparon de eliminar cualquier duda al respecto impulsando con ese fin la inclusión de una cláusula específica donde se expresa que "nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional" –artículo 80[30]–.

**b.** Por otra parte, el artículo 20 proclama el principio *ne bis in idem* mediante el expreso reconocimiento de la santidad de la cosa juzgada, cuyos efectos no sólo impiden la actuación de la Corte por hechos ya sentenciados por ella misma o por otro tribunal[31], sino que se extienden, también, a otros órganos judiciales (incluso de carácter nacional) respecto de hechos ya resueltos por la CPI[32].

**c.** Desde la perspectiva procesal, pero directamente vinculado a los límites de ejercicio del *ius puniendi,* cabe destacar, por último, el expreso y amplio reconocimiento en el artículo 66 de la *presunción de inocencia*[33], en cuya virtud toda persona será considerada inocente hasta que el Fiscal –a quien se atribuye la carga de la prueba– demuestre su culpabilidad, convenciendo de ello al tribunal "más allá de toda duda razonable". En estrecha relación con esta garantía, el artículo 55.1 proclama, entre otros, los derechos de toda persona investigada por la Corte a no declarar contra sí misma ni a declararse culpable y a no ser privada de su libertad de forma arbitraria[34].

## 2. Los presupuestos de la responsabilidad criminal

La Parte III del Estatuto, bajo el epígrafe genérico "de los principios generales de Derecho penal", prevé –junto a la mayoría de las garantías arriba aludidas– los presupuestos materiales sobre que se asienta la responsabilidad penal por los crímenes en él contemplados. El texto de Roma presenta así un auténtico compendio de normas de la Parte General del Derecho penal (internacional), si bien éstas habrán de ser complementadas en el futuro por los llamados "elementos del crimen", cuya función será la de añadir mayores precisiones de cara a ayudar a la Corte a interpretar y aplicar las correspondientes figuras delictivas[35].

Como veremos, la opción por un sistema de aplicación directa del Derecho penal internacional –no supeditado al ordenamiento interno de ningún Estado, ni siquiera del directamente comprometido[36]–

[26] Ampliamente sobre esta posibilidad, García Arán/López Garrido (coords), *Crimen internacional y jurisdicción universal,* Valencia, 2000, *passim*

[27] En este ámbito, el Derecho español es mucho más amplio, permitiendo la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables incluso después de la sentencia firme y cuando el sujeto ya esta cumpliendo condena. No son pocas las legislaciones, sin embargo, que, en la línea del Estatuto de Roma, ponen el límite en el principio de inalterabilidad de la cosa juzgada –véase al respecto, Cerezo Mir, *Curso, I,* cit , pág. 186–.

[28] Téngase en cuenta que la reclusión temporal, por ejemplo, sólo se define en términos muy genéricos por la vía de establecer su límite máximo en 30 años –véase artículo 77 del Estatuto–.

[29] En opinión de algunos autores, esta clase de límites genéricos es el máximo al que se puede aspirar en el orden penal internacional. Cfr. al respecto, Ambos, *Hacia el establecimiento...,* cit., pág. 865

[30] Al respecto, véase Ambos, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs,* cit

[31] Salvo que se trate, como ya se adelantó, de juicios ficticios o carentes de imparcialidad –véanse los supuestos previstos en el nº 3 del artículo 20.

[32] En este sentido dispone el nº 2 del artículo 20: "Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto"

[33] Sobre el desarrollo de este principio en el Estatuto y sus posibles insuficiencias véanse, con mayores detalles, Cuerda Riezu/Ruiz Colome, *Observaciones..* , cit , págs 130 y ss.

[34] La detención arbitraria anterior a la declaración supone una sanción prematura incompatible con el principio de presunción de inocencia. Al respecto, Cuerda Riezu/Ruiz Colome, *Observaciones...,* cit., pág. 133

[35] El artículo 9 encomienda la aprobación del mencionado anexo legislativo a la Asamblea de los Estados partes

[36] Cuyas normas solo tendrán relevancia, si acaso, "en defecto" de previsiones específicas en el ordenamiento establecido por el propio Estatuto (incluidos los "elementos del crimen", las "reglas de procedimiento y prueba" y los principios y normas de Derecho internacional) Véase al respecto el artículo 21.

confiere a aquella Parte General ciertas peculiaridades no siempre fáciles de comprender desde una perspectiva rígida centrada sólo en uno de los modelos penales imperantes en el mundo. Es obvio que el esfuerzo por hacer compatibles, en un único texto penal, las pautas provenientes de los sistemas continental europeo y anglosajón requería en este sentido un alto grado de pragmatismo, capaz de prescindir de excesivas finuras dogmáticas para dar preferencia a las soluciones prácticas y fáciles de consensuar[37]. De ahí el necesario relativismo lógico-jurídico con el que ha de evaluarse el sistema de responsabilidad penal configurado en el Estatuto de Roma.

**a.** Como punto de partida, el Estatuto opta por limitar su aplicación a las "personas naturales", haciéndolas individualmente responsables por los crímenes en él contenidos –artículo 25–. No se contempla, en cambio, la punición de grupos o asociaciones en su carácter de órganos colectivos[38]. La competencia de la Corte tampoco se extiende al Estado que haya intervenido en la comisión de aquellos crímenes, pero el artículo 25.4 se ocupa de aclarar que la responsabilidad de éste es independiente de la punición de los autores individuales y se rige conforme a normas imperantes en el Derecho internacional público.

**b.** Por lo que se refiere al momento a partir del cual surge la responsabilidad delictiva, el principio general lo sitúa en la fase de la *tentativa*, expresado a través de la exigencia de que el autor haya dado "un paso importante" para la ejecución del delito. Superado ese momento, la conducta es punible aun cuando el hecho "no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad". Sin embargo, el comportamiento quedará impune si concurre un *desistimiento* válido, caracterizado en el Estatuto por dos requisitos acumulativos: desde el punto de vista objetivo es preciso que el crimen no se consume –bien sea porque el sujeto no sigue adelante con su ejecución o porque toma otras medidas para evitarlo–; subjetivamente hace falta, además, que el autor renuncie "íntegra y voluntariamente al propósito delictivo"[39].

La primera exigencia –vinculada a la efectiva evitación del hecho– resulta de especial importancia en el contexto de unos crímenes habitualmente cometidos en grupo. La redacción del precepto no parece dejar lugar a dudas en el sentido de mantener la punición de aquellos miembros del grupo que, aun renunciando de modo voluntario y definitivo a la realización de estos delitos, no consigan impedir su consumación por el resto[40]. Se trata de una solución adecuada a la naturaleza de los crímenes contenidos en el Estatuto, cuya extrema gravedad justifica que la renuncia a la pena –una vez iniciada la ejecución– se haga depender en todo caso de la auténtica evitación de los resultados lesivos.

Como regla general, no está prevista la punición de los actos preparatorios ni se castiga la participación si el crimen no ha llegado, al menos, a la fase de tentativa[41]. La única salvedad se relaciona con el delito de genocidio. En este caso, también es punible la instigación directa y pública a su comisión –artículo 25.3.e)–[42]. Afortunadamente, el Estatuto pone el límite en este acto de provocación, sin incurrir en el error de ampliar la punición de los comportamiento vinculados al genocidio hasta el punto de limitar en exceso las libertades de opinión y expresión, línea ésta a la que lamentablemente sucumbió nuestro legislador en la década de los noventa mediante la tipificación de la mera "difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos" de genocidio "o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen tales prácticas"[43].

**c.** La reglas relativas a la *autoría y participación* se presentan algo confusas, pero de ellas cabe inferir la punición de sus formas más habituales. Así, el artículo 25.3.a) recoge los supuestos de autoría única, coautoría y autoría mediata –cometer el crimen "por conducto de otro", dice el Estatuto–. Respecto de esta última, parece deducirse una configuración muy amplia, susceptible de incluir no sólo los supuestos del instrumento que actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad, sino también

[37] Ya en los años ochenta, con motivo de la elaboración de un Proyecto de Código penal internacional, advertía sobre la necesidad de adoptar este enfoque, Bassiouni, *Derecho penal internacional*, cit., págs. 90 y s.

[38] A pesar de los intentos de algunos países por incluir la responsabilidad de las personas jurídicas, finalmente no se aceptó esta alternativa por diversos motivos, entre los que cabe destacar el riesgo de que la imputación de los hechos al grupo o colectivo desviase la atención de los responsables individuales. Véase, con más información, Ambos, *Zur Rechtsgrundlage...*, cit. Sobre algunos precedentes favorables a la responsabilidad colectiva, véase Bassiouni, *Derecho penal internacional*, cit., págs. 220 y ss.

[39] Las normas sobre tentativa y desistimiento se encuentran en el artículo 25 3.f).

[40] La exigencia objetiva de que el delito no llegue a consumarse no está expresada de modo directo en el texto del tratado, pero se infiere de la siguiente redacción: "quien desista de la comisión del crimen *o impida de otra forma* que se consume". Parece claro que se está pensando aquí en las dos alternativas habituales del desistimiento, dependientes del grado de ejecución: si aún no se han realizado todos los actos ejecutivos necesarios para la producción del resultado bastará con dejar de actuar; si, por el contrario, ya se ha alcanzado la fase de tentativa acabada o el hecho depende de otros, hará falta que "de otra forma" el responsable consiga impedir la consumación. En mi opinión, una alternativa favorable a la impunidad del sujeto individualmente arrepentido, incluso en casos de imposibilidad de evitar la consumación, hubiera requerido una aclaración expresa en el texto del Estatuto al estilo de la contenida en el artículo 16 del Código penal español, cuyo nº 3 regula los casos de codelincuencia, considerando suficiente el *intento* serio, firme y decidido por evitar el resultado.

[41] Esta última conclusión se extrae de la regulación de las formas punibles de participación delictiva, contenidas en el artículo 25.3, b),c) y d) en todos estos supuestos se hacer referencia a la intervención en un hecho consumado o en grado de tentativa.

[42] La excepción se justifica porque el Estatuto traslada aquí un precepto contenido ya en la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948. Véase detenidamente al respecto, Gil Gil, *Derecho penal internacional*, cit., págs. 325 y ss.

[43] En otro lugar manifesté mi opinión claramente contraria a esta figura, por entender que se trata de la tipificación de una conducta éticamente reprobable, pero carente del mínimo contenido de peligro necesario para justificar la intervención penal –véase Laurenzo Copello, *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pags. 260 y ss. Sobre la regulación de la llamada "mentira de Auschwitz" en otras legislaciones europeas, vease el excelente estudio de Landa Gorostiza, *La intervencion penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, pags 143 y ss y 154 y s.

del que es penalmente responsable[44], caso éste que, como es sabido, plantea serias divergencias en la doctrina penal comparada[45].

En materia de participación, los diversos supuestos contemplados en las letras b), c) y d) del artículo 25.3 –sin duda innecesariamente casuístico– pueden reconducirse a las clásicas formas de inducción[46], complicidad y encubrimiento[47]. La letra d) recoge con aparente autonomía el confuso supuesto de quien contribuye de modo intencional y por cualquier medio, a "la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común". Todo parece indicar que se intentaba incluir aquí un supuesto de conspiración punible, finalidad que una vez más resultó truncada por la expresa exigencia de que el grupo comience al menos la fase ejecutiva del hecho. Este límite temporal impide su configuración como acto preparatorio y reduce seriamente las posibilidades de encontrar alguna especificidad en este supuesto respecto de las formas normales de complicidad[48].

Seguramente con el fin de evitar posibles lagunas de punibilidad, el Estatuto prevé de modo expreso la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos por las conductas criminales de sus subordinados. Así, el artículo 28 extiende la responsabilidad criminal tanto a los jefes militares –de profesión o de facto[49]– respecto de los hechos cometidos por sus tropas, como a los superiores civiles por las conductas antijurídicas realizadas por sus subordinados. En ambos casos, el fundamento de la punición se hace residir en la falta de ejercicio del deber de control sobre las personas a su cargo. De ahí que la omisión típica se concrete en la no adopción de "las medidas necesarias y razonables a su alcance", bien sea "para prevenir o reprimir" la comisión de los correspondientes crímenes o, en su caso, "para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento".

Más allá de estos elementos comunes, la responsabilidad de los jefes militares es mayor que la de sus pares civiles, pues, a diferencia de estos últimos, no es imprescindible que el superior militar hubiese tenido conocimiento –directo o por informaciones no atendidas[50]– de la conducta ilícita de sus subordinados, bastando con que "hubiera debido" saberlo. Se filtra así probablemente el único supuesto de responsabilidad *imprudente* por los crímenes de competencia de la Corte, circunstancia no totalmente comprensible en el contexto de un cuerpo legal que pretende circunscribirse a "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional" (art. 5.1). Si se tiene en cuenta que la gravedad de un hecho punible no sólo depende de los bienes jurídicos afectados sino igualmente del grado de implicación personal del sujeto en el suceso antijurídico, resulta difícil explicar la equiparación del que directa y dolosamente comete alguno de estos graves atentados a los derechos humanos con la conducta de quien, sin intervenir en ellos, no los impide por mera falta de cuidado en el ejercicio de sus deberes de control sobre la tropa[51].

**d.** Otro aspecto de suma importancia en lo relativo al alcance de la responsabilidad por los crímenes de competencia de la Corte se encuentra en la expresa declaración de *responsabilidad universal e igualitaria*, no sometida a restricción alguna derivada del cargo oficial que pudiese ocupar el presunto autor de los hechos, sea ésta Jefe de Estado o de gobierno, parlamentario o cualquier otro representante o funcionario público. El artículo 27 del Estatuto se ocupa de dejar absolutamente clara esta cuestión, quitando toda relevancia a las inmunidades o inviolabilidades de Derecho interno o internacional de cara al ejercicio de la jurisdicción de la CPI.[52]

Ciertamente, el alcance de esta radical renuncia al régimen de inmunidades sólo se extiende a la competencia de la Corte, sin afectar en nada a la

---

[44] El precepto se refiere a cometer el crimen "por conducto de otro, *sea éste o no penalmente responsable*". Aparentemente, esta precisión alcanzaría también al caso de la coautoría, dejando a salvo la responsabilidad de uno de los sujetos aunque el otro o los otros intervinientes fuesen declarados "no responsables". De todos modos, se trata de uno de los aspectos dogmáticos no aclarados por el Estatuto pero que sin duda deberán ser objeto de ulteriores precisiones a través de los "elementos del crimen" e, incluso, de la propia jurisprudencia emanada de la Corte

[45] Sobre esta cuestión véase, ampliamente, Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, págs. 133 y ss.

[46] El texto de la letra b) hace pensar que se contempla el acto preparatorio de la proposicion delictiva como supuesto distinto a la inducción. Sin embargo, al exigirse en todos los casos el comienzo de ejecución –es decir, la tentativa–, las diferencias desaparecen y ambos comportamientos pueden reconducirse al supuesto único de crear en otro, con eficacia, la voluntad de cometer el crimen.

[47] Atendiendo al necesario pragmatismo imperante en la regulación de la responsabilidad penal en el contexto internacional, no parecería acertado emitir aquí un reproche tecnico por el hecho de que el encubrimiento se contemple como forma de participación en lugar de incluirse en el catálogo de figuras delictivas. En el Derecho español este grado precisión técnica se alcanzó hace apenas cinco años con motivo del traslado de aquella figura a la Parte Especial del nuevo Código entre los delitos contra la Administración de Justicia.

[48] Así, con razón, Ambos, *Zur Rechtsgrundlage...*, cit.

[49] El artículo 28.1 se refiere a quien "actúe efectivamente como jefe militar" respecto de los crímenes cometidos por fuerzas bajo "su autoridad y control efectivo". Quedan incluidos de este modo los jefes de grupos paramilitares y, en general, de cualquier grupo armando organizado distinto de las fuerzas gubernamentales. Esta precisión resulta de especial importancia teniendo en cuenta que el artículo 8 incluye, entre los crímenes de guerra, aquellos cometidos en el contexto de conflictos armados "no internacionales", entendiendo por tales los "que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos" –artículo 8 2.f).

[50] En el caso del superior civil, El artículo 28.2.a) requiere que hubiese tenido conocimiento de los hechos o hubiese "hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes". Esa falta de atención a informaciones *claramente* indicativas de los hechos parecen señalar la presencia, al menos, de dolo eventual. De otra opinión, admitiendo la llamada "culpa consciente", Ambos, *Zur Rechtsgrundlage...*, cit.

[51] Quizás la falta de proporcionalidad no sería tan notable si el Estatuto previera matizaciones en los grados de responsabilidad criminal. Por el momento nada se observa en este sentido y todos los hechos parecen reconducirse a un mismo grado de reprochabilidad. Tal vez las futuras reglas de procedimiento y prueba mitiguen estos defectos, imponiendo restricciones en la punibilidad en funcion del alcance de implicacion real en los hechos. Por ahora, todo queda en manos de la discrecionalidad del Tribunal en el proceso de individualizacion de la pena.

[52] Sobre los obstáculos que, de todos modos, pueden derivarse del deber de entrega de los responsables por los Estados partes, cfr. Escobar Hernández, *Crimen internacional...*, cit., págs. 250 y ss.

legislación interna de los Estados partes. Puede darse el caso, en consecuencia, de un Estado parte que, a pesar de su intención de perseguir determinados crímenes previstos en el Estatuto, no pueda hacerlo por afectar a personas protegidas por el régimen interno de inmunidades o inviolabilidades. En tal supuesto, esa incapacidad hará inviable su apelación al principio de complementariedad y abrirá directamente las puertas a la intervención de la Corte[53], no sujeta, en virtud del artículo 27, a tales limitaciones[54].

**e.** En el *ámbito subjetivo*, el artículo 30 exige, como regla general, la presencia de "intencionalidad". Tal vez un lector apresurado podría caer en el error de inferir de aquí que los crímenes de competencia de la Corte requieren necesariamente dolo directo. Sin embargo, basta la lectura atenta de la totalidad del precepto para comprobar lo contrario: el nº 2 del mencionado artículo deja claro que aquella estricta exigencia volitiva únicamente se impone para la conducta típica (el sujeto ha de "proponerse incurrir en ella"), sin extenderse, en cambio, a sus consecuencias –esto es, al resultado típico–, respecto de las cuales basta con la sola *conciencia* de su producción conforme al "curso normal de los acontecimientos". Se trata, pues, de una amplia versión de la "intencionalidad" susceptible de abarcar no sólo al autor que obra con el fin de conseguir el resultado típico (dolo directo), sino también a aquél que, sin proponerse tal efecto lesivo, lo prevé como consecuencia segura (dolo de consecuencias necesarias) o posible de su acción (dolo eventual).

De modo complementario, el artículo 32 excluye la responsabilidad criminal cuando concurra un *error* de hecho o de derecho que haga desaparecer aquella "intencionalidad". El Estatuto da prioridad aquí a la concepción del error de raigambre anglosajona, limitando su relevancia jurídico-penal a los supuestos en los que la ignorancia o representación errónea se vinculan con algún elemento del tipo delictivo[55]. De este modo, se restringe de manera notable el papel del error de prohibición, cuya única posibilidad de influir sobre la responsabilidad delictiva parece limitada a los supuestos estructuralmente semejantes al error de tipo, esto es, a aquellos casos en los que la falta de conciencia de la ilicitud repercute de algún modo sobre la conciencia de realización del tipo. Conforme a nuestros criterios habituales, tal circunstancia sólo podría producirse, en su caso, cuando se incurre en un error de prohibición indirecto, particularmente si éste recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación[56].

**f.** La responsabilidad criminal descrita aquí en sus rasgos esenciales, no se extingue por el transcurso del tiempo. En este sentido el artículo 29 es terminante al disponer que "los crímenes de competencia de la Corte *no prescribirán*".

Por el juego del principio de complementariedad y con el fin de mantener la coherencia entre los ordenamientos internos de los Estados partes y las disposiciones del Estatuto, seguramente muchos países se verán obligados a modificar sus legislaciones internas en este ámbito. Así sucede con el Código penal español, cuyo artículo 131.4 sólo declara imprescriptible el delito de genocidio. Como mínimo, esa medida debería extenderse a algunos de los "delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado"[57] (arts. 608 a 614 CP) y, de incorporarse en el futuro un capítulo de delitos de lesa humanidad, obviamente también a ellos.

### 3. El régimen de circunstancias eximentes

En cuanto a las *eximentes de la responsabilidad criminal*, el Estatuto regula las de mayor relevancia, pero sin cerrar las puertas a otras causas extraídas por la Corte de los principios generales del Derecho o del ordenamiento interno del Estado con competencia originaria sobre los crímenes objeto de enjuiciamiento[58].

**a.** En el ámbito de la antijuridicidad, cabe iniciar el análisis por la *legítima defensa*, cuyas condiciones de admisión vienen establecidas en el artículo 31.1.c): los bienes susceptibles de defensa han de entenderse restringidos, en general, a la vida e integridad del propio autor o de un tercero y, sólo en el caso de crímenes de guerra, también a los bienes que resulten imprescindibles para la supervivencia del autor o de un tercero o para la realización de una misión militar. En cuanto a las condiciones para su ejercicio, se impone el clásico requisito de la agresión antijurídica e inminente y, en un sentido más estricto al habitual en no pocas legislaciones, el Estatuto exige, además, la proporcionalidad entre la respuesta defensiva y el grado de peligro amenazante[59].

En segundo lugar, el texto de Roma contempla la

---

[53] Propone esta interpretación que en nada afectaría al régimen de inmunidades de cada ordenamiento jurídico, Escobar Hernández, *Crimen internacional...*, cit., pág. 252.

[54] El problema de las inmunidades y, en particular, el reconocimiento constitucional de la inviolabilidad del Rey (art. 56.3 CE) no ha sido considerado un obstáculo por el Gobierno español de cara a ratificar el Estatuto de Roma. Tras diversas consultas, incluido un dictamen del Consejo de Estado, se ha impuesto la idea de que el Rey sólo es inviolable en razón de su cargo constitucionalmente delimitado, de donde se sigue que en caso de intervenir en alguno de los crímenes de competencia de la Corte estaría sobrepasando de modo absoluto los límites de su papel institucional y, con ello, ya no quedaría protegido por la inviolabilidad –véase la información del diario *El País* de 24 de mayo de 2000–. Por esta vía, se evita el preceptivo dictamen que, en caso de posible contrariedad entre el Tratado y la Constitución, debería requerirse al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 95 CE.

[55] Al respecto, Ambos, *Zur Rechtsgrundlage...*, cit.

[56] Véase en este sentido Ambos, *Zur Rechtsgrundlage...*, cit., quien pone el ejemplo del soldado que comete un crimen de guerra al creerse erróneamente agredido por un grupo de civiles. Sobre las diversas posturas respecto a los límites entre error de tipo y de prohibición cfr Mir Puig, *Derecho Penal, P.G.*, 5ª ed., 1998, págs. 565 y ss.

[57] Para mantener la coherencia con el Estatuto no sería precisa la extensión de la imprescriptibilidad a todas estas figuras, pues el Código penal español es, en algunos casos, más amplio que el texto internacional.

[58] Vease artículo 31 3 y su remisión al artículo 21 donde se concreta el derecho aplicable por la Corte.

[59] La doctrina española no es pacífica a la hora de precisar si el requisito de la "racionalidad del medio empleado" contenido en nuestra legislación implícitamente supone la exigencia de proporcionalidad. En contra de este punto de vista, con argumentos convincentes, Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, II, 6ª ed., Madrid, 1998, pags. 235 y s

eximente de *estado de necesidad* –artículo 31.1.d)–, aunque limitada a los casos de amenaza inminente para la vida o para algún aspecto esencial de la integridad corporal[60] del autor o de un tercero. En lo relativo a la ponderación de intereses, no parece imprescindible que, desde el punto de vista objetivo, el mal causado resulte igual o inferior al evitado, bastando, en apariencia, con que esa proporcionalidad concurra en la mente la autor. Así se infiere del texto legal en tanto exige únicamente que el sujeto "no tuviera la *intención* de causar un daño mayor al que se proponía evitar". Este traslado al ámbito subjetivo de una exigencia normalmente unida a las circunstancias fácticas del estado de necesidad alejaría la eximente del plano de lo injusto para acercarla, tal vez, a una fundamentación centrada en la ausencia de culpabilidad. Las referencias del texto legal a un estado de "coacción" provocado por la amenaza del mal apuntan en este mismo sentido, dando lugar a una configuración del estado de necesidad centrada en los impulsos subjetivos antes que en una ponderación racional y objetiva de los intereses en juego.

En otro orden de cosas, el artículo 33 contempla la polémica eximente de *obediencia debida*, si bien lo hace en términos mucho más restringidos de los que aparenta a primera vista[61]. En efecto, si bien los requisitos para la admisión de esta causa de exención de pena se corresponden, en principio, con sus rasgos habituales –orden no manifiestamente antijurídica, de obligado cumplimiento por imposición legal y desconocimiento de la ilicitud por el autor–, lo cierto es que el nº 2 del mencionado precepto introduce una presunción que, en los hechos, viene a limitar de modo drástico su ámbito de aplicación: "A los efectos del presente artículo –dice la disposición citada–, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas". Con esta breve precisión –que en última instancia explicita un dato casi obvio a la vista del contenido de los delitos de genocidio y de lesa humanidad[62]– queda descartada desde el principio la posibilidad de apelar a la obediencia debida en todos esos crímenes, pues en ellos faltará siempre, por expresa disposición legal, una de las condiciones para su reconocimiento. Así las cosas, en la práctica el artículo 33 reduce el campo de aplicación de esta eximente a los crímenes de guerra.

**b.** En materia de culpabilidad, cabe citar, ante todo, el artículo 26, donde se declara la incompetencia de la Corte para juzgar a quienes "fueren *menores de 18 años* en el momento de la presunta comisión del crimen". Como se ve, no se trata de una declaración de inimputabilidad de los menores de aquella edad, sino sólo de la falta de competencia de la Corte para procesarlos. Por esta vía se eludió la casi imposible tarea de consensuar un criterio de fondo en uno de los aspectos con mayor diversidad de soluciones en el Derecho comparado.

A mi modo de ver, sin embargo, esta solución salomónica constituye un serio riesgo para los menores desde el punto de vista garantístico y puede dar lugar, incluso, a graves desigualdades respecto de los adultos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de menores implicados en crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos en el territorio de un Estado donde se admita la pena de muerte. Si se tratase de un Estado que, además, permite juzgar a los menores como adultos, nos podríamos encontrar con el contrasentido de que sus jefes militares o civiles fueran juzgados por la Corte, beneficiándose así de la segura exclusión de la pena capital, mientras que el menor quedaría a merced de tan drástica e injusta penalidad[63].

Las causas de inimputabilidad en sentido estricto aparecen recogidas en los incisos a) y b) del artículo 31, relativos a *las alteraciones psíquicas* y a los *estados de intoxicación* como fuentes de incapacidad para comprender la ilicitud de la conducta o para controlar el comportamiento "a fin de no transgredir la ley"[64]. En lo relativo a la intoxicación, no hay referencia legal alguna a los posibles orígenes de tal estado, aunque es de imaginar que se está pensando en los efectos producidos por el consumo excesivo de alcohol y drogas. Sí se prevé, en cambio, la *actio liberae in causa* tanto dolosa como culposa[65]. Esta última alternativa parece derivarse del texto del artículo 31.1.b) cuando declara irrelevante

---

[60] El Estatuto se refiere al peligro de muerte o de lesiones corporales *graves*, de donde cabe inferir la limitación de este último caso a los riesgos capaces de afectar de modo sustancial la integridad corporal del amenazado por el mal.

[61] Sobre la discusión al respecto en la Conferencia de Roma, con las posturas encontradas de los países partidarios de seguir los precedentes del tribunal de Nürenberg y los de Yugoslavia y Ruanda –todos ellos contrarios al reconocimiento de la obediencia debida– y la posición encabezada por EE.UU., favorable a su amplia aceptación, véase Ambos, *Zur Rechtsgrundlage...*, cit.

[62] Por eso no comparto la opinión de Cuerda Riezu y Ruiz Colomé –*Observaciones...*, cit., pág. 132– en el sentido de interpretar esta disposición como una excepción al principio de presunción de inocencia. En mi opinión, la precisión legal sobre el alcance del concepto de manifiesta ilicitud de una orden no hace más que ofrecer una interpretación –auténtica– de un elemento de la eximente. En esa medida, no implica presunción alguna de culpabilidad. Distinto sería el caso si se hubiera dicho, por ejemplo, que en todo caso se presume el *conocimiento* de la ilicitud por el autor en esta clase de delitos. Pero no es eso lo que dice la ley. Y sencillamente porque basta con menos: aunque una "ceguera jurídica" llevara a alguien a creer erróneamente en la licitud de una orden para cometer tan atroces hechos, ese desconocimiento resultaría irrelevante en el ámbito jurídico-penal precisamente por la patente contrariedad del contenido de la orden con cualquier ordenamiento jurídico civilizado.

[63] Todo ello, obviamente, suponiendo que el Estado implicado acepte la competencia de la Corte para juzgar los crímenes aludidos. El problema es que, aun así, los menores sólo podrían ser juzgados por los tribunales internos, pues la Corte es incompetente conforme a la disposición citada. Con estas advertencias no pretendo poner en duda la conveniencia de marcar el límite de responsabilidad por los crímenes aquí analizados en los dieciocho años. Más bien todo lo contrario: el Estatuto debió ir más lejos y declarar la inimputabilidad de tales jóvenes. La ausencia de este criterio material, además de las dificultades prácticas enunciadas en el texto, responde a mi modo de ver a la escasa atención que en general se observa respecto a la posible función garantística de la Corte más allá de su papel represor y evitador de groseras impunidades. Da la impresión, en efecto, que el conjunto de las disposiciones están impregnadas de modo casi exclusivo del interés por evitar la impunidad de quienes participan en tan terribles crímenes (criterio, desde luego, plenamente aceptable), sin pensar, además, en el papel de garantía que para muchos presuntos autores de tales hechos puede implicar una jurisdicción internacional autónoma e imparcial.

[64] Se trata de una fórmula muy similar a la contenida en el Derecho español. Cfr., por todos, Bacigalupo, *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1997, págs. 324 y s.; Cerezo Mir, *Derecho Penal*, P.G., Madrid, 2000, págs. 52 y s.

[65] Sobre esta cuestión en nuestro Derecho, véanse, por todos, Cerezo Mir, *Derecho Penal*, cit., págs. 63 y ss.; Mir Puig, *Derecho Penal*, cit., págs. 604 y ss.

la eximente, no sólo si el sujeto se hubiera "intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada", sino también cuando hubiese hecho "caso omiso del riesgo de que ello ocurriere". Esta última alternativa implica un desprecio del riesgo compatible tanto con el dolo eventual como con la culpa[66].

El Estatuto no contempla las situaciones de imputabilidad disminuida, pero es de imaginar que tales precisiones –dirigidas en última instancia a graduar la pena– constituirán uno de los objetivos de las futuras "reglas de procedimiento y prueba". En todo caso, ha de tenerse en cuenta aquí la capacidad del fiscal, en aplicación del principio de oportunidad, de no ejercitar la acción penal si por razón de la "edad o enfermedad" del presunto autor considera que el proceso "no redundaría en interés de la justicia" (art. 53.2.c). Sobre esta base, la fiscalía podría optar por no llevar adelante la acusación cuando se encuentre ante un presunto autor afectado de alguna enfermedad psíquica relevante, aunque ésta no sea suficiente para descartar de modo absoluto su capacidad de motivación.

## 4. Rasgos esenciales de los crímenes de competencia de la Corte

Como se comprenderá, no es este el lugar oportuno para realizar un análisis particularizado de los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma[67]. En el contexto del panorama general que aquí se pretende ofrecer sobre los contenidos penales básicos de este cuerpo normativo, bastará con señalar, siquiera sea brevemente, las claves sobre las que se asienta la selección de conductas en él comprendidas.

El artículo 5 no deja lugar a dudas sobre el criterio esencial de aquella selección: éste se sitúa en la gravedad de los crímenes desde la perspectiva de su importancia para la comunidad internacional. Siguiendo ese lineamiento, las conductas de competencia de la CPI se estructuran en torno a cuatro clases de crímenes, en concreto, los de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión, aunque este último permanece en el terreno teórico a la espera de un acuerdo de los Estados partes sobre su definición.

Respecto al delito de genocidio, no es preciso buscar argumentos para justificar su presencia en el contexto de los hechos punibles especialmente repugnantes para la comunidad internacional, pues se trata, con toda seguridad, del supuesto que mayor consenso y aceptación despierta en este sentido[68].

En cambio, resulta conveniente detenerse algo más en los delitos de lesa humanidad[69] y de guerra recogidos en los artículos 7 y 8, sobre todo con el fin de desvelar las pautas determinantes de su especial gravedad. Dejando a un lado las particularidades de los crímenes de guerra –reconducibles en buena medida a los Convenios de Ginebra y a otras leyes y usos de la guerra[70]–, la esencia de las conductas tipificadas en aquellos preceptos se sustenta sobre dos pilares básicos. Por una parte, resulta evidente que se trata de atentados a bienes jurídicos fundamentales de las personas[71], conclusión nada difícil de inferir a la vista de la inclusión de conductas tales como las de asesinato, lesiones, tortura, traslado forzoso de personas, agresiones sexuales, sometimiento a prostitución forzada, etc. El elemento aglutinante de estos comportamientos en orden a concederles trascendencia internacional da cuenta, a su vez, del otro pilar sustentador de la gravedad de tales hechos: han de producirse como parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil –(art. 7)– o dentro de un plan o política de destrucción a gran escala en el contexto de un conflicto armado[72] (internacional o interno.)–(art. 8)–.

Este último elemento, dirigido a centrar la gravedad de los hechos en el carácter sistemático o planificado del ataque, no es irrelevante de cara a justificar un órgano judicial internacional. Porque la proliferación sin control de atentados masivos y predeterminados hacia una población sólo puede explicarse, por regla general, por la directa implicación o tolerancia del propio Estado o, en su caso, por la ausencia de una estructura estatal mínimamente organizada para evitarlos. Precisamente por ello resulta previsible que el Estado afectado "no pueda" o "no quiera" enjuiciarlos, haciendo imprescindible así la existencia de un órgano supraestatal para evitar la impunidad.

De modo complementario, el artículo 70 del Estatuto recoge una serie de delitos que atentan contra el funcionamiento eficaz, independiente e imparcial de la Corte, para los que se prevén sanciones de hasta cinco años de reclusión y/o multa. En términos generales, estas figuras se concretan en los siguientes comportamientos típicos: falso testimonio; presentación de pruebas falsas o destrucción o alteración de las verdaderas o interferencia en las diligencias dirigidas a obtenerlas; soborno o represalias contra testigos; soborno a los funcionarios de la Corte y solicitud o aceptación por éstos de tales

[66] Sobre mi opinión respecto a los límites entre dolo y culpa véase Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, págs. 270 y ss.

[67] Al respecto pueden consultarse, entre otros, Gil Gil, *El genocidio...*, cit., passim, Gutierrez España, *Luces y sombras...*, cit., págs. 108 y ss.

[68] Cfr. al respecto, Gutiérrez Espada, *Luces y sombras...*, cit., pág. 108, quien con razón se lamenta de que la Conferencia de Roma no haya sabido aprovechar esta práctica unanimidad internacional para establecer la competencia "automática" de la Corte respecto de tales hechos, admitiendo por esta vía una excepción respecto del principio general de complementariedad.

[69] Téngase en cuenta que el Estatuto de Roma presenta la importante novedad de desligar de modo claro los delitos de lesa humanidad de los crímenes de guerra, cuestión ésta que no se había conseguido en ocasiones precedentes. Sobre esta evolución, véase Bautista Jimenez, *Los crímenes contra la Humanidad...*, cit., págs. 223 y ss.

[70] Detenidamente al respecto, cfr. Gil Gil, *El genocidio.* , cit., en particular, págs. 98 y ss.

[71] En el caso de los crímenes de guerra, los ataques comprenden igualmente otra clase de bienes de trascendencia social, entre los que cabe destacar el supuesto de atentados intencionales causante de daños graves, intensos y duraderos al *medio ambiente* –artículo 8 2.b)iv)–.

[72] Críticamente respecto a esta limitación en los crímenes de guerra – artículo 8.1–, Gil Gil, *El genocidio...*, cit., pág. 103. Sobre otras posturas véase lo dicho en la nota nº 18.

dádivas e intimidación a los funcionarios de la Corte para impedir u obstruir el ejercicio de sus funciones.

En el contexto de unas figuras destinadas a garantizar el normal funcionamiento del Tribunal, dentro de las cuales se prevén hechos comisibles por sus propios funcionarios –por ejemplo, el cohecho pasivo–, sorprende la ausencia del delito de prevaricación.

## 5. **Penas aplicables**

Probablemente uno de los aspectos menos satisfactorios del Estatuto de Roma es el relativo a las sanciones. Si bien no todo es malo en este contexto –ha de saludarse, en particular, la no previsión de la pena de muerte–, ciertas insuficiencias son patentes. En particular, resulta criticable el escaso grado de determinación de las penas y su falta de vinculación a las diversas conductas punibles previstas en los artículos 6, 7 y 8. En lugar de este criterio –sin duda el más respetuoso con los principios de legalidad y de seguridad jurídica– el artículo 77 ofrece una relación genérica de "penas aplicables".

Conforme al mencionado precepto, todo delito de competencia de la Corte ha de castigarse obligatoriamente con una pena privativa de libertad, a la que se puede añadir, si el Tribunal lo considera necesario, una pena de multa[73] y el decomiso "del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente" del crimen"[74].

La privación de libertad se presenta en dos formas posibles: la reclusión de carácter temporal, definida a través de un intervalo sumamente laxo que abarca desde uno[75] hasta treinta años de encierro –artículo 77.1.a)–; y la reclusión perpetua, prevista para los casos de "extrema gravedad" y siempre que las "circunstancias personales del condenado" así lo aconsejen –artículo 77.1.b)–. Este criterio mixto, comprensivo de consideraciones objetivas y subjetivas, no parece reducir el campo de discreccionalidad judicial a los términos que serían deseables en atención al carácter extremadamente drástico de una condena a perpetuidad.

Tampoco se alcanzan mayores niveles de precisión a la hora de fijar los criterios generales para la individualización de la pena. En un sentido muy similar al arriba aludido –e igualmente indeterminado– el artículo 78.1 remite sin mayores precisiones a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. A ello ha de añadirse, como bien se ha señalado en la doctrina, el principio de proporcionalidad entre el crimen y la pena, exigencia ésta deducible de las normas relativas a la apelación de la sentencia condenatoria[76]. Por lo demás, tampoco debe despreciarse la expresa remisión que en estos aspectos efectúa el Estatuto a las "reglas de procedimiento y prueba", normativa complementaria que bien podría contribuir en un futuro próximo a reducir el excesivo grado de discrecionalidad judicial derivado de los preceptos estudiados.

Pero las críticas al sistema de penas no pueden limitarse a este indeseable contexto de indeterminación punitiva. También es imprescindible llamar la atención sobre las dificultades para fundamentar una pena de reclusión perpetua en un ámbito normativo destinado a reforzar la tutela de los derechos humanos. Es difícilmente compresible, en efecto, que una pena sólo justificable desde un punto de vista estrictamente retributivo pueda tener cabida en un cuerpo legal llamado a preservar la idea de dignidad de las personas y el respeto de los derechos básicos de la personalidad. Afortunadamente, esta previsión estatutaria no afecta al sistema interno de penas de los Estados partes –véase artículo 80–, de donde se sigue que éstos no están obligados a incluir tal sanción en sus ordenamientos legales ni siquiera respecto de los crímenes que también son competencia de la Corte. Así, en el caso de España[77], la futura ratificación del Estatuto de Roma no afectará, por ejemplo, a las penas previstas para el delito de genocidio, cuya sanción más grave se sitúa en los treinta años de prisión (art. 607.1.1º CP).

Mayor aceptación merece, en cambio, la previsión de un fondo fiduciario dirigido a reparar a las víctimas de estos crímenes, a cuyas arcas podrán destinarse, conforme al artículo 79, las sumas obtenidas en concepto de multa o decomiso.

Por último, el artículo 110 prevé la revisión de la pena una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena, en el caso de la reclusión temporal, o veinticinco años si se trata de cadena perpetua. En este proceso, el tribunal podrá reducir la pena si se observa un cambio sustancial en la actitud del condenado, cuyas claves se sitúan en su cooperación voluntaria y continuada con la Corte y en las acciones destinadas a facilitar la obtención de fondos para proceder a la reparación de las víctimas.

---

[73] No se contemplan cantidades ni criterios para la individualización de la pena de multa (cabría optar, por ejemplo, entre la multa proporcional o el sistema de días multa, criterio este último probablemente mas adecuado a la naturaleza no patrimonial de los comportamientos tipificados), remitiendose para tales precisiones a las futuras "reglas de procedimiento y prueba".

[74] El artículo 77.2.b), donde se regula el decomiso, deja a salvo los derechos de terceros de buena fe, previsión especialmente importante si se tiene en cuenta que también se declaran objeto del decomiso los bienes o efectos que provengan del crimen de forma indirecta.

[75] El Estatuto no menciona este límite mínimo de modo explícito, pero la referencia en el texto a "un número determinado de *años*" permite inferir que no se preven lapsos temporales inferiores a un año. Incluso cabría ir más lejos y descartar las fracciones en meses o días tambien cuando la pena supere el año de prisión.

[76] Véanse artículos 81 2 y artículo 83.3–. Apuntan esta posibilidad, con razón, Cuerda Riezu/Ruiz Colome, *Observaciones ...*, cit., pág 128.

[77] Sobre la exclusión de la prisión perpetua en España véanse, Mapelli Caffarena/Terradillos Bassoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1996, pags. 69 y ss.

dad, al cumplimentarse en el texto legal con escaso rigor las exigencias de taxatividad y predeterminación que deben primar en toda norma penal.

Como es de sobra conocido, después de la reforma penal de 1983 la jurisprudencia ha ido configurando el concepto agravatorio de la *notoria importancia* atendiendo, fundamentalmente, a las líneas que se marcaron en la Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de junio de 1984. De forma que se fue asentando el criterio de las doscientas dosis de droga, si bien en el caso de algunas sustancias estupefacientes no se atendió realmente a la pauta correspondiente a la dosis de consumo diario, sino más bien a la de la simple papelina, bolsita o envoltorio.

Las resoluciones que se han ido dictando al respecto, aunque establecen en las 200 dosis de las diferentes sustancias estupefacientes y psicotrópicas el punto delimitador del concepto normativo de la *notoria importancia*, no recogen, en cambio, cuáles son los fundamentos de ese límite fronterizo. De ahí que quepa cuestionarse en el momento presente, y a tenor del contexto en que viene aplicándose el nuevo Código, si los baremos con que se operan son los más proporcionados y acordes a la realidad social y a las magnitudes punitivas en vigor.

En esta tesitura, es importante hacer notar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha subrayado en numerosas resoluciones la relevancia del principio de proporcionalidad a la hora de interpretar la ley penal, principio que ha prevalecido en no pocas ocasiones al enfrentarse a algunas antinomias normativas y a preceptos ambiguos y equívocos del texto penal. Y así, son ejemplos paradigmáticos de la influencia y operatividad del criterio de la proporcionalidad las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo cuando debatió algunas de las complejas cuestiones hermenéuticas suscitadas por la deficiente redacción de las normas reguladoras del delito de lesiones del Código Penal anterior (pueden citarse al respecto las SSTS 10-X-1994, y 16-I y 11-II-1995, entre otras).

Más recientemente, el Tribunal de Casación, al replantearse una cuestión tan enquistada en la praxis jurisprudencial como la del concurso de los delitos de tráfico de drogas y contrabando, acudió al principio de proporcionalidad para solventar definitivamente el problema en favor de la tesis del concurso de normas, argumentando que *ese principio no solamente se dirige al legislador, sino también al intérprete de la Ley, dado que se deriva del valor justicia establecido en el art. 1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico y obliga, por tanto a todos los poderes públicos (art. 9.1 de la CE)* (STS 1-XII-1997 y otras posteriores que aplicaron la misma doctrina).

En ese mismo contexto el Tribunal Supremo afirmó que *es evidente, en una comparación sistemática, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados, no puede ser sancionado con una pena escasamente menor que la aplicable si se hubiera causado la muerte de una persona determinada, sólo porque la droga fue introducida desde el exterior sin lesionar ningún otro bien jurídico.*

Parece por tanto incuestionable que el principio de proporcionalidad debe cumplir y cumple *de facto* una trascendente función hermenéutica en la aplicación de las normas penales. Pues bien, partiendo de esa premisa, dentro del marco punitivo actual del delito contra la salud pública del tráfico de drogas, todo indica que el baremo establecido para configurar el elemento normativo de la *notoria importancia* no parece el más acorde con la proporcionalidad que ha de existir entre la conducta delictiva y la pena correspondiente.

En efecto, en el caso concreto de la cocaína, se ha situado el punto de inflexión entre el tipo básico y el agravado en la cifra de los 120 gramos, cantidad que da ya pie para aplicar una pena superior a los nueve años de prisión, ya sean 120 gramos o cincuenta kilos de cocaína los requisados el imputado, toda vez que para la aplicación del supuesto hiperagravado de las *conductas de extrema gravedad* (art. 370 del C. Penal) se ponderan también otros criterios complementarios al de la mera cantidad de la sustancia intervenida.

Una de las consecuencias más reveladoras y significativas que ha generado en la práctica la fijación de una cuantía tan reducida para el subtipo agravado de la *notoria importancia* ha sido que ha dejado casi sin aplicación la banda punitiva que va desde los cuatro a los nueve años de prisión. De manera que cuando la cantidad de cocaína intervenida es inferior a los 120 gramos se aplica una pena de tres o, a lo sumo, de cuatro años de prisión, al considerar los tribunales desproporcionada una pena superior. Y, en cambio, cuando se superan los 120 gramos, al operar ya con el subtipo agravado de la *notoria importancia*, se va irremediablemente a una pena mínima de nueve años de prisión.

Se está, así, ante la evidencia de que los márgenes asignados a la *notoria importancia* resultan desproporcionados por excesivos e inflexibles, visto el importante salto cuantitativo que se produce en el marco punitivo en cuanto se traspasa el límite opresivo de los 120 gramos de cocaína.

Ello obliga a llamar la atención sobre un aspecto importante: el hecho de que se eleve la cifra delimitadora del elemento normativo de la *notoria importancia* no quiere decir que se vaya a producir una reducción sustancial de la pena ni una desprotección del bien jurídico tutelado por la norma penal, sino que con tal incremento se obtendría más bien una mayor aquilatación y flexibilización de las magnitudes punitivas y una mayor adecuación al caso concreto. De forma que, por ejemplo, un imputado que transportara trescientos cincuenta gramos de cocaína podría ser castigado con una pena de siete años de prisión, pena que sin duda tiene una notable dureza con arreglo al régimen de cumplimiento punitivo actual, por lo que no podría hablarse de desactivación o lenidad de la respuesta penal y sí, en cambio, de una mayor proporcionalidad y razonabilidad, al posibilitar de ese modo la aplicación de todo el marco legal punitivo del tipo básico, que

# APUNTES*

**• Donde hay confianza...**

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, a finales del pasado año, dictó una sentencia en materia de nombramientos judiciales que, a pesar del tiempo transcurrido, no debe pasar sin comentario. El retraso en hacerlo podría justificarse con la dificultad de lectura del documento: baste decir que el tercero de los fundamentos jurídicos tiene 40 líneas y algo así como medio millar de vocablos sin un punto seguido en que pararse para tomar aliento. Pero no, la demora obedece a la mera mecánica de administración del trabajo y del tiempo en la gestión de una revista de cadencia cuatrimestral.

La decisión resuelve el recurso promovido contra el acuerdo del pleno del Consejo General del Poder Judicial decidiendo el concurso para cubrir la plaza de presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Acuerdo cuestionado, esencialmente, por la total falta de motivación, que impide conocer el criterio seguido en la valoración de méritos de los solicitantes.

Pues bien, la Sala Tercera no ve problema en ese modo de operar, por varias razones. Una es que, respetados los elementos reglados, se entra en el campo de la discrecionalidad técnica, allí donde "todo el monte es orégano", pues rige el criterio de libre designación. Otra, que el ejercicio de esa potestad irrestricta sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza. Y, la última, que el modo de operar de un órgano colegiado que decide mediante el voto tiene difícil lo de exteriorizar la razón de hacerlo en cada caso. Aunque, con todo, concluye el alto tribunal: el acuerdo fue realmente motivado, puesto que la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional constituye el verdadero fundamento del mismo.

La sentencia se resuelve de manera ostensible en un curioso ejercicio circular de habilidades aporéticas: cuando no es posible salir de la contradicción nada como levantarle un monumento, mejor si de papel de oficio. Y así tenía que ser, pues ¿cómo si no romper *motivadamente* una lanza en favor de la legitimidad de las decisiones inmotivadas en cuestión tan sensible como la designación para puestos de carácter jurisdiccional?

Magnífico hallazgo el del principio de confianza, cuando se trata de proveer un cargo que no conlleva nada político que administrar ni existe potestad alguna susceptible de ser ejercida por delegación, sino ejercicio de la jurisdicción puro y simple.

Sublime que un acto de arbitrio, lejos de resultar cuestionable en su legitimidad, consiga casar el *ser* y el *deber ser* en una desnuda expresión de poder que es, a la vez, ella misma y su propia *ratio decidendi*.

Hay resoluciones judiciales que darían para un seminario e incluso para un congreso. Esta, por la cuasi-teológica profundidad de sus implicaciones, reclama más bien un concilio.

**• A vueltas con la 'notoria importancia'**

Están a punto de cumplirse cinco años desde la fecha de la publicación del nuevo texto punitivo, circunstancia temporal que permite apreciar ya con cierta perspectiva cuáles han sido los efectos reales de la aplicación de algunos de sus preceptos.

Como es sabido, cuando se aprobó el Código de 1995 se debatió por los diferentes grupos parlamentarios cuáles iban a ser las consecuencias derivadas del nuevo texto en orden al castigo de las conductas con mayor relevancia social y que más afectan al ciudadano, sin que existiera una opinión unánime al respecto. Pues bien, la experiencia jurisdiccional ha constatado que la aplicación de los delitos relacionados con el tráfico de drogas ha supuesto en la práctica una acentuación muy severa de la punición de las diferentes conductas, especialmente en el tráfico de las llamadas *drogas duras* en cantidades que no superan los quinientos gramos.

A este respecto, se ha comprobado que al incremento de más de un tercio del cumplimiento real de la pena (debido a la exclusión de los principales beneficios penitenciarios) se ha sumado el aumento de las cuantías punitivas previstas en los arts. 368 y siguientes del C. Penal.

No cabe duda alguna de que es el legislador quien tiene la competencia para determinar cuáles han de ser las conductas castigadas con una pena y también cuál ha de ser la magnitud de ésta. Sin embargo, y a tenor de los trabajos parlamentarios realizados sobre la materia y de las dudas y cuestiones que se plantearon los diferentes grupos políticos, no parece ser que tuvieran específicamente en consideración el doble efecto que iba a suponer el aumento nominal y real de la pena, ni tampoco la especial repercusión que tal efecto sinérgico tendría para un sector muy concreto que, en el ámbito criminológico, se conoce como los *correos de la droga*.

Por consiguiente, no se trata de sustituir el criterio del legislador, soberano a la hora de tipificar las conductas y las consecuencias punitivas, sino de ponderar si se está aplicando de acuerdo con el contexto social y criminológico actual un elemento normativo del tipo penal, cual es el de la *notoria importancia*, cuya fijación cuantitativa corresponde a los órganos jurisdiccionales, y especialmente al Tribunal de Casación. Ese elemento normativo se muestra, por lo demás, excesivamente ambiguo e indeterminado, hasta el punto de que su inconcreción linda con la vulneración del principio de legali-

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro.

cicio de la acción disciplinaria contra la titular del Juzgado de primera instancia e instrucción nº 5 de esta ciudad. La razón de hacerlo: que en algo así como media docena de asuntos aquélla había dictado resoluciones —todas ellas motivadas y, desde luego, recurribles— con las que no estaba de acuerdo. Y, puesto a buscarle encaje a tales actuaciones en alguna previsión sancionadora, no halló mejor acomodo que el del artículo 417 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este, entre las conductas merecedoras del calificativo de "faltas muy graves", contempla, bajo el número 9, "la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales". ¡Ahí es nada!

La Comisión disciplinaria, como cabía esperar, no ha encontrado materia para seguir al fiscal de Albacete en su imaginativa propuesta. Y ¡menos mal! porque de aceptarse ésta, el artículo 417,9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial tendría que ser objeto de aplicación por cada resolución discrepante de la acusación y, con mayor motivo, por cada sentencia revocada. Además, con inevitable efecto *boomerang,* debería establecerse un modo de respuesta equivalente aplicable a las actuaciones del ministerio público, en el supuesto de que, por ejemplo, sus peticiones de condena no fueran estimadas. Y, una vez ganados por tal erótica perversa de lo disciplinario —¿por qué no?—, algo tendría que pensarse para el caso —un suponer— de que un fiscal cayera en la torpe tentación de convertir lo jurisdiccional en disciplinario con patente falta de fundamento y poco aprecio al principio de legalidad.

## • 'Hábito externo'

Cuentan de un ya histórico magistrado, que llegó a alcanzar el más alto grado en la jerarquía judicial de la época, experimentado presidente de tribunales de oposiciones, que cada vez que un *aspirante* subía al estrado, antes aún de que, hubiera podido llevarse a cabo el sorteo de los temas, *procedía* a examinarlo en su "hábito externo". Aseguran que ese (pre)juicio jugaba un papel nada anecdótico en el *juicio final* del jerarca togado con frustrada (aunque no totalmente) vocación pantocrática.

Una banal cuestión de "hábito externo", suscitada por uno de los tribunales que gestionan el examen de ingreso a la judicatura, todavía en curso, da motivos para pensar que el espíritu del histórico magistrado, seguramente movido por la nostalgia, hubiera decidido hacerse presente en una de las salas del palacio de la Plaza de la Villa de París, un día de febrero de este año 2000.

Eran las 16,45 y tocaba el turno de intervención a un joven que acudió vestido "con jersey (sin corbata) y pantalones vaqueros", según se lee en el acta del tribunal. Se hizo un espeso silencio y uno de los miembros de aquél abandonó discretamente su puesto (diríase que para *evacuar consulta*). Al cabo de unos minutos, se comunicó al opositor que, por su indumentaria, no iba a ser examinado, al tiempo que se le daba la oportunidad de hacerlo siempre que vistiera la chaqueta y corbata que podría pedir en préstamo a alguno de los que esperaban. (Obsérvese que en el ofrecimiento había una forma implícita de *normalizar* los *blue jeans*: todo un avance, seguramente no del gusto de la sombra togada que presidía discretamente la escena.)

El joven reo de informalidad en el vestir fue invitado a dejar la sala. Lo hizo, no sin antes discurrir con inobjetable corrección sobre un asunto de alto contenido jurídico: un uso social no tiene rango de ley. Y si, como era el caso, resultaba magnificado en su cuestionable valor normativo, se convertía en fuente de injustificable discriminación. Y, además, de inseguridad jurídica, pues se daba la circunstancia de que el afectado —según dijo— ya había comparecido en otra convocatoria vestido de ese modo, sin haber sido cuestionado por ello.

Con todo, no acababan ahí las implicaciones teóricas del curioso *affaire,* ya que el tribunal, como luego explicaría, obró en cumplimiento del acuerdo, adoptado con los demás tribunales examinadores, consistente en estimar "conveniente que por parte de los señores opositores cuidaran su forma de vestir [*sic*]". Lo que, bien interpretado, significa delegar en los propios interesados la correspondiente decisión, en términos de notable amplitud. Tanta que daba, sin duda, razonable cobertura a la opción del censurado, del que, en efecto, nadie podría decir que hubiera descuidado su *mise en scène.*

El incidente derivó en recurso, al fin estimado por el Consejo General del Poder Judicial, si bien con apoyo en un argumento de tono menor: el de la distinta calidad de eficacia vinculante de lo "conveniente" y lo "debido". Este modo de razonar y la advertencia de que el órgano de gobierno participa del "rechazo que la actitud del opositor suscita" es un buen motivo para pensar que la añeja sombra togada, por mor del gusto al paseo, había decidido extender el radio de acción de su fantasmal influencia a la sede de Marqués de la Ensenada.

ahora resulta prácticamente inutilizado por los motivos expuestos.

De otra parte, y desde una perspectiva estrictamente criminológica, la ampliación de los márgenes cuantitativos de la notoria importancia permitiría subsumir en el tipo básico, aunque fuera en la banda superior de la pena, a los conocidos coloquialmente en la jerga forense como *boleros.* Es decir, los sujetos que, arriesgando su vida muy probablemente por razones personales de urgente necesidad de difícil acreditación procesal, transportan en su aparato digestivo cuerpos esféricos o cilíndricos con cocaína en su interior, casi siempre en cantidades que no suelen sobrepasar el medio kilo de cocaína pura.

Por último, y aunque no sea pertinente adentrarse en el análisis comparativo de las cuantías punitivas previstas para los distintos delitos penales, ya que es al legislador a quien corresponde describir las conductas penales y ponderar su gravedad, sí conviene no obstante apuntar que el sujeto que transporta las dosis de cocaína no obliga al consumidor a ingerirlas por la fuerza, ni se las entrega fraudulentamente, sino que es éste el que se autolesiona en su salud al administrarse la sustancia por propia iniciativa, circunstancia que, a pesar de su obviedad, no siempre se tiene en consideración cuando se piensa en la salud como bien jurídico tutelado en el tipo delictivo del art. 368 del C. Penal.

## • La cruzada de María

Después del brillante descubrimiento sociológico del alcalde de Madrid sobre la prevalencia de la violencia intradoméstica en las uniones libres, podía esperarse cualquier cosa. La *ley de Murphy* sobre la infinita posibilidad de empeoramiento de una situación ya mala se veía confirmada una vez más.

Teodoro Adorno definió cáusticamente la prostitución como la imagen de lo que la envidia y la ignorancia creen que es el vicio.

No es de extrañar, pues, que, ante la proliferación de prostitutas ofreciendo sus servicios en la Casa de Campo, muchas personas presuntamente adultas sintieran profunda inquietud por sus más tiernos retoños, amén del desasosiego que les producían las preguntas infantiles, llenas de ingenua curiosidad, que no de escándalo: el escándalo es producto de la malicia del adulto.

Menos mal que, dispuesta a acabar con sus cuitas, María Tardón se apresuró a buscar una forma expeditiva de acabar con ellas (con las prostitutas, y, de rebote, con las cuitas), o, al menos de conseguir que su presencia fuese menos "*ostentórea*", por usar el hallazgo lingüístico de otro munícipe bien conocido.

No se trataba de atacar las raíces sociales y económicas que impulsan a tantas personas a comerciar con su cuerpo ni de acabar con la explotación de que son víctimas la mayoría de ellas. ¡Hasta aquí podríamos llegar!: eso sería subversivo. Demostrando el pernicioso efecto que, a la larga, puede producir el tradicional sistema de oposiciones sobre las machacadas meninges del primero opositor y luego juez, comenzó a rebuscar en el Código Penal y —¡ale, hoop!— topó con el artículo salvador, el 185, que castiga el exhibicionismo obsceno ante menores de edad o incapaces, y lo blandió como espada flamígera, dispuesta a expulsar del nada paradisíaco lugar a la bandada de malas pécoras, o, al menos, a concentrarlas en reservas menos visibles. Ya que no se puede acabar con la lacra social, se la oculta pudorosamente.

Pueden desgañitarse los penalistas más avanzados, gritando que el Derecho Penal es el último recurso ("*ultima ratio*": en latín queda más intelectual) cuando han fallado todos los demás. Cuando surge un problema social, lo primero que viene a la mente (y, en esto, se diferencian poco izquierda y derecha) es acudir a la amenaza de una pena. Es relativamente barata, cunde mucho de cara al electorado conservador y, sobre todo, mantiene encubiertas las causas socioeconómicas del conflicto, sin poner en cuestión "el sistema".

En materia sexual, ya se sabe, esto de la ocultación y los velos siempre ha tenido adeptos. Carandell recogió, hace ya muchos años, en su museíllo celtibérico, un ejemplo terrible. En una publicación periódica "como Dios manda", sobre la fotografía del cuerpecito desnudo de un famélico niño africano, había sobrepuesto un papelín que tapaba las vergüenzas del infeliz, ¡no fuera a provocar la lasciva de los píos lectores su exhibición!

Poco duró, sin embargo, la alegría en la casa de la esforzada teniente de alcalde. Su propuesta de cruzada cayó en saco roto, porque juristas y no juristas del más variado pelaje ideológico (desde el alcalde, escaldado por su anterior diagnóstico sobre la violencia entre las parejas de hecho, al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia, descolgado en una frase almodovariana, que es difícil saber si está dicha en serio o en broma), coincidieron en que el precepto no está pensado para esos casos, y, demostrando gran sensatez, licenciaron a las tropas antes de que llegaran a ponerse en marcha.

Tal vez pensaban, como San Agustín, que, en el fondo, la prostitución tiene una función social positiva. Más vale no deshacerse de las meretrices, so pena de quedar a merced de las pasiones insatisfechas (palabra, lo escribió en su estudio *"Sobre el orden": "aufer meretrices de rebus humanis, omnia turbaveris libidinibus"*). Se notaba que había sido cocinero antes que fraile.

## • La (bien frustrada) vocación disciplinaria del fiscal de Albacete

Estaban todavía en el aire los ecos despertados por la atípica intervención del jefe de la Fiscalía castellano-manchega al *enjuiciar* en la televisión, prensa y radio locales la actuación de un juez de Albacete que no se ajustó a los criterios del ministerio público en la adopción de una medida de prisión provisional, cuando el mismo fiscal se dirigía al Consejo General del Poder Judicial instando el ejer-

# BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A:

**Jueces para la Democracia. Información y debate.**

Nombre y apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P. _____

Provincia: _____ País _____

Suscripción por un año (3 números) a partir del número _____

Importe: España: 3.000 ptas. Europa: 4.000 ptas. Resto: 5.000 ptas.

Forma de pago: Reembolso. Domiciliación bancaria. Talón nominativo a nombre de EDISA

---

**Domiciliación bancaria**

.....de.....de 1998

Muy señores míos: les ruego que con cargo a mi cuenta n.º.....atiendan hasta nuevo aviso del pago de los recibos que en concepto de importe de la suscripción anual de *Jueces para la democracia. Información y Debate* les presentará EDISA al cobro a nombre de .....

Firma

| BANCO | OFICINA | D.C. | N.º CUENTA CORRIENTE |
|---|---|---|---|
| | | | |

---

Banco/ C. de Ahorros.....

Dirección.....

Remitir a *EDISA*, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID