

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

J. Hernández García, Una reforma necesaria pero insuficiente. **P. Andrés Ibáñez**, Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos. **F. J. Vieira Morante**, La nueva oficina judicial. **J. L. Díez Ripollés**, El Grupo de estudios de política criminal. **M. L. Martínez Alarcón**, El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. **A. Jorge Barreiro**, La reforma de la prisión provisional (II). **G. Marcilla Córdoba**, Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional. **M. Taruffo**, Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. **M. Gascón Abellán**, El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria. **W. Antillón**, La 'Enciclopedia del diritto'. **E. Sanjuán y Muñoz**, La sociedad anónima europea.

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado del Tribunal Supremo.
Antillón, Walter, jurista costarricense.
Díez Ripollés, José Luis, catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.
Gascón Abellán, Marina, catedrática de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.
Hernández García, Javier, magistrado, Audiencia Provincial de Tarragona.
Jorge Barreiro, Alberto, magistrado, Audiencia Provincial de Madrid.
Marcilla Córdoba, Gema, profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.
Martínez Alarcón, María Luz, profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha.
Sanjuán y Muñoz, Enrique, magistrado, juez de 1.ª instancia, Palma de Mallorca.
Taruffo, Michele, catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Pavia (Italia).
Vieira Morante, F. J., presidente de la Audiencia Provincial de Madrid.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Teresa CONDE PUMPIDO TOURON, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO y Angel JUANES PECES. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B 28036 MADRID.
E-mail: info@juecesdemocracia.es [Http://www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es)
Suscripciones EDISA, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID.

Precio de este número: 7,5 € (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 18 € (3 números).

Europa: 24 €

Resto: 30 €

Depósito legal: M. 15 960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Una reforma necesaria pero insuficiente (A propósito de la Ley Orgánica 2/2004, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales)</i> , Javier Hernández García	3
— <i>Racionalizar (y moralizar) el sistema de nombramientos</i> , Perfecto Andrés Ibáñez.....	12
— <i>La nueva oficina judicial: luces y sombras</i> , Francisco J. Vieira Morante.....	16
— <i>El Grupo de estudios de política criminal: Una iniciativa singular</i> , José Luis Díez Ripollés.....	19
— <i>El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ</i> , M ^a Luz Martínez Alarcón.....	31
 Estudios	
— <i>La reforma de la prisión provisional. (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (II)</i> , Alberto Jorge Barreiro.....	41
— <i>Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional. (A propósito del libro de J. L. Díez Ripollés, 'La racionalidad de las leyes penales')</i> , Gema Marcilla Córdoba.....	54
 Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Conocimiento científico y estándares de prueba judicial</i> , Michele Taruffo.....	63
— <i>¿'Freedom of proof'? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria</i> , Marina Gascón Abellán.....	74
 Internacional	
— <i>La 'Enciclopedia del diritto' y la cultura jurídica italiana</i> , Walter Antillón	87
— <i>La sociedad anónima europea</i> , Enrique Sanjuán y Muñoz	96
 Apuntes	
— <i>Apocalipsis, no</i>	103
— <i>Dilaciones indebidas... 'en casa del herrero'</i>	105
— <i>Reverendo Padre</i>	105
— <i>Pena de muerte 'made in USA'</i>	107

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 93 61

editorial@trotta.es

www.trotta.es

PEDRO CRUZ VILLALÓN

La Constitución inédita.

Estudios ante la constitucionalización de Europa

GUSTAVO ZAGRIBETSKY

Historia y constitución

THOMAS DARNSIÄDT

La trampa del consenso

RAMÓN CAMPDEFFERRI

La palabra de Bebeoth.

*Derecho, política y orden internacional
en la obra de Carl Schmitt*

S. JAMES ANAYA

Los pueblos indígenas

en el derecho internacional

JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL

La liberalización de los servicios postales

JUAN J. BUSTOS, HERNÁN HORMAZÁBAL

Nuevo sistema de Derecho Penal

AMALIO BLANCO, RAFAEL DEL ÁGUILA,

JOSÉ MANUEL SABIDO (eds.).

*Madrid 11-M. Un análisis
del mal y sus consecuencias*

AGUSTÍN MOHLLA (ed.)

Los musulmanes en España.

Libertad religiosa e identidad cultural

JOSÉ MARÍA CASTILLO,

JUAN JOSÉ TAMAYO

Religión y sociedad en España

IVÁN C. IBÁN, LUIS PRIETO SANCHÍS,

AGUSTÍN MOHLLA

Manual de Derecho eclesástico

MARÍA CRUZ GARCÍA ARCE,

JOSÉ ANTONIO PRIETO JUÁREZ

Acción social en la empresa

JOAQUÍN PÉREZ RUI

Estabilidad en el empleo

JUECES PARA LA DEMOCRACIA
ABRIL 2005

DEBATE

Una reforma necesaria pero insuficiente (A propósito de la Ley Orgánica 2/2004, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales)

Javier HERNANDEZ GARCIA

I. LA CONSTITUCION COMO REGLA DE DISTRIBUCION DEL PODER

La reforma del sistema de designación y nombramiento, entre otros cargos judiciales, de los magistrados del Tribunal Supremo, operada por la Ley Orgánica 2/2004, ha comportado un intenso debate político y mediático.

Más por las razones implícitas que por las esgrimidas en el proceso de reforma, se ha patentizado, una vez más, la existencia de un grave problema pendiente con una excepcional densidad constitucional que atañe directamente al diseño del poder contenido en la Constitución.

Esta, como norma fundacional del Estado, se encarga, entre otros contenidos, de determinar las reglas esenciales de distribución del poder, no sólo en clave institucional o meramente descriptiva sino estableciendo la manera en que aquel debe ejercerse y los límites que cabe oponer al mismo.

Es obvio que la función determinativa que le incumbe a la Constitución y a su longa manu, el Tribunal Constitucional, no es, ni mucho menos, sencilla.

La idea de la división del poder, en terminología continental, o de su distribución en ramas, en la concepción norteamericana, no opera sobre realidades estáticas.

Uno de los factores que agudizan la intrínseca complejidad de los regímenes democráticos reside, precisamente, en que el reparto del poder constitucional se realiza en condiciones dinámicas, inestables, sobre una suerte de magma en movimiento, que es lo que explica la existencia de conflictos entre los agentes llamados a ejercer las potestades constitucionales.

El hiperlegismo que caracteriza a los Estados sociales y democráticos de derecho choca con un no disimulado activismo por parte de los jueces en la interpretación de las leyes, en la atribución a los ciudadanos de los derechos y de las libertades, en la identificación, en fin, de nuevos objetivos de distribución de los recursos y expectativas de beneficios sociales o políticos. Los jueces, hasta hace poco tiempo recluidos en una *reserva* o territorio secundario, apéndice del poder ejecutivo, de mera ejecución, de neutralidad ideológica severamente vigilada, se han convertido en agentes acti-

vos del poder constitucional, asumiendo funciones de configuración política del ordenamiento jurídico, con inevitables consecuencias que se proyectan más allá de los conflictos intersubjetivos llamados a resolver.

Los jueces, en afortunada expresión de Tarello, han pasado de una formal y acritica lealtad al legislador real a una lealtad hacia un legislador potencial o ideal, que se identifica con el sistema de valores constitucionales. La aplicación de la norma ya no consiste en un mero ejercicio de subsunción lógica, previa la determinación del hecho singularizador. El juez, antes, ha de validar la norma, el acto legislativo, mediante la utilización de estándares de adecuación constitucional.

Ello provoca que, con frecuencia, se cuestionen las normas emanadas del Parlamento, lo que suscita la entrada de otro agente significativo del poder como es el Tribunal Constitucional. Sus decisiones, sobre todo cuando identifican niveles intolerables de irracionalidad normativa y comportan la declaración de nulidad del acto legislativo, rearma, reactiva, el conflicto con los otros poderes, cuya fisonomía circular es fácilmente observable.

La inestabilidad de la regla de distribución del poder estimula, como una consecuencia democrática inevitable, que los llamados a hacer uso de la misma pretendan atribuirse más cuotas, más espacios de intervención, que los que los otros agentes están dispuestos a aceptar.

Los paradigmas clásicos, al uso en la cultura constitucional continental, que identificaban al siglo XIX como el de la preeminencia del poder ejecutivo, a la primera mitad del siglo XX, como el del protagonismo del poder legislativo y a la segunda mitad del siglo pasado, como el del activismo configurador de los jueces, ya no sirven para describir de manera precisa la situación actual en el que se desenvuelve el Estado Constitucional Democrático.

Ahora bien, lo inevitable del conflicto, su intrínseca correspondencia con un modelo constitucional de organización del poder, no desplaza la necesidad de que los agentes nominados para ejercerlo, lo hagan aplicando estándares rigurosos de responsabilidad, de adecuación a los valores y los principios que la propia Constitución se encarga de situar en una posición preeminente, como verdaderas precondiciones para su validación.

El Ejecutivo no puede transgredir los límites competenciales ni desconocer el mandato de igualdad ni de interdicción de toda arbitrariedad. El Legislativo tiene que ajustar su labor productiva de normas a un exigente programa de racionalidad ética, procedimental, sistemática, teleológica, pragmática y, también, claro está, lógico-formal. Los jueces, tanto los ordinarios como los constitucionales, no pueden renunciar a parámetros de autorestricción en la toma de decisiones que permita la compatibilidad del ejercicio de su poder concreto, de origen primariamente no democrático, con los mandatos legales que nacen del ejercicio de la soberanía popular. El Tribunal Constitucional no debe ceder a la tentación de convertirse en legislador positivo, debe ser prudente en la reparación de las discriminaciones normativas o de las irracionalidades del legislador, aplicando estándares metodológicos de deferencia hacia el acto legislativo democrático.

Sin embargo, los mecanismos constitucionales de coexistencia de los "poderes", de desarrollo razonable, en fin, de la regla de distribución del poder, no siempre son suficientes ni eficaces.

Junto al elemento dinámico al que antes me refería, como factor de dificultad, se añade la circunstancia de que la propia regla de poder diseñada en la Constitución no es enteramente rígida ni precisa. Las Constituciones pluralistas, a cuya categoría pertenece la nuestra, se caracterizan por no contener una regulación estática y cerrada de la compatibilidad, de la solución de las colisiones y de los puntos de equilibrio entre los agentes de poder ni tampoco entre los espacios de operatividad de los derechos que contiene. Utilizando un símil de Würzel, aquella es como una de esas viejas fotografías de finales del siglo XIX que si bien permite apreciar con claridad la imagen central, sin embargo, se difumina cuando de lo que se trata es de identificar los límites que la enmarcan.

La Constitución confía a los propios destinatarios primarios de la regla, su adecuada conservación y adaptación a los cambios sociales, a las necesidades funcionales que surjan como consecuencia de las propias dinámicas en las que se desenvuelve la estructura constitucional del Estado. Los propios agentes del poder asumen, por tanto, una función de identificación, de señalización de los límites institucionales y orgánicos en los que aquella debe desarrollarse.

No podía ser de otra manera. La fundamentabilidad de la Norma Suprema no implica, por elementales exigencias democráticas, una estática configuración del sistema jurídico. Como de forma convincente expone Dworkin, la Constitución utiliza conceptos que sirven para que aquella cumpla la doble función prescriptiva y comunicativa que le corresponde, pero no identifica de forma cerrada y excluyente concepciones originalistas que impidan toda forma de desarrollo o *aggiornamento* del propio modelo. En palabras de Zagrebelsky¹, ya no es desde la Constitución desde

donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la Constitución. Esta no tiene la función de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino la de permitir las condiciones de posibilidad de la misma. La Constitución pluralista debe dejar un espacio a la *politica costituzionale*. Son los agentes del poder los *comisionados* por la propia Constitución para activar las concepciones vigentes en un momento social y político determinado, con el fin, entre otros, esencial de que aquella no se convierta en un instrumento tiránico y antidemocrático que pueda llegar a comprometer el desarrollo social y político de las generaciones futuras que no intervinieron en el momento de su elaboración.

Es evidente que para esta función, el Parlamento adquiere una decidida importancia. A él le corresponde, de forma primaria, la obligación de desarrollar, mediante las leyes, el Estado Constitucional, procurando el buen funcionamiento de la regla de poder diseñada, señalando sus límites, adaptando funcionalmente su eficacia siempre, claro está, de conformidad a los presupuestos estructurales, explícitos e implícitos, previstos en la Constitución.

El conflicto político que ha envuelto la última reforma del Poder Judicial, se sitúa, precisamente, en dicho territorio, en el problema fundamental de si el legislador ordinario ha modificado la regla de distribución del poder diseñada en términos *macroscópicos* en la Constitución o si ha infringido las reglas difusas de coexistencia entre los agentes de dicho poder, también contenidas en la Norma Suprema.

El debate es trascendente, pues aunque, en apariencia, haya quedado oculto por el alud de histriónicas opiniones que ha suscitado (algunas de ellas invocan la intervención correctora de la Unión Europea), revela algo que, a mi parecer, es esencial y que se sitúa como fondo del problema: las dificultades funcionales que presenta la regla constitucional de atribución/distribución de poder, para identificar criterios claros sobre las formas, los contenidos y el alcance del sistema de autogobierno judicial.

No debemos olvidar, a la luz de las experiencias constitucionales comparadas que sirvieron de modelo al constituyente español, que los mecanismos de autogobierno se justificaban en la necesidad de romper los nexos de fuerte relación funcional y orgánica que habían vinculado a los jueces con el poder ejecutivo en los regímenes autoritarios precedentes, para asegurar su efectiva y material independencia, como instrumento al servicio del equilibrio constitucional de los poderes².

Sin embargo, la idea motriz que justificó la constitucionalización del autogobierno judicial no ha ido acompañada de un desarrollo estable y armónico.

No es exagerado afirmar, citando a Sáiz Arnáiz y Jiménez Asensio, que el modelo de gobierno de los

¹ G. Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, traducido por Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2005, págs. 81 y ss

² Guarnieri, C., *Giustizia e Política / I Nodi della Seconda Repubblica*. Edit Il Mulino. Bologna, 2003

jueces es una de las zonas constitucionales menos explorada y que presenta mayores perfiles de dificultad operativa, tanto en términos funcionales como sistemáticos.

Prueba de ello, es que en los veinticinco años de sistema constitucional el modelo de configuración y funcionamiento ha sufrido, al menos, tres importantes cambios o variaciones, que han venido acompañadas de más o menos intensas polémicas político-constitucionales.

II. LA REGLA DE DISTRIBUCION DEL PODER Y EL GOBIERNO JUDICIAL: RIESGOS Y MECANISMOS DE CORRECCION

La primera de estas polémicas surgió con la reforma del mecanismo de designación de los miembros del Consejo prevista en la primigenia Ley de 1980, operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la cual fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional por dos cauces diferentes. El primero, mediante un conflicto de competencias planteado por el propio Consejo, conformado a la luz de las previsiones de la Ley que se derogaba. El segundo, por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el grupo mayoritario de la oposición en el momento en que se aprobó la ley.

Ambas impugnaciones, cuestionaban la transferencia al Parlamento de facultades exclusivas para la elección de los miembros del Consejo, su configuración, en fin, enteramente política frente al sistema anterior en el que doce de los vocales eran elegidos directamente por los jueces.

Las respuestas del Tribunal Constitucional (STC 45/1986, 108/1986) fueron coincidentes en cuanto al fondo y al discurso justificativo por el que se rechazaba la pretendida crisis de constitucionalidad del nuevo modelo. El Alto Tribunal, en una ejemplar aplicación del estándar interpretativo de la deferencia hacia el legislador democrático, consideró que la elección parlamentaria de todos los vocales integrantes del Consejo no vulneraba la regla de distribución de poder constitucional, en cuanto no la contradecía en términos irreductibles, si bien advertía, seriamente, de los riesgos que podía comportar el nuevo modelo.

En particular, el de la traslación al Consejo y, por tanto, al Gobierno de los jueces encargado de velar por su independencia, del esquema parlamentario de mayoría y minoría política y la consiguiente aplicación o reproducción de procesos decisionales basados en la dinámica del enfrentamiento entre partidos que, aún siendo democráticamente irreprochable, podía menoscabar los deseables niveles de independencia externa e interna de los jueces y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la existencia de un poder judicial no sometido a los vaivenes y coyunturas partidistas. En palabras del propio Tribunal Constitucional, el nuevo modelo entrañaba *"el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros*

terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial".

El Tribunal Constitucional, al tiempo que identificaba el riesgo destacó los mecanismos para neutralizarlo o, al menos, para reducirlo a "tasas" tolerables que no comprometieran la regla de distribución del poder. El *antídoto* consistía en la exigencia legal de una mayoría muy cualificada, de las tres quintas partes de los miembros de las respectivas Cámaras, para la elección de los vocales. Prima facie, dicha condición procedimental aseguraba un razonable grado de consenso entre las diversas fuerzas políticas para, sin renunciar a la necesaria proyección del pluralismo ideológico en la composición del Consejo, permitir el desarrollo no *parlamentarizado* de sus funciones, sobre todo la de la protección de la independencia interna y externa de los jueces, no lo olvidemos, únicos titulares del poder y respecto a los cuales el Consejo, como órgano constitucional, carece de toda facultad o capacidad representativa (STC 45/1986).

Dicha doctrina evidenciaba, sin embargo, la débil protección que la Constitución dispensaba al modelo de autogobierno, como manifestación específica de la regla de distribución de poder. Su eficacia, su propio encaje constitucional, no dependía del contenido prescriptivo previsto en la Constitución, sino del cumplimiento por parte de los agentes del poder, en particular del Parlamento y de los Partidos Políticos, de un programa ético, de unos principios morales, en su actuación configuradora.

Las garantías del buen funcionamiento del gobierno judicial quedaban fuera del sistema institucionalizado de protección y se situaban en una inestable atmósfera de buenos deseos, cuyo cumplimiento se confiaba, en exclusiva, a la voluntad y a la responsabilidad constitucional de los Partidos parlamentarios.

El Tribunal Constitucional, con su sentencia 108/86, no se limitó sólo a convalidar el sistema de elección parlamentaria de los vocales, sino que afirmó que desde ese momento el buen uso de la regla de distribución de poder ya no podía ser objeto de su control garantizador.

III. LA DEGRADACION DE LA REGLA CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCION DEL PODER Y LA CRISIS DEL AUTOGOBIERNO JUDICIAL

Las consecuencias no tardaron en manifestarse. Las diferentes coyunturas parlamentarias propiciaron un mejor o peor funcionamiento del modelo, pero todos éramos conscientes que los malos augurios del Tribunal Constitucional lo acechaban de forma incesante.

Las mayorías parlamentarias impusieron su lógica política en los diversos Consejos, conformados al abrigo de la Ley de 1985. Las sucesivas mayorías políticas absolutas del Partido Socialista tuvieron un evidente reflejo en la composición, también, de los respectivos Consejos, introduciéndose una praxis de funcionamiento de marcada influencia política-mayoritaria que se sitúa como un elemento intrahistórico, e histórico, que sirve para explicar comportamientos del actual Consejo.

Buena prueba de lo antedicho es que sólo cuando la composición parlamentaria dio como resultado un ajustado juego de mayorías políticas y la correlativa necesidad de recurrir al consenso para el desarrollo de la regla de distribución del poder, el funcionamiento del Consejo se amoldó a la misma en términos de razonable correspondencia.

El Consejo presidido por Javier Delgado constituyó un buen ejemplo de lo antedicho. Por primera vez, el Consejo General del Poder Judicial se conformaba a partir de una mayoría política relativa. Ello se proyectó en la ausencia en el seno del órgano de gobierno de los jueces de una clara posición política-partidista preeminente. El Consejo pudo afrontar el desarrollo reglamentario de la importante reforma de la LOPJ de 1994, en un clima de razonables condiciones deliberativas, sin que pueda ocultarse, tampoco, la excelente labor de su presidente que supo situarse en un indiscutido papel institucional *suprapartes*.

La nueva legislatura que se inició con las elecciones de 2000, en las que el Partido Popular obtuvo una amplia mayoría absoluta, trajo de la mano un nuevo cambio en el modelo de elección de los vocales del Consejo. Conservando el mecanismo de su elección exclusiva por el Parlamento, la reforma de 2001, consensuada con el principal partido de la oposición, PSOE, introdujo una suerte de mecanismo previo de cooptación corporativa de los candidatos de origen judicial. Por un lado, las asociaciones judiciales, y, por otro, los jueces no asociados, mediante la presentación de determinados números de firmas o "votos electorales", proponían al Parlamento los nombres de los jueces sobre los que debería recaer la designación de los doce vocales de extracción corporativa.

Dicho mecanismo sugería una aparente voluntad *despolitizadora* del Consejo, un reajuste en el funcionamiento de la regla de distribución de poder, que sin renunciar al mecanismo de designación parlamentaria como método de legitimación democrática de sus miembros, lo aproximara a una concepción original de mayor participación directa de los jueces en la conformación de su órgano de gobierno, al modo en el que funcionan otros sistemas próximos de autogobierno judicial como el italiano o el francés.

Se abría, sobre la letra impresa del BOE, una nueva vía que podía servir para evitar, neutralizar, de nuevo, los riesgos anunciados por el Tribunal Constitucional, sobre todo si se tomaba en cuenta el clima parlamentario del momento y la existencia de una fuerte mayoría política.

Sin embargo, casi desde los primeros pasos del nuevo sistema, se pudo observar que las expectativas generadas quedaban muy lejos de la realidad y

que el cambio operado iba a comportar consecuencias indeseables, haciendo realidad hasta un grado nunca visto en nuestra historia política, los peores presagios ya apuntados por el Tribunal Constitucional en 1986.

Los primeros datos reveladores de lo que se avecinaba pudieron observarse, ya, en el propio mecanismo de designación. El Parlamento dejó fuera del Consejo a los candidatos avalados por la *Asociación Francisco de Vitoria* (entre otros, a un magistrado de tanto prestigio como Carlos Granados), cuyo porcentaje de representación era similar, en aquellos momentos, al de la *Asociación Jueces para la Democracia*, limitando la representación de los jueces no asociados a una simbólica presencia, en la persona del magistrado Azparren, previo un agónico encaje político entre los partidos, donde se tomó en cuenta hasta sus orígenes familiares, para corresponder a las expectativas de representación e influencia de algún partido nacionalista minoritario (en concreto, Coalición Canaria).

No obstante, aún la preterición de una importante asociación judicial y la escasa representación concedida a los jueces no asociados, el juego del mecanismo de cooptación previa entre los propios jueces podía sugerir un cierto grado de incertidumbre sobre el resultado producido, en particular, si se habría evitado la traslación milimétrica al Consejo del escenario de mayorías y minorías políticas presentes en el Parlamento.

Sin embargo, la confirmación de que el nuevo modelo de designación respondía a un cálculo preciso de los respectivos pesos parlamentarios de los partidos políticos, no tardó en patentizarse de forma evidente.

Casi coincidiendo con el inicio de la singladura del nuevo Consejo, conformado mediante el mecanismo diseñado en la Ley de Reforma de 2001, el vocal Requero, dirigente de la mayoritaria Asociación Profesional de la Magistratura, publicaba el cuatro de diciembre de 2001, un artículo en el diario ABC, titulado "*Consenso y convicciones para la Justicia*", que despejaba todas las dudas. En un tono aspero y no exento de descalificaciones hacia la corriente progresista de la magistratura que había obtenido representación en el Órgano, el firmante del texto no ahorra un solo argumento para destacar un claro mensaje: El Consejo General del Poder Judicial recién designado respondía, y lo que es más grave, debía responder a una idea sin fisuras de mayoría y de minoría política parlamentaria³.

³ En el referido artículo, mediante anacrónicas referencias al muro de Berlín, como símbolo de la división entre las corrientes judiciales, la ideológica, que identificaba con la asociación *Jueces para la Democracia*, y la profesional en la que se incluía expresamente, el firmante del mismo advertía de la estrategia en pos del consenso, promovida por los sectores progresistas, concebida como *exigencia a la mayoría para que renuncie a su ideal y, en su lugar, se aplique el de la minoría*. En un claro mensaje hacia los propios componentes de la nueva mayoría, se descalificaba toda dinámica de pacto, advirtiendo de lo peligroso que podía suponer que dicha estrategia pudiera contar, *al otro lado de la mesa, con la inestimable ayuda de los que, bien sea por falta de convicciones, por comodidad, por divertimento político o, en definitiva, por trivialidad, preferirían dejarse llevar por el puro pactismo (sic)*

Muy pronto se pudo comprobar que las manifestaciones del vocal no constituían un mero posicionamiento personal sobre el modo de ejercicio del Gobierno Judicial, sino que venían a expresar un verdadero programa de actuación de la autotitulada mayoría que, en términos de correspondencia política, había resultado del nuevo proceso de designación de los vocales del Consejo.

Dicho *programa* comportaba una negación frontal de la regla de distribución de poder diseñada, aún de forma precaria, en la Constitución, desoyendo todas las llamadas a la responsabilidad y a la ética deliberativa que el Tribunal Constitucional había realizado, como instrumentos que posibilitaran el buen Gobierno Judicial. Lo asombroso, a la vez que inquietante, de dicho posicionamiento, residía, precisamente, en su carácter programático, que denotaba una reflexión previa al propio arranque de la nueva etapa del Gobierno Judicial. No puede explicarse de otra manera, que apenas transcurrido un mes desde la toma de posesión de los nuevos vocales, se renunciara expresamente a toda forma deliberativa de funcionamiento, que se rompieran los puentes del diálogo, que se absoluticen preconcepciones ideológicas con independencia de su encaje funcional o de su compatibilidad con las exigencias constitucionales de Gobierno compartido, plural y sensible con la defensa colectiva de la independencia de los jueces y la buena ordenación de las expectativas legítimas de carrera profesional.

Desde el primer momento se constató que la fórmula de elección cualificada de los vocales se había utilizado como un simple instrumento procedimental. Ni los partidos ni los propios miembros electos asumían que su designación no sólo podía justificarse por la obtención de un determinado quórum numérico, sino que debía responder a una manera constitucionalmente responsable de ejercicio de la regla de distribución del poder. La praxis de funcionamiento del nuevo Consejo evidenciaba de forma clara el rechazo al contenido material del método de designación. El hecho de que tanto los vocales de la *mayoría* como los de la *minoría* fueran elegidos con los votos de la mayor parte de los Partidos del arco parlamentario, no podía impedir el desarrollo de una política de Gobierno Judicial marcada por la división y el enfrentamiento político.

El clima de neta, de indisimulada, confrontación se instalaba en el seno del Consejo como nunca, tal vez, hasta ese momento, se había vivido. La mayoría asumía su correspondiente estatuto *paraparlamentario*, y los vocales llamados progresistas asumían con desconcierto y con cierta inmadurez el rol de minoría política que *los del otro lado de la mesa*, en textual expresión del vocal Requero, se habían encargado de atribuirles, con muy escasa legitimidad para hacerlo.

Las concretas manifestaciones de la anunciada praxis decisional, bajo criterios de pura mayoría política, no tardaron en ponerse de relieve⁴.

⁴ La adscripción de Clemente Auger a la Sala Primera del Tribunal Supremo, desconociendo su trayectoria profesional en

En dicho clima de ruptura de las condiciones constitucionales del buen gobierno judicial, las elecciones de marzo de 2004 vinieron a agudizar el conflicto de manera notable.

En una clara, pero ignorada, contradicción con la propia doctrina que justificaba su praxis decisional en el juego de las mayorías parlamentarias, el grupo *mayoritario* de vocales activó una decidida política de enfrentamiento con el Gobierno resultante de la nueva composición del Parlamento, emanado de las elecciones de marzo. El rechazo de todo consenso y valoración deliberativa del mérito y la capacidad se mantuvo como una constante en la designación de los cargos judiciales discrecionales, produciéndose evidentes abusos en el ejercicio de las facultades dictaminadoras previas que la LOPJ atribuye al Consejo respecto a determinados Proyectos de Ley, mediante la aplicación de estándares de oportunidad política del todo impropios de un Órgano Constitucional con funciones de *acompañamiento* y asesoramiento técnico-jurídico de los procesos prelegislativos. Clima de enfrentamiento al que tampoco ha sido ajeno el Gobierno de la nación, negando el traslado en relación con determinados proyectos, de forma, en ocasiones, arbitraria (en particular, el proyecto relativo al matrimonio entre parejas del mismo sexo)⁵.

la jurisdicción penal y sus servicios a la Administración de Justicia desde la delicada posición de presidente de la Audiencia Nacional, constituye el primer jalón de una amplia serie de decisiones de difícil justificación desde la estricta aplicación de estándares de funcionalidad y de respeto al mérito y la capacidad. El acoso al director de la Escuela Judicial, Carlos Gómez (cuya labor al frente del sistema de formación ha resultado insustituible) hasta forzar su dimisión, impidiéndole que acabara el curso presencial de los alumnos de la 53ª Promoción; la explícita exclusión de toda oportunidad al debate para la provisión de magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; la aplicación de reglas ignotas, de dudosa legitimidad, para la no reelección de presidentes de Tribunales Superiores de Justicia de talante progresista, y cuya labor al frente del Órgano había resultado ejemplar, constituyen algunos, por mínimos y buenos ejemplos, del modo de actuación de la nueva mayoría, de su decidida voluntad en tomar las riendas del gobierno de los jueces prescindiendo de todas las contenciones constitucionalmente exigibles.

Actitud que se proyectó, también, en evidentes, pero inexplicables, confluencias estratégicas con el Gobierno, al que daba soporte la mayoría política resultante de las elecciones de 2000, como el apoyo explícito a la decisión ministerial de no creación de plazas judiciales, abocando a más de trescientos nuevos jueces a una situación de grave inestabilidad laboral y económica y, en muchos casos, de frustración de expectativas personales, mediante la creación de una nueva figura como la del *juez en expectativa de destino* o el acritico respaldo a todos los proyectos de Ley que se sometieron al dictamen previo del Consejo.

⁵ El informe sobre el Proyecto de Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, constituye un buen ejemplo de instrumentalización de la facultad dictaminadora del Consejo. Sin perjuicio de la legítima e institucionalmente conveniente apertura de un diálogo crítico entre los órganos constitucionales con la finalidad de que los procesos legislativos respondan a adecuados estándares de racionalidad, el informe patentizó, con desnuda claridad, una intención de interferencia política que iba mucho más allá de la función que la LOPJ atribuía al Consejo y lo que es más grave, la ausencia de toda oportunidad al consenso o al pluralismo deliberativo que permitiera identificarlo como una decisión, en términos materiales, del Órgano de Gobierno. Los autores del informe se situaban en una perspectiva de análisis insostenible desde elementales parámetros de dogmática constitucional. El factor crítico no residía en la conclusión relativa a la inoportunidad técnica de la extensión de la institución matrimonial a personas del mismo sexo sino en los parámetros utilizados para justificar dicha conclusión. No sólo el lenguaje utilizado (con expresiones cargadas de evidentes trazos homofóbicos) impedía

Dicho contexto de degradación del ejercicio de la regla de poder conforme a la Constitución, ha enmarcado y condicionado decididamente el proceso de reforma de la LOPJ.

La cuestión que surge es valorar si las patologías del modelo de autogobierno judicial que se arrastran, casi, desde su primera formulación legislativa constituyen un lastre estructural, una consecuencia inevitable de su diseño o si, por el contrario, responden a coyunturas o a factores vinculados con la composición personal del mismo y, por tanto, superables mediante un nuevo compromiso de las fuerzas políticas para reactivar la regla material de funcionamiento que se decanta de la Constitución.

A este respecto, no puede negarse que la crisis del modelo de autogobierno no es una excepción española. En nuestro entorno político-constitucional del que extrajimos las referencias culturales que sirven de fundamento a la propia idea, el panorama no es ni mucho menos pacífico, aún cuando, en efecto, puedan identificarse diferentes causas y factores propiciatorios de la crisis. La singularidad de la situación española no reside, como en el caso italiano, en un problema de extensión del autogobierno, o de enfrentamiento con el poder representativo del parlamento o del ejecutivo, o de lucha interna entre los componentes *togados y laicos* del propio Consejo, o de identificación de espacios de autogobierno exentos de todo control político, con un riesgo de alteración, *por exceso*, de la regla de poder constitucional, sino, precisamente, en lo contrario, en la anulación de barreras identificativas del territorio de poder atribuido, en la absoluta inmersión del gobierno

toda aproximación, aún desde la discrepancia, al proceso de elaboración del informe, de los vocales que no conformaban la *nueva mayoría*. La fractura se explicaba, sobre todo, en la medida que el informe se parapetó, bajo un aparente discurso jurídico, en preconcepciones de originalismo interpretativo, que nada tenían que ver con el estándar clásico del constitucionalismo norteamericano basado en la intención de los *padres fundadores*. El singular canon *originalista* utilizado en la elaboración del informe respondía al de las primeras formulaciones del protoiusnaturalismo (vid. Morelly, que en su obra el *Code de la nature*, de 1755, proponía penas severísimas para los que con el fin de restaurar la propiedad privada, hubieran propuesto la revisión de las leyes de la naturaleza sobre la propiedad colectiva) asentadas en la idea de la inmutabilidad de aquellas categorías, como el matrimonio que, por su origen *natural*, debían quedar fuera del debate político constitucional, llegándose a afirmar, en este sentido, incluso, el fundamento presocial del matrimonio. El estándar de análisis que inspiraba el informe, en la medida que se situaba, en una esfera extraña a la Constitución, como fórmula jurídica abierta, resultaba funcionalmente irreconocible para un órgano constitucional, encargado del examen de una propuesta política de reforma legislativa.

Junto a ello, el informe aparecía repleto de negaciones de la alteridad, en fórmula de Habermas, como valor configurativo de la sociedad compleja y abierta. A este respecto, se llega a afirmar que no se cuestiona el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio siempre que sea con personas de otro sexo; o que el carácter estable de la institución matrimonial no es extensible a situaciones de convivencia homosexual tendencialmente inestables, con expresas referencias a informes psicosociológicos de ignorada solvencia técnica; o la negación expresa de la condición de minoría políticamente relevante a los homosexuales y, por tanto, no merecedora de una reacción legislativa de equiparación, o la descalificación de la capacidad de los homosexuales para adoptar en consideración a dudosas presunciones paraempíricas de su inadecuación personal para la asunción de los deberes y derechos que determinan el contenido de la patria potestad.

judicial en la esfera de la política parlamentaria, desdibujando, *por defecto*, la regla de poder.

La gravedad de la crisis es, a mi parecer, evidente. En una situación tan deficitaria de autonomía política del gobierno judicial, los riesgos de lesión de la independencia externa y de menoscabo de la confianza de la sociedad en el Poder Judicial se multiplican y se intensifican.

Resulta evidente que la desmedida influencia política introduce un peligro elevado de transmutar el riesgo ínsito de lesión de la independencia interna —que acecha siempre a los modelos de autogobierno continentales en los que los jueces de origen burocrático se integran en una carrera profesional jerarquizada— en externa, con las consecuencias que pueden derivarse en términos de legitimidad de todo el sistema de poder diseñado en la Constitución y de ineficacia de los mecanismos de *checks and balances* previstos para su aseguramiento.

La gravedad de la situación reclama, a mi parecer, urgentes medidas paliativas. El reajuste de la regla de poder que permita el racional desarrollo del modelo de autogobierno, que le posibilite, a la postre, salir de la situación de asfixia política en la que se encuentra sumido no pasa necesariamente, por paradójico que parezca, por el cambio del sistema parlamentario de elección de los miembros del CGPJ. Las razones que en el plano del discurso constitucional abonan la oportunidad de dicho modelo, como un mecanismo de engarce del sistema de autogobierno del Poder Judicial con el principio de la representación democrática, siguen siendo válidas. Nuestra experiencia constitucional nos demuestra como dicho mecanismo ha funcionado con razonable éxito, por ejemplo, para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional. El origen parlamentario de los jueces constitucionales no ha impedido, bien al contrario, ha favorecido, que su praxis se ajuste a parámetros de indiscutida funcionalidad constitucional. Su labor, en estos casi veinticinco años de funcionamiento, ha merecido, sin perjuicio de puntuales zonas de sombra, el reconocimiento de todos los agentes político-constitucionales, constituyendo una muestra notable de trabajo deliberativo, racional y ponderativo que ha favorecido, en buena medida, la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

¿Qué explica que siendo necesaria la misma mayoría parlamentaria para la elección de uno u otro Órgano, los resultados institucionales sean tan diferentes? ¿Qué explica, en fin, que el Tribunal Constitucional haya podido cumplir de manera bastante satisfactoria con las obligaciones que impone la regla de distribución del poder constitucional y, sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial se encuentre sumido en una grave crisis de funcionamiento y de legitimidad?

La respuesta exhaustiva a ambas preguntas desbordaría los límites de espacio de estas notas, pero no cabe duda que como factor principal explicativo cabe identificar las diferencias en los procesos y en los métodos decisionales de uno y otro

Organo Constitucional. El ejemplo del Tribunal Constitucional demuestra, de forma convincente, la importancia del método decisorio fuertemente deliberativo para que el origen parlamentario, y, por tanto, politizado, se convierta en un activo y no en un pasivo para su adecuado funcionamiento.

Sin perjuicio de las intensas y obvias diferencias funcionales entre ambos órganos, no creo que pueda negarse la necesidad de que el CGPJ responda, también, en la toma de sus decisiones a mínimos estándares de deliberación y de motivación, como instrumentos esenciales que le permitan recuperar el papel, fundamental, que la Constitución le atribuye. Como afirma Víctor Ferreres, las instituciones no se definen sólo por sus reglas formales sino, también, por las "prácticas" que generan y que les dotan de sentido. El *Demiurgo* institucional no es, por tanto, omnipotente. El puede diseñar las instituciones, pero la manera en que éstas actúan dependerá de las prácticas que desarrollen, las cuales quedan fuera del control del demiurgo.

Uno de los problemas esenciales del Consejo, tanto desde una perspectiva histórica como actual, reside, precisamente, en el fenómeno de la "*path dependence*", esto es en que las instituciones tienen una fuerte inercia en favor del tipo de práctica hasta ahora seguida por ellas.

Los mecanismos decisorios del CGPJ nunca se ajustaron a adecuadas condiciones de producción, provocando que el débil sistema inmunológico que la Constitución le brindaba, por la vía de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Constitucional, deviniera manifiestamente ineficaz contra la presión política, con la consecuencia de un evidente retroceso en su espacio funcional como órgano de gobierno de uno de los poderes previstos en la Constitución.

Tampoco puede soslayarse, como solución operativa, la necesidad de que los jueces, asociados o no, reflexionemos sobre los problemas que acechan al modelo de autogobierno y, en especial, sobre la interferencia política en el funcionamiento de las propias asociaciones en cuanto agentes directos del mecanismo de composición del CGPJ.

El sistema parlamentario de elección de los vocales no puede traducirse en una pérdida del discurso propio sobre el papel que los jueces y las asociaciones representan en el sistema constitucional y en el funcionamiento del gobierno judicial. La cooptación indirecta reclama un previo e intenso debate sobre los fines, los métodos y los comportamientos exigibles de aquellos que se van a someter a la elección parlamentaria. Las asociaciones deben asumir la carga de patentizar, ad extra y ad intra, una clara posición de independencia hacia los partidos políticos, sin perjuicio, claro está, de la irrenunciable necesidad de un discurso ideológico en el que apoyar las propuestas. La ideología exteriorizada de los jueces no es, como algunos mantienen, una anomalía del sistema sino una garantía para que la sociedad pueda controlar la adecuación de sus valores para el desarrollo del Estado constitucional.

Pero el discurso ideológico nada tiene que ver con

la política partidista o con la vinculación a intereses coyunturales de una determinada mayoría política. No es asumible, en términos democráticos, que se siga blandiendo la neutralidad ideológica⁶ del juez como valor profesional, como antídoto contra la politización, cuando la praxis ha demostrado de forma convincente que aquellos que se encargan de proclamarlo con mayor entusiasmo, utilizan circuitos políticos, ocultos al control de la esfera pública, para situarse en el epicentro de la política de partidos.

No es patológica la existencia de corrientes ideológicas en la magistratura. Todo lo contrario. La pluralidad es un factor que siempre enriquece el debate público. No es anómalo que los jueces nos posicionemos de forma diferente ante problemas de la vida social, ante reformas legislativas o ante políticas en materia de libertades. Lo que sí es patológico, gravemente patológico, es que no nos posicionemos o que lo hagamos utilizando argumentaciones débiles. Lo que es profundamente anómalo es que hallamos renunciado como jueces, con independencia de las corrientes a las que nos adscribamos, a un debate conjunto, a una reflexión actualizada, que permita identificar mínimos comunes denominadores en temas esenciales como los de la independencia externa e interna, las exigencias deontológicas o el papel del juez como agente configurador del sistema normativo. Es alarmante que solo seamos capaces de ponernos de acuerdo en las propuestas retributivas a formular ante el ministro de turno. Lo que produce vértigo es que no asumamos de manera responsable el papel que la Ley nos confiere en la conformación de nuestro Organo de Gobierno y, consiguientemente, en su adecuado desarrollo conforme a la Constitución.

Pronto se conmemorará en Italia, el treinta aniversario del Congreso Guardone⁷ —en referencia al lugar donde se celebró—, de la Associazione Nazionale della Magistratura Italiana (ANM) en el que los jueces de todas las corrientes ideológicas, después de una tortuosa experiencia constitucional de casi veinte años, fueron capaces de confluír en un discurso unitario sobre el valor de la independencia y de su papel como agentes motrices de la Constitución.

Tal vez es la hora de nuestro *congreso Guardone*, como un instrumento para superar la crisis del modelo de autogobierno.

⁶ "Una real neutralidad sería posible solo para una magistratura operante en una sociedad donde prevaleciera una real armonía de intereses y valores, pero la presencia de casos difíciles muestra que esta armonía no existe siempre", en Shapiro, *Law and Politics in the Supreme Court, New Approaches to Political Jurisprudence*, New York, The Free Press, 1964, pág. 22.

⁷ "a la magistratura ordinaria... le compete el control de la conformidad del derecho aplicable a la Constitución y de dar vida, también, a la misma Constitución en el continuo contacto con los hechos concretos", añadiéndose que "si se quiere que la dirección política del país resulte conforme con la Constitución, debe exigirse una independencia absoluta de los jueces ordinarios y administrativos y del Ministerio Público respecto al Ejecutivo" Conclusiones del Congreso de Guardone, en Guarneri, C. *Giustizia e Política*, op. cit., pags. 120 y ss.

IV. NECESIDAD E INSUFICIENCIA DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE DETERMINADOS CARGOS JUDICIALES

Si la crisis del modelo de autogobierno pende en buena medida de su praxis decisonal, de la incapacidad del Órgano para ajustar su funcionamiento a un método deliberativo, la modificación del régimen de designación de los magistrados del Tribunal Supremo resulta, desde una elemental valoración en términos de racionalidad pragmática, una solución necesaria para intentar reajustar su funcionamiento a las condiciones de legitimidad exigidas por el Tribunal Constitucional.

No es asumible que las decisiones más importantes del CGPJ puedan seguir adoptándose de espaldas a los valores éticos del consenso y de la discusión deliberativa, racional y razonable.

La próxima e irresistible ascensión del Tribunal Supremo como órgano co-configurador del Ordenamiento Jurídico, como protagonista esencial del desarrollo del propio Sistema Constitucional, reclama que sus magistrados sean nombrados en las mejores condiciones "metodológicas", que puedan propiciar, mediante el acuerdo racional y controlable de los encargados de su designación, que los elegidos sean los más idóneos, los más capaces, técnica y humanamente, para asumir la decisiva función que se les confía.

No es compatible con el papel de los jueces en el Estado Constitucional, el establecimiento de *micro-procedimientos* de raíz y modos exclusivamente burocráticos, ocultos, desresponsabilizados, inmotivados, para el nombramiento de los jueces llamados a decidir el *Derecho*, en condiciones, próximas, de máxima vinculación vertical.

La exigencia de una mayoría cualificada en el cuerpo electoral es, desde luego, un primer paso, para romper dinámicas de sectarismo, pero es obvio que no constituye la solución a todas las deficiencias que presenta el modelo. Exigencias de racionalidad ética y teleológica reclaman profundizar en el mismo, introduciendo mecanismos de control eficaz y de motivación material de las decisiones como antídoto contra la arbitrariedad⁹, de publicidad externa e interna de los currículum de los candidatos, de entrevistas o *hearings* previos, al modo de la práctica federal norteamericana, que permitan valorar sus idoneidades y sus trayectorias profesionales, de control por parte de la opinión pública y, en especial, de los colectivos profesionales (abogados, cate-dráticos de Ciencias Jurídicas, procuradores). Algunos modelos continentales han iniciado un complejo y difícil, pero ineludible, camino hacia la mayor legitimación democrática y procedimental de los nombramientos de los altos magistrados. El sistema belga es un buen ejemplo de lo anterior y re-

clamaría por su novedad y rigor una especial atención reflexiva⁹.

No es el análisis particularizado del sistema de elección de los magistrados del Tribunal Supremo, sin embargo, el objetivo de estas notas. El tortuoso proceso de reforma del sistema de designación, al margen de su necesidad pragmática y de su mayor o menor oportunidad política, lo que pone de manifiesto es el fracaso de un modo de ejercicio del Gobierno Judicial. Los motivos de la crisis no residen, como se ha afirmado, en que la reforma comprometa la independencia de los jueces, lo que resulta ontológicamente imposible pues el CGPJ no es titular de dicho principio/valor constitucional, ni en la mayor politización del sistema de nombramientos, lo que tampoco es posible pues el sistema vigente responde al mismo nivel cuantitativo de politización que el que se ha derogado.

El fracaso viene referido a la incapacidad del Consejo demostrada, casi desde el inicio de su singladura institucional, para ajustar su práctica decisonal a las exigencias éticas y procedimentales que reclama la regla constitucional de distribución de poder.

Considero legítimo que el Parlamento, mediante la Ley democráticamente aprobada, fuerce a un órgano constitucional, que ha demostrado sobradamente su incapacidad para hacerlo, a ajustar su praxis a elementales reglas de consenso reclamadas por la Constitución, pero ello no es suficiente para superar la crisis institucional. Dos son las coordinadas sobre las que debe, a mi parecer, diseñarse el cuadro de soluciones.

Por un lado, debe profundizarse en términos de reforma legal para que los procesos decisionales del CGPJ sean abiertos y deliberativos y que sus decisiones se motiven de forma razonable y razonada, para permitir, de ese modo, su control tanto por los tribunales como por la esfera pública que envuelve todos los actos de poder en una sociedad democrática.

Por otro, debe evitarse, a la postre, y en clave de futuro, que el mecanismo de designación de los vocales pueda seguir siendo utilizado para colocar a los míos en la cuota pactada. Los partidos políticos responsables de la administración de las reglas de designación de los vocales no pueden seguir utilizando la mayoría cualificada como una suerte de negocio fiduciario que sirva para trasladar al Consejo la estricta correlación de fuerzas parlamen-

⁹ Ley de tres de mayo de 2003, por la que se regula un preciso y complejo mecanismo de evaluación de los candidatos que incluye examen del currículum, audiencia a los interesados, análisis de su trabajo judicial previo, por una comisión nacional cuyas decisiones reclaman mayorías cualificadas de dos tercios.

Por ejemplo, para la designación de magistrados con funciones gubernativas, como titulares de órganos complejos, la ley reclama que los candidatos aporten un proyecto que sirva para acreditar su capacidad para dirigir de forma eficaz una organización, promoviendo un servicio de calidad y, al tiempo, accesible. Este punto comporta ocho ítems de evaluación: la integridad, la visión organizativa, el conocimiento del contexto exterior, la aptitud para dirigir un grupo, la planificación, la organización, el control del trabajo, el espíritu de decisión y el sentido del servicio público, estableciéndose otras competencias específicas para cada uno de los veinte puestos que orgánicamente se califican como *chefs de corps*.

⁹ Imprescindible en este punto, la aportación de Juan Igartua Salaverria en su libro *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* Editorial Cívitas, Madrid, 1998.

tarias, con la connivencia o el silencio cómplice de las asociaciones judiciales favorecidas por el reparto, desoyendo, siempre, las razones y advertencias constitucionales que permiten el encaje del modelo de autogobierno en la Constitución.

El Parlamento está fuertemente vinculado a la regla constitucional de distribución del poder y debe exigírsele responsabilidad política y ética para que dicho proceso se ajuste al contenido de aquella.

El proceso de elección de los vocales llamados a conformar el órgano de gobierno, no puede hacerse prescindiendo de la necesaria validación, discutida y contrastada, de la idoneidad del candidato para el ejercicio de un cargo que reclama especiales dosis

de valor personal y profesional, de independencia de criterio, de capacidad deliberativa.

Está en juego la compatibilidad del modelo de autogobierno judicial con la Constitución.

Está en juego la eficacia funcional de un Órgano que a día de hoy se encuentra sumido en una grave crisis institucional que se proyecta, inevitablemente, no sólo en el buen gobierno judicial ad intra sino en la imagen del Poder Judicial como agente efectivo, independiente e imparcial, en la defensa de los derechos y libertades de todos los ciudadanos.

Está en juego, nada más y nada menos, que la confianza de la sociedad en sus jueces.

Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos*

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

LA ACTUAL DEGRADACION DEL SISTEMA

De las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial sobre sus administrados, los jueces, la de nombramientos en régimen de discrecionalidad es, seguramente, la más relevante. Esto, en la perspectiva del concreto afectado, por su incidencia en la propia estima y en las expectativas *de carrera*. Y, en un plano más general, porque, por ese medio, se promocionan valores o contra-valores éticos y profesionales, con inevitable repercusión en las actitudes de quienes ejercen la jurisdicción y en la opinión de la ciudadanía acerca de ésta.

En efecto, la política de nombramientos comporta una valoración pública (positiva o negativa) de las capacidades, preparación y actuaciones del solicitante; condición que todos los miembros del escalafón tienen alguna vez. Y se trata de una apreciación mediante la que, objetivamente, se propone y promueve (e implícitamente se descalifica) algún modelo de juez. Es por lo que los criterios de que se haga uso en la materia gozan de indudable eficacia paranormativa en relación con los comportamientos de los jueces.

Desde otro punto de vista, al ser la administración de justicia, en la mayor medida, una actividad que se resuelve en la valoración de conductas, su desempeño en condiciones ideales demanda de quienes la realizan probidad, imparcialidad, y equilibrio. Por eso, la plasmación de estos valores en las actuaciones del Consejo representará un referente ético y un estímulo para los integrantes de la magistratura. Mientras, por el contrario, cualquier forma de arbitrariedad o de uso no justificado de la discrecionalidad en materia tan sensible, será inevitable fuente de desmoralización para aquéllos y de grave deslegitimación para el Consejo.

No es nada exagerado decir que, en la actualidad, y prácticamente desde el inicio de la andadura del

órgano, se está en esta segunda situación. Ello debido a que la política de nombramientos se ejerce en un marco de práctica ausencia de autorregulación, en el que impera la discrecionalidad incontrolada, abierta con la mayor frecuencia al juego de factores de oportunidad y a la discriminación por razones de adscripción asociativa o puramente ideológicas, que es como decir políticas. Algo patente a gran formato, por ejemplo, en el caso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en particular, cuando las actuaciones de selección tienden a promover una cierta correlación *de fuerzas*, a veces, incluso, ante el enjuiciamiento próximo a producirse en una causa concreta, buscando incidir en él.

A la conjunción de éstos y otros elementos, se debe la objetiva apertura de los correspondientes procesos de selección a un verdadero *tráfico de influencias*, en ocasiones directamente políticas o político-partidistas. Y, también, que el modo habitual de gestionar ese área no asegure la promoción de los mejores, en claro perjuicio de la calidad, moral y técnica, de la justicia. Así, lo que debería ser ejemplar paradigma de buen hacer, es fuente de graves injusticias, agravios comparativos e inseguridad jurídica entre los jueces; donde el Consejo cosecha por tal razón un gravísimo desprestigio, que trasciende ampliamente los límites del mundo judicial.

En efecto, no es infrecuente que magistrados muy reconocidos por su trabajo jurisdiccional y, en ocasiones, también doctrinal, resulten postergados frente a otros de notable menor cualificación, en virtud de criterios implícitos que nada tienen que ver con los valores y con la ejecutoria profesional. Algo que también ha sucedido con algún cualificadísimo exponente de la cátedra. Y tales modos de operar se defiendan con la mayor naturalidad en medios del propio Consejo —eso sí, en conversaciones privadas— con argumentos de cínico *realismo político*.

Estas consideraciones y otras posibles, hacen que, en vista de la relevancia del asunto, y por la objetiva gravísima degradación de las prácticas en que se concreta, con las desastrosas consecuencias apuntadas, sea inaplazable un replanteamiento a fondo de los criterios imperantes en el tratamiento de que se le hace objeto.

NECESIDAD DE DEFINIR UNA ALTERNATIVA CREEBLE Y PRACTICABLE

Afrontar el tema con rigor requiere un ejercicio de reflexión autocrítica, que desemboque en la explícita ruptura con los usuales modos de operar, y que vaya seguido de la definición de una alternativa real y creíble en la materia.

Esta tarea precisa un esfuerzo orientado a:

— Determinar, con el máximo de adherencia a la realidad, los perfiles objetivos de los puestos de tra-

* El 24 de septiembre de 2004 publiqué en el diario "El País" un artículo titulado *Política y política de nombramientos judiciales*. Algún tiempo después recibí una llamada de Agustín Azparren, vocal del Consejo General del Poder Judicial, diciéndome que tanto él como el también vocal Alfons López Tena querían hablar conmigo. En la conversación que mantuvimos me hicieron saber que les había interesado el planteamiento y me propusieron que lo desarrollase mínimamente con objeto de hacer lo que podría ser un documento de trabajo, dirigido a promover un debate sobre el asunto en el marco del Consejo. Como es natural, no tuve ningún inconveniente en contribuir a ese debate, antes al contrario, y redacté este texto. Al entregárselo, expliqué a mis interlocutores que prefería una difusión sin firma, puesto que se trataba de un simple *material* para la discusión y que ésta no era *conmigo*, sino *sobre* el asunto, lo realmente importante. Pero lo cierto es que el papel ha circulado, ampliamente, desde el principio con mi nombre y que de él, y de esta manera, han dado cuenta varios medios de comunicación. Por eso y con el fin de ampliar, en lo posible, esa discusión necesaria, he decidido publicarlo, con algunas modificaciones accidentales. Obviamente, contando con el asentimiento de los vocales a que me he referido, a quienes agradezco su inicial estímulo y su amable disposición.

bajo, mediante la fijación de sus rasgos relevantes, a tener en cuenta en los procesos de selección.

— Objetivar los criterios de evaluación confiriendo una prioridad esencial, sobre cualquier otra clase de méritos, a la capacidad de independencia y a la profesionalidad acreditada en el ejercicio de la jurisdicción, entendida como función constitucional de garantía de derechos.

— Atribuir la actividad de evaluación inicial a órganos *ad hoc*, no implicados en la resolución de los concursos, aptos, por su composición plural, para operar con imparcialidad conforme a criterios de apreciación esencialmente profesionales.

— Establecer un sistema adecuado para recabar los datos precisos de cuantas fuentes se hallen en condiciones de ofrecerlos con la necesaria fiabilidad.

No resulta obvio señalar que en este marco con el vocablo "profesional" se hace referencia a un cuadro de valores que está más allá de las habilidades técnicas y de la capacidad de *despachar* o *mover* —burocráticamente hablando— una carga de trabajo en la degradada clave *productivista* de "baremo", que hoy ha terminado por imponerse. Pues decir —constitucionalmente— el derecho, en el contexto de un orden jurídico y una realidad tan complejos como los actuales, exige del juez habilitación *técnica*, pero no solo. Y, desde luego, choca de manera abierta con el *economicismo* en la administración del propio *rendimiento* y con un planteamiento meramente *eficientista* de éste. Reclama laboriosidad, es cierto, pero fuertemente impregnada de sensibilidad a los valores fundamentales en presencia, de racionalidad crítica y autocrítica, de apertura cultural y de capacidad de interlocución, entre otras cosas.

EL PERFIL DEL ORGANO Y DEL CARGO

Todas las funciones relacionadas con el enjuiciamiento tienen una similitud sustancial, aun cuando no puedan ser mecánicamente asimilables; y difieren de las de "administración de la jurisdicción". En efecto, éstas, es decir, las de carácter gubernativo estricto, como las vocalías del Consejo y presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, reclaman dotes de organización y de gestión, capacidad de proyecto y particular aptitud para las relaciones, personales e institucionales. De las primeras, algunas, como las propias de la casación, exigirán un nivel de formación teórica por encima de la media en el ámbito disciplinar que corresponda, en cuanto preordenadas a elaborar criterios interpretativos capaces de suscitar aceptación, en razón de su autoridad cultural y técnica. Y, en fin, los puestos con algún grado de especialización, impondrán procesos selectivos adecuados para la evaluación de los conocimientos específicos.

Además, y es muy importante, ocasionalmente, puede darse la circunstancia de que el órgano vacante se halle afectado por problemas coyunturales, tales como los derivados de una excesiva carga de trabajo, defecto o mala calidad del personal, o algún tipo de conflicto que hubiera podido afectarle. En tales supuestos, y dado que se tratará de hacer frente

a una especial situación crítica, habrá que determinar con precisión las necesidades, a fin de que puedan tomarse en consideración para primar aptitudes profesionales tal vez no requeridas en circunstancias de normalidad.

Los primeramente aludidos rasgos-estándar del órgano o puesto de trabajo tendrían que ser identificados y *codificados* con la posible objetividad, de manera que quepa operar con ellos como estables criterios de referencia. Su elaboración es un trabajo que podrían desempeñar comisiones suficientemente representativas, integradas por profesionales experimentados, de la justicia y, quizá, del foro. Estas deberían oír a quienes sirvan o hayan servido destinos de esa clase, y cuenten, por tanto, con experiencia al respecto. Y, obviamente, deberán hacer uso de todos los datos de que el Consejo disponga en virtud de sus propias fuentes.

CRITERIOS DE VALORACION

Serán una suerte de guía en la ponderación de las aptitudes y méritos de los candidatos con tendencial objetividad. Entre tales criterios, habrá que distinguir unos de carácter general, referidos a las cualidades a primar en todo caso, y otros específicos, en función del concreto perfil del cargo o del puesto.

La dedicación regular al ejercicio de la jurisdicción será mérito preferente sobre cualquier otra, incluidas las consistentes en el desempeño de funciones con un tratamiento orgánico equiparable. Carece de toda justificación el hecho —profunda y lamentablemente instalado en la realidad institucional— de que tareas no jurisdiccionales, por lo general más cómodas y, paradójicamente, mejor o mucho mejor pagadas, conlleven *de facto* el *premio* añadido de una mayor *cotización* en los concursos para cubrir ciertas plazas. A veces, por el intolerable plus (*clientelar*) de ventaja que supone gozar del *favor* de los propios responsables de la decisión del concurso, en cuya proximidad se ha ejercido el oficio no jurisdiccional de procedencia. Y otro tanto hay que afirmar del dato recurrente de que el desempeño de ciertos cargos (gubernativo-judiciales o políticos) lleven aparejado el tácito ingreso en una informal *escalilla* o atípico escalafón dentro del escalafón, de manera que el retorno al puesto jurisdiccional de procedencia comportaría una suerte de *descenso* o *desdoro*. Cuando tal opción, aparte de representar en este contexto el destino más digno, es la única alternativa ética y legalmente defendible; e, incluso, profesionalmente lo más adecuado para favorecer el conveniente o necesario reciclaje.

En general, son elementos a considerar:

— La capacidad de independencia, demostrada, en su caso, en la gestión de procesos dotados de especial dificultad, por ejemplo, por razón de los sujetos implicados, y en función de otros datos.

— La calidad media de las decisiones.

— La laboriosidad y la dedicación acreditadas en los puestos desempeñados con anterioridad.

— La rapidez y diligencia en el despacho de los asuntos.

— La accesibilidad y la calidad del trato dado a los justiciables, a los colegas, a los funcionarios, a los profesionales y a las personas en general.

— La antigüedad: dato que, por su objetividad, deberá prevalecer en presencia de méritos claramente equiparables.

Serán objeto de apreciación específica las aptitudes, previamente catalogadas, requeridas en particular por la naturaleza de la función o del puesto.

En todo caso se atenderá a circunstancias objetivas e identificables en virtud de datos suficientemente diferenciados.

Al respecto, los de procedencia estadística, por su carácter meramente cuantitativo, nunca serán determinantes por sí solos, sino que deberán complementarse razonadamente con valoraciones de orden cualitativo, a tenor del contexto del órgano, en la situación concreta.

A estos efectos, no es posible prescindir del análisis de las resoluciones. Aquí no se trata de valorar el sentido de la decisión, ni en el plano técnico-jurídico, y menos en el ideológico o cultural. Se atenderá a la sistemática del texto, a la calidad descriptiva de los hechos probados, al orden en la presentación del cuadro probatorio, al rigor y la coherencia argumental en la motivación, tanto de la prueba como de las cuestiones de derecho, a la claridad expositiva.

Decidir en este punto exige contar con una muestra bastante de la actividad decisiva de los candidatos. Una muestra que será aleatoria, para evitar sesgos o manipulaciones interesadas, pero a la vez suficientemente representativa. Lo que hace necesario que para su obtención se sigan criterios preestablecidos, de general observancia. La atención no se limitará a las sentencias, sino que se extenderá a toda clase de resoluciones fundadas. Para facilitar esta tarea, es necesario que los informes de la Inspección incorporen un capítulo relativo a la calidad de aquéllas, exclusivamente dirigido a constatar si se las dota de motivación *ad hoc* o si, por el contrario, se hace uso de formularios, fórmulas estereotipadas, o se opera por remisión mecánica a otras resoluciones o a las actuaciones de autoridades administrativas. También debería contarse con información relativa a la estadística de nulidades determinadas por la falta de prestación de garantías procesales.

Podría ser de utilidad que los candidatos acompañasen a su solicitud una exposición de la labor realizada en el órgano de su actual destino, apta para complementar, explicar y contrastar la procedente de otras fuentes.

Aunque sea mérito preferente la calidad del desempeño del trabajo propiamente jurisdiccional, también se evaluará, de forma complementaria, el de carácter teórico o doctrinal. Este sólo puntuará cuando, de ser positivamente valorable, guarde correspondencia en ese plano de la calidad con la prestación profesional. Y será grave motivo de descalificación si, por no ser así, acredita un patente desequilibrio en la distribución del interés y el esfuerzo, en perjuicio de la segunda.

La colaboración en actividades de docencia del propio Consejo merece, obviamente, ser valorada. Y, cuando responda a la circunstancia de que quien

la presta haya acreditado una particular cualificación técnica en la materia de su dedicación, este dato tendrá una coherente repercusión en el orden curricular. Es objetivamente injusto que —como ha sucedido en ocasiones— la especial competencia profesional de que el Consejo se sirve para fines de formación, no sea, sin embargo, tenida en cuenta por él mismo al resolver concursos de méritos.

ORGANOS DE EVALUACION

Es una obviedad que donde mejor se conoce a los jueces y magistrados es en su entorno de trabajo, y que los auténticos depositarios de ese relevante caudal de conocimiento son los profesionales, de la jurisdicción y del foro, que actúan en el propio medio. En consecuencia, ni esa información ni esas fuentes deben ser desatendidas al valorar méritos como los que aquí en realidad importan. Entre otras cosas, porque mueve a escándalo que “secretos a voces” sobre, por ejemplo, la falta de empeño, dedicación o capacidad de un juez o magistrado, perfectamente conocida en su ambiente y fácilmente constatable, puedan carecer de incidencia, como sucede en ocasiones, en la resolución de un concurso.

Es cierto que las viejas inquisitoriales prácticas de los “informes reservados”, con sus demoleedores efectos, han dejado una estela de desconfianza que sigue proyectándose sobre la idea de una evaluación interna y sistemática de la calidad de las actividades jurisdiccionales. Pero, al mismo tiempo, es patente que la circunstancia de no contar con ésta implica un déficit de conocimiento de la realidad, que impide actuar racionalmente sobre la misma. Y provoca el riesgo objetivo de que buenos y malos jueces puedan merecer idéntica o similar consideración, con la consiguiente injusticia. Por lo demás, es una clase de información que puede obtenerse con todas las garantías para el interesado.

Parece, pues, necesario que el Consejo, en la perspectiva de un nombramiento discrecional, disponga de los datos necesarios y suficientemente contrastados; que, de una parte, le permitan operar con buen conocimiento de causa y dotando de justificación suficiente a sus decisiones y, de otra, hagan más visibles, y más difíciles, las eventuales desviaciones interesadas en función de criterios que no sean de mérito.

Es claro que valoraciones como las de que aquí se trata, reclaman la existencia de instrumentos institucionales idóneos para hacer que en ellas prevalezcan los criterios a los que ética y normativamente deben ajustarse. Es por lo que habrá que contar con órganos que, dotados de la necesaria capacidad técnica y con un estatuto que asegure su imparcialidad, estén en las mejores condiciones para actuar de la manera más objetiva. Así, debe pensarse en una suerte de comisiones judiciales de evaluación, ubicadas en el ámbito del Servicio de Inspección, que dispongan de los datos acopiados por éste y puedan obtener por sí mismas los demás necesarios para apreciar en concreto la calidad de las actuaciones profesionales objeto de dictamen. Como ya se dijo, no se trata de

instituir una suerte de nueva instancia, pues la materia de estimación no es el acierto o desacierto de las resoluciones, sino la calidad del compromiso profesional que en ellas se exprese, desde todas las perspectivas que ya se han apuntado.

Por la misma razón, debería contarse con la información procedente de los profesionales del foro. Ciertamente cabe abrigar alguna desconfianza al respecto, debido a que sobre sus juicios podrían pesar, eventualmente, condicionamientos interesados. Pero es un riesgo susceptible de ser neutralizado en la mayor medida, mediante la protocolización de ciertas pautas operativas. Entre éstas la de que cuando no se esté en condiciones de aportar una información relevante, bastaría con manifestarlo. Mientras que, en otro caso, el juicio o parecer, tanto positivo como negativo, tendría que concretarse y contar con apoyo expreso en datos.

LA NECESIDAD DE CUMPLIR EL DEBER LEGAL DE MOTIVAR LOS NOMBRAMIENTOS

Se trata de una exigencia que nadie ajeno al poder de nombrar pone en cuestión, pero que, paradójicamente, nadie que se halle en situación de ejercerlo observa ni está dispuesto a observar. Esto, a pesar de que el deber de motivar "los acuerdos", es decir, *todos* los acuerdos, responde a un imperativo legal (art. 137,5 LOPJ). Introducido en 1994, sin duda con el fin, evidentemente frustrado, de incidir en el lamentable estado de cosas que se ha descrito.

Los actos que consisten en decidir, es obvio, tienen motivos, responden siempre a un porqué. Cuando éste aparece compartido por una pluralidad de sujetos, como es el caso, lo normal es que haya alcanzado cierto grado de objetivación, que haya sido mínimamente racionalizado. Pero, no obstante, hay *porqués* que nunca podrían exteriorizarse por falta de legitimidad. Tanto es así que cualquier conocedor de esta materia sabrá de *razones* para nombrar o no nombrar, que se barajan y circulan con normalidad en el ámbito de los responsables, pero se hurtan al público y nunca se pondrían por escrito. Pues bien, ¿será mucho pedir que todos los nombramientos obedezcan a razones publicables y que, además, se publiquen?

Cierto es que practicar la motivación no es fácil, y complica los procesos decisionales. Pero tal es, precisamente, una de las causas que hacen del deber a examen una garantía esencial. Que, como en el caso de las resoluciones judiciales, se proyecta en una doble vertiente: *ad extra* y *ad intra*.

En la primera, porque, como bien se sabe, los afectados por las decisiones, y la ciudadanía, tienen derecho a conocer la *ratio decidendi* que las inspira. Es algo tan elemental, que desazona y constituye por sí mismo una denuncia el hecho de que, a estas alturas, haya que seguir plasmándolo como reivindicación. Más aún, en materia tan sensible como ésta, y frente a una institución como el Consejo que mal podría argumentar ignorancia al respecto.

En la segunda, porque, como le consta a cual-

quier juez, situarse ante un cuadro de elementos de juicio con honestidad intelectual, exige operar reflexivamente *sólo* dentro del terreno de *lo justificable*. Y hacerlo así es el mejor, más bien, el único antídoto frente a la arbitrariedad y el error.

Sentados estos presupuestos, no resulta aventurado afirmar que la resistencia sistemática a cumplir el deber legal de motivar los nombramientos judiciales, responde al propósito de preservar un ámbito de poder incontrolado, es decir, connotado de ilegitimidad esencial. A sabiendas de que hacerlo es rigurosamente antijurídico y una fuente objetiva de arbitrariedad y de injusticia.

Es verdad que en este asunto, como en algunos otros, seguramente, cabrá registrar matices diferenciales en la calidad de las actitudes en presencia en el Consejo, de mayoría o de minoría, de poder o de oposición. Pero, se sabe por experiencia, que tales actitudes son perfectamente intercambiables, y suelen cambiar de hecho con el simple cambio en las posiciones dentro de aquél, a despecho del *color*. Y no sólo esto, porque, en general, los grupos mayoritarios y minoritarios han demostrado regirse en su interior y en la relación (de regular subalternidad) con los partidos por pautas muy similares. Al punto de que no sería fácil encontrar alguien con legitimidad para "tirar la primera piedra".

Es por lo que, si algo necesita el sistema, es una profunda reconversión moral, movida por la conciencia de que así no se puede continuar. Aquí lo utópico no es reclamar la transformación en clave principialista. No. Lo que se sitúa fuera del tiempo y de la realidad es la sola idea de que un estado de cosas del grado de deslegitimación y de desgaste del que se ha consolidado en la *política* de nombramientos, pueda perpetuarse sin costes que representen un verdadero suicidio para la institución.

Un planteamiento como el apenas esbozado tampoco sería realista si no hiciera, al menos, una indicación relativa a la causa última de lo que sucede. Es pacífico que tiene mucho que ver con el sistema de designación de vocales del Consejo, igualmente contaminado de partitocracia en todos sus ensayos (1980, 1985 y 2001). Aunque esta constatación genética no explica todo ni cierra el círculo de las responsabilidades. Porque lo cierto es que cada vocal nombrado, por el sistema que sea, tendrá siempre la suya propia y personalísima.

Pero, en fin, tampoco podría concentrarse en el Consejo, y ni siquiera en él y los partidos, el total de aquéllas. Nada de lo que ha sucedido y de lo que sucede —también de lo que vaya a suceder— en ésta y otras materias conexas, es ajeno a las asociaciones judiciales y a la magistratura no asociada. Por eso incumbe en primera persona a los integrantes de unas y otra, que, además de padecer la situación, la han consentido de algún modo, el deber moral y jurídico de confluir críticamente, con decisión, en esa línea esencial de principios básicos a los que se ha hecho referencia, para lograr que brillen en las actuaciones del Consejo. Bien visto, y puesto que se trata de jueces, no parece demasiado pedir. Es sólo procurar el cumplimiento de una exigencia ética elemental, que goza además de reconocimiento constitucional y legal.

La nueva oficina judicial: luces y sombras*

Francisco J. VIEIRA MORANTE

Desde antiguo se ha sentido la necesidad de introducir cambios en la configuración de la oficina judicial para adaptarla a las nuevas exigencias de organización.

No se corresponde con la gestión ágil y eficaz que reclama la sociedad actual la excesiva acumulación de funciones en los jueces y magistrados diseñada por las actuales leyes de procedimiento en consonancia con la anterior configuración de la oficina judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Hasta ahora, la concentración de la práctica totalidad de las resoluciones en los titulares de los órganos judiciales ha impedido a los jueces y magistrados centrarse en su labor primordial: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Desde la admisión a trámite de denuncias, querellas y demandas, hasta la decisión sobre todos y cada uno de los documentos presentados ante los tribunales, pasando por el dictado de cada resolución interlocutoria y la decisión de todo tipo de incidentes surgidos en los más variados procesos, la labor jurisdiccional se ha dedicado, en gran medida, a actividades que podían y debían ser encomendadas a otros colaboradores de la Administración de Justicia. La frecuente e interminable sesión diaria de firma de actuaciones por los jueces en sus juzgados y los presidentes de los tribunales, y en alguna inferior medida por el resto de los magistrados, da una idea cabal del esfuerzo baldío que viene realizándose, perdiéndose así un valiosísimo tiempo en formalismos para signar resoluciones de las que debía responsabilizarse el funcionario encargado del trámite correspondiente.

Por contra, es tradicional la infrutilización de las facultades de valiosos colaboradores de la Administración de Justicia, cuya superación de dificultosos procesos de selección aconsejaría una intervención más directa en los procesos judiciales.

Los secretarios judiciales, en primer término, han sido habitualmente relegados a un papel secundario en la oficina judicial: centrados antiguamente en labores arancelarias y dedicados actualmente —hasta tanto no se adapten las normas procesales a los nuevos principios de la oficina judicial— a labores de “dación de cuenta”, de fedatarios públicos y organizativas que permiten utilizar una mínima parte de su potencialidad.

Y respecto del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, los oficiales, ahora integrantes del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, y quizá en menor medida los auxiliares —actuales miembros del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa— han venido desempeñando funciones de las que podían directamente estar al cargo y responsabilizarse de su puesta en marcha, sin contar necesariamente como hasta

ahora con la necesaria intervención del titular o titulares del órgano judicial y del correspondiente secretario judicial.

Para cambiar esta situación y posibilitar la gestión común de determinados trámites, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre ha introducido importantes modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dedicará ahora ésta íntegramente su Libro V a los secretarios judiciales y la oficina judicial, en el que diseña una estructura diferente de esta “organización de carácter instrumental” dedicada de forma exclusiva a prestar “soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional”, según la define, para lo que incrementa las funciones de los Secretarios —potenciando sus capacidades profesionales—, cambia el nombre a los Cuerpos de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y les asigna nuevas funciones.

En desarrollo de estas ideas, plasmadas en su Exposición de Motivos, los artículos 435 y siguientes de la LOPJ así reformada diseñan una oficina judicial que gira alrededor del elemento organizativo básico de su estructura —con la denominación de “unidad”— y que bifurca en dos tipos: unidades procesales de apoyo directo y servicios comunes procesales.

Las primeras —unidades de apoyo directo (en adelante UAD)— estarán encargadas de la directa asistencia a jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones y habrá tantas como juzgados, salas o secciones de los tribunales. Al frente de ellas habrá un secretario judicial, aunque podría encargarse de dos o más de unidades. Su cometido será prestar el auxilio necesario al juez del juzgado o a los magistrados de la sala o sección correspondiente para el ejercicio de sus funciones. La extensión, pues, de las funciones de estas UAD y su composición dependerá de la creación o no del Servicio Común procesal de Ordenación del procedimiento que luego veremos, pues, caso de no existir éste (en lugares en los que no exista más que un juzgado o una sola sección), la UAD asumirá íntegramente la tramitación de los procedimientos. Y las funciones de la UAD igualmente se incrementarán en caso de no existir, por los mismos motivos, otros servicios comunes procesales.

Y los Servicios Comunes Procesales (en adelante, para abreviar, SCP), no integrados en un órgano judicial concreto, estarán encargados de labores comunes a varios juzgados o tribunales.

Diferencia la LOPJ dos tipos de SCP: por un lado, aquellos que tienen funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria; y, por otro, los que asumen la ordenación del procedimiento. Su diseño, creación y organización compete al Ministerio de Justicia y (quizá el art. 438.3 debió emplear el término disyuntivo “o”) a las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios.

* Texto de la intervención en el Jueves del Observatorio del Instituto de Empresa, celebrado el 27 de enero del 2005.

Sólo cuando se trate de creación de servicios comunes procesales que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas a las anteriores será necesario el informe favorable del CGPJ.

También al frente de estos SCP —que podrán estructurarse en secciones y éstas, a su vez, en equipos— habrá un secretario judicial, del que dependerán funcionalmente el resto de los secretarios judiciales y el resto del personal.

Como complemento de esta organización, se contemplan también en su diseño, aunque no integradas propiamente en la "oficina judicial", las llamadas "unidades administrativas". De carácter complementario a la labor de apoyo jurisdiccional que se desarrolla en las "oficinas judiciales", estarán dedicadas a facilitar los medios materiales necesarios, entre ellos los medios informáticos y nuevas tecnologías, la gestión de los recursos humanos y facilitar la realización de las labores gubernativas o administrativas propias de las presidencias de los tribunales y decanatos.

Cuando se desarrolle, pues, esta modificación de la LOPJ —está ya próximo el vencimiento del plazo máximo de 15 meses marcado en la Disposición transitoria cuarta para la organización de las Oficinas Judiciales, aprobación de las relaciones de puestos de trabajo y acoplamiento de los funcionarios, tras no haberse cumplido ya los plazos de desarrollo reglamentario relativo al personal ni de remisión de los proyectos de ley de modificación de las leyes de procedimiento— cada juzgado o tribunal tendrá una oficina de apoyo exclusivo al órgano judicial con una composición restringida, y las actuaciones en cada proceso se disgregarán entre las realizadas por la UAD y las desempeñadas por los distintos servicios comunes.

Sobre el papel, esta organización permitirá la aplicación de sistemas modernos de automatización en la gestión de los procedimientos, la mecanización de los trámites, lo que podrá derivar en una gestión más ágil y eficaz. Separada la actividad procesal de resolución, por un lado, de la de tramitación, por otro, y encomendada ésta a los secretarios judiciales, la intervención de los jueces y magistrados se centrará en la adopción de las decisiones más trascendentes del proceso, apoderando a los secretarios judiciales para el resto de las resoluciones necesarias en el camino que debe recorrerse en el proceso hasta llegar a su definitiva conclusión. Y dentro de cada SCP, la creación de secciones y equipos con cometidos homogéneos permitirá una paulatina especialización de los funcionarios en tareas concretas que facilitará el perfeccionamiento en la tramitación.

El inevitable traslado de los "autos" desde los SCP a las UAD, desde éstas a aquéllos, de un SCP a otro e, incluso, de una sección o equipo a otro, exigirá, no obstante, la adopción de sistemas organizativos que impidan las demoras y pérdidas de información que puedan derivarse de esos cambios.

Desde otro punto de vista, el cambio en la estructura de las nuevas oficinas judiciales, con drástica reducción del número de funcionarios dependientes directamente de cada órgano judicial y composición

más numerosa de los SCP obligará a una variación radical de la ubicación de las distintas oficinas.

Pero lo más discutible es la estructuración de los secretarios judiciales y la restricción de facultades de los presidentes, magistrados y jueces sobre las oficinas judiciales instrumentadas para el cumplimiento de sus funciones.

Se ha producido un desplazamiento de los propios jueces y magistrados en sus facultades sobre la propia oficina judicial.

A pesar de la declaración programática que contiene el artículo 435 LOPJ al decir que "la oficina judicial es la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales", da la impresión que es la actividad jurisdiccional la que se ha puesto al servicio de la oficina judicial.

De una situación en la que los jueces y magistrados eran los titulares del órgano judicial y, por consiguiente, directores de la "secretaría" u oficina judicial puesta a su servicio —el artículo 165 LOPJ reconocía a los presidentes de las Salas de Justicia y a los Jueces la dirección e inspección de todos los "servicios y asuntos"— se ha pasado a convertirlos en meros "convidados de piedra" de las oficinas judiciales. A partir de ahora, dicho artículo 165 en su nueva redacción sólo les permite la dirección e inspección de "todos los asuntos", desapareciendo su control sobre los "servicios" encargados de la gestión de los procedimientos.

Bajo el pretexto de la modernización de la oficina judicial, se ha dificultado —si no privado— a los magistrados y jueces de todo control sobre ella. Podrán así dar directrices sobre el modo en el que deben tramitarse los procedimientos, sobre el contenido de las resoluciones, pero no corregir, por ejemplo, defectos organizativos que dificulten o retrasen la tramitación de los procedimientos. En tales casos, sólo les cabrá exponer al secretario judicial correspondiente la conveniencia de corregir los defectos, pero quedando al criterio del Secretario poner en marcha algún tipo de medidas, sin estar obligado a cumplir directrices de los tribunales.

Los secretarios judiciales, con la nueva LOPJ reformada, ya no dependen en su jefatura directa del personal de la Secretaría de la "superior dirección de los jueces y presidentes" como decía el antiguo 473.3 y repetía el artículo 484.4. Ahora los secretarios judiciales dirigen en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función (art. 457 LOPJ). En su relación con los jueces o tribunales, cumplirán y velarán por el cumplimiento de "todas las decisiones que adopten en el ámbito de sus competencias" (art. 452.2 LOPJ). A renglón seguido, se refiere en el número siguiente a que los secretarios judiciales cumplirán las instrucciones que reciban de sus superiores jerárquicos. Y finalmente en los artículos 463 y siguientes señala la estructura jerárquica de los secretarios judiciales, en la que para nada da cabida a jueces o magistrados, ni siquiera en su cúspide donde podría figurar el presidente del Tribunal Supremo, Audiencia

Nacional o Tribunal Superior de Justicia: establece la superior dependencia del Ministerio de Justicia y organiza una escala jerárquica, encabezada por el secretario de Gobierno —¡nombrado y removido libremente por el Ministerio de Justicia!—, seguido del secretario coordinador provincial, previendo la determinación de la dependencia jerárquica del resto de los Secretarios Judiciales en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

La regulación de las competencias de los secretarios de Gobierno y de los secretarios coordinadores confirma la gestión de la oficina judicial a espaldas de los jueces y tribunales. La inspección de los "servicios" corresponde a los secretarios de Gobierno, y la salvedad posterior del artículo 465 LOPJ a "la que corresponda" al presidente del Tribunal o de la Sala respectiva difícilmente puede llevarse a cabo cuando, como antes se dijo, el artículo 165 LOPJ ya no contempla como una de las facultades de los mismos la inspección de los servicios, suprimida respecto del texto anterior. También atribuye a los secretarios de Gobierno la competencia para cursar circulares e instrucciones de servicio y la de velar por el correcto cumplimiento de las que dirija el Ministerio de Justicia, aunque precisa que "en ningún caso podrán suponer una intromisión en el desarrollo de la actividad procesal de jueces o magistrados, ni contradecir las decisiones adoptadas por las Salas de Gobierno en el ámbito de sus competencias (art. 465.8 LOPJ). Y, en relación a los secretarios coordinadores, les atribuye la competencia para dictar instrucciones de servicio, controlar la correcta ejecución de las que imparta el Secretario de Gobierno y coordinar el funcionamiento de los servicios comunes procesales de su territorio.

Como vemos, ninguna intervención se contempla de los tribunales en la gestión de la oficina judicial.

Las Unidades de Apoyo Directo funcionarán según los criterios que exclusivamente dispongan los secretarios. Difícilmente podrá conseguirse, con este diseño, uno de los objetivos que —quizá ingenuamente— pretendíamos obtener los jueces y magistrados con estas unidades: disponer de unos colaboradores directos en la gestión de las resoluciones, que ayudaran en tareas auxiliares, como búsqueda de doctrina y jurisprudencia u organización y sistematización de documentación, lo que exigiría una sintonía particularizada de cada juez o magistrado con el funcionario que le ayudara en esas funciones, que sólo puede lograrse con una dependencia directa.

Y será dificultoso transferir a los Servicios Comunes Procesales las directrices que pudieran marcar los tribunales a los que deben servir en sus funciones. Para iniciar el funcionamiento de esos servicios y establecer los sistemas organizativos adecuados, ninguna voz se otorga a los magistrados y jueces, al menos los más próximos a la gestión encomendada al servicio común correspondiente. Salvo la intervención que podría estar reconocida a las Salas de Gobierno (y no de forma clara, a la vista de las competencias enumeradas en

el art. 152 LOPJ), no se articulan mecanismos ágiles para que los juzgados y tribunales participen en esa organización, como podrán ser los decanos y los presidentes de Audiencias Provinciales, sobre todo, o los presidentes de Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de lo Social y Civil y Penal en los Tribunales Superiores de Justicia o en la Audiencia Nacional. Estos decanos y presidentes están, incluso, en las condiciones idóneas para trasladar a los Servicios Comunes los criterios uniformes que aprobaran las Juntas de Jueces y Magistrados.

La independencia que requiere el ejercicio de las funciones jurisdiccionales puede así quedar en entredicho si esa independencia no tiene reflejo también en la tramitación de los procedimientos, en la que influye considerablemente la organización de la oficina judicial. Y, como vemos, se ha establecido una organización paralela al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, teóricamente puesta a su servicio, pero sólo tangencialmente, sin puntos realmente confluyentes.

Es difícil encontrar una estructura organizativa similar en cualquier otra entidad pública o privada o en cualquier sistema administrativo. Contrariamente a lo que ocurre en cualquier empresa o en otros organismos públicos, en la Administración de Justicia no existe una sola organización jerárquica piramidal en cuya cúspide esté una autoridad. Por ejemplo, hay dos organizaciones en los Tribunales Superiores de Justicia: una, encabezada por el presidente del Tribunal Superior de Justicia, del que dependen el resto de los magistrados y jueces de la Comunidad Autónoma; y, otra, a cuyo frente está el secretario de Gobierno, del que están subordinados el resto de los secretarios y personal al servicio de la Administración de Justicia integrantes de la oficina judicial.

Cuando aún se está cuestionando la vinculación del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, nos encontramos con que esta administración de la oficina judicial paralela a los jueces y magistrados ejercientes de las funciones jurisdiccionales (art. 298 LOPJ) está al cargo de personas ¡nombradas y removidas libremente! por el Ministerio de Justicia a propuesta, en su caso, del órgano competente de las Comunidades Autónomas! ¿No puede haber peligro de serio menoscabo de la independencia judicial?

Ya se empiezan a atisbar las primeras fricciones con esta configuración de la oficina judicial. El establecimiento de "oficinas de señalamientos", que pretenden ser gestionadas y controladas autónomamente por los secretarios judiciales al frente de ellas, está dando una primera idea de los conflictos que se van a originar. Es inconcebible que la intromisión en las facultades de los tribunales y juzgados se quiera llevar al extremo de privar a los jueces y magistrados de sus facultades de señalar los procedimientos que consideran están en condiciones de resolver en cada momento. ¿Será éste un preludio del intento de someter definitivamente a los jueces y magistrados a la disciplina del Poder Ejecutivo?

El Grupo de estudios de política criminal: Una iniciativa singular

José Luis DIEZ RIPOLLES

1. INTRODUCCION

Recientemente, los días 19 y 20 de noviembre de 2004, ha tenido lugar en la Universidad de Málaga la celebración del decimoquinto aniversario del inicio de actividades del Grupo de estudios de política criminal, para lo que se ha aprovechado su vigésimoquinta reunión plenaria. No creo exagerar lo más mínimo si señalo que el funcionamiento ininterrumpido durante todo ese tiempo de un colectivo de juristas —constituido por catedráticos y profesores titulares de derecho penal, jueces, magistrados y algunos fiscales—, que ha ido produciendo una serie de manifiestos y propuestas detalladas de regulación sobre materias político-criminales siempre controvertidas, constituye una sobresaliente iniciativa de la sociedad civil que tiene pocos equivalentes en España y fuera de ella.

Su papel de catalizador de la reflexión político-criminal española es innegable. Ha conseguido durante años mantener abierto un foro de debate donde muchos penalistas han visto confirmados o han tenido que corregir sus puntos de vista sobre temas político-criminales problemáticos, en un marco de discusión abierta que ha permitido asentar corrientes de opinión progresista.

Dado el lamentable estado en que se encuentra la legislación penal actual, su influencia sobre los legisladores, aunque acreditada en muy diferentes momentos, ofrece unos logros mucho más modestos. En una época en la que una buena parte de la izquierda se ha dejado atrapar paulatinamente en el reaccionario modelo penal de la seguridad ciudadana poco eco pueden tener propuestas que pretenden abordar el fenómeno de la delincuencia desde aproximaciones atentas a su complejidad social. Sin embargo, es difícil rebatir el hecho de que, con eco político o sin él, con mayor o menor acierto, el Grupo de estudios de política criminal lleva años constituyendo el referente español de un pensamiento político-criminal y jurídico-penal progresista.

Por todo ello, he creído conveniente recordar en estas páginas el decurso que ha llevado el Grupo desde sus inicios hasta el momento en que, once años más tarde, se constituye como asociación legal. Mi participación, junto a otros compañeros, en todo ese proceso me ha convencido de que su narración puede ser de utilidad para mantener la memoria del Grupo así como para, quizás, promover otras iniciativas similares en otros ámbitos de la reflexión jurídica.

No pretenden estas páginas, sin embargo, recoger los ricos debates que a lo largo de esos años se registraron en el seno del Grupo sobre muy diferentes temas político-criminales. El resultado de ellos ha tenido ocasión de plasmarse en los diversos do-

cumentos y publicaciones del Grupo¹, y ni mis capacidades ni mi memoria estarían a la altura de ese empeño. Pretendo simplemente retener el *humo* de la interesante experiencia que todos sus integrantes hemos tenido durante ese tiempo, narrando algunos sucesos del devenir cotidiano del colectivo.

Sólo me resta disculparme por las posibles inexactitudes que se hayan deslizado en la descripción de los acontecimientos, las cuales, aunque he procurado prevenirlas con algunas consultas a compañeros de la primera hora, las asumo con resignación.

2. EL NACIMIENTO DEL GRUPO

A comienzos del curso académico de 1989 me llama Borja Mapelli. Durante la conversación me propone que hagamos algún pronunciamiento colectivo sobre el asunto de las drogas. Él pensaba más bien en un documento para hacer circular y firmar entre los numerosos profesores críticos con la política criminal sobre drogas. El gobierno socialista se había plegado a las presiones internacionales. Con ganas de agradar, se había anticipado a la conclusión de los debates sobre lo que luego sería la Convención de las Naciones Unidas de 1988 mediante la aprobación en la primavera de ese año de una reforma penal que, no sólo contradecía la opción político-criminal que había asumido cinco años antes, en 1983, sino que en algunos aspectos punitivos iba incluso más allá de lo que meses más tarde se aprobaría en Viena. Yo le dije que era mejor montar una reunión y aprobar en ella algo. Al ser entonces decano de la Facultad de Derecho de Málaga no me iba a ser difícil organizarla. Además, se acababa de crear el Instituto andaluz interuniversitario de Criminología y había dinero procedente de la subvención recibida por la sección de Málaga.

Por otro lado, estaba al tanto por Ramón Sáez de que en el Congreso de Jueces para la Democracia de 1988 se había constituido una Comisión para defender la opción despenalizadora, de la que formaban parte, entre otros, Manuela Carmona y el mismo Sáez. Un poco más tarde, en otoño de 1988,

¹ Hasta estos momentos el Grupo de estudios de Política criminal ha dado a la luz las siguientes publicaciones: 1. "Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas". 1992. 2. "Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida". 1993. 3. "Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia". 1995. 4. "Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería". 1998. 5. "Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores". 2000. 6. "Una propuesta de justicia penal internacional". 2002. 7. "Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores". 2003. Todas las publicaciones son distribuidas por la editorial Tirant lo blanch.

habíamos coincidido Manuela y yo en Bruselas en la constitución de la Liga internacional antiprohibicionista (LIA). No recuerdo bien si ella me llamó para otro tema, o si le telefoneé expresamente para ello. Lo cierto es que hablamos del asunto y pensamos que sería bueno que la iniciativa se hiciera conjuntamente entre profesores y jueces. Así que fijamos una fecha para vernos en la sede de Jueces para la Democracia a fin de planear la reunión que habría de tener lugar en Málaga.

Antes de la reunión preparatoria de Madrid me había puesto en contacto con unos cuantos colegas, y percibí que había buen ambiente. A la reunión acudimos de la universidad Juan Carlos Carbonell y yo mismo, y en la sede de Núñez Morgado nos encontramos con Carmena, Sáez, y Ventura Pérez Mariño, que llegó un poco tarde. La reunión fue muy cordial. Ya en ese momento teníamos claro que había de ser una reunión de profesionales cualificados, para así desactivar las usuales críticas vinculadas a la escasa formación y limitados conocimientos de los firmantes de propuestas despenalizadoras. Se piensa que de la universidad deben acudir sólo catedráticos y titulares de derecho penal, aunque se discute si incluir procesalistas, constitucionalistas... Como el tema legal había tomado un sesgo claramente penal, se decide reducirlo a ese ámbito. Respecto a los jueces no se exige que estén actuando en la jurisdicción penal. No se excluye tampoco a los fiscales. La meta no es formar un Grupo permanente sino pronunciarnos aisladamente sobre la desastrosa política sobre drogas.

Los dos universitarios empezamos a hacer delante de los demás un listado de profesores a los que podríamos invitar porque pensábamos que estarían en nuestra línea. Recuerdo claramente que en esos momentos se produjo entre los jueces una actitud de expectación, a ver a quiénes incluíamos, la cual fue seguida de satisfacción y, también, de cierta incredulidad al ver algunos nombres. Pérez Mariño, cuando escribimos el nombre de Enrique Gimbernat, nos dice, escéptico, que le gustará ver si somos capaces de llevarlo a la reunión de Málaga. La lista, desde luego, gustó mucho y a Carbonell y a mí nos parecía perfectamente factible. Estaba claro que habían subestimado nuestra capacidad de convocatoria en la universidad. Los jueces no hicieron lista, pero parecían seguros de contar con un grupo significativo de Jueces para la Democracia. En esa reunión de Madrid se me encarga que elabore el texto que ha de ser objeto de discusión en Málaga.

Nos vamos a comer por allí cerca algunos de los presentes. Luego Juan Carlos y yo nos tomamos algo en una cafetería de la Castellana, y comentamos, animados, las buenas perspectivas. Para nosotros el apoyo de un colectivo de jueces era muy importante.

La convocatoria para reunirnos en Málaga el día 2 de diciembre de 1989 tiene eco. Algunos, los menos, empiezan a llegar el día anterior por la tarde. Me acerco al final de la tarde al hotel Málaga Palacio, para saludar a quienes ya estaban allí. Acudo con un documento que he llamado Manifiesto, y se lo entrego a Cándido Conde-Pumpido

quien, junto a otros jueces presentes, quiere echarle un vistazo. Cuando vuelvo por la noche para salir a cenar percibo que el documento ha gustado, creo recordar que no hacen ninguna propuesta de reforma entonces, aunque anuncian que al día siguiente seguro que se retocará algo. Hablamos de la conveniencia de una buena dirección de la sesión. Acordamos presidir Conde-Pumpido y yo mismo.

A la mañana siguiente comienza a llegar mucha gente a la vieja Facultad de Derecho de Málaga en El Palo, en especial universitarios y un número significativo de jueces. Nuestro poder de convocatoria se confirma. Somos más de treinta de toda España. Entre los universitarios predominan los que han accedido a cátedras y titularidades en los años 80, aunque acuden también seniors como Enrique Gimbernat, Gerardo Landrove, Juan Bustos, Francisco Muñoz Conde. Los jueces proceden todos ellos de Jueces para la Democracia, junto a los ya citados aparecen, entre otros, Javier Martínez Lázaro, Mario Pestana, Soledad Jurado.

La sesión comienza dando oportunidad a todo el mundo a hacer un breve pronunciamiento general. Lo hacen la mayor parte de los asistentes. Hay alguna intervención de Gimbernat que desconcierta un poco, pero se reconduce fácilmente al sentir general. Tras ello se propone trabajar sobre el documento presentado, que se va analizando párrafo a párrafo. A partir de ese momento Conde-Pumpido asume en solitario la dirección de los debates, pues yo estaba defendiendo el texto presentado. Realiza su labor de manera excelente.

Se producen aportaciones de escasa entidad en muy diferentes lugares. Hay tres, sin embargo, de más alcance y que recuerdo con precisión. La primera es impulsada por varios participantes, destacando Carbonell y José Manuel Valle Muñiz, y va en la línea de reforzar la idea de lo incongruente que es proteger la salud de los consumidores adultos en contra de su voluntad. La segunda es de Carmena, que critica enérgicamente que el documento no diga con claridad que los adultos deben tener la posibilidad de acceder a la posesión de drogas a través de un tráfico legal: era, sin duda, una laguna importante y, tras alguna discusión, la aceptamos. La tercera viene de Carlos González Zorrilla, quien, desde su experiencia en el tratamiento y asistencia, propone, apoyado por Bustos, que digamos que la política represiva adoptada lastra notablemente las políticas asistenciales.

Antes del almuerzo está casi todo el documento ya listo. Durante la tarde lo concluimos, y en un descanso pasamos Carbonell y yo el texto definitivo al ordenador, con la ayuda de Patricia Laurenzo.

Tras su aceptación por todos los presentes, se plantea someterlo a la firma de los profesores y jueces que no habían podido asistir, y se decide seguir trabajando sobre el tema. Se razona que esto no es más que un Manifiesto, y que hay que desarrollarlo hasta que constituya un propuesta susceptible de ser puesta en práctica en nuestro ordenamiento jurídico. Se crean tres grupos de trabajo, que deberían presentar sus resultados en una próxima reunión. El

primero ha de ocuparse de la regulación administrativa y penal en general, el segundo debe concretar la regulación afectante a los menores, y el tercero se ha de plantear cómo confrontar la delincuencia organizada de drogas. Se apuntan diversas personas a uno u otro de los grupos de trabajo: Juan Terradillos, Conde-Pumpido y Luis Gracia Martín quedan a cargo de cada uno de ellos. Se busca un nuevo lugar para reunirse: Mercedes García Arán, con mucho entusiasmo y, al menos en ese momento, poco fundamento, se compromete a que la próxima reunión sea en Barcelona.

La Universidad de Málaga apoya los esfuerzos realizados, hasta el punto de que, al poco tiempo, nos edita un díptico conteniendo el Manifiesto con un diseño y una presentación muy acertados. La sección de Málaga del IAIC pagó los desplazamientos a todos los asistentes y, en su caso, el hotel.

En las próximas semanas se producen adhesiones muy numerosas, en especial de los universitarios. Llega un momento en que más de la mitad de los catedráticos de derecho penal españoles son firmantes de él. Desentona un escrito recibido de Roberto Bergalli, en el que critica el enfoque adoptado en el documento, por excesivamente jurídico y poco atento a aproximaciones más sociológicas, y nos ilustra sobre cómo deberíamos haberlo redactado. Publica además su crítica carta en una revista.

La *segunda reunión* se celebra en la *primavera de 1990* en el palacete que la Universidad autónoma de *Barcelona* tiene en la parte alta de Barcelona, en Pedralbes. García Arán ha conseguido de su Departamento universitario financiación para nuestro viaje y estancia, aunque ni ella misma parece creérselo del todo.

La asistencia es de nuevo alta, algo inferior a la de Málaga, con una más limitada representación de jueces, algo que se va a convertir en costumbre. Informo de las numerosas adhesiones recibidas al Manifiesto, así como del escrito de Bergalli, del que nos limitamos a tomar nota.

Los documentos presentados están poco elaborados. En realidad no hay nada sobre el tercer tema, relativo a las estrategias frente a las organizaciones de narcotraficantes. Se discute de modo especial cómo afrontar el tema de los menores, a partir de un texto aportado por los jueces, con discusiones especialmente vivas. También se trata sobre el modelo general a adoptar, y se percibe que tiene que transitar más por vías administrativas que penales; el documento presentado al respecto por el grupo de Terradillos es el más trabajado y contiene ideas y aportaciones interesantes.

En un intermedio se dirige a nosotros, en italiano, el criminólogo holandés Peter Cohen, miembro de la LIA, que acaba de publicar un libro sobre el consumo de heroína en Amsterdam y al que Carmena y yo conocimos en esa organización. Nos anima en nuestros esfuerzos por ofrecer alternativas concretas, como se está haciendo en otros lugares de Europa.

Tras las discusiones queda claro que hay que reunirse otra vez para aprobar una Propuesta de regulación jurídica que recoja de manera concreta cómo

debería acomodarse el ordenamiento jurídico a nuestra alternativa. Han surgido bastantes ideas, pero no hay un borrador derivado de los documentos presentados. Se crea una Comisión que debería elaborar el documento definitivo para la siguiente reunión. En ella estamos Muñoz Conde, Conde-Pumpido, Sáez Valcárcel y yo mismo.

Se empieza a sentir la necesidad de que el colectivo adquiera cierta permanencia. Debido a las numerosas adhesiones, se piensa que debemos disponer de una Declaración programática o algo parecido, que mantenga nuestro perfil ideológico. Como Sevilla se ha ofrecido para organizar la próxima reunión, se encarga a Mapelli y Muñoz Conde que preparen algo para esa ocasión.

Al igual que se hizo en Málaga, buscamos una cierta repercusión mediática, que se consigue en cierta medida.

La elaboración de lo que iba a ser nuestra primera Propuesta alternativa de regulación jurídica de un tema político-criminal problemático adquiere un impulso decisivo debido a una circunstancia ajena a nosotros, la aprobación de la Ley del medicamento 25/90 de 20 de diciembre. Ella nos va a dar ocasión para renunciar a una trabajosa elaboración de toda la regulación administrativa que queríamos proponer, y en la que hubiera sido difícil evitar lagunas. Podemos ahora integrar nuestras propuestas en una norma exhaustiva sobre una materia, los medicamentos, que era justamente el punto de contacto adecuado para un abordaje normalizado del tráfico y consumo de drogas en nuestra sociedad.

Tras comunicar al resto de la Comisión las posibilidades que nos ofrece el nuevo texto legal, elaboro a partir de él el primer borrador de la Propuesta, en el que incluyo también las reformas que se deberían hacer, al margen de la ley administrativa, en el código penal. En este último aspecto, me limito, con todo, a los que deberían ser los nuevos delitos de drogas y al correspondiente de receptación. La reunión que tiene lugar en Madrid es especialmente intensa, pues todos los asistentes vemos que estamos en condiciones de elaborar un documento muy perfilado y convincente. Los presentes, Muñoz Conde, Conde-Pumpido, Carmena, Sáez, y yo mismo entramos a fondo en el borrador, con aportaciones relevantes por parte de todos. El documento además se completa con otros aspectos. Respecto a los relativos a cómputo de prisión preventiva, eximente de dependencia y reformas en la LECrim, se encomienda a Conde-Pumpido, por falta de tiempo para discutirlo, que me haga llegar redacciones concretas para incorporar al resto del documento que debo preparar con todo lo acordado. El documento listo para discutirse en Sevilla se envía a todos los participantes en el colectivo, de modo que puedan hacer llegar enmiendas. Entre las recibidas destacan las de González Zorrilla y Bustos sobre el artículo relativo a la suspensión de la ejecución de la pena.

Mientras tanto Mapelli había cumplido el encargo de elaborar una Declaración programática del Grupo, que me hace llegar. Me parece demasiado teórica y abstracta, y, basándome desde luego en

ella, le hago una contrapropuesta que le parece bien, aunque se queja con sorna de los notables cambios producidos.

La *reunión de Sevilla* tiene lugar el 9 de febrero de 1991, y tiene un gran éxito de convocatoria. La gente viene muy satisfecha por el documento que tenemos entre manos, aunque durante la reunión la gran cantidad de temas implicados y de intervenciones solicitadas amenaza con desbordarnos. Una buena dirección de los debates por parte de Mapelli y Sáez evita ese riesgo.

Aún tenemos tiempo esa mañana de aprobar la Declaración programática. Respecto a ella hay bastantes intervenciones, que producen modificaciones de importancia, sobre todo en los puntos segundo y quinto. Tras su aprobación nos consideramos constituidos como Grupo de estudios de política criminal, y dejamos para próximas reuniones la decisión de cómo estructurarnos orgánicamente.

Se discute igualmente cuál debiera ser el próximo tema de discusión, y a propuesta del sector universitario se decide que sea La disponibilidad de la propia vida y la eutanasia. Hay además una propuesta de Carbonell para que la siguiente reunión, donde debería aprobarse un Manifiesto al respecto, se haga en Valencia. Quedan encargados de prepararlo Carbonell, Mapelli, Bernardo del Rosal, Valle Muñiz, José Manuel Zugaldía, y alguien más que no recuerdo.

En la mayor parte de la reunión ha estado presente el rector de la Universidad de Sevilla, Javier Pérez Royo, quien, tras saludarnos, ha seguido atentamente los debates. Nuestro documento se hace llegar a los medios de comunicación, de lo que se ocupa en especial José Antonio Alonso Suárez. El periodista José María Carrascal, en su telediario de esa misma noche, tras explicar algo de nuestros puntos de vista, concluye diciendo con resignación "... y éstos son los catedráticos que tenemos".

La acogida de la Propuesta alternativa sobre drogas fue excepcional, en primer lugar, entre los colectivos en los que nos integrábamos, con un gran número de adhesiones posteriores, y en segundo lugar, en el debate público, no sólo por su presencia en los medios sino por su publicación y presentación en revistas científicas y políticas en general, habiéndose convertido desde entonces, y así se ha reconocido reiteradamente, en una de las alternativas más convincentes a escala mundial.

3. LA CONSOLIDACION DEL GRUPO

El borrador del Manifiesto sobre Disponibilidad de la propia vida se redacta por Carbonell y Valle, que lo someten luego a la consideración del resto de la Comisión.

La *cuarta reunión*, la de *Valencia*, se celebra en *noviembre de 1991* y tiene un muy apreciable nivel de asistencia, con incorporación de nuevos miembros. La sesión se celebra, sin embargo, en un momento académicamente malo: Se acaba de producir la ruptura dentro de la escuela de Cobo del Rosal, y hay tensión entre ciertos miembros del Grupo, que

se va a trasladar con facilidad a los debates. Preside Javier Boix Reig, quien tiene serios problemas para encauzar las discusiones. Se produce un fuerte y cada vez más tenso intercambio de opiniones entre parte de la ponencia, en especial Carbonell y Valle, con Gimbernat. La cuestión radica en especial en si la vida sigue siendo, en mayor o menor medida, un objeto digno de protección cuando se le protege en contra de la voluntad de su titular, lo que sostiene Gimbernat junto a otros. También hay intervenciones de miembros de la ponencia, como Zugaldía, que parecen mantener posiciones más restrictivas que las recogidas en el borrador de Manifiesto. Hay algunos momentos en los que parece que no va a poder alcanzarse un acuerdo. El texto se aprueba al final de la mañana, aun a costa de despojarle de una parte significativa de su contenido.

Se entrega el texto a los medios de comunicación. El fotógrafo de *El País* hace una instantánea que aparecerá en más de una ocasión para dar cuenta de nuestras actividades, donde se encuentran sustancialmente los miembros de la ponencia.

Por la tarde se ha de hablar de cuestiones orgánicas, relativas a la progresiva consolidación del Grupo, pero antes almorzamos en la Facultad de Derecho de Valencia sin que la tensión entre los universitarios haya aflojado. Estamos en un momento delicado, pues el Grupo sólo puede sobrevivir si es capaz de funcionar al margen de las luchas de escuela académicas, y la sesión precedente es un muy mal presagio. Durante el almuerzo me siento, con sorpresa de algunos de los miembros del Grupo personalmente más cercanos a mí, con Gimbernat, a quien le propongo que sea él precisamente quien organice la siguiente reunión del Grupo en la Universidad Complutense. Gimbernat acepta el envite. Al final de la comida les comento la propuesta a García Arán, Carbonell, Boix... y algunos más, quienes me consideran un ingenuo. Les logro convencer de que me den un margen de confianza.

La sesión de la tarde es uno de los momentos de discusión más intensos en la historia del Grupo respecto a cuál deba ser nuestra configuración. Se vuelve a suscitar la conveniencia o no de incluir a profesores de Penal sin categoría de Titulares, conscientes como somos de que se está creando cierto malestar al respecto; sin embargo, sigue predominando la idea de que nos vemos como un grupo de presión y que, como tal, tenemos que tener un perfil profesional nítido y de cierto nivel, para aprovechar la autoridad que de ello deriva. Se descarta la incorporación de abogados, en este caso por los serios riesgos de pérdida de contornos del Grupo. Pero la discusión se centra en si hemos de constituirnos como una asociación. Yo había acudido con un proyecto de Estatutos, hecho sobre el modelo de una Asociación hispano-italiana que estaba desarrollando Fermín Morales Prats, pero no se llega a discutir: Hay un sector importante, encabezado en este caso por Mapelli, que insiste en que la institucionalización del Grupo desencadenaría afanes de protagonismo y luchas de poder, que podemos seguir funcionando de la manera inorgánica que hasta

ahora llevábamos, y que por el momento no faltan universidades en condiciones de organizar próximas reuniones, que es lo más importante de cara al futuro. Aunque otros no compartimos ese punto de vista, la mayoría parece que se inclina en ese sentido, así que se aparca el tema.

La tormentosa sesión de la mañana de aquella reunión tendrá su corolario en dos Cartas al director de *El País*, precisando la información suministrada por ese diario, y con interpretaciones contrapuestas, una de Gimbernat y otra de Carbonell.

La quinta reunión fue organizada en Madrid en la Facultad de Derecho de la Complutense el 26 de junio de 1992, con notable asistencia de miembros del Grupo y nuevas incorporaciones. La preside Gimbernat, y contamos con propuestas de tres de las cuatro comisiones creadas en Valencia. Tras diferentes alternativas en los debates, que se centran inicialmente en una propuesta alternativa presentada por Antonio Cuerda Riezu a la comisión tercera, relativa a los supuestos fácticos eutanásicos a considerar, se opta por concentrar toda la discusión sobre el texto presentado por la comisión cuarta, que, al hilo de las diversas situaciones fácticas, propone las correspondientes decisiones jurídicas a tomar, y que había sido elaborada por mí mismo con aportaciones a posteriori de otros miembros del Grupo como María Luisa Maqueda Abreu o Morales.

A tales efectos Gimbernat me invita a subir a la mesa para defender desde allí nuestra propuesta. Las intervenciones son ricas y profundas, pues hay muchos temas a tratar. Se discute vivamente, con numerosas intervenciones, tanto de universitarios como de jueces, pero sin las tensiones de la última reunión. Voy tomando nota de las observaciones que se van haciendo al texto en discusión, resultando evidente al final de la sesión que ya hemos tomado muchas decisiones significativas y que hay un material rico para trabajar de cara a la elaboración de la Propuesta alternativa.

Se acuerda que la próxima reunión sea en Alicante, organizada por Del Rosal, y se crea una ponencia que deberá reunirse antes para perfilar la Propuesta alternativa, en la que están, entre otros, Gimbernat, Cuerda, Carbonell, Del Rosal, Sáez y yo mismo.

Durante este año 1992 se toma la decisión de crear una serie de publicaciones con los documentos que vamos aprobando. El origen se encuentra en la gran acogida que está teniendo nuestra Propuesta alternativa de drogas, que nos la solicitan de muy diferentes lugares. Hablando un día con Carmena, me anima a que busquemos una forma de editarla en español y en inglés. La versión inglesa se deja apartada, pero busco financiación para la española entre los integrantes del Grupo, consiguiéndose de las Secciones de Cádiz, Málaga y Sevilla del IAIC, del Instituto de Criminología de Santiago y de Jueces para la Democracia. Pensamos que el correcto entendimiento de nuestros documentos exige igualmente incorporar anexos, generalmente de normas jurídicas vigentes, que permitan la comparación con nuestras propuestas. Ciertos funcionarios de la Universidad de Málaga

tienen un centro de diseño gráfico, y me hacen varias propuestas para la colección; tras consultar con otros miembros, escogemos la que se ha ido repitiendo en toda la serie. Tras un reparto generoso de ejemplares entre los coeditores y su distribución entre los miembros del Grupo y penalistas en general, pensamos que lo más acertado es dejar la distribución en manos de profesionales, y llegamos a un acuerdo económico con Tirant lo Blanch. Los números de la distribución confirman las expectativas.

A la sexta reunión, que va a tener lugar en Alicante en febrero de 1993, le van a preceder dos actividades importantes. En primer lugar, aprovechando las Navidades de 1992, nos reunimos en la casa de Morales en Barcelona. Carbonell, Valle, el anfitrión y yo mismo. Allí los cuatro discutimos a fondo una Propuesta alternativa de disponibilidad de la propia vida que, a partir de los textos aprobados en Madrid, yo había venido trabajando esos meses. Acordamos defenderla en la reunión de la Comisión, previa a la reunión de Alicante, que se iba a celebrar en Madrid. A la vuelta de vacaciones se la hago llegar a del Rosal, que también hace aportaciones. En segundo lugar, celebramos esa reunión de la Comisión en una sala de los Juzgados de Plaza Castilla. A ella acuden Gimbernat, Cuerda, Del Rosal, Sáez, Valle, y alguno más que no recuerdo. La discusión del documento presentado se torna un poco tensa a partir de cierto momento: Por un lado, los que lo avalamos lo vemos ya muy cerrado y con pocas posibilidades de modificación, Gimbernat y Cuerda, sin embargo, insisten en modificaciones importantes, encaminadas a suavizar el reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida en ciertos pasajes. Sáez, Pestana y los restantes jueces presentes se ponen de nuestro lado. De una manera cortés, en un momento determinado, aunque creo que no coincidente, tanto Gimbernat como Cuerda dicen que tienen que ausentarse.

Gimbernat va a dejar de asistir a las reuniones del Grupo desde ese momento. A mi pregunta, un tiempo más tarde, de a qué se debía tal cosa me señala que no compartía el punto de vista que estábamos adoptando en ese documento. Lo cierto es que ya no se reincorpora ni en ese ni en los restantes temas que irá tratando el Grupo en el futuro. Como director del Anuario de derecho penal siempre ha publicado puntualmente todos los documentos que le hemos enviado.

La reunión de Alicante es muy concurrida. Aparecen además otras personas, a las que podríamos denominar "curiosos", pues no desean, dicen que por el momento, adherirse al Grupo pero sí quieren presenciar nuestras discusiones. Es el caso de Tomás Vives Antón.

Las discusiones son especialmente vivas, con numerosas intervenciones de universitarios y jueces. Si en la reunión de la Comisión en Madrid el problema era que algunos consideraban que se iba demasiado lejos, ahora dentro de los que han impulsado el documento final otros, singularmente Carbonell, se desvinculan de la ponencia en algunos aspectos, pues piensan que nos estamos quedando cortos. A él le apoyan un grupo significativo de participantes,

destacando entre los intervinientes en ese sentido Maqueda y Lorenzo. Se empiezan a producir votaciones muy ajustadas sobre temas relevantes, casi siempre ganadas por la ponencia; en algún caso Carbonell reprocha amablemente en público a Valle que no vote con él.

La proximidad de los apoyos a una y otra postura nos obliga a crear sobre la marcha un mecanismo de reducción de tensiones, que se va a consolidar a partir de entonces y que va a suponer, además, un enriquecimiento de contenidos de los documentos. Consiste en que si hay pocos votos de diferencia el documento resultante debe recoger como opinión minoritaria la postura perdedora. Así se hace en este caso en varios lugares, destacando las opiniones minoritarias relativas a no dar a la inducción al suicidio un tratamiento distinto y más punitivo que al resto de los supuestos de participación, y a la no necesidad de que la eutanasia activa justificada precise ser realizada por un médico o bajo su dirección. Como se irá viendo en el futuro, la decisión de recoger las opiniones minoritarias apoyadas en votaciones muy ajustadas va a ser un mecanismo especialmente fructífero.

A propuesta de Sáez y otros jueces se acuerda también introducir una mención a la Ley de contrato de seguro.

La reunión termina, en todo caso, con gran satisfacción por parte de todos, pues se ha conseguido elaborar una Propuesta alternativa minuciosa, ambiciosa y que no desmerece de la obtenida en relación con las drogas.

A propuesta del colectivo del Grupo constituido por jueces (Sáez, Pestana, Alonso...), muy preocupado en esos momentos por los problemas que plantea la insumisión, se acuerda que el nuevo tema de estudio sea el de la regulación del derecho a la objeción de conciencia, si bien en sentido amplio, no limitado a los problemas ligados al servicio militar, lo que nos permitirá tocar también un asunto que ha sido aparcado en el tema anteriormente tratado, la objeción de conciencia médica. Se queda pendiente de fijar la sede de la próxima reunión, si bien Carmen Lamarca Pérez anuncia que va a intentar que sea en la Universidad Carlos III de Madrid.

Desde Málaga se pone rápidamente manos a la obra para publicar el Manifiesto y la Propuesta, intentando regularizar la publicación de nuestros documentos. Acordamos informalmente que a partir de ahora los organizadores de las tres reuniones deberán afrontar asimismo el costo de la edición de los textos. De todos modos, Jueces para la Democracia, haya participado o no en la organización de alguna reunión, va a participar durante bastante tiempo en la financiación de todas las publicaciones con un importe equivalente a la tercera parte. Asimismo, los documentos acabados de aprobar se envían a revistas nacionales y extranjeras. La prestigiosa Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft nos publica en alemán un informe muy detenido, que traduce y comenta gran parte del Manifiesto y la Propuesta alternativa, obra de Silvina Bacigalupo y Helmut Groppengieser; la satisfacción por la aten-

ción prestada se ve algo empañada por el hecho de que, siendo la primera vez que, sin previo aviso, se procede a una identificación pública de los autores de un borrador nuestro, el de la Propuesta alternativa, esa identificación es incorrecta; se intercambian quejas entre algunos miembros del Grupo.

En los meses siguientes se confirma la disponibilidad de la Universidad Carlos III. La ponencia está constituida por Sáez, García Arán, Lamarca y Nicolás García Rivas, cuando menos. La asistencia a esta *séptima reunión*, que tiene lugar en *Getafe el 5 de noviembre de 1993*, es de nuevo nutrida, continuando la incorporación de nuevos miembros. Aun cuando no es miembro del Grupo, ni manifiesta voluntad de integrarse en él, José Manuel Gómez Benítez, catedrático anfitrión de la reunión, preside junto con García Arán y Sáez la sesión e interviene activamente en ella.

Las discusiones se centran especialmente en el segundo párrafo del Manifiesto, que pretende compatibilizar la libertad ideológica con la validez general del ordenamiento jurídico, en la procedencia de criminalizar o no la insumisión y en qué medida, en la conveniencia de avalar o no las interpretaciones forzadas realizadas por la jurisprudencia para minimizar tal criminalización, y en la crítica a la actitud oportunista del gobierno socialista de conceder regímenes abiertos a los insumisos condenados sin modificar la legislación, evitando así entrar en el problema de fondo. Sobre la objeción de conciencia en aborto y eutanasia hay una base de acuerdo muy amplia.

Se aprecia claramente que los jueces del colectivo mantienen posturas más radicales que la mayoría de los universitarios en temas de objeción de conciencia militar —Sáez, Pestana, Manuel Morán González, Ramiro Ventura Faci...—, si bien son secundados por algunos universitarios, entre otros, por Landrove. Se desencadena igualmente un debate, iniciado por Gracia, sobre la corrección técnica de las interpretaciones que está haciendo la jurisprudencia de determinados conceptos dogmáticos con la finalidad de atenuar los efectos de la punición de la objeción de conciencia. Aunque entre los universitarios se piensa que cabe hacer objeciones técnicas serias a esa línea jurisprudencial, predomina, con intervención destacada de Muñoz Conde, una cierta comprensión ante el trasfondo político-criminal existente, lo que queda reflejado expresamente en el Manifiesto a petición de los jueces.

La crítica a la concesión oportunista de regímenes abiertos a los insumisos, en lugar de proceder a modificaciones legislativas, aunque plantea debate, no crea grandes diferencias de opinión. Sin embargo, una vez que se informe del Manifiesto por *El País* en su edición del día siguiente, Gómez Benítez siente la necesidad de enviar una Carta al director en la que explicita que él no comparte esa crítica.

La *octava reunión* tiene lugar en *Albacete el 23 de septiembre de 1994*, auspiciada por la Universidad de Castilla-La Mancha tras el ofrecimiento realizado por García Rivas en la sesión precedente. Presenta una asistencia moderada, si bien con más jueces de los acostumbrados. Iremos comprobando con el

tiempo que un cierto descenso de asistencia suele producirse si las ciudades no tienen comunicaciones fáciles con el resto de la península. En todo caso, superamos las veinticinco personas. El rector, Arroyo Zapatero, colega de Derecho penal, nos da la bienvenida en la Facultad de Derecho, y asiste brevemente al comienzo de las discusiones.

A esta reunión acude la subcomisión encargada de la objeción de conciencia relativa a la interrupción del embarazo y a la eutanasia con un texto muy elaborado, obra de García Arán y José María Tamarit Sumalla. Se decide empezar las deliberaciones con ese documento. La discusión no registra discrepancias importantes de fondo, aunque los debates son detenidos. Se logra, por primera vez en nuestra experiencia de trabajo, que ya en esta segunda reunión podamos dejar aprobada en su versión definitiva esta parte del documento final.

Es de destacar que la inclusión de la objeción de conciencia del personal sanitario en temas de disponibilidad de propia vida nos permite cerrar plenamente todos nuestros pronunciamientos sobre este asunto, complementando la Propuesta alternativa sobre disponibilidad de la propia vida aprobada en la anterior serie de reuniones.

La subcomisión relativa a la objeción de conciencia militar entrega asimismo un texto, sobre el que se realiza una discusión general, pero sin tomar decisiones relevantes por falta de tiempo. Se acuerda utilizar el documento, que ya se reparte a los asistentes, como la base del texto final sobre este aspecto de la objeción de conciencia a discutir en la próxima reunión. Jueces para la Democracia asume su organización, que habrá de tener lugar en Madrid, en los Juzgados de Plaza Castilla.

Una anticipación de lo que sería esta sesión se empezó a vislumbrar unas semanas antes, cuando los organizadores nos hicieron llegar una propuesta, autocalicada de "documento alternativo a la ponencia de la comisión", de un sector de la subcomisión de objeción de conciencia al servicio militar que no compartía aspectos importantes del borrador, inicialmente de toda la subcomisión, ya repartido en Albacete. Las discrepancias procedían de los jueces integrantes de la subcomisión, Alonso, Pestana..., quienes discrepaban de García Rivas, Lamarca... que constituían el otro sector de la subcomisión.

La *novena reunión*, organizada por Jueces para la Democracia en el lugar previsto de *Madrid* el *27 de enero de 1995*, fue muy intensa y, en ocasiones, algo bronca, dado lo ajustado de las votaciones que se produjeron en ciertos momentos. La postura original de la subcomisión, defendida en primer plano por García Rivas, terminó sacando adelante con esfuerzo y algunas cesiones la práctica totalidad de sus propuestas. La postura que quedó como minoritaria estuvo apoyada por la mayor parte de los jueces y un buen número de universitarios como Maqueda, Lorenzo... entre otros.

El punto principal de discrepancia de la opinión cualificada minoritaria, como quedó registrado en el documento final, se centró en las decisiones legales a tomar en casos de movilización por causa de gue-

rra. La opinión minoritaria discrepaba de que sólo estuviéramos dispuestos a reconocer el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en tales casos a las personas que no hubieran sido llamadas a filas con anterioridad, y de que se introdujeran dos delitos, uno para quienes en caso de movilización por causa de guerra rehusaren cumplir sus obligaciones militares sin causa legal y otro para el objeto de conciencia que, en el mismo caso, rehusare sin causa legal cumplir la prestación social sustitutoria.

Al final de la reunión nos habíamos pronunciado sobre todos los temas, pero carecíamos de un documento concreto donde quedarán plasmadas el conjunto de decisiones tomadas. El borrador inicial de la subcomisión había sido muy reformado, durante los debates se habían identificado disposiciones legales secundarias en las que también había que hacer propuestas de reforma, y lo intenso de los debates había impedido a todos el sosiego preciso para ir simultáneamente preparando el documento final.

García Rivas y yo mismo quedamos encargados de redactar esta parte de la Propuesta alternativa sobre objeción de conciencia, teniendo en cuenta todo lo acordado. Sin embargo, su elaboración, como se verá en las semanas siguientes, resultó más compleja de lo esperado. Siguen apareciendo nuevas disposiciones, hay algunas incongruencias... Ello hace que nos tengamos que intercambiar un buen número de documentos hasta que finalmente se llegue al texto final, que logra luego la aprobación del conjunto de la subcomisión.

4. EL DEVENIR NORMALIZADO DEL GRUPO

Para la celebración en *San Sebastián* el *29 y 30 de marzo de 1996* de la *décima reunión* han de pasar, por primera y única vez en la historia del funcionamiento del Grupo, más de doce meses. No hay, sin embargo, causa relacionada con una crisis o una falta de impulso. Es un mero problema de calendario. El Grupo por esas fechas está plenamente consolidado, con incorporaciones continuas, aunque ya no con la frecuencia de la primera época. Entre los penalistas activos en las universidades su existencia y actividad es, naturalmente, objeto de comentarios: Junto a la temprana crítica de que no incorporamos a ayudantes u otros universitarios sin categoría mínima de profesor titular, se añade en los últimos tiempos la de algunos prominentes catedráticos que critican el que no hayamos derivado hacia una asociación de todos los profesores de derecho penal, a semejanza de lo que ocurre en otras disciplinas. Nuestra respuesta, cuando tenemos ocasión de manifestarla, es que esa nunca ha sido nuestra intención; no pretendemos acoger a cualesquiera penalistas entre nosotros sino sólo a aquellos que se identifican con nuestra Declaración programática y que, por tanto, comparten un determinado enfoque político-criminal. Por esas fechas tenemos noticia de que algunos jóvenes, aunque ya cualificados, penalistas universitarios, más coherentes, están intentando constituir un grupo que se reúna pe-

riódicamente para discutir temas estrictamente dogmáticos o, al menos, jurídico-penales; entre los impulsores se encuentran Silva Sánchez, De Vicente Remesal, Díaz-García Conlledo, Sanz Morán...

Por otro lado, y en lo que se refiere al colectivo de jueces, aunque la participación en las reuniones es siempre reducida, nunca superior a una decena, su adhesión a los documentos elaborados, una vez hechos circular, es siempre amplia, equivalente o incluso superior en número a la de universitarios. La labor coordinadora de José Rivas Esteban desde los servicios administrativos de la asociación de Jueces para la Democracia resulta, a estos efectos, determinante. De todos modos, la adhesión de jueces ajenos a Jueces para la Democracia es prácticamente inexistente. Algunos universitarios insistimos una y otra vez, sin éxito, en que procuren hacer más plural la procedencia de su colectivo. Tampoco conseguimos que la muy escasa presencia de fiscales —Félix Pantoja es prácticamente el único que viene firmando todos los documentos—, se incremente.

El tema cuyo tratamiento se va a iniciar en San Sebastián, decidido en la reunión anterior, es doble aunque muy relacionado, el tratamiento de la discriminación en el código penal, y la regulación de la extranjería. El borrador de discriminación lo elabora Lorenzo, con ayuda de Adela Asúa Batarrita, mientras que el de extranjería lo prepara Sáez, con ayuda de otros jueces.

La reunión, organizada por la nutrida representación universitaria del Grupo en la Universidad del País Vasco, es numerosa en universitarios y en jueces, éstos provenientes sobre todo de la zona. El Manifiesto, extenso y denso, es muy discutido en todos sus aspectos: Se presta especial atención al logro del difícil equilibrio entre el respeto de las diferencias culturales y el de los valores esenciales de la convivencia democrática de nuestras sociedades. Adquiere consistencia el debate relativo a si se estaba haciendo un empleo excesivo del derecho penal en la persecución de los comportamientos discriminatorios entre los ciudadanos. Y se atiende al grado en que los poderes públicos proceden discriminatoriamente contra los extranjeros mediante la regulación del régimen de extranjería y el ordenamiento penal. No faltan referencias a un colectivo ignorado, el de los gitanos.

Se establecen dos comisiones, una sobre los tipos penales que protegen contra la discriminación, con Lorenzo, Asúa, Maqueda y Terradillos, y otra sobre la regulación de la extranjería, con Sáez, Díez Ripollés, Elena Larrauri Pijoan y Lamarca.

La sede de Málaga no estaba inicialmente prevista, pero a lo largo de los meses que siguen a la reunión de San Sebastián se va percibiendo que Granada no va a estar en condiciones de organizarla, como se había comprometido, por falta de presupuesto. Cuando se aproxima la fecha y se confirma por Zugaldía, Decano a la sazón de Granada, que no va a poder ser, Málaga, con la financiación del Instituto de Criminología, se ofrece a cubrir el hueco. Eso da lugar a que por primera vez una universidad repita en la organización de una reunión del Grupo.

A la undécima reunión, celebrada el 21 de febrero de 1997, se acude con un documento muy trabajado de discriminación, que permite discusiones profundas sobre diversos temas. Se plantean votaciones muy reñidas en algunas propuestas, entre las que destaca la que tiene que ver con la crítica que se realiza al artículo 510.1 del código penal, donde la ponencia ve derrotadas su propuesta por escaso margen, lo que le permite redactar una propuesta minoritaria. También el artículo relativo a la discriminación de trabajadores trae consigo una viva discusión.

Hay tiempo para pasar al documento de extranjería, pero pronto se ve que viene muy poco trabajado, a pesar de que la subcomisión, a la que se incorpora José Luis de la Cuesta Arzamendi, había tenido una reunión previa en Madrid. Se producen disculpas conectadas a lo complejo de la regulación a abordar. Pronto se ve que no se puede avanzar mucho con esos materiales, y se deja la discusión de la segunda parte de la Propuesta de discriminación y extranjería, esto es, la extranjería, para la siguiente reunión.

Sáez anuncia al final de la reunión que, mientras sea consejero del Consejo General del Poder Judicial, cargo para el que había sido recientemente nombrado, va a dejar de asistir a las reuniones y de realizar las labores de dinamización entre los jueces que venía desempeñando.

La reunión de Salamanca, que es la *duodécima* y tiene lugar los días *31 de octubre* y *1 de noviembre de 1997*, es especialmente intensa, ya que ciertamente el documento de extranjería que se presenta es complejo y, ahora sí, muy elaborado, con propuestas muy detalladas, en las que también habían participado Clara Penín Alegre y Gonzalo Escobar Marulanda. La mayor parte de la discusión se realiza en el Colegio mayor Fonseca la tarde de un viernes, con importantes intervenciones de los jueces, buenos conocedores de la práctica judicial y policial en extranjería. Al día siguiente quedaba aún abundante trabajo, que se lleva a cabo en la Universidad vieja.

A la conclusión de los trabajos José Ramón Serrano Piedecosas plantea reintroducir en la parte relativa a la discriminación, ya concluida en la reunión de Málaga, una nueva propuesta para que se incluyera en el delito de genocidio una mención expresa a grupos políticos, con el fin de cerrar el paso en el futuro a interpretaciones restrictivas, que pudieran privar de apoyo legal a actuaciones semejantes a las que en ese momento se estaban realizando para perseguir a Pinochet. Se aprueba.

En esta reunión del Grupo se toma la importante decisión orgánica de crear una Comisión coordinadora. El motivo inmediato es la voluntad del colectivo de proceder a sacar comunicados breves ante temas político-criminales de actualidad. La discusión viene ya de lejos, y se había tocado de pasada en muy diversas reuniones. Frente a la opinión de un conjunto de miembros del Grupo, partidarios de tener una presencia más activa en los medios y una pronta capacidad de reacción ante asuntos polémicos, otro sector había defendido siempre que no po-

díamos quedar atrapados por la actualidad inmediata, y que nuestro modo de trabajar debía de seguir siendo más reposado y fundamentado. El ejemplo de las asociaciones judiciales opinando sobre todo lo que se les pregunta por los periodistas, sin poder disponer de un mínimo período de reflexión, se ve por todos, incluidos los jueces, como un modelo a evitar. El compromiso se alcanza finalmente en Salamanca mediante la creación de esa Comisión coordinadora, para la que son nombrados Díez Ripollés, García Arán y Pestana, y a la que se le encarga la misión de sacar comunicados por escrito de breve extensión, siempre que sean asumidos por unanimidad de sus miembros, cuando crean que algún asunto político-criminal lo requiere.

Durante la reunión de Salamanca se produce en el receso del sábado por la mañana un encuentro que va a tener trascendencia académica y profesional para los penalistas: Los directores de Institutos de criminología y de Cursos de especialización en criminología de toda España, junto con las dos asociaciones de titulados en criminología, se habían reunido en tres ocasiones para aprobar finalmente una propuesta, con plan de estudios incluido, de título oficial de licenciado de segundo ciclo en criminología. La propuesta, presentada en el Ministerio de Educación como se había acordado, había sido arrumbada a instancias del director del Instituto de criminología de Madrid, Cobo del Rosal. Una vez que se tuvo conocimiento de la paralización del procedimiento en el Ministerio, el cual se había comprometido a ser el impulsor del procedimiento de aprobación en el Consejo de Universidades, un grupo de directores de Instituto decidieron acogerse a otra de las vías legales existentes para activar el proceso, la presentación de la propuesta por un número mínimo de rectores. A tales efectos Terradillos y Díez Ripollés tienen en ese receso una conversación con el rector de Salamanca, Ignacio Berdugo, que se había acercado el sábado a la sesión del Grupo para saludarnos, a quien le explican la situación manifestando él su disposición a promover esa vía con el apoyo de Arroyo, rector de Castilla-La Mancha y algunos otros rectores. En efecto, así se lleva a cabo, una vez que se le hace llegar a Berdugo la propuesta presentada al Ministerio. El final de ese proceso será la aprobación en 2001 del Título oficial de licenciado en Criminología por el Consejo de Universidades y la posterior publicación de las Directrices del Título por el Ministerio en julio de 2003.

La Universidad de Valencia va a ser la segunda de las universidades españolas que repite en la organización de una reunión del Grupo, al organizar la *decimotercera reunión el 26 de septiembre de 1998*. Se cuenta con una propuesta de Manifiesto muy elaborada, que ha sido redactada por González Zorrilla, y a la que han aportado propuestas otros compañeros, especialmente de Cataluña. El día previo, a medida que vamos llegando a la residencia universitaria donde pernoctaremos y tendremos al día siguiente la sesión, se comenta la página completa que el *New York Times* ha publicado con un manifiesto a favor de una radical modificación de

la política criminal sobre drogas, y entre cuyos firmantes de todo el mundo figuran unos cuantos miembros del Grupo, cuyos nombres fueron facilitados en representación del Grupo en su conjunto.

La asistencia es nutrida, con incorporación al grupo de un significativo número de profesores. Acude asimismo Francisco Bueno Arús, miembro del Grupo y en esos momentos secretario general técnico del Ministerio de Justicia, encargado a la sazón de coordinar la elaboración del Anteproyecto de ley del menor, y que manifiesta su interés en estar presente en los debates, aunque absteniéndose de intervenir, lo que no cumple del todo pues nos informará sobre los trabajos ministeriales en curso. Los debates se centran de manera singular en los principios que deben inspirar el paso de un enfoque tutelar del menor a otro penal pero que asegure el respeto de sus garantías individuales. Se discuten asimismo los límites de edad en los que deberá aplicarse la legislación penal juvenil, con interesantes debates sobre los límites mínimos y sobre la conveniencia de extender su aplicación a los semiadultos. El desarrollo de vías de integración social de los menores delincuentes, sustitutivas o complementarias de las sanciones, consume también una buena parte del tiempo. Se enfatiza la necesidad de aprobar de una vez una legislación penal juvenil y de proveer de los medios económicos para su desarrollo.

Se crean tres comisiones, una sobre responsabilidad y sanciones —González Zorrilla, Pilar Luna Jiménez de Parga y José Cid Moliné—, otra sobre ejecución de medidas o sanciones —De la Cuesta, Esther Giménez-Salinas, Larrauri—, y otra sobre el procedimiento —Ventura, Pascual Fabiá Mir y Pestana.

La participación en la *decimocuarta reunión* del Grupo, que tiene lugar en *El Escorial (Madrid) el 23 y 24 de abril de 1999*, es espléndida, una de las más numerosas, con incorporaciones relevantes. La organiza Jueces para la Democracia.

Por lo demás, desde la última reunión se han producido novedades significativas en relación con el tema objeto de nuestros debates. En noviembre de 1998 se publica en el Boletín del Congreso el Proyecto de ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y en el momento de nuestra sesión plenaria se encuentra en plazo de enmiendas. En consecuencia la Comisión coordinadora ha pedido a las diferentes comisiones que las propuestas se hagan en relación con el texto sometido a discusión parlamentaria, cosa que hacen.

La mayor parte del tiempo de debate se va en la discusión de las propuestas presentadas por la comisión que se ocupa de la responsabilidad y sanciones, que defiende con contundencia Cid, prestándose especial atención al catálogo de medidas propuestas, a la configuración del internamiento y a las diversas previsiones de suspensión del expediente o del fallo. También se discute intensamente la configuración del régimen de los semiadultos. Nuestras propuestas en estos temas quedan prácticamente cerradas. Luego pasamos a la comisión de ejecución, cuyas propuestas se ven más deprisa y

quedan pendientes de una reconsideración en la próxima reunión a partir de un documento que debiera estar más elaborado.

Al final de las sesiones la comisión de procedimiento plantea algunas cuestiones centrales para ella. Entre ellas, la de quién haya de ser el instructor del expediente, el fiscal o el juez, teniendo en cuenta que el proyecto de ley había optado ya por el ministerio fiscal. En este tema se abre un debate muy vivo, con los jueces claramente a favor de la segunda alternativa y los profesores oscilando entre ambas; no se toman decisiones por el momento. Sí se adoptan ya algunas otras decisiones sobre temas procesales, entre las que destaca la que rechaza la propuesta de la ponencia de introducir la acción particular y la acción popular, objeto de un apasionado debate.

En un momento de las sesiones aparecen miembros del Secretariado de Jueces para la Democracia, que nos piden que nos incorporemos como Grupo a la iniciativa que se está gestando para hacer una propuesta de reforma de la justicia auspiciada por colectivos jurídicos muy diversos. Así lo haremos, quedando encargada más adelante Lamarca de asistir a tales reuniones.

La *reunión de Toledo*, la *decimoquinta*, organizada los días 15 y 16 de octubre de 1999 por la Universidad de Castilla-La Mancha, cuenta con una excelente acogida del rector y colega penalista, Luis Arroyo Zapatero, quien, tras el almuerzo de recepción, nos saluda al inicio de las sesiones felicitándonos por la actividad y documentos que han ido desarrollándose dentro del Grupo. Un buen número de agrupados tarda en llegar, con lo que las sesiones se inician con lentitud.

Se comienza con la comisión de ejecución de medidas, que defiende de la Cuesta, y que plantea un documento en el que se puede avanzar rápidamente; se resuelven la mayoría de los temas sin grandes discusiones, aunque quedan pendientes algunas cosas, como la elaboración de un catálogo taxativo de faltas graves y muy graves.

Los problemas surgen cuando comenzamos con la comisión de procedimiento, cuyas propuestas defienden Fabiá y Ventura. Llegan con un documento de principios, que resulta poco operativo dado que nuestras propuestas van referidas al articulado del proyecto gubernamental. Las dificultades para acomodarse a tal formato de los miembros de la ponencia son comprensibles, pues ellos defienden una instrucción por parte del juez, lo que supone poner patas arriba la estructura del proyecto gubernamental. Tras diversos intentos se constata que no se puede avanzar a partir del documento presentado, y se toma el hasta entonces insólito acuerdo de que los dos ponentes presentes se vayan a un despacho con ordenador a configurar toda su propuesta. Disciplinadamente aceptan la decisión y abandonan las sesiones para enclaustrarse algunas horas del atardecer y la noche a hacer sus deberes; el resto del Grupo concluye al poco rato la sesión de la tarde.

A la mañana siguiente los ponentes plantean frontalmente la cuestión de si optamos por una instruc-

ción judicial o del ministerio público. La discusión es muy apasionada, y a algún colega hay que pedirle que modere la frecuencia y ardor de sus intervenciones; sólo la paciencia y habilidad de García Rivas dirigiendo los debates consigue llevar a buen término la discusión. Finalmente, la ponencia consigue convencer a la mayoría de los asistentes de su opción favorable a la instrucción judicial. Sin embargo, el documento presentado sigue presentando muchas carencias, pues la decisión adoptada supone revisar un sinnúmero de preceptos del proyecto gubernamental. Se encomienda a los ponentes que, de acuerdo a las decisiones básicas adoptadas, hagan una propuesta completa de todo el procedimiento.

Este último acuerdo va a traer, no obstante, numerosas complicaciones posteriores. Ventura presentará al cabo de algún tiempo un documento pormenorizado y bien fundamentado, pero demasiado largo y poco ajustado a la estructura habitual de nuestros materiales y a la configuración de nuestra propuesta como un proyecto alternativo. Eso hará necesario un prolongado intercambio de materiales con la sede de la coordinación en Málaga, hasta que finalmente, con el esfuerzo de unos y otros, se consigue dar lugar al texto definitivo. De nuevo, como sucedió con el tema de La objeción de conciencia, la aprobación por el pleno de materiales aún no suficientemente definidos origina un trabajo adicional por parte de la coordinación del Grupo, poco deseable. La profunda reformulación que llevamos a cabo del procedimiento previsto en la ley justifica de todos modos la laboriosidad de la tarea que hubo de realizarse.

A las sesiones asisten como observadores algunos representantes políticos de la Junta de Castilla-La Mancha con competencias sobre menores, interesados en conocer nuestros trabajos, hasta el punto de haber prestado ayuda financiera para la celebración de la reunión.

Al final de la mañana Pestana ruega ser sustituido como miembro de la Comisión coordinadora, dado que ha asumido otras responsabilidades al margen del Grupo. Se nombra a Alonso coordinador, junto con García Arán y Díez Ripollés, que se mantienen en sus funciones.

Se discute igualmente el nuevo tema a tratar, se ponen varios encima de la mesa. Finalmente obtiene el apoyo mayoritario el relativo a la justicia penal internacional, dado el interés del Grupo en participar en la dinámica que se está creando tras la aprobación en julio de 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y los acontecimientos relativos al intento de procesamiento de Pinochet y otros sujetos semejantes.

5. LA CONFIGURACION DEL GRUPO COMO ASOCIACION

La *decimosexta reunión*, y primera sobre el tema de Justicia penal internacional, tiene lugar el 18 y 19 de mayo de 2000 en el Colegio de Abogados de Barcelona, que financia el encuentro gracias a los

buenos oficios de Joan Josep Queralt Jiménez. Es la primera ocasión que una reunión del Grupo no es organizada por una universidad ni por Jueces para la Democracia.

El Manifiesto ha sido elaborado por García Arán, Lorenzo y Alonso y, al margen del rechazo de algunas reflexiones demasiado generales contenidas en su inicio, goza de una aceptación mayoritaria, procediéndose sólo a modificaciones de detalle. En algún momento se tiene la impresión de que, a salvo los ponentes y algunos pocos miembros, la mayor parte del Grupo aún no se ha metido a fondo en el tema ni conoce con soltura el Estatuto de Roma.

Se crean tres comisiones, una deberá hacer una valoración general del Estatuto de Roma, y está constituida por Terradillos, Norberto de la Mata Barranco y Díez Ripollés, otra se ha de ocupar de hacer propuestas concretas de adaptación del código penal español a las exigencias establecidas en el artículo 28 del Estatuto, y la integran Lorenzo, Alonso y García Arán, y una última ha de ocuparse de cómo introducir en el código penal ciertas previsiones del Estatuto ligadas al castigo de determinadas conductas omisivas, y se dedican a ello especialmente José Manuel Paredes Castañón y Esteban Pérez Alonso.

Un acontecimiento especialmente significativo se produce en esta reunión de Barcelona: Casi desde el principio de la existencia del Grupo se había discutido en diversas ocasiones sobre la conveniencia de constituirnos como asociación legal. Existía un núcleo de miembros que discreparon de manera reiterada de la oportunidad de tal decisión, e introdujeron la duda en el resto de agrupados. La espontaneidad del Grupo, se decía, quedaría mermada en cuanto hubiera órganos directivos, y se desencadenarían intereses, legítimos por lo demás, para ocuparlos, que se contrapondrían a la persistente actitud del Grupo de evitar protagonismos personales. Por otra parte, casi nunca hubo problemas para encontrar financiación a las sucesivas reuniones, por lo que tampoco parecía necesaria una estructura financiera estable. Sin embargo, la buena experiencia obtenida con la Comisión coordinadora, que había venido funcionando desde la reunión de Salamanca de 1997, parecía haber ido disipando los recelos tradicionales. En Toledo ya se había comentado favorablemente la necesidad de dar ese paso. En consecuencia, la Comisión coordinadora trae a esta sesión una propuesta de constitución como asociación legal, y un proyecto de Estatutos que, redactados en Málaga a partir de un modelo ya manejado en los comienzos del Grupo, circula primero entre los coordinadores y luego entre los asistentes a la reunión. Buena parte de la segunda sesión de la reunión de Barcelona se dedica a la discusión de tal proyecto de Estatutos y a su aprobación.

Entre los temas polémicos surge uno recurrente, planteado en este caso por Queralt, y es la posible incorporación de abogados a la futura asociación. Los argumentos que la mayoría del Grupo expone en contra de tal posibilidad ya eran conocidos, pues

se habían formulado en otras ocasiones: Queríamos mantener nuestro carácter de grupo de presión con un cierto nivel de cualificación profesional, que diera más seriedad a nuestras propuestas, y la aceptación del colectivo de abogados en general presentaba riesgos equivalentes a los que nos había llevado a rechazar la incorporación de profesores universitarios de niveles inferiores al de titular; por lo demás, no había criterios claros de discriminación entre el colectivo de abogados. El debate es especialmente inoportuno en las condiciones en que se realiza, en un encuentro financiado por el Colegio de abogados de Barcelona, con su Decano asistiendo a la discusión sobre este tema, y con algunos miembros del Grupo incorporados hace relativamente poco insistiendo en reconsiderar nuestra postura. El debate sobre este tema se cierra, de todos modos, reafirmandonos en nuestra postura tradicional. Las conocidas habilidades asamblearias de García Arán tienen ocasión de manifestarse de nuevo.

Concluida la discusión de los Estatutos, acordamos constituirnos en asociación los miembros presentes y se me encomienda que lleve a cabo todo el proceso burocrático. Se realizan también unos primeros sondeos para calibrar qué cinco personas podrían ser las más adecuadas para constituir la Junta directiva, pero al percibir que hay algunos problemas, se pospone la decisión para el momento reglamentario oportuno, la primera Asamblea general extraordinaria del Grupo de estudios de política criminal. Esta habría de tener lugar, una vez inscrita la asociación en el correspondiente registro, en la próxima reunión del Grupo.

El procedimiento formal de inscripción de la asociación plantea algunos obstáculos. Se devuelve oficialmente la documentación por no ir acompañadas las firmas de los socios fundadores, 24, de una serie de datos personales. Al final del verano se ha de hacer circular desde Málaga el acta original de constitución de una ciudad a otra, hasta que finalmente se resuelven los problemas en relación con todos los socios fundadores menos uno, y se remite todo de nuevo al órgano administrativo competente. La inscripción legal de la asociación se logra finalmente con anterioridad a la siguiente reunión programada en Jerez.

La *decimoséptima reunión en Jerez (Cádiz)*, los días *30 de noviembre y 1 de diciembre de 2000*, comienza con una Asamblea general extraordinaria de los socios fundadores del Grupo de estudios de política criminal, que proceden en primer lugar a elegir los órganos de la asociación. Se elige como codirectores a Alonso, Díez Ripollés y García Arán, como tesorero a Tamarit y como secretario a De la Mata, constituyendo todos ellos la Junta directiva. A continuación se procede por los socios fundadores a dar su conformidad para la incorporación a la asociación de un número elevado de habituales integrantes del Grupo que han formalizado su solicitud de pertenencia a la nueva asociación legal. En las siguientes sesiones del Grupo se siguen tramitando las nuevas solicitudes de incorporación, tanto de miembros antiguos del grupo como de nuevos

miembros. Tras dos reuniones más el número de integrantes superará ya el centenar.

Luego se inicia la discusión sobre los documentos presentados por las diversas comisiones sobre justicia penal internacional. Las dos ponencias, segunda y tercera, presentadas por las comisiones encargadas de atender a las exigencias del Estatuto de Roma de trasladar al ordenamiento interno ciertas tipificaciones presentan textos muy elaborados, que permiten una discusión detenida. Al Grupo se le ve ya mucho más centrado en el tema. Se aprueban con modificaciones de diversa entidad sus propuestas de modificación del código penal, código penal militar y ley orgánica del poder judicial.

La discusión sobre la ponencia relativa a la valoración general del Estatuto de Roma se estima conveniente posponerla hasta la siguiente reunión, a celebrar en Bilbao, pues ni los ponentes ni el conjunto de asistentes tienen suficientemente claro cuál deba ser su estructura. Se está de acuerdo en que no tiene sentido proceder a formular propuestas detenidas de reforma de un Estatuto cuya modificación no está en el horizonte, pero no se acaba de ver el nivel de análisis y crítica en el que deberíamos movernos.

En cualquier caso, antes de que acontezca la reunión de Bilbao, los materiales aprobados sobre reforma de nuestro ordenamiento interno son solicitados por diferentes miembros de la comisión que en el Ministerio de Justicia está elaborando un anteproyecto de reforma legal sobre estos temas; los solicitantes son o han sido miembros del Grupo. Se les hacen llegar. Más adelante los materiales serán también demandados por diversos partidos políticos. La redacción que pasan a tener estos preceptos del código penal tras su reforma, que no tendrá lugar hasta la LO 15/2003 de 25 de noviembre, re-

fleja con nitidez que su tenor literal se aleja sólo en aspectos muy secundarios de la propuesta por nosotros formulada.

6. EPILOGO PROVISIONAL

Con los acontecimientos precedentes concluyen los primeros once años de funcionamiento del Grupo de estudios de política criminal, que a partir de ese momento comienza su existencia regular como asociación legal.

Su actividad se va a potenciar notablemente con su nueva estructura. El número de miembros del Grupo y de asistentes a las reuniones plenarios va a crecer hasta cifras que obligan a replantearse la estructura habitual de los debates.

A la reunión de Jerez van a seguir, hasta el momento de redacción de estas páginas, otras en Bilbao, La Coruña, Barcelona, Zaragoza, Madrid (Universidad Carlos III), Madrid (Universidad Complutense), Toledo y Málaga. Se concluirá el tema de Justicia penal internacional, así como los siguientes sobre La protección penal de los menores de edad y el muy ambicioso sobre El sistema de penas y su ejecución, el primero en el que se han necesitado cuatro reuniones plenarios para acabarlo.

En la Junta directiva se sustituyó a José Antonio Alonso, tras su toma de posesión como consejero del Consejo General del Poder judicial, por Ramón Sáez, y se procedió a su renovación reglamentaria en 2003, pasando a constituir la Juan Carlos Carbonell, Josep María Tamarit y Ramón Sáez como codirectores, Carmen Lamarca como tesorera y Octavio García Pérez como secretario.

Pero todo eso es otra historia, que no se pretende narrar ahora.

El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo

A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ

M^a Luz MARTINEZ ALARCON

I. INTRODUCCION

La aprobación de la Constitución Española de 1978 trajo consigo la creación de un órgano de gobierno del Poder Judicial *ad hoc*, desconocido hasta entonces en el ordenamiento jurídico español. Se trata del Consejo General del Poder Judicial, el cual, siguiendo los modelos de derecho comparado de nuestro entorno, especialmente el italiano, ha permitido desapoderar al Poder Ejecutivo de importantes competencias en materia de justicia de las que había sido titular hasta ese momento y que frecuentemente había utilizado de forma fraudulenta haciendo inviable una actuación de la magistratura conforme al principio de independencia judicial. En concreto, el órgano de gobierno del Poder Judicial que articula nuestra *norma normarum*, que se configura como la garantía institucional por excelencia del principio de independencia de jueces y magistrados recogido en el artículo 117.1 de la Constitución Española, ha asumido las competencias relativas al estatuto jurídico de jueces y magistrados, incluyendo, por supuesto, la materia relativa a sus sistemas de acceso y promoción.

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional, al afirmar que "la independencia judicial (...) debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial (art. 12 de la LOPJ) como por 'todos' (art. 13 de la misma Ley)"¹, ha puesto de manifiesto que las injerencias en este principio no proceden sólo de los intereses privados o de los intereses del resto de poderes del Estado, pensando, fundamentalmente, en el Poder Ejecutivo (*independencia judicial externa*), sino que, del mismo modo, corrobora que las lesiones que puede sufrir este principio bien pueden proceder de actuaciones de otros jueces y magistrados o de los propios órganos de gobierno del Poder Judicial, incluido el Consejo General del Poder Judicial (*independencia judicial interna*). Es decir, la independencia personal del juez o magistrado también puede peligrar en el interior de la estructura organizativa de la que forma parte, y, desde este punto de vista, es preciso advertir que el Consejo General no ha sucedido al Ministerio de Justicia para sustituir el arbitrio y la discrecionalidad del Gobierno por otra forma arbitraria de actuar² y que, por ello, resulta preciso prever mecanismos destina-

dos a evitar la arbitrariedad del órgano de gobierno del Poder Judicial en el ejercicio de sus competencias de índole gubernativa.

Pues bien, la supresión del margen de discrecionalidad del que pudiera disponer el Consejo General del Poder Judicial para tomar muchas de sus decisiones constituye, en mi opinión, un mecanismo fundamental para garantizar el respeto del principio de independencia judicial interna. Así parece que también lo ha entendido el legislador orgánico español, el cual, con el objeto de eliminar posibles injerencias sobre dicho principio, ha optado por atribuir naturaleza reglada a los procedimientos a través de los cuales se articula la mayoría de las decisiones del Consejo. Concretamente, y por regla general, los sistemas de acceso y promoción o ascenso en la carrera judicial española se deciden a través de los procedimientos reglados —que presentan sus peculiaridades en cada caso particular y tampoco se encuentran exentos de problemas³— que articula la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora bien, dicha regla general se excepciona con relación a una cuestión especialmente relevante; se trata del nombramiento de los altos cargos del Poder Judicial, entre los que destaca —por su *status* dentro del sistema judicial español y por la importancia de las funciones que desempeñan— el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. En este supuesto, la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Consejo un amplio margen de discrecionalidad para cubrir las vacantes, una cuestión ésta especialmente controvertida tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de los últimos acontecimientos acaecidos al respecto en España en el año dos mil cuatro, donde el pulso político ha venido marcado por la existencia de una iniciativa encaminada a reformar el Poder Judicial para, según la justificación aportada, solucionar los problemas que con relación a los principios de independencia judicial y de mérito y capacidad planteaba el procedimiento discrecional que había desarrollado la Ley Orgánica del Poder Judicial para nombrar a sus altos cargos.

En concreto, el meollo de la reforma, inducida por el Partido Socialista Obrero Español, en un primer momento a través del planteamiento de una

que en los demás casos"; De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 62.

¹ STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6º.

² Al respecto véase Buron Barba, L.A., "El Consejo General del Poder Judicial y la independencia de la Función Jurisdiccional", *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1983, pag 168 "(...) si se priva al ejecutivo de poderes sobre la Justicia para conferirlos a un organo autónomo es para garantizar la independencia, no porque la intromisión en ésta resulte más tolerable cuando procede de los propios jueces

³ Sobre esta cuestión véase Jiménez Asensio, R., "El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio", *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 115-249; Martínez Alarcón, M^a L., "La selección en la carrera judicial en España", *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 2003, págs. 141-168.

Proposición no de Ley con el aval de su Grupo Parlamentario en el Congreso⁴, y, posteriormente, a través de su Gobierno por medio de un Proyecto de Ley⁵, ha consistido, como todos sabemos, en la sustitución del quórum de la mayoría simple que precisaba el Pleno del órgano de gobierno del Poder Judicial para efectuar las propuestas de dichos nombramientos por una mayoría reforzada de los tres quintos (13 votos sobre 21) de ese mismo Pleno. Esta iniciativa política, por otra parte, ha pretendido poner término a una situación en la que la mayoría conservadora del órgano de gobierno del Poder Judicial, constituido en el año dos mil uno con un Gobierno del Partido Popular, decidió imponer su criterio tras las elecciones del catorce de marzo de dos mil cuatro que dieron la victoria, de forma inesperada, al Partido Socialista Obrero Español, presumiblemente, con el objetivo de compensar el poder perdido por el Partido Popular en el Ejecutivo a través del propio Poder Judicial. Y es que, en efecto, a partir de este momento, todas las vacantes pendientes se cubrieron aplicando el hoy derogado quórum de la mayoría simple apartándose, por consiguiente, del pacto implícito existente al respecto en virtud del cual los nombramientos discrecionales en los altos cargos del Poder Judicial debían efectuarse conforme a un criterio más o menos proporcional dirigido a garantizar la representación de las diferentes sensi-

⁴ Los Grupos Parlamentarios Socialista, de Esquerra Republicana y de Izquierda Unida Verde-Iniciativa per Catalunya Verds, presentaron en el mes de septiembre de 2004 una *Proposición no de Ley relativa a la realización de actuaciones encaminadas a la mejora de la Administración de Justicia* (Proposición no de Ley 162/000138), que se aprobó finalmente el 21 de septiembre de 2004, para orientar la actuación política del Gobierno español instándole a adoptar la fórmula del consenso para proceder al nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, sustituyendo así el sistema de mayorías que hasta entonces había venido utilizando el Consejo General del Poder Judicial en esta materia. Al respecto véase BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 65, de 19 de septiembre de 2004, BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 75, de 28 de septiembre de 2004; DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 31, de 21 de septiembre de 2004, y BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 45, de 28 de septiembre de 2004.

⁵ El Gobierno, respondiendo a dicha Proposición no de Ley, elaboró el Anteproyecto de reforma de la LOPJ de 22 de septiembre de 2004 en el que preveía, entre otras cosas, la modificación de dicha norma en lo relativo al quórum necesario para decidir los nombramientos discrecionales en el seno del Poder Judicial. Dicho Anteproyecto establecía una mayoría de tres quintos del Pleno del CGPJ para realizar la propuesta de nombramiento de los presidentes de Sala y magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y el magistrado de la Sala segunda de lo penal o contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 18.3 de la Constitución Española, así como del magistrado de dichas Salas del Tribunal que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad. La mayoría conservadora del Pleno del CGPJ aprobó un informe, que previamente había sido elaborado y aprobado por la mayoría conservadora de su Comisión de Estudios e Informes, en sentido contrario a la reforma, si bien es cierto que la minoría progresista del Consejo ratificó un voto particular frente a dicho informe que elaboraron dos de los miembros de la Comisión de Estudios e Informes del órgano de gobierno del Poder Judicial. Dicho informe, a falta todavía de su publicación en el correspondiente *Libro de Estudios, Informes y Dictámenes* que editará el órgano de gobierno del Poder Judicial en el año dos mil cinco, se encuentra disponible en la página web <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/>.

bilidades presentes en el Consejo también entre dichos altos cargos.

En cualquier caso, la aprobación de la reforma ha venido precedida por un ambiente de crispación política, que deviene inaguantable a raíz de la bochornosa situación acaecida en el Congreso el día veinticinco de noviembre de dos mil cuatro, cuando el primer intento de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se frustró del modo más absurdo y ridículo posible durante su votación⁶. El Proyecto, que se tramitaba en lectura única y sin pasar, por tanto, por la ponencia y la comisión correspondiente, sólo consiguió 169 votos favorables cuando precisaba de la mayoría absoluta para su aprobación como Ley Orgánica, esto es, de 176 votos favorables de la Cámara. Pues bien, este resultado no fue consecuencia de la falta de apoyos para su aprobación, sino de la ausencia en el momento de la votación de la norma de treinta y cuatro diputados de los siete grupos parlamentarios que apoyaban esta reforma (todos menos el Grupo Parlamentario Popular), entre los que destacaba, paradójicamente, la ausencia de dieciocho diputados socialistas. Tras este bochornoso espectáculo se desató la polémica cuando el Gobierno socialista propuso repetir la votación en el Congreso, propuesta ésta que el Grupo Parlamentario Popular y el propio presidente del Congreso rechazaron. Finalmente, el Consejo de Ministros que se convocó con carácter extraordinario el día veintinueve de noviembre de dos mil cuatro decidió de nuevo el envío del Proyecto de Ley al Congreso⁷. La aprobación de este segundo Proyecto —idéntico al primero— se ha producido, igualmente, por el procedimiento de urgencia y lectura única con el objeto de cumplir con una serie de plazos que han permitido la entrada en vigor de la reforma en enero de dos mil cinco, aplicándose así el nuevo quórum para cubrir las vacantes pendientes de nueve magistrados del Tribunal Supremo y del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

En concreto, esta precipitación por aprobar la reforma una vez frustrado el primer intento, ha permitido arrojar dudas, no sólo sobre su constitucionalidad material o de fondo —en la que voy a centrar mi trabajo— sino, igualmente, sobre su constitucionalidad formal, relativa al procedimiento finalmente seguido para su aprobación. En este sentido, el Grupo

⁶ El primer acuerdo de tramitación de la norma por este procedimiento se recoge en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-3, de 8 de noviembre de 2004. Para consultar el Proyecto de Ley véase BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-1, de 22 de octubre de 2004. Para consultar las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley —cuyo plazo de presentación fue objeto de ampliación— véase BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-4, de 22 de noviembre de 2004.

⁷ El segundo acuerdo de tramitación de la norma por el procedimiento de urgencia y en lectura única se recoge en BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 17-1, de 1 de diciembre de 2004 y en BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 17-2, de 3 de diciembre de 2004. Para consultar las enmiendas presentadas a este segundo Proyecto de Ley véase BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 17-3, de 4 de diciembre de 2004. Este Proyecto resultó aprobado en el Congreso el día 9 de diciembre de 2004 (por los 194 votos a favor de todos los grupos frente a 137 votos del Grupo Parlamentario Popular).

Parlamentario Popular ha anunciado su intención de recurrir esta modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial por razones de fondo y forma ante el Tribunal Constitucional, un procedimiento éste ordinario de control de la actividad del legislador por parte del intérprete supremo de la Constitución que no plantea problemas y que, llegado el caso, incluso podría contribuir a reforzar la legitimidad de la modificación efectuada en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sí que resulta preocupante, sin embargo, el ambiente de crispación política vivido en el último trimestre del año dos mil cuatro con ocasión de dicha reforma y que, en mi opinión, ha contribuido, una vez más y desgraciadamente, a proyectar en la opinión pública una imagen de una justicia politizada que contribuye a disminuir su *auctoritas*, y, en definitiva, la confianza de la ciudadanía en la misma; ambiente de crispación que, por otra parte, parece que se va a mantener habida cuenta del anuncio del portavoz popular Ignacio Astarloa sobre la intención de su Grupo —el Parlamentario Popular— de impedir cualquier renovación en la cúspide de la estructura judicial que se pudiera plantear con la aplicación del nuevo quórum —que si se dilatara en el tiempo haría incluso inviable la renovación del Consejo General del Poder Judicial en noviembre de dos mil seis— lo que, en definitiva, podría provocar uno de los efectos perniciosos que se han achacado a la nueva mayoría reforzada introducida en tanto en cuanto podría conducir a la paralización del funcionamiento del órgano de gobierno del Poder Judicial.

Pero, de cualquier forma, e independientemente de que pueda ponerse en cuestión —no sin razón— que haya sido exclusivamente la buena voluntad de los protagonistas en el proceso la que ha motivado la propuesta de la reforma del quórum para decidir, entre otras cosas, sobre los nombramientos discrecionales de los magistrados del Tribunal Supremo, lo cierto es que dicha reforma admite una reflexión de fondo autónoma —al margen de las cuestiones de forma y de los criterios de oportunidad política que sin lugar a dudas motivaron su propuesta⁸— acerca de su viabilidad para garantizar, tal y como se ha afirmado, por un parte, el principio de mérito y capacidad, y, por otra parte, el principio de independencia judicial y para requerir, si la conclusión es que puede producir efectos positivos, o, al menos, que puede producir más beneficios que perjuicios, que se mantenga en el tiempo con independencia de la composición particular del Consejo en cada mandato⁹.

⁸ La diputada del Grupo Parlamentario Vasco, en el debate de la Proposición no de Ley, señaló que su Grupo consideraba que dichas modificaciones “no son por razones de modelo democrático, no son por razones de concepto, sino por razones de estrategia de oportunidad política, que son perfectamente legítimas pero que nada tienen que ver con lo anterior (...)”, como lo probaba, para ellos, el hecho de que no se hubiera incidido en el tema de la descentralización de la justicia. Véase el DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 31, de 21 de septiembre de 2004.

⁹ Sobre la intención de mantener la modificación finalmente frustrada en el futuro, veanse las afirmaciones del Grupo Parlamentario Socialista con ocasión de la discusión de la Proposición no de Ley: “Nosotros pretendemos impedir *ahora* y *en el futuro*, mediante la constitución o imposición de un quórum, esa práctica [se refiere a la imposición del criterio de la mayoría para decidir sobre los nombramientos discrecionales] e imponer

II. EL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo atendiendo a la naturaleza de la función jurisdiccional

1.1. *La naturaleza de la función jurisdiccional*

La función jurisdiccional que desarrollan jueces y magistrados presenta una incuestionable *naturaleza mixta* ya que, si bien por una parte dicha función consiste en una actividad de carácter eminentemente técnico, en tanto en cuanto las actividades probatoria y aplicativa del Derecho que realiza el operador jurídico aparecen predeterminadas por la aplicación del criterio de la racionalidad y por el propio ordenamiento jurídico, no lo es absolutamente, como se pone de manifiesto con la asunción del principio de la libre valoración de la prueba y la superación de la tesis decimonónica sobre la aplicación mecanicista del Derecho que se sustentaba en la premisa sobre la existencia de un ordenamiento jurídico cerrado, completo y coherente, en el que no resultaba posible vislumbrar la existencia de lagunas ni antinomias. En la actualidad, por consiguiente, es preciso reconocer la naturaleza normativa en la actuación del operador jurídico, sencillamente, porque dicha actuación no aparece predeterminada en todos sus extremos. El principio de la libre valoración de la prueba y la consagración de la tesis de la discrecionalidad judicial implican, en definitiva, la existencia de un cierto margen de libertad en el juzgador para concretar la solución de un caso concreto, lo cual le va a permitir, finalmente, reflejar en la sentencia su propia sensibilidad al respecto¹⁰.

En concreto, esta naturaleza mixta del acto probatorio de los hechos y aplicativo del Derecho debe condicionar, a mi juicio, la elección sobre el sistema destinado a cubrir las vacantes que se producen en la cúspide del sistema judicial. Si, por un lado, sus actividades consisten en un acto de naturaleza eminentemente técnica, parece razonable exigir que los titulares de los órganos que las desarrollan se elijan entre técnicos¹¹, y, todavía más, y habida cuenta las

el consenso, el diálogo. (...) Esto es más democrático, esto es, llevar la pluralidad constitucional y social también al ámbito de los jueces. (...) Señor Michavila, escuche bien porque esto quedará reflejado en el “Diario de Sesiones”: no es verdad que ahora aprobemos esto para en el año 2006, con nuestra mayoría, volverlo a modificar para copar los órganos judiciales. No; el Partido Socialista, el Grupo Parlamentario Socialista y el Gobierno, porque el ministro lo ha dicho, se comprometen a mantener esto en el 2006 y en el futuro, para que nadie pueda manipular como actualmente se está manipulando”; DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, num. 31, de 21 de septiembre de 2004.

¹⁰ Por ello es preciso, tal y como se ha señalado, incidir sobre los instrumentos de justificación de las decisiones judiciales, para, por una parte, proporcionar al operador jurídico una legitimación democrática que por conducto representativo no posee, y, por otra, garantizar una previsibilidad suficiente en la aplicación del Derecho que permita realizar el principio fundamental de la seguridad jurídica, irrenunciable en cualquier Estado de Derecho.

¹¹ Sobre el acceso a la judicatura a través de criterios técnicos vease Guastini, R., “Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell’art. 101 Cost.”, *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso I. CEDAM*, Padova 1995, págs. 834-835. La investidura actual de los jueces es una excepción en el sistema democrático en

importantes funciones que tiene encomendadas el Tribunal Supremo, entre los mejores técnicos, lo cual debe conducir de forma inexcusable a utilizar unos procedimientos de selección de los mismos conformes al principio de mérito y capacidad. Ahora bien, y como ya hemos señalado, el reconocimiento de la decisión judicial discrecional, frente a los sistemas de la decisión judicial libre y los sistemas de la decisión judicial vinculada¹², que va a permitir que cualquier operador jurídico refleje sus propias sensibilidades con respecto a los problemas jurídicos concretos que deba resolver, justifica, a mi juicio, las demandas de aquellos que solicitan que en los altos puestos del Poder Judicial, desde donde se orientan las decisiones de otros jueces y magistrados "inferiores" a través del sistema de recursos establecido, se encuentren representadas las distintas sensibilidades presentes en la judicatura, a su vez reflejo de las distintas sensibilidades presentes en el Consejo y en la sociedad, lo que, en definitiva, implica reconocer que el criterio de mérito y capacidad, si bien fundamental, no resulta suficiente para componer de forma adecuada un Tribunal Supremo, simplemente, porque dicho criterio no resulta apropiado para garantizar la presencia de las distintas sensibilidades a las que he hecho referencia. En este ámbito, por consiguiente, el principio de igualdad que preserva un sistema de promoción regido exclusivamente por los principios de mérito y capacidad, debe ceder en algún punto en aras de conseguir una composición plural en el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria.

1.2. **El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo conforme a los criterios de mérito y capacidad y el quórum reforzado**

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma del artículo 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la justifica, entre otras razones, porque a su través se podrá garantizar la llegada de los más capaces al Supremo. Sin embargo, en mi opinión y coincidiendo en este punto con el informe que aprobó la mayoría conservadora del Pleno del Consejo General del Poder Judicial con relación al Anteproyecto de Ley correspondiente¹³, y con las

el que prevalece, como es natural, el método representativo. Pero es una excepción justificada porque el juez es la salvaguarda del saber jurídico, eminentemente técnico y, por ello, es natural y oportuno que los jueces se elijan entre técnicos y no sean delegados representantes de designación política; De Ruggiero, L., "La legittimazione del potere del giudice oggi in Italia", *Questione Giustizia*, núm. 1, 1988, pág. 197.

¹² Al respecto véase Wróblewski, J., "Theoretical and ideological problems of judicial independence", *Los jueces en una sociedad democrática*, coord. Juan Igartúa Salaverria, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pág. 32.

¹³ Me estoy refiriendo al Anteproyecto que precedió la aprobación del primer Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que presentó el Gobierno al respecto. El segundo Proyecto de Ley no fue sometido a informe del CGPJ, y, en este sentido, el Grupo Parlamentario Popular y la mayoría del propio órgano de gobierno del Poder Judicial, consideran que éste puede ser uno más de los vicios formales de constitucionalidad que aquejan al procedimiento que ha conducido a la aproba-

ción de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien es cierto que, por otra parte, la minoría progresista del Consejo ha considerado superfluo un segundo informe por tratarse, como es el caso, de dos Proyectos de Ley idénticos.

¹⁴ La propuesta más concreta y meditada en este punto ha sido la de *Convergència i Unió*, que propuso una nueva redacción a la reforma del artículo 127 LOPJ en virtud de la cual el Consejo General del Poder Judicial debería, para efectuar las propuestas de nombramiento por mayoría de tres quintos previstas en el apartado primero del precepto, establecer previamente los criterios y baremos objetivos para la valoración de los méritos y capacidades en la provisión de las plazas a cubrir. Dichas propuestas de nombramiento deberían aparecer, en todo caso, motivadas en función del grado de cumplimiento de los criterios y de los baremos que se hubieran fijado previamente. Junto a ello, *Convergència i Unió* pedía que se requiriera de manera preceptiva, para la provisión de las plazas vacantes en el Tribunal Supremo, un informe no vinculante sobre los candidatos por parte de la Sala de Gobierno del mismo, e, igualmente, pero para la provisión de las plazas de presidente del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, un informe no vinculante de la respectiva Sala de Gobierno, en la tramitación del primer Proyecto de Ley véase el BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-4, de 22 de noviembre de 2004, y en la tramitación del segundo Proyecto de Ley véase BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 17-3, de 4 de diciembre de 2004.

enmiendas que en su día presentaron los Grupos Parlamentarios Popular y de *Convergència i Unió* durante la tramitación parlamentaria de los dos Proyectos de Ley en el Congreso¹⁴, no resulta posible vislumbrar una relación de adecuación entre la medida aprobada, el quórum de los tres quintos del Pleno para las propuestas discrecionales de nombramiento, y la finalidad pretendida, consistente en la aplicación de los criterios de mérito y capacidad a los candidatos para proponer su nombramiento. Más aún, mientras se estuvo aplicando el sistema —más o menos proporcional— para efectuar las propuestas de estos nombramientos, al margen de la mayoría simple ya derogada que establecía la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se produjo un debate serio en el órgano de gobierno del Poder Judicial para consensuar al candidato con los mejores méritos, sino que, antes bien, se desarrolló un sistema de distribución de puestos atendiendo exclusivamente a la cuota que se ostentara en el Consejo y ajeno, por tanto, a la aplicación de los principios de mérito y capacidad¹⁵.

Sin embargo, parece incuestionable, atendiendo a la naturaleza eminentemente técnica de la función jurisdiccional que desarrollan los operadores jurídicos, que no se puede eludir el papel fundamental que debe jugar el principio de mérito y capacidad para efectuar las propuestas de nombramiento de, entre otros, los magistrados del Tribunal Supremo. Ahora bien, de momento y al margen de la reforma recientemente producida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cierto es que se mantiene el notable margen de libertad con el que siempre ha conta-

ción de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien es cierto que, por otra parte, la minoría progresista del Consejo ha considerado superfluo un segundo informe por tratarse, como es el caso, de dos Proyectos de Ley idénticos.

¹⁴ La propuesta más concreta y meditada en este punto ha sido la de *Convergència i Unió*, que propuso una nueva redacción a la reforma del artículo 127 LOPJ en virtud de la cual el Consejo General del Poder Judicial debería, para efectuar las propuestas de nombramiento por mayoría de tres quintos previstas en el apartado primero del precepto, establecer previamente los criterios y baremos objetivos para la valoración de los méritos y capacidades en la provisión de las plazas a cubrir. Dichas propuestas de nombramiento deberían aparecer, en todo caso, motivadas en función del grado de cumplimiento de los criterios y de los baremos que se hubieran fijado previamente. Junto a ello, *Convergència i Unió* pedía que se requiriera de manera preceptiva, para la provisión de las plazas vacantes en el Tribunal Supremo, un informe no vinculante sobre los candidatos por parte de la Sala de Gobierno del mismo, e, igualmente, pero para la provisión de las plazas de presidente del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, un informe no vinculante de la respectiva Sala de Gobierno, en la tramitación del primer Proyecto de Ley véase el BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-4, de 22 de noviembre de 2004, y en la tramitación del segundo Proyecto de Ley véase BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 17-3, de 4 de diciembre de 2004.

¹⁵ En el debate de la Proposición no de Ley, por ejemplo, la diputada del Grupo Parlamentario Vasco afirmó que incluso desde instancias progresistas se había cuestionado que el nuevo quórum favoreciera el nombramiento discrecional de estos cargos atendiendo a los principios de mérito y capacidad, pues, probablemente, para ponerse de acuerdo, se podría concluir con el nombramiento "de juristas mediocres, menos polémicos, menos significados y que quizá supusiese una bajada en el escalón de los méritos de quienes puedan componer o llegar a desempeñar puestos tanto en el Tribunal Supremo como en los Tribunales Superiores de Justicia". Al respecto véase el DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 31, de 21 de septiembre de 2004.

do el Consejo para efectuar las propuestas de nombramiento en este importante escalafón¹⁶. Y aunque, evidentemente, resulta necesario reconocer cierto margen de libertad en la actuación del órgano de gobierno del Poder Judicial para permitirle así componer un Tribunal Supremo plural en atención a las diferentes sensibilidades de los candidatos, reflejo a su vez de las propias sensibilidades presentes en el Consejo y la sociedad, lo cierto es que, por otra parte, deben imponerse finalmente ciertos mecanismos que permitan que los principios de mérito y capacidad constituyan (frente a lo que hasta ahora ha sido una actuación discrecional presidida básicamente por la elección de los candidatos en función de cuotas en el Consejo y no en función de sus méritos) la guía básica de actuación del órgano de gobierno del Poder Judicial en el ejercicio de dicha atribución.

El Tribunal Supremo, como todos sabemos, es el intérprete supremo de la legalidad ordinaria y esta función exige un alto grado de profesionalidad y de técnica jurídica en sus integrantes que creemos debe acreditarse estableciendo un procedimiento de control de los méritos de los candidatos para verificar que, efectivamente, resultan los más aptos para desempeñar las importantes funciones que el Tribunal Supremo les tiene reservadas. Desde este punto de vista, las tesis mayoritarias de la doctrina actual en España, si bien no cuestionan la presencia de cierta discrecionalidad del Consejo para decidir en esta materia, plantean, sin embargo, la necesidad de sujetar sus propuestas discrecionales de nombramiento a unos criterios y a un sistema de valoración que responda realmente a la cualificación jurídico-técnica de los puestos vacantes que están llamados a ser ocupados. Esto es, y de la misma manera que sucede con ocasión de los nombramientos discrecionales que existen en el seno de la Administración Pública, es preciso que el órgano de gobierno del Poder Judicial aplique el criterio de la tecnicidad —mérito y capacidad— para efectuar las propuestas de los nombramientos de la carrera judicial, en especial, cuando se trata de magistrados del Tribunal Supremo¹⁷. No es posible que los nombramientos para desempeñar una función, como hemos señalado, de naturaleza eminentemente técnica, se cimenten básicamente sobre razones de confianza¹⁸, puro amiguismo o afinidad política, sen-

cillamente, porque dichas razones no responden a la necesaria cualificación jurídico-técnica de los puestos vacantes que deben cubrirse.

Desde este punto de vista, se ha señalado que aunque la discrecionalidad técnica para proveer determinadas plazas implica que los criterios de valoración no están predeterminados de forma reglada, sino que el órgano en el que reside la competencia discrecional tiene un margen de libertad para determinar *qué* criterios de valoración van a ser tenidos en cuenta para atribuir el cargo y *de qué modo* van a ser valorados¹⁹, ello no impide que estos criterios respondan a las especificidades técnicas de la función que se debe desarrollar, que, además, deben aparecer detallados con suficiente grado de precisión y publicitados. por ejemplo, en la propia convocatoria de plazas o, incluso mejor y para evitar la configuración *ex post facto* de las características técnicas de la plaza en atención a amiguismos particulares o afinidades políticas, al inicio del año judicial²⁰. Incluso se ha planteado la posibilidad de que se hicieran públicos al inicio del mandato del correspondiente Consejo, y, yendo todavía más allá, los hay que apuntan a una necesaria predeterminación normativa de dichos criterios a través de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y del desarrollo reglamentario que pudiera realizar el Consejo General del Poder Judicial al respecto²¹.

En cualquier caso, la limitación del margen de discrecionalidad del que dispone el Consejo General del Poder Judicial para nombrar a estos cargos a través del establecimiento de criterios previos y generales de evaluación de los candidatos adecuados a las características propias de la función que se debe desarrollar es todavía una cuestión pendiente que parece que ningún Gobierno tiene interés por abordar cuando, realmente, una decisión en este sentido parece absolutamente necesaria —habida cuenta la aplicación realizada hasta el momento de la enorme discrecionalidad existente al respecto— para garantizar la existencia de una justicia más independiente y técnica y consolidar así, si no recuperar, una legitimidad perdida en el ámbito de la magistratura, capaz de preservar su *auctoritas*²² y de mantener la confianza del justiciable en la Administración de Justicia.

¹⁹ *Ibidem*, pag. 413.

²⁰ En parecidos términos De Marino, R., "Función jurisdiccional e independencia judicial", *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, vol. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987. La transparencia y publicidad de los criterios técnicos en los que se va a basar la designación de los aspirantes no se produce en el modelo actual.

²¹ En este sentido se pronunció el informe de la Comisión de Estudios e Informes al que nos venimos refiriendo en este trabajo. En concreto, su texto señala que la deficiencia en la cualificación técnica de los sujetos que acceden al Tribunal Supremo solo se puede corregir "regulando con mayor densidad normativa los criterios de selección que determinen la idoneidad para el acceso al Tribunal Supremo"; informe de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ; ob. cit., pág. 29.

²² La cual se traduce en aquella "superioridad moral, prestigio o dignidad social de la Magistratura, que debe concurrir en el órgano jurisdiccional a fin de que sus decisiones se impongan no tanto por la mera existencia de un proceso de ejecución que las respalda, cuando por la propia autoridad o prestigio del sujeto de que emanan"; Gimeno Sendra, V., "El control de los jueces por la sociedad", *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, pág. 40.

¹⁶ De una lectura de los preceptos que regulan esta materia en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 342 y ss.), se puede concluir que la antigüedad no es un criterio de promoción sino un requisito para ser promovido. Una vez verificado éste, nos encontramos con una fuerte dosis de discrecionalidad por parte del órgano de gobierno del Poder Judicial para efectuar las propuestas de nombramiento.

¹⁷ Sobre esta cuestión vease Bacigalupo Saggese, M., "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, julio-septiembre 2000, págs. 414-415.

¹⁸ A pesar de lo establecido en el FJ 4º de la STS de 30 de noviembre de 1999. Un comentario crítico sobre la misma, que compartimos, véase en Bacigalupo Saggese, M., "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial...?", ob. cit., págs. 407-420.

Por otra parte, establecer un sistema de acreditación y valoración de los méritos para decidir sobre el nombramiento para el puesto atendiendo a la cualificación de los candidatos, implica reconocer que la actividad del Consejo General del Poder Judicial, en este punto, es susceptible de fiscalización, y, por tanto, de control jurisdiccional ordinario. Y en tanto en cuanto la motivación hace efectivo el control, será necesario aportar los argumentos, *materiales y formales*, en virtud de los cuales se ha optado por uno de los candidatos aspirantes al cargo discrecional²³. El principio de transparencia que debe presidir la actuación administrativa y la necesidad de facilitar el control del acto administrativo y la verificación de su adecuación al fin perseguido obliga a motivar, al menos, siempre que se trate de actos con proyección externa o en los que resulten afectados derechos e intereses del ciudadano. Esta tesis resulta aplicable a los actos de nombramiento discrecional del Consejo General del Poder Judicial, de naturaleza administrativa, si bien, incomprensiblemente, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha suprimido el apartado 5^º que añadió la Ley Orgánica 16/1994, también de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985, por el que se establecía que "Los acuerdos de los órganos del Consejo serán siempre motivados".

1.3. **La pluralidad en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y el quórum reforzado**

Las soluciones, unas más extremas que otras como se ha podido comprobar, dirigidas a limitar el margen de discrecionalidad del órgano de gobierno del Poder Judicial en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, pretenden establecer un sistema de acreditación de méritos explícito que garantice la llegada de buenos técnicos a este órgano. Superados determinados baremos establecidos de acuerdo con el criterio de mérito y capacidad, será preciso mantener cierta discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial para decidir al respecto con el objeto de optimizar el nombramiento²⁴, una discrecionalidad ésta que, a mi juicio, debe

²³ Esto es, se deben aportar los argumentos sobre la competencia para adoptar la medida y la observancia del procedimiento debido y también los criterios en los que se fundó la decisión. Bacigalupo Saggese, M., "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados. ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial...?", *ob. cit.*, págs. 417-420. La discrecionalidad técnica "no sólo no exime sino que es precisamente la que exige la motivación del acto adoptado en su virtud", *ibidem*, pag. 418. "Salvo quizás en el supuesto de actos favorables, reglados, y que no limiten intereses de terceros, prácticamente, todos los actos deben ser motivados"; Fernández Montalvo R., "Funciones consultiva, informativa, y resolutive del Consejo General del Poder Judicial", *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Valladolid, 1996, pag. 139. A favor de la motivación de cualquier nombramiento discrecional en la carrera judicial se muestra también Martínez Muñoz, F., "Tema para el debate: el Consejo General del Poder Judicial", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, num 4, 1992, pag. 130.

²⁴ "En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido doctrina del derecho de acceso a los cargos públicos funcionaria-

ir encaminada a garantizar la presencia de las distintas sensibilidades de la judicatura en el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria, que son a su vez reflejo de las distintas sensibilidades existentes en el Consejo y en la sociedad²⁵. Como vemos, la discrecionalidad en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo impondría así ciertos límites en la aplicación del principio de mérito y capacidad, ya que superado el baremo establecido al efecto, sería necesario proceder al nombramiento de los candidatos buscando garantizar el pluralismo en la cúspide del sistema judicial.

En este sentido, el refuerzo del quórum preciso por parte del Pleno del órgano de gobierno del Poder Judicial para proponer el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo resulta, en mi opinión, y a pesar de lo que afirmó el informe del Consejo General del Poder Judicial al que ya hemos hecho referencia en varias ocasiones y que excluía de forma absoluta la aplicación de un quórum reforzado en su vertiente intraorgánica²⁶, un instrumento mucho más adecuado para garantizar una mayor pluralidad de sensibilidades en la cúspide judicial que el derogado quórum de la mayoría simple.

Cuando el pacto implícito en virtud del cual el Consejo General del Poder Judicial debía formular las propuestas de nombramiento de los magistrados

les trasladable a los judiciales, aunque sea con determinados matices cuando del Tribunal Supremo se trate, por la inevitable capacidad de arbitrio que respecto a éste se ha de reconocer al Consejo General del Poder Judicial para elegir e individualizar entre aquellos varios solicitantes que hayan superado los baremos establecidos de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Es decir, entendemos que sobre criterios objetivos que condicionan el acceso al Tribunal Supremo es imprescindible un cierto margen de prudente discrecionalidad dirigida estrictamente a la optimización de la decisión en el nombramiento. Con independencia de ese arbitrio final del Consejo los criterios de mérito y capacidad deben ser respetados exigiendo la fijación de criterios previos de selección, tanto más si se toma en consideración la vertiente subjetiva del derecho de los candidatos a acceder en condiciones de igualdad ()", Informe de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, *ob. cit.*, pag. 28.

²⁵ Por otra parte, el tema de la discrecionalidad cuando se trata de otros altos cargos del Poder Judicial como por ejemplo los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia que realizan funciones de naturaleza gubernativa, debe ser afrontado de forma bien diversa y, en estos casos, no vemos el inconveniente en aplicar un procedimiento en el que las propuestas de nombramiento de estos cargos se rigieran por un sistema de naturaleza reglada. En este sentido, y en concreto en el ámbito de la magistratura italiana, el profesor Pizzorusso ha sugerido, para eliminar los inconvenientes que dimanaban de la existencia de una carrera judicial, que solo se distinga a los componentes de la Corte de Casación, por la particular relevancia constitucional que tienen, y que se supriman los nombramientos discrecionales de los puestos directivos, que deben configurarse siempre con carácter temporal y cuyas funciones deberían ser atribuidas, bien mediante elección por parte de todos los magistrados del órgano interesado, bien mediante un sistema de formación de listas; Pizzorusso, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, ed. Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1990, pag. 42.

²⁶ "La mayoría cualificada de 3/5 adquiere entonces su sentido último como cautela o mecanismo en la relación inteorgánica del Consejo con otros poderes y órganos del Estado o en su propia integración, este fundamento cualificador de las decisiones se disipa, por el contrario, por manifiesta ausencia de peso específico, en el ámbito intraorgánico, cuando se trata del ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento confiere al Consejo en su calidad de órgano de gobierno del Poder Judicial sobre materias correspondientes al estatuto jurídico de los jueces, ámbito donde el sistema de mayoría simple ha sido entendido como más apropiado para la expresión de su voluntad"; Informe de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ; *ob. cit.*, págs. 20-21.

del Tribunal Supremo de una forma proporcional quiebra, el sistema de mayoría simple pone de manifiesto sus evidentes deficiencias. Esto es, su incapacidad para provocar una composición plural del órgano intérprete supremo de la legalidad ordinaria. Desde este punto de vista, el quórum reforzado que introduce la reforma, con independencia de que se adopten medidas que garanticen la mejor capacidad y mérito de los que llegan a estos puestos, permite, en mayor medida que el quórum de la mayoría simple, componer un Tribunal Supremo atendiendo a las diferentes sensibilidades sociales pues, como ya hemos señalado, el ordenamiento jurídico no es un ordenamiento cerrado, y, por consiguiente, es preciso introducir distintas sensibilidades en la cúspide judicial que puedan funcionar como contrapeso en el momento de su aplicación. La importancia de dicha finalidad justifica, en mi opinión, la adopción del nuevo sistema, aún a pesar de las deficiencias que se pueden presentar en el momento de su aplicación y que probablemente se presentarán habida cuenta las manifestaciones realizadas al respecto por el Grupo Parlamentario Popular el día nueve de diciembre de dos mil cuatro en el Congreso²⁷, como sería, por ejemplo, la relativa al bloqueo que podría producirse en un concreto momento en el funcionamiento del órgano de gobierno del Poder Judicial²⁸.

2. El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo atendiendo al principio de independencia judicial

En la judicatura española, "el juez no es un profesional experimentado y prestigioso del Derecho que, como culminación de su carrera, es llamado al ejercicio de la jurisdicción, sino un licenciado en Derecho —normalmente sin experiencia previa y cuya personalidad global resulta desconocida— que aspira a ascender dentro de un cuerpo de funcionarios y que, por tanto, es sensible a cuanto pueda suponer un obstáculo para la consecución de este ob-

jetivo"²⁹, con el consiguiente peligro que puede derivar de ello para la vigencia efectiva de la garantía funcional de la independencia judicial, especialmente cuando se trata de sistemas de promoción de naturaleza discrecional como el que afecta a los magistrados del Tribunal Supremo. Concretamente, la historia de la Administración de Justicia española constituye un ejemplo en el que se evidencia con claridad meridiana cómo la articulación de un sistema de ascensos de naturaleza discrecional para la promoción de los altos cargos del Poder Judicial ha permitido que sucesivos Gobiernos realizaran un control indirecto sobre la judicatura impidiéndole, por esta vía, constituirse como un auténtico poder independiente capaz de garantizar la limitación jurídica del poder político³⁰.

El problema, una vez que el Consejo General del Poder Judicial ha asumido estas competencias, tradicionalmente en manos del Poder Ejecutivo, se traslada al ámbito interno de la propia organización judicial. Y es, precisamente, el enorme margen de libertad con el que ha contado y cuenta el Consejo tras su creación por la Constitución Española de 1978 para decidir sobre el ascenso a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, el que plantea actualmente en el ordenamiento jurídico español, con toda su agudeza, el problema de la promoción como amenaza a la independencia de jueces y magistrados³¹, máxime si tenemos en cuenta que dicho margen de discrecionalidad en la voluntad de los órganos que antes y ahora han decidido al respecto, no se ha conducido, habitualmente, con arreglo a criterios técnicos, sino, antes bien, con arreglo a unas pautas basadas exclusivamente en intereses de la política de partidos que, en primer lugar, han podido incidir de forma negativa en la cualificación jurídico-técnica de los que finalmente han llegado a estos puestos, y, en segundo lugar, ha condicionado la independencia de unos jueces y magistrados que sienten cómo su actuación jurisdiccio-

²⁷ En concreto, el portavoz popular, don Ignacio Astarloa, señaló que "ninguna renovación —escuchen señorías— del Consejo contará con la voluntad del Grupo Popular hasta tanto no se vuelva a asegurar que la voluntad mayoritaria del cuerpo electoral compuesta por jueces y magistrados es respetada en forma efectiva, sin interferencias de ingeniería del poder político, como las que ahora se quieren aprobar por la mayoría de esta Cámara".

²⁸ El informe de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ ha puesto de manifiesto que el nuevo quórum reforzado puede dificultar la formación de la voluntad del órgano de gobierno del Poder Judicial favoreciendo la formación de minorías de bloqueo; informe de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ; ob. cit., págs. 21-22. En el mismo sentido, con ocasión del debate de la Proposición no de Ley, la diputada del Grupo Parlamentario Vasco puso de manifiesto que podría suceder que, a través del nuevo quórum reforzado, se pospusiesen *sine die* determinados nombramientos; DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 31, de 21 de septiembre de 2004. Como he afirmado, considero que la utilización del quórum reforzado puede plantear en un determinado momento el problema mencionado en estas líneas, si bien es cierto que, a diferencia de lo que sostiene la mayoría conservadora del Consejo, la decisión sobre el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo no me parece, en absoluto, una decisión de una repercusión social menor, por las cuestiones a las que ya he hecho referencia, lo que, en definitiva, justifica la última reforma introducida al respecto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁹ Díez-Picazo, L.M., "Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, enero-abril 1992, pag. 50. Publicado también en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez*, I, Madrid 1993. En el mismo sentido véase De Otto, I., *Estudios sobre el Poder...*, ob. cit., pag. 126.

³⁰ Una perspectiva histórica de la independencia judicial en el sistema de ascensos en España véase en Martínez Alarcón, M^lL., *La independencia judicial*, CEPC, Madrid 2004, págs. 242-246. Al respecto véase, igualmente, Lanero Taboas, M., *Una milicia de la Justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, CEC, Madrid, 1996, pag. 166. La autora alude a la lamentable situación del principio de independencia judicial durante el régimen franquista debido, entre otras cosas, a la relación de confianza que se estableció entre el Poder Ejecutivo y los altos cargos de la judicatura.

³¹ Con relación al principio de independencia judicial, estamos de acuerdo con Arnaldo Alcubilla cuando señala que "no es exclusivamente en torno a la elección donde debe centrarse la discusión sobre el órgano de gobierno sino alrededor del modelo organizativo elegido y particularmente en la determinación de elementos de objetivación del ejercicio de sus atribuciones, de modo muy señalado en lo que concierne a los nombramientos para cargos discrecionales", en "Una visión dinámica del Poder Judicial", *Administración Pública y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978*, coord. E. Álvarez Conde, INAP, 1998, pag. 724. El subrayado es nuestro.

nal es valorada a través de planteamientos muy alejados de los principios de estricta profesionalidad.

Ahora bien, la loable intención de corregir este defecto del funcionamiento de nuestro sistema jurídico podría conducirnos, por ejemplo, a predicar la bondad del criterio de la antigüedad en el ascenso a esta categoría, argumentando que la naturaleza exclusivamente reglada del mismo, que sencillamente suprime cualquier margen de libertad del órgano de gobierno del Poder Judicial al respecto, constituye una garantía absoluta del principio de independencia judicial. Esta idea no resulta, en cualquier caso, novedosa. Al respecto es preciso recordar el debate que se produjo en Italia en la década de los sesenta del siglo veinte acerca de la modificación del sistema de ascensos para tener en cuenta la antigüedad como criterio exclusivo de promoción del juez o magistrado. Pero esta tesis, conforme a la cual se postularía el ascenso a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo exclusivamente en función del criterio de la antigüedad, desconoce un modelo de operador jurídico que, además de ser independiente, también debe estar técnicamente preparado en virtud del conocimiento adquirido y de su capacidad para ordenar el vasto material que el prolífico legislador le ofrece cotidianamente³². Aunque la inamovilidad judicial y la progresión de jueces y magistrados en la función por antigüedad resuelve de raíz el problema relativo a la independencia judicial, porque ya no tienen nada que esperar ni que temer dentro de la organización judicial, no garantiza la cualificación necesaria de los mismos para el desempeño de determinados puestos de la carrera judicial, y, en definitiva, no favorece la calidad técnica de la justicia³³. "Hacer de la antigüedad el único

criterio para la promoción significa sin duda recurrir a un baremo absolutamente objetivo, plenamente igualador y ajeno a toda discrecionalidad. Pero precisamente por eso, por tratarse de un criterio impersonal ante el que todos son iguales, se elimina todo incentivo"³⁴. Desde este punto de vista, no podemos prescindir de un sistema de control sobre la profesionalidad que nos aleje de una justicia de baja calidad, ineficiente y confiada a sujetos desmotivados y dedicados a otras ocupaciones³⁵.

Se ha señalado, en cualquier caso, que las consecuencias negativas de un sistema de ascenso *cuasi* automático en la carrera judicial (minoración de la capacidad y empeño en la profesión y consiguiente minoración en la calidad de las decisiones) podría atenuarse a través de una responsabilidad civil y disciplinaria más decididas³⁶. Sin embargo, coincidimos con Ferri cuando señala que incidir en el instituto de la responsabilidad de la magistratura no es el mejor medio para garantizar los derechos del ciudadano frente a los abusos de jueces y magistrados, ya que el mecanismo de responsabilidad opera *ex post facto*, esto es, una vez producido el perjuicio, y, desde este punto de vista, resulta más conveniente incidir en la búsqueda de mecanismos que prevengan el perjuicio³⁷, previendo, concretamente, una limitación de la discrecionalidad que actualmente rige el sistema de ascensos a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo en atención a los principios de mérito y capacidad, introduciendo un sistema en virtud del cual se establezcan explícitamente, de forma precisa y transparente, unos criterios de promoción adecuados a la cualificación técnica que requiere el puesto vacante y unos procedimientos de medición de los mismos, también precisos y públicos, que van a permitir, a través de la limitación y posible control de la actividad del órgano competente en este sentido (el Consejo General del Poder Judicial), poner freno a actuaciones contrarias al principio de independencia judicial. Es decir, el recurso al criterio del mérito y capacidad no sólo aparece justificado por la naturaleza eminentemente técnica de la actividad que desarrollan los operadores jurídicos, sino también por la necesidad de preservar la independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional.

De cualquier modo, y todavía a falta, como hemos visto, de previsiones expresas que contribuyan realmente a limitar, a través de los principios de mérito y capacidad, los nombramientos discrecionales de los magistrados del Tribunal Supremo que realiza el Consejo, la pregunta sería si, efectivamente y tal y como sugiere la Exposición de Motivos de la norma que ha reformado el ar-

³² Pera, G., "L'indipendenza "interna" dei giudici", *Magistrati o funzionari?*, a cura di Giuseppe Maranini, ed. di Comunità, Milán, 1962, págs. 95-96. Es más, los mecanismos de reclutamiento que premian la profesionalidad refuerzan, siquiera sea de forma indirecta, la independencia judicial. "Una buena preparación profesional tiende a producir una fuerte identificación con el papel que se desempeña y se convierte así en parte de la identidad social y autoestima de los jueces, actuando como antídoto eficaz contra influencias propias de carácter externo", Guarnieri, C., "El acceso a la magistratura: problemas técnicos y análisis comparado", *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, coord. por Rafael Jiménez Asensio, CGPJ, Madrid 2002, pag. 26.

³³ "Liberado de los condicionamientos de la carrera, el joven magistrado vencedor por concurso ve asegurada, actualmente, una progresión en grado y un tratamiento económico seguro y tranquilo. Pero esta mayor tranquilidad, si bien al servicio de una serenidad en el juicio del juez, se arriesga a atenuar la capacidad y el empeño profesional. La falta de cualquier sistema de selección que privilegie el mérito en términos de capacidad o conocimiento técnico-normativo puede ser motivo de 'dejadez' tanto en la preparación como en la actualización profesional de los magistrados", y, de esta forma, la vía para deteriorar la calidad de las decisiones judiciales; Trocker, N., "La responsabilità del giudice", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 1982, pág. 1290. Se ha señalado también que, en Italia, la ausencia de vínculo entre prestación de servicios judiciales y beneficios en la carrera, junto a la posibilidad de obtener el ascenso como un servicio efectivo en las funciones judiciales muy limitado, ha provocado la búsqueda de gratificaciones externas minando la imagen de independencia que deben mantener jueces y fiscales; Di Federico, G., "Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri", *La attività extragiudiziaria dei magistrati ordinari*, CEDAM, Padua, 1981, págs. LVI-LIX.

³⁴ De Otto, I., *Estudios sobre el Poder*, ob. cit., pág. 124.

³⁵ Silvestri, G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, G. Giappichelli editore, Torino, 1997, pág. 163.

³⁶ Trocker, N., "La responsabilità del giudice", ob. cit., págs. 1288-1291.

³⁷ Ferri, G.B., "Responsabilità del giudice e garanzie del cittadino", *Il Quadrimestre: Rivista di Diritto Privado*, 1985, págs. 360-361.

título 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el quórum de tres quintos para proceder a la designación de dichos magistrados resulta eficaz para reforzar la posición institucional e independencia del Poder Judicial

Con relación a esta cuestión, el informe que la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial elaboró con respecto al Anteproyecto de Ley que en su día presentó el Ministerio de Justicia en cumplimiento de lo establecido en el artículo 108.e) LOPJ ante el órgano de gobierno del Poder Judicial, y que finalmente fue aprobado por la mayoría conservadora de su Pleno, expresó su preocupación al constatar que se pretendía justificar dicha reforma apelando de forma equívoca, a su juicio, al principio de independencia judicial, sugiriéndose que estaba —o había estado— en peligro por la aplicación del sistema de mayorías que hasta entonces se había aplicado, lo cual, incluso, podría interpretarse como una deslegitimación sobrevinida de las designaciones efectuadas conforme al sistema hasta entonces vigente³⁸ y del propio Consejo General del Poder Judicial, institución garante del principio de la independencia al que, en opinión de esta mayoría conservadora del órgano de gobierno del Poder Judicial, se presentaba como su principal enemigo en tanto en cuanto se presumía un uso desviado en el ejercicio de sus funciones³⁹. Además, el informe añadía que el nuevo quórum que pretendía imponerse no resultaba necesario porque no existía ningún desequilibrio que fuera preciso corregir, afirmando posteriormente, y paradójicamente si tenemos en cuenta que este mismo informe se refiere la falta de objetividad en la designación de los candidatos por la ausencia de aplicación de los criterios de mérito y capacidad en sus propuestas de nombramiento, que el procedimiento de toma de decisión que se había venido utilizando —protagonizado por el sistema de designación de los aspirantes al cargo por la mayoría simple del Pleno— aparecía arropado por las debidas garantías de transparencia y objetividad⁴⁰.

Ahora bien, como todos sabemos, la mayoría conservadora del órgano de gobierno del Poder Judicial, aplicando el quórum de la mayoría simple ya derogado de la Ley Orgánica del Poder Judicial para formular las propuestas de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, obvió el pacto implícito existente entre las diversas posiciones representadas en el Consejo en virtud del cual dichas propuestas de nombramiento deberían efectuarse conforme a un criterio más o menos proporcional dirigido fundamentalmente a garantizar la presencia de las distintas sensibilidades de la judicatura, manifestación a su vez de las distintas sensibilidades presentes en la sociedad, en la cúspide del Poder Judicial. Pues bien, las propuestas de nombramiento discrecional por

el quórum de la mayoría simple de su Pleno estaba provocando, a diferencia de lo que sostuvo en su día la mayoría conservadora del órgano de gobierno del Poder Judicial, un grave desequilibrio en la composición de los altos cargos del Poder Judicial que, en mi opinión, puede corregir el nuevo quórum reforzado si es que, en efecto, el Partido Popular no cumpliera finalmente con su amenaza de paralizar el funcionamiento del órgano de gobierno del Poder Judicial. Pero, con ser ésta la finalidad fundamental que justifica la existencia del nuevo quórum, no es la única. Junto a esto, me parece que la formulación de las propuestas de nombramiento de estos puestos judiciales por una mayoría de al menos tres quintos de los miembros del Pleno del Consejo produce también efectos favorables en el grado de independencia de aquellos magistrados con expectativa de promocionar al Tribunal Supremo que ahora saben que su ascenso no depende exclusivamente de la voluntad de la mayoría simple que previsiblemente puede conseguir un único colectivo —con una sensibilidad determinada— en el Pleno del Consejo.

III. CONCLUSIONES

La limitación de las facultades discrecionales del Consejo General del Poder Judicial con relación a la propuesta de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo constituye, en mi opinión, un elemento determinante para garantizar la independencia judicial de aquellos que legítimamente aspiran a ocupar dichos cargos.

Pues bien, excluida la aplicación exclusiva del criterio reglado de la antigüedad para decidir sobre la promoción como magistrado del Tribunal Supremo, la solución consistiría en limitar la discrecionalidad que actualmente rige el sistema de ascensos en dicho escalafón en España a través de la aplicación de los criterios de mérito y capacidad, esto es, a través de la fijación precisa y transparente de unos criterios de promoción adecuados a la cualificación técnica precisa para el desempeño del puesto vacante y de sus correspondientes procedimientos de medición, si bien, superados determinados baremos establecidos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, será necesario mantener cierta discrecionalidad en el Consejo para que éste pueda garantizar una composición plural en la cúspide del sistema judicial. Por otra parte, el recurso a los principios de mérito y capacidad no sólo incide positivamente por lo que a la independencia judicial hace referencia, sino que, además, son unos principios de aplicación inexcusable una vez que se pone de manifiesto la naturaleza eminentemente técnica que la función jurisdiccional que desarrollan los operadores jurídicos.

El nuevo quórum reforzado que ha introducido la reciente reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial para, entre otras cosas, decidir sobre las propuestas de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, no es un instrumento apro-

³⁸ Informe de la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, ob. cit., pág. 7.

³⁹ *Ibidem*, pág. 23.

⁴⁰ *Ibidem*, págs. 25-26.

piado para mejorar la capacidad y el mérito de los candidatos finalmente propuestos. Sí que, sin embargo, puede contribuir a mejorar el grado de independencia de aquellos magistrados con expectativa de promocionar al Tribunal Supremo. En cualquier caso, la mayor virtualidad de dicho quórum, y aquí es donde radica realmente su importancia y la justi-

ficación de su existencia, consistirá —salvo que, como amenaza el Partido Popular, se produzca el bloqueo en el funcionamiento del Consejo— en garantizar una composición más plural en el órgano intérprete supremo de la legalidad ordinaria que aquella que se conseguía con la aplicación del ya derogado quórum de la mayoría simple.

La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (II)

Alberto JORGE BARREIRO

IV. CLASES DE PRISION PROVISIONAL

1. Comunicada

Es el supuesto normal y ha de regirse, por tanto, por los principios y normas generales. Deberá, pues, aplicarse la prisión provisional en la forma que menos perjudique al preso en su persona, reputación y patrimonio (art. 520.1 LECr.).

En estos casos el preso preventivo tendrá derecho a la comunicación oral (régimen de visitas), por correspondencia (escrita y recepción de paquetes) y telefónica (arts. 523 y 524 de LECr.) de acuerdo con la legislación penitenciaria (art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, y arts. 41 a 51 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario).

2. Incomunicada

Tiene como fin garantizar el resultado de la investigación, impidiendo las confabulaciones del imputado con terceras personas y la ocultación y destrucción de pruebas. Aparece regulada a partir de la Ley Orgánica 13/2003 (a su vez reformada por Orgánica 15/2003, de 25-XI), en los artículos 509 y 510 LECr., que han sustituido a los anteriores artículos 506 a 511.

El legislador comienza especificando los fines que pueden legitimar la prisión incomunicada: evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos (art. 509.1 LECr.).

El plazo máximo de incomunicación será, como con anterioridad a la reforma, el de cinco días. Si bien se advierte, por exigencias del principio de proporcionalidad, que la incomunicación sólo durará el tiempo *estrictamente necesario* para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior (art. 509.2 LECr.). Por lo demás, la nueva norma contiene una redacción más taxativa y garantista que

la precedente, en la que se dejaba una vía abierta para la posibilidad de incumplir ese plazo (el derogado art. 506: "por regla general") y se concretaba la excepción del distanciamiento del lugar en que debían realizarse las comprobaciones delictivas (el derogado art. 507).

Sin embargo, el legislador establece en el mismo apartado del precepto la posibilidad de una prórroga por otros cinco días para los casos en que la prisión se acuerde en procesos por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas.

La prórroga no se limita por tanto a los delitos presuntamente cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, sino que se extiende a delitos *cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas* (art. 509.2 LECr.).

Para aplicar el concepto de delincuencia organizada habrá de acudirse a las pautas jurisprudenciales que hemos reseñado *supra* al comentar el artículo 503.2 LECr.

A diferencia de la regulación anterior, en la que se permitía acordar para los supuestos comunes una segunda incomunicación de tres días después de haber cesado la primera, ahora, y después de la última reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, esa segunda incomunicación sólo se admite para los supuestos de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas. Pues así ha de interpretarse la expresión "*en estos mismos casos*" transcrita nada más referirse a aquellos en que se admite la prórroga (art. 509.2 LECr.).

El texto legal hace después una mención especial, como a modo de recordatorio, de las exigencias de fundamentación específica cuando se acuerdan prisiones incomunicadas, imponiendo la obligación de expresar los motivos por los que se ha adoptado la incomunicación o su prórroga (art. 509.3 LECr.).

En cuanto al régimen de incomunicación, se parte del principio de que el imputado incomunicado pueda asistir a todas las diligencias previstas en la ley, y también se le permite contar con los efectos

que se proporcione, siempre que no se desvirtúen ni se frustren los fines de la incomunicación (art. 510.1 y 2 LECr.).

En lo que concierne a las comunicaciones la regla general de permisividad se invierte, pero se admite no obstante la posibilidad de las comunicaciones que autoricen expresamente el juez o tribunal (art. 510 LECr.).

La última reforma del precepto ha añadido un apartado con el fin de otorgarle al incomunicado el derecho a ser reconocido por un segundo médico forense, pero que ha de ser designado por el juez o tribunal competente para conocer de la causa (art. 510.4 LECr.). Quizá debió legislarse más generosamente en este extremo y permitir que la defensa propusiera un segundo médico con el fin de tutelar en mayor medida los derechos del imputado, al mismo tiempo que se proporcionaría una mayor transparencia a la actuación policial, evitando posibles denuncias y suspicacias contra la intervención profesional de los agentes policiales.

El artículo 527 b) LECr., que continúa en vigor, limita las comunicaciones con terceros, incluso con familiares, a los que no se les comunicará el hecho de la prisión ni el lugar de custodia en que se halle en cada momento. En un trabajo anterior sobre la medida cautelar, ya pusimos de manifiesto que tal limitación resulta evidentemente excesiva y desproporcionada, por la inhumanidad que conlleva el desconocimiento del paradero de una persona para sus familiares más directos, ocasionándoles una inquietud y desazón que no parecen legitimarse con los fines de la prisión incomunicada. Pues una cosa es la incomunicación del preso preventivo con su familia, y otra muy distinta el que sus familiares desconozcan el hecho mismo de la privación de libertad y su paradero. De ahí que se haya puesto en cuestión la compatibilidad de esa norma con el artículo 8.1 del Convenio Europeo y con la doctrina sentada al respecto por la Comisión Europea, según señaló en su día Asencio Mellado.

Magro Servet cuestiona tal apreciación y considera adecuada y proporcionada la medida en tanto en cuanto la comunicación podría frustrar el resultado de la investigación, al propiciar la confabulación del imputado con terceras personas y la ocultación y la destrucción de pruebas.

Sin embargo, lo cierto es que la práctica nos dice que, una vez que es detenido el imputado y deja de comparecer en sus lugares habituales, las terceras personas que pertenecen a la red delictiva son las primeras en cerciorarse y en dar la alarma y adoptar las medidas pertinentes ante la eventualidad de una detención sorpresiva, circunstancia que pone en cuestión la eficacia de la medida. Se mantienen en cambio en muchos casos en la ignorancia sus familiares, a los que no es fácil responderles en el curso del ejercicio de la función jurisdiccional que se ignora si su familiar directo está detenido o se halla desaparecido o en ignorado paradero.

Dudamos, pues, de que la medida sea la más idónea y proporcionada al fin que persigue, ponderan-

do para ello las gravosas, por inhumanas, consecuencias que genera y los resultados positivos que realmente alcanza cuando los familiares comparecen ante las autoridades a indagar sobre una posible detención.

Ante el conflicto de intereses, y con el fin de compatibilizarlos, quizá la solución más idónea sea la intermedia de no comunicar de inmediato la detención del imputado a sus allegados, pero sí informarles desde luego sobre la detención una vez que, ante su desaparición, comparecen ante las autoridades para informarse de una posible detención.

También se le impone al preso incomunicado la asistencia de un abogado de oficio, excluyendo así el de libre elección (art. 527.a). Esta exclusión fue considerada constitucional por el supremo intérprete de la norma máxima en su sentencia 196/1987, de 11-XII.

3. Prisión atenuada

Se introdujo de forma expresa en la LECr. en el año 1980 (art. 505, párrafo segundo): "cuando por razón de enfermedad del inculcado el internamiento entrañe grave peligro para su salud". Sin embargo, su inserción en nuestro ordenamiento se remonta a la Ley de 10 de septiembre de 1931, que dispuso incorporar a la L.E.Cr. los artículos 472 y 473 del Código de Justicia Militar de 1890, en los que se regulaba la prisión atenuada en el ámbito castrense. Esos preceptos no fueron nunca formalmente incorporados a la Ley Procesal Penal, situación que se mantuvo así hasta la precitada reforma de 22-IV-1980.

Se suscitaba con anterioridad a la actual reforma la duda de si la Ley de 1931 continuaba vigente, con lo cual la prisión provisional atenuada no sólo se mantendría para los casos de enfermedad sino también para todos los restantes en que el juez lo considerara oportuno. Y además la forma de cumplimiento sería la dispuesta en el artículo 473 del CJM: arresto en el domicilio, con la posibilidad excepcional de salir durante el día, bajo vigilancia, a realizar labores profesionales.

El nuevo texto legal regula la prisión atenuada en el artículo 508 de LECr. sin asignarle nombre específico alguno, ni el de prisión atenuada ni el de prisión domiciliar. En una primera fase, la Ley Orgánica 13/2003 utilizó en el texto articulado la expresión "arresto domiciliario", y en la propia exposición de motivos se hace referencia a la "prisión atenuada", pero en la redacción definitiva del artículo 508 LECr. por Ley Orgánica 15/2003 se ha modificado en algunos extremos sustanciales el precepto, y ya no se le asigna denominación concreta alguna a esta modalidad de prisión, si bien se sigue considerando como una subespecie de la prisión provisional.

Gutiérrez de Cabiedes ha cuestionado que estemos realmente ante una modalidad de prisión provisional, y considera que se trata más bien de una medida cautelar alternativa a la prisión provisional,

dada su menor gravedad al no cumplimentarse en centro penitenciario, siendo más correcta a su entender la denominación de "libertad atenuada" que la de "prisión atenuada".

El Tribunal Constitucional, en un supuesto comprendido dentro de la jurisdicción militar, ha considerado que el tiempo que el imputado ha permanecido en prisión atenuada debe ser computado a la hora de determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal sentó la premisa de que la prisión atenuada regulada en los artículos 225 y siguientes de LOPM no es una situación de mera restricción de libertad sino de auténtica privación de libertad (STC 56/1997). Y si ello es así para la prisión atenuada regulada en el ámbito de la jurisdicción militar, que tiene un régimen mucho más flexible y bonancible que el de la jurisdicción ordinaria sobre la misma materia, no parece fácil argumentar en el marco de la jurisdicción ordinaria la asimilación de la prisión atenuada a una mera restricción de libertad de naturaleza distinta a la prisión provisional.

En cuanto a la actual regulación, el nuevo texto legal dispone en el artículo 508.1 que *"el Juez o Tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa."*

Como se observa, la norma se muestra notablemente restrictiva, tanto en lo que atañe a los supuestos en que cabe aplicar la prisión provisional atenuada —sólo para el caso de enfermedad grave—, como en lo que concierne a las posibles salidas de su domicilio —únicamente por razones de tratamiento de la enfermedad—.

Contrasta esta regulación restrictiva con la de la actual Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en la que se contemplan con mucho mayor amplitud los supuestos en que procede la prisión atenuada, y también se aplica una mayor flexibilidad en su régimen de ejecución (ver arts. 225 a 227).

Gutiérrez de Cabiedes postula un régimen de aplicación más abierto e incluso la adopción de una medida alternativa como la de la localización permanente, admitida como nueva pena de carácter leve en los artículos 33 y 35 en la última reforma del C. Penal. Estimamos, no obstante, que tanto la localización permanente como incluso la actual prisión atenuada, en el caso de que se instrumentara sin una vigilancia policial del domicilio, difícilmente cumpliría la función cautelar de evitar la fuga del imputado. Por lo que para acordar una medida de esa índole más vale acudir a la mera libertad provisional con la obligación *apud acta* de comparecencias más o menos espaciadas en el juzgado de instrucción.

La Ley Orgánica 15/2003 ha establecido como novedad la posibilidad del cumplimiento de la pri-

sión preventiva en un centro de desintoxicación o deshabitación. El nuevo artículo 508.2 dice así: *"En los casos en que el imputado se hallare sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida."*

El nuevo precepto exige como requisito para sustituir el ingreso en un centro penitenciario por el internamiento en un centro de tratamiento de toxicómanos que los hechos objeto del proceso sean anteriores al inicio de la causa, exigencia que parece imponerse con el fin de evitar actitudes o comportamientos fraudulentos del encausado, que podría proyectar el ingreso en el centro con anterioridad a la comisión del delito, a modo de licencia para no entrar en prisión de forma preventiva, y conseguir incluso el beneficio del cómputo de ese internamiento a los efectos de cumplimiento de pena.

No obstante, se trata de una pretensión del legislador de relativa eficacia, pues siempre cabría que el imputado ingresara en un centro de tratamiento con posterioridad a la comisión del delito o de una serie de delitos, y con anterioridad a la detención, como forma de autoprotegerse en el instante de ser detenido, operando así el centro de desintoxicación como una especie de refugio para el periodo posterior a la comisión del delito.

De otra parte, la inexistencia de centros oficiales de tratamiento con garantías de custodia hace muy difícil la operatividad de la medida. Y en cuanto a los centros privados concertados, al margen de que no aseguran la custodia del interno, con lo cual la medida cautelar pierde todo sentido, tampoco ofrecen garantías de objetividad e independencia en la constatación del internamiento, implicando en la práctica una especie de privatización del sistema penitenciario (según se observa en el actual régimen de cumplimiento de penas) que deja en manos de los particulares y de los intereses privados de los centros (condicionados en muchos casos por los familiares de los presos) el cumplimiento de las penas y de las medidas cautelares.

V. DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL

1. Los plazos máximos y el plazo razonable

La LECr., desarrollando el artículo 17.4 de la CE, señalaba, después de la reforma por Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, los siguientes plazos máximos para la prisión provisional: tres meses, cuando se trataba de causa por delito al que correspondía la pena de arresto mayor; un año, cuando la pena fuera de prisión menor; y dos años cuando la

pena era superior. Esos dos últimos plazos podían ser prorrogados hasta dos y cuatro años, respectivamente, cuando la causa no pudiera juzgarse en aquellos periodos de tiempo y hubiera riesgo de que el inculpaado se sustrajera a la acción de la justicia (art. 504, párrafo cuarto).

Sin embargo, al haberse modificado las penas antedichas en el nuevo Código Penal de 1995, se hizo necesaria una adecuación normativa de las penas antiguas a las nuevas; de tal forma que, según la disposición transitoria undécima del nuevo texto legal, los plazos máximos se aplicaban a las siguientes penas: tres meses, cuando se trataba de pena de arresto de siete a quince fines de semana; un año, cuando la pena era de seis meses a tres años de prisión; y dos años, cuando la pena fuera superior a los tres años.

Se apreciaban, no obstante, ciertos desajustes e incongruencias entre las nuevas penas del C. Penal y los plazos máximos de la prisión provisional regulados en la LECr., desajustes que en gran medida eran debidos al cambio del sistema punitivo y a la falta de concreción sobre la materia de la disposición transitoria del Código Penal de 1995. Aparte de ello, la diversidad en la duración de las penas en el nuevo Código, y especialmente la superposición de penas privativas de libertad entre los periodos inferiores y superiores a tres años en un importante número de tipos delictivos, originaba dificultades muy difíciles de solventar, según expuso en su momento Moreno Catena.

La reforma de la prisión provisional por LL OO 13/2003 y 15/2003 ha regulado de nuevo la duración máxima de la prisión provisional en el artículo 504 LECr., para lo cual ha fijado como criterios normativos la gravedad de la pena imponible y los objetivos o fines que pretende alcanzar la prisión provisional, a diferencia de la normativa anterior, que se centraba en la cuantificación de la pena privativa de libertad.

Cuando la prisión provisional tenga por objeto neutralizar el riesgo de fuga o evitar la comisión de nuevos delitos, ya sea contra bienes jurídicos de la víctima o contra personas ajenas al proceso, la duración de la prisión provisional no podrá exceder de *un año* si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años. Pero si la pena privativa de libertad fuera superior a los tres años cabría extender el periodo de prisión provisional hasta los *dos años* (art. 504.2 LECr.).

No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto *una sola prórroga* de hasta *dos años*, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta *seis meses* si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a los tres años (art. 504.2 LECr.).

Los plazos anteriores se consideran excesivos, puesto que cuando las penas que se acaban imponiendo están dentro de la banda inferior del marco punitivo se podrían alcanzar periodos de prisión preventiva superiores a la mitad de la pena definitiva. Si

bien ha de reconocerse el matiz positivo de que la prórroga de la prisión cuando se trate de delitos menos graves ha sido reducida de un año a seis meses.

Entendemos, sin embargo, tal como expusimos en un trabajo precedente sobre la materia, que la prisión provisional nunca podrá rebasar el límite de la mitad de la pena que se pudiera imponer hipotéticamente en sentencia. Y ello porque si el artículo 504.2, último párrafo LECr., establece como tope de la prisión provisional cuando haya recaído sentencia en la primera instancia el de la mitad de la pena impuesta, lo coherente es no admitir un tiempo de prisión preventiva superior a éste cuando ni siquiera ha recaído sentencia condenatoria. Además resultaría injustificable, atendiendo a una interpretación teleológica de la norma, que se permitiera mantener a un imputado en régimen de prisión provisional más allá de la mitad de la pena imponible, pues en tales condiciones habría cumplido ya el tiempo suficiente para una posible concesión del tercer grado penitenciario, sin olvidar, en igual sentido, que se trataría de un cumplimiento punitivo mucho más gravoso realmente que el del régimen penitenciario ordinario.

Los plazos anteriormente referidos se reducen notablemente cuando el fin de la prisión provisional es el previsto en el artículo 503.1.3º b) LECr.: evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento. En estos casos el periodo máximo de prisión provisional es de seis meses, y además no cabe prórroga alguna. Más aún, el legislador impone un deber especial de motivación específica de la prisión provisional cuando se levanta la incomunicación o el secreto de la causa antes de esos seis meses, y pese a ello prosiguiera el imputado en situación de prisión preventiva (art. 504.3 LECr.).

Se considera por tanto que la manipulación de las fuentes de prueba sólo suele tener lugar en una primera fase de la instrucción, durante la cual el juez y la policía han de adoptar medidas urgentes para la recogida del material incriminatorio relevante. A partir de ese periodo inicial ya no estaría justificada una medida tan gravosa como la prisión cautelar, de ahí que se reduzca el plazo máximo de la prisión y que no quepan prórrogas.

De otra parte, si bien en principio la prisión provisional no puede rebasar los plazos máximos asignados por el legislador, ello no quiere decir que, una vez agotados, no quepa acudir extraordinariamente a la aplicación de la medida cautelar. Pues así lo prevé y acoge el artículo 504.4 LECr., cuando dispone que "*la concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal.*"

Sin embargo, esa facultad jurisdiccional ha de ejercitarse de forma exquisitamente moderada, es decir, para la práctica de diligencias imprescindibles y para la celebración de la vista oral del juicio, y siempre que el encausado se haya mostrado de

forma ostensible contrario a comparecer cuando fuere citado.

En otro orden de cosas, conviene remarcar que la existencia de los plazos máximos de prisión provisional no quiere decir en modo alguno que deban agotarse, sino todo lo contrario. Así lo recuerda el legislador, dando entrada una vez más al principio de proporcionalidad, cuando dispone en el artículo 504.1 LECr. que *“la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.”*

No debe, por consiguiente, confundirse el plazo máximo de la prisión provisional con el *plazo razonable*, que no tiene por qué coincidir con aquél, según tiene declarado el Tribunal Constitucional. En efecto, el supremo intérprete de la Constitución ha asumido, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH 27 de junio de 1968, caso Neumeister v. Austria; 27 de junio de 1968, caso Wemhoff v. Alemania; 10 de noviembre de 1969, caso Stogmüller v. Austria; 2 de octubre de 1984, caso Skoogstrom v. Suecia; 25 de octubre de 1989, caso Bezicheri v. Italia; 26 de junio de 1991, caso Letellier v. Francia; 23 de septiembre de 1998, caso I.A. v. Francia; 31 de julio de 2000, caso Jecius v. Lituania; 16 de diciembre de 2000, caso Vaccaro v. Italia; 22 de febrero de 2001, caso Szeloch v. Polonia), el requisito de que la prisión provisional esté sometida a un “plazo razonable”, un concepto que ha de ser integrado en cada caso concreto, atendiendo, por un lado, a la duración efectiva de la prisión provisional y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y al comportamiento del recurrente, “de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral no obedezca ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional” (SSTC 8/1990, 206/1991 y 41/1996, 66/1997, 305/2000 y 98/2002).

2. El cómputo de los plazos máximos

Para el cómputo de los plazos máximos se tendrá en cuenta como *dies a quo* el día en que el imputado hubiere sido detenido o sometido a prisión provisional en la misma causa (art. 504.5 LECr.). El Tribunal Constitucional había dejado abierta la posibilidad de computar como dos periodos distintos el de prisión y el de detención, argumentando para ello que la detención y la prisión provisional son dos situaciones legales distintas, tanto en lo que respecta a su finalidad como a sus consecuencias (STC 37/1996). Pero la escisión del cómputo no ha sido acogida por la reforma del legislador.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha establecido que el cómputo del plazo máximo de la pri-

sión provisional ha de hacerse ponderando la pena imponible con arreglo al marco legal concreto (STC 9/1994). Es decir, han de tenerse en cuenta el grado ejecución del delito, el nivel de participación del imputado y las circunstancias modificativas de la responsabilidad que han de operar en sentencia con arreglo a criterios legales.

El artículo 504.5 LECr. dispone que *“se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia”*. Esta norma ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional con criterios hermenéuticos restrictivos (*in dubio pro libertate*). De modo que no se podrá suspender el cómputo del plazo de la prisión provisional en perjuicio del imputado debido a las conductas o comportamientos dilatorios de terceras personas, ya que se trata de un elemento incierto, pues aquél no puede controlar tales comportamientos ni pueden serle imputados como propios (SSTC 98/2002 y 121/2003).

Según el Tribunal Constitucional, la superación de los plazos máximos iniciales y de prórroga establecidos en el artículo 504 LECr. supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (SSTC 98/1998, 142/1998, 19/1999, 147/2000, 305/2000, 28/2001, 98/2002 y 22/2004). Y también ha hecho especial hincapié en que la prórroga o la ampliación del plazo inicial de la prisión provisional requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en algunos supuestos que legalmente habilitan para ello y ha de adoptarse antes de que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste (SSTC 56/1997, 142/1998, 305/2000, 98/2002, 121/2003, 22/2004, 120/2004 y 155/2004).

No es compatible con el texto constitucional la tesis de que el dictado de una sentencia condenatoria lleve consigo implícitamente la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, sino que se requiere una decisión específica sobre tal opción examinando los fines concretos de la prisión provisional y las circunstancias concretas del imputado (SSTC 98/1998, 142/1998, 231/2000, 272/2000, 98/2002, 144/2002, 121/2003, 22/2004, 120/2004 y 155/2004).

Al no poder depender la previsión del plazo máximo de la prisión provisional de elementos inciertos que generen inseguridad jurídica y que desborden el plazo razonable, no es posible determinarlo teniendo en cuenta cada uno de los delitos imputados en una misma causa, mediante la suma del periodo máximo de cada uno de los tipos penales, ya que se infringiría la razonabilidad del plazo (SSTC 127/1984, 28/1985, 98/2002 y 81/2004); y tampoco cabe descontar del tiempo de prisión provisional sufrido como consecuencia de un proceso el periodo de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa (STC 19/1999).

Por último, el Tribunal Constitucional ha denegado

la posibilidad de prolongar la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta cuando la sentencia sólo está deliberada pero no ha sido todavía dictada, pues el párrafo quinto del artículo 504 de LECr. no parte de una valoración apriorística de la pena que puede imponerse al imputado, sino de la pena efectivamente impuesta, que requiere una sentencia (SSTC 241/1994 y 158/1996).

3. Garantías para el control de los plazos máximos

La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido un nuevo apartado al artículo 504 en el que dispone lo siguiente: *“Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la mayor celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás.”*

Sánchez Melgar considera que la medida significa el encendido de una especie de alarma con el fin de que se remuevan todos los obstáculos que impidan la pronta celebración del juicio oral. Y Gutiérrez de Cabiedes habla de un mecanismo de alerta establecido con el fin de compaginar el plazo máximo de la prisión provisional con los fines de la medida cautelar. En cualquier caso, al final lo determinante será siempre que no falle el encargado de accionar la alarma o el sistema de encendido, que es donde suele bloquearse toda la maquinaria.

Como segunda garantía para el control de las prisiones provisionales, La Ley Orgánica 15/2003 plasma una disposición adicional segunda de la LECr., con el siguiente contenido: *“Las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el curso de los procedimientos penales, se anotarán en un registro central, de ámbito nacional, que existirá en el Ministerio de Justicia”*. Y en su segundo párrafo ordena dictar las disposiciones reglamentarias relativas a la puesta en funcionamiento del referido registro.

No queda muy claro, no obstante, el ámbito competencial que abarca el nuevo registro, dada la amplitud e indeterminación con que se refiere la norma a las medidas cautelares en general.

VI. PROCEDIMIENTO

1. Auto motivado

En lo que respecta al tema concreto de la motivación de la prisión provisional, el Tribunal Constitucional advierte que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de

tutela, propio del ámbito del artículo 24.1, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma (SSTC 128/1995, 62/1996, 28/2001, 144/2002, 82/2003 y 22/2004).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, la motivación exigible a supuestos de resoluciones judiciales que afectan de algún modo —aunque no pueda conceptualmente admitirse que vulneren— el derecho fundamental a la libertad debe ser particularmente rigurosa. En la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior (STC 88/1998).

Tales exigencias han sido enfatizadas con la nueva doctrina de la *motivación reforzada*, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional afirma que deben tenerse en cuenta los varios supuestos en que este Tribunal ha venido exigiendo un específico, y reforzado, deber de motivar las resoluciones judiciales, en tanto que exigencia directamente derivada de la Constitución. Tal cosa ocurre cuando se ven afectados otros derechos fundamentales; cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a la luz de las pruebas indiciarias; cuando se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; o, en fin, cuando el Juez se aparta de sus precedentes (STC 116/1998).

Para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) y que esa ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (SSTC 128/1995, 47/2000 y 61/2001). Entre los criterios que el Tribunal Constitucional ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza; y, en segundo lugar, las circunstancias concretas y las personales del imputado (STC 61/2001).

Por lo demás, debe subrayarse que el supremo intérprete de la Constitución exige, en el momento de resolver sobre la situación personal del imputado, la ponderación de las circunstancias particulares de los hechos y las personales de su presunto autor, rechazando las motivaciones genéricas, vagas y estereotipadas, inaceptables si se parte del valor fundamental y del rigor exigible para la motivación de las medidas que la restrinjan. Y ello hasta el punto de que la omisión del análisis de las circunstancias del caso concreto determina la estimación del recurso de amparo y la nulidad de los autos impugnados (véanse en tal sentido las SSTC

29/2001, 61/2001, 94/2001, 8/2002, 23/2002, 138/2002, 142/2002 y 22/2004).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las exigencias en la motivación la ha plasmado el legislador en el artículo 506.1 LECr.: "*Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto a los fines que justifican su adopción*".

Por lo tanto, se impone la exigencia procesal de acordar la medida cautelar en forma de auto. Con todo, no han de seguirse criterios excesivamente formalistas cuando se pretenda anular una resolución por razones de la forma en que ha sido adoptada, y ha de acudir más bien al criterio sustantivo de la existencia o no de motivación. Pues el Tribunal Constitucional, en sentencia 41/1996, aunque anuló la denegación de la libertad provisional acordada mediante providencia, ello se debió a la inmotivación de la resolución judicial, y no a que no hubiera adoptado la forma de auto.

El legislador hace una especial referencia a la transcripción en el auto de los motivos que justifiquen que la medida adoptada es proporcionada en el caso concreto. Proporcionalidad que impone tanto un sentido amplio, desde la dimensión de la necesidad de la prisión preventiva por no concurrir otras opciones menos gravosas para el imputado, como desde la perspectiva del principio de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, de que en el caso concreto el sacrificio de los derechos fundamentales a que aboca la medida (privación de libertad, presunción de inocencia y derecho de defensa) queda justificado por los fines que debe cumplimentar la prisión provisional en el proceso.

En el apartado 2 del artículo 506 se resuelve ahora la problemática que suscitaban en la regulación anterior los procedimientos penales declarados secretos. El hecho de que en los procesos de notoria relevancia y de una compleja instrucción se decreta lo que se denomina el secreto interno del sumario —el externo rige siempre— implica que las partes personadas, con la excepción del Ministerio Fiscal, no puedan conocer las actuaciones.

La situación procesal así creada —según expusimos en su día en un trabajo sobre la materia— daba lugar a una limitación evidente del derecho de defensa del imputado, que veía así mermadas sus posibilidades de contradecir e impugnar su prisión provisional. Este cercenamiento, que había sido advertido por el propio Tribunal Constitucional cuando se cumplimentaban los fines de la prisión provisional (STC 273/1993, que a su vez se remite a las SSTC 128/1993, 129/1993 y 152/1993), hacía imprescindible compatibilizar en la medida de lo posible las necesidades de la investigación sumarial con el derecho de defensa del imputado. De modo que —decíamos— en la motivación del auto de prisión se recogieran los indicios incriminatorios esenciales, aunque sin una exposición fáctica exhaustiva que desactivara los efectos de la declaración del secreto del sumario.

Pues bien, con el fin de solventar todo este cúmulo de cuestiones y conflictos de intereses, el nuevo artículo 506.2 dispone lo siguiente: "*Si la causa hubiere sido declarada secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación de una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado*."

El legislador ha resuelto el dilema que se le planteaba ordenando que en estos casos se dicten dos resoluciones. Una íntegra en la que se motivará *in extenso* la medida cautelar y en la que además se especificarán los particulares que no han de ser notificados provisionalmente al imputado; y otra en la que se recogerán los extremos notificables del auto, que siempre han de comprender una sucinta relación de los hechos y los fines que persigue la medida preventiva.

Por último, la nueva norma, en la línea marcada por las nuevas corrientes de política criminal tendentes a la protección de las víctimas, impone (art. 506.3 LECr.) que "*los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución*".

2. Tramitación

A) *El principio acusatorio y el de contradicción*

La disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, reformada por Ley Orgánica 8/1995, de 22 de noviembre, incorporó el artículo 504 bis 2 a la LECr. y modificó el artículo 539 del mismo texto legal, implantando una nueva tramitación para acordar la prisión provisional.

La novedad que aportó tal modificación se cifró, esencialmente, en convocar para una audiencia judicial al detenido, nada más ser puesto a disposición del juez, citándose también al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. En esta audiencia podían hacer las alegaciones que estimaran pertinentes con respecto a la prisión y a la libertad provisional del imputado, así como proponer para su práctica los medios de prueba realizables en un tiempo que no podía rebasar las 72 horas. Ejecutado este trámite, el juez decidiría sobre la prisión o la libertad provisional del imputado. Pero —y aquí está la mayor innovación de ese texto— el juez o tribunal no podía decretar la prisión provisional si ninguna de las partes lo instaba.

La exposición de motivos de la Ley fundamentaba la reforma en el principio acusatorio, y agregaba que, de esta forma, "la limitación de la iniciativa judi-

cial se equilibraba con la instauración de los beneficios del contradictorio”.

El legislador asumió, por tanto, la limitación de las facultades del juez de instrucción y lo justificó en virtud de la acentuación o potenciación del principio acusatorio. No obstante, y sin que quepa cuestionar el lado positivo desde la perspectiva de las garantías del justiciable, el nuevo sistema, como ya expusimos en su momento, a pesar de que tiene ya un precedente en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que modificaba el procedimiento de los Juzgados de Menores, generaba también algunas consecuencias no siempre favorables para el buen hacer en la investigación judicial, al ocasionar distorsiones que erosionaban las mejoras implantadas en el ámbito de la imparcialidad del acuerdo de la prisión provisional.

La reforma de la prisión provisional por LL OO 13 y 15/2003 ha dado una nueva redacción a esa materia. Se sustituye el artículo 504 bis.2 LECr. por el artículo 505, y se modifica también lo dispuesto en el artículo 539 de LECr.

En lo que respecta a las exigencias del principio acusatorio y del de contradicción para poder acordar la prisión provisional, el nuevo artículo 505 aporta mayor claridad en la previsión de los supuestos en que se requiere instancia de parte acusadora para privar cautelarmente de libertad a los imputados. Y así, tanto de ese precepto como de los artículos 539 y 529 LECr. se colige que la petición de parte sólo será imperativa para poder acordar la prisión provisional sin fianza o la libertad provisional con fianza.

En la regulación anterior, al disponer el párrafo segundo del artículo 539 de la LECr. que para acordar la prisión o la *libertad provisional* de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada se requería la solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, se generaba la duda de si también las libertades provisionales sin fianza pero con la obligación *apud acta* de comparecer ante el juzgado hacían precisa la solicitud de las acusaciones. Pues bien, ahora, con la nueva normativa, es claro que la solicitud de parte sólo se precisa para la prisión provisional y para la libertad provisional con fianza, pero no para aquellas que no se acuerden bajo fianza.

Así se constata en la nueva redacción del párrafo tercero del artículo 539 de la LECr. (que ha de ponerse en relación con el art. 505): “*Para acordar la prisión o libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora. resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 505.*”

Según el legislador, en principio, sólo se precisará pues la instancia de parte para acordar la prisión provisional y la libertad provisional con fianza. Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa dictar de plano auto de prisión provisional sin instancia de parte. Tal posibilidad queda abierta en el último párrafo del artículo 539 LECr., que permite acordar

de oficio la prisión provisional del imputado, si se hallare en libertad, cuando a juicio del juez o tribunal *concurrieren los presupuestos del artículo 503*. Pero, eso sí, debe convocarse para las 72 horas siguientes la práctica de la comparecencia en la que deberá legitimarse la situación con arreglo a los principios acusatorio y de contradicción.

En la redacción derogada del artículo 539 de LECr. se admitía también esa posibilidad pero sólo para cuando *concurriera riesgo de fuga*. Ahora en cambio la facultad se extiende también a los restantes fines de la prisión provisional que se prevén en el artículo 503 de la Ley Procesal Penal.

Por lo demás, cabría asimismo acordar de oficio la libertad provisional con fianza sin que lo hubieran solicitado las acusaciones, pero sólo en los casos en que el imputado se hallare en prisión provisional sin fianza, pues en tales supuestos la decisión, aunque en abstracto limite el derecho a la libertad, favorece al reo en el caso concreto al hacer menos gravosa su situación personal

Según Marchena Gómez, se precisa instancia de parte también para acordar la llamada prisión atenuada (art. 508.1 LECr.) y el internamiento sustitutivo en centro de desintoxicación (art. 508.2 LECr.), puesto que se trata de privaciones de libertad que sustituyen en el modo de ejecución a la prisión provisional. En cambio no se requiere instancia de parte para acordar las comparecencias *apud acta*, la retención del pasaporte ni otras medidas cautelares restrictivas de libertad (medidas de alejamiento y prohibiciones de residir en determinados lugares).

Ello es, en efecto, lo que parece desprenderse de una interpretación sistemática de la regulación de las medidas cautelares restrictivas de libertad, a tenor del dato significativo de que no se prevea específicamente por el legislador la solicitud de parte en los casos expuestos *supra*. Tanto en lo que atañe a las medidas restrictivas comprendidas dentro del marco normativo específico de la prisión provisional, como en el ámbito de las medidas cautelares relativas a la violencia doméstica.

A este respecto, el artículo 544 bis LECr. no exige la solicitud de las acusaciones para que el juez acuerde la prohibición de residir en un determinado lugar ni tampoco para prohibir que el imputado acuda o se aproxime a zonas vinculadas a la presunta víctima.

No obstante, el último párrafo de ese precepto ha generado dudas sobre la posibilidad de acordar de oficio las medidas cautelares meramente restrictivas de libertad, ya que en la norma se impone una comparecencia previa para poder reconvertir en prisión provisional una de las medidas meramente restrictivas, pero añadiendo en el precepto —y ello es lo que ha suscitado incertidumbre— que la comparecencia también será necesaria para adoptar “*otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal*”.

A pesar de los interrogantes que introduce esa expresión, tanto Marchena Gómez como Delgado Martín parecen sostener que las medidas restrictivas de libertad podrán ser acordadas de oficio. A favor de esa opción puede aducirse que, al margen

de que en ningún apartado específico de la ley se requiere específicamente para ellas instancia de parte, lo cierto es que la imposición de una vista previa sólo habría de entenderse como una exigencia propia de la prisión provisional o de la libertad provisional bajo fianza, que ha de asimilarse a la anterior. Por lo demás, el hecho de que se celebre una vista oral con la aplicación del principio contradictorio y del derecho de defensa del imputado no quiere decir que, una vez escuchadas las partes acusadoras, y aunque ninguna de éstas solicitare la adopción de la medida, el juez no pueda adoptar medidas meramente restrictivas de la libertad del encausado para proteger a las víctimas. Quedarían exceptuadas, insistimos, las distintas modalidades de prisión provisional y la libertad bajo fianza.

La normativa legal también deja abierto otro interrogante: el relativo a si cabe acordar por el juez la prisión provisional a ejecutar en centro penitenciario cuando las acusaciones sólo instan la prisión domiciliar o el internamiento en un centro de desintoxicación. Si sopesamos la mayor gravosidad de la primera alternativa con respecto a estas dos últimas, parece que la respuesta debiera ser negativa, al menos desde una perspectiva purista del principio acusatorio o de instancia de parte. Sin embargo, si ponderamos que la decisión sustancial ha de ser la que recaiga sobre si se aplica o no la prisión provisional, pasando el régimen de ejecución de la medida cautelar a un segundo plano, la decisión final sobre este último extremo quedaría en manos del juez.

Aplicando analógicamente la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre las peticiones de pena, todo indica que el juez tendría facultades para decidir sobre la forma en que se aplicaría la medida cautelar, una vez que ésta es instada. Porque si no se vulnera el principio acusatorio por el hecho de que el juez condene al acusado con una pena mayor a la solicitada, una vez que ésta es sometida a debate y motivada en la sentencia (SSTC 17/1988, 43/1997, 59/2000, 122/2000, 20/2003 y 136/2003; y SSTs 17-IX-1992, 11-VI-1994 y 22-IV-1999), parece que la misma tesis habría de seguirse para decidir la severidad del régimen de cumplimiento de la prisión provisional.

Una cuestión muy similar a la anterior, centrada también en la aplicación del principio acusatorio, es la relativa a la determinación de la cuantía y de la naturaleza de la fianza. En principio, y siempre que las acusaciones soliciten la libertad provisional bajo fianza o la prisión provisional eludible mediante fianza sin especificar la cuantía y naturaleza de ésta, será el juez el que las determine.

Ahora bien, los problemas surgen cuando el fiscal o las restantes acusaciones postulan una fianza concreta o cuando no la determinan en su petición pero consideran que la fijada por el juez es excesiva.

Ante situaciones de esa índole, el dejar en manos del juez la determinación de la cuantía y naturaleza de la fianza puede derivar en la desvirtuación del principio acusatorio. Pues si el juez no estuviera

muy de acuerdo con la situación de libertad del imputado le bastaría con fijar una fianza de una cuantía elevada para que *de facto* se impusiera la situación de prisión provisional.

La solución a adoptar parece que ha de ser similar a la que acaba de exponerse en cuanto al modelo de cumplimiento de la prisión provisional. Ahora bien, en el caso de que la fianza exigida por el juez resultara notablemente superior a la que las acusaciones consideran procedente, podríamos estar ante una vulneración fraudulenta del principio acusatorio. Para evitar problemas de esa naturaleza, y con el fin de respetar al máximo el principio acusatorio implantado por el legislador y el derecho de defensa del imputado, lo razonable es que el juez les plantee a las partes en la vista oral la inadecuación de la cuantía de la fianza para que rectificaran su petición. Pero en el caso de que no asumieran las sugerencias del juez, no parece congruente con el principio acusatorio que éste incremente de forma sustancial la cuantía de la fianza solicitada por las acusaciones, pues ello podría equivaler a la imposición de una prisión provisional de oficio, obviando así fraudulentamente la aplicación del referido principio

B) *Cuestiones que suscita la comparecencia como trámite previo a dictar la prisión provisional*

La celebración de la comparecencia implantada en el artículo 504 bis 2 a) LECr. por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, reformada por Ley Orgánica 8/1995, de 22 de noviembre, suscitó diferentes cuestiones de índole práctica, muchas de las cuales han sido tratadas en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado.

Los problemas, según se ha podido ver en los años posteriores a la publicación de esa ley, surgían fundamentalmente cuando el detenido era puesto a disposición de un juez distinto al que debía de conocer de la causa. Y fundamentalmente si el procedimiento ya estaba iniciado, pues entonces ese juez no era el asignado por la ley para acordar la prisión provisional ni tenía tampoco a su disposición las actuaciones para poder decidir con fundamento sobre la medida cautelar.

En esos casos, aunque lo más razonable era que fuera el juez competente para conocer de la causa el que resolviera sobre la libertad o la prisión provisional, sin embargo, al no tener a su presencia al detenido y no contar tampoco con la posibilidad de un traslado inmediato cuando se hallaba en territorio alejado de su jurisdicción, era evidente que no podía escucharle personalmente en la comparecencia previa. Ante esta situación se optaba por alguna de estas opciones: primera, celebrar la comparecencia ante el juez no competente para conocer de la causa a cuya presencia fue llevado el detenido, que tenía el inconveniente de que el instructor desconocía las diligencias en trámite con base a las cuales había sido detenido; segunda, que se cele-

cabía recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, con sólo efecto devolutivo, previa interposición imperativa del recurso de reforma (art. 504 bis 2, último párrafo, y art. 222 de la LECr.).

En el procedimiento abreviado no cabía en cambio interponer recurso de apelación, pues el procedente era el de queja (art. 787 LECr., derogado por reforma Ley 38/2002), con la obligación de interponer previamente el recurso de reforma. Sin embargo, un sector minoritario mantenía la tesis de la interponibilidad del recurso de apelación, con lo cual, finalmente, se acababan admitiendo por los tribunales las dos clases de recurso (el de queja y el de apelación). Ello unido a las deficiencias que presentaba el recurso de queja en su tramitación y en cuanto a las garantías del derecho de defensa y de contradicción de las distintas partes procesales, acababa generando un sistema de impugnación en la materia algo caótico y desconcertante.

La Ley Orgánica 13/2003 ha reordenado todo el tema de recursos en el artículo 507 LECr. mediante la generalización del recurso de apelación previsto en el artículo 766 LECr., según redacción de Ley 38/2002. Con lo cual se ha conseguido, tal como señala García Pérez, la simplificación, unificación y clarificación del régimen de recursos en el ámbito de la justicia cautelar personal del proceso penal, adquiriendo así una mayor certeza y seguridad.

El nuevo artículo 507 dispone que *"contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766, que gozará de tramitación preferente. El recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días."*

Se implanta así el régimen de impugnación del procedimiento abreviado para los recursos contra los autos relativos a la situación personal de los imputados en todos los procedimientos (común u ordinario, del tribunal del jurado y enjuiciamiento rápido).

Por consiguiente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 766 LECr., contra los autos de prisión podrá interponerse el recurso de reforma y el de apelación, que no tendrán carácter suspensivo. El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, pero sin que sea imperativa la interposición del de reforma para presentar el de apelación, exigencia que sí impone para los restantes supuestos diferentes a la prisión provisional el procedimiento ordinario (art. 222 LECr.).

Los plazos serán el de cinco días para la interposición del recurso de apelación computados desde la última notificación del auto recurrido o, en su caso, del que resuelve el recurso de reforma (éste habrá de interponerse en tres días y ser resuelto en otros dos: art. 222 LECr.), con un periodo común de otros cinco días para que las demás partes personadas aleguen por escrito lo que estimen pertinente. Finalizado este plazo se remitirán los correspondientes testimonios a la Sala en un periodo de dos días, debiendo resolver el recurso el tribunal en un

término de cinco días. En el supuesto de que el recurso de apelación se interpusiere subsidiariamente con el de reforma y éste fuere parcial o totalmente desestimado, se dará un trámite para alegaciones al recurrente por cinco días, antes del traslado a las restantes partes personadas (art. 766.4 LECr.).

Como singularidad propia del recurso de apelación cuando tiene por objeto la impugnación de la prisión provisional, señala el apartado 5 del artículo 766 LECr. que podrá el apelante solicitar la celebración de vista oral, que acordará la Audiencia respectiva. Sin embargo, este carácter imperativo de la vista oral solicitada por la parte desaparece cuando se trate de impugnar otros pronunciamientos sobre medidas cautelares diferentes a la prisión provisional. La vista deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en la Audiencia.

El cómputo del plazo máximo de los 30 días que establece el artículo 507 1 LECr. para la resolución de los recursos de apelación entendemos que ha de computarse a partir de la interposición del recurso, pues de hacerlo desde la llegada del testimonio a la Audiencia la celeridad no sería tal, por cuanto a ese periodo habría de sumarse el del trámite ante el juzgado y la remisión al tribunal, con lo cual el plazo final acabaría aproximándose a los dos meses.

Por lo demás, ese plazo máximo de los 30 días evidencia las dificultades de adecuar la regulación del artículo 766 al procedimiento de juicios rápidos, a pesar de la expresa remisión del legislador (art. 798.3 LECr.), pues carece de sentido la asignación de tal plazo para unos juicios que están previstos que se celebren en los quince días siguientes al auto de prisión (art. 800.3 LECr.). En estos casos lo más probable, dada la extensión de los plazos, es que la revisión de la prisión provisional se dilucide en la Audiencia al mismo tiempo que la sentencia condenatoria (en caso de que fuera absolutoria el imputado ya estaría en libertad), pudiéndose dar la situación curiosa pero kafkiana de que al mismo tiempo que una Sala de la Audiencia ratifica la prisión provisional otra revoca la sentencia y absuelve al acusado.

El nuevo texto legal contempla específicamente la cuestión relativa a los recursos contra el auto de prisión provisional en los procedimientos que han sido declarados secretos. La constitucionalidad de la tramitación de los recursos de apelación contra los autos de prisión provisional en esos procedimientos había quedado en cuestión después de la sentencia del TEDH de 30-III-1989 ("caso Lamy"), al considerar el Tribunal vulnerado el artículo 5.4 del Convenio por no haberse dado al demandante la posibilidad de impugnar adecuadamente los motivos de la prisión provisional. Esa imposibilidad provenía de que el demandante no había tenido a su disposición las actuaciones declaradas secretas.

Sobre este particular, el artículo 507.2 preceptúa que *"cuando en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior no se hubiere notificado íntegramente el auto de prisión al imputado, éste también podrá recurrir el auto íntegro cuando sea notifi-*

cado, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior."

A tenor de esta nueva norma, no sólo cabe el recurso de apelación contra el auto que primero decreta la prisión provisional y que se notifica sólo en extracto, sino que cabe también después contra el auto íntegro, una vez que se notifica en su redacción completa al imputado cuando se levanta el secreto del sumario.

La decisión legislativa resulta razonable. Sin embargo, carece de una especial relevancia y operatividad. En primer lugar, porque el imputado puede solicitar —y de hecho la solicita en la práctica— su libertad provisional cuantas veces considere pertinente e interponer ante la negativa el correspondiente recurso de apelación. Y en segundo lugar, porque el secreto sumarial se suele dilatar en exceso en los procedimientos en que se acuerda, lo que significa que cuando se notifica íntegramente el auto de prisión ya aporta pocas novedades para potenciar el recurso de apelación de la defensa.

La reforma legal ha mantenido la particularidad de los recursos contra el auto de prisión de que pueda impugnarlo el propio imputado, quien puede pedir incluso de palabra que se deje sin efecto (art. 501 de LECr.). Estamos por tanto, al no requerirse la asistencia de letrado para formular esta pretensión, ante un ejercicio singular del derecho de autodefensa.

Tras la interposición de los recursos ordinarios contra el auto de prisión, cabría el remedio extraordinario del *recurso de amparo*, que, dado su carácter subsidiario, sólo podrá interponerse una vez agotada la tramitación de aquéllos (STC 148/2003).

El Tribunal Constitucional ha establecido como línea divisoria para entrar a conocer de la demanda de amparo la distinción entre el control interno, atribuible a la jurisdicción ordinaria: si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la medida; y el control externo, competencia de la jurisdicción constitucional: que la resolución sea fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. No obstante, esos límites no son claros, pues dentro del concepto de "fines de la institución" cabe albergar muchos parámetros de diverso alcance (examinense al respecto comparativamente las SSTC 128/1995 y 14/1996).

BIBLIOGRAFIA

- Andrés Ibañez, Perfecto, "Presunción de inocencia y prisión sin condena", *Cuadernos de Derecho Judicial. Detención y Prisión Provisional*, edita CGPJ, Madrid, 1996.
- Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, Edit. Civitas, Madrid, 1987.
- Barallat Lopez, Juan, "Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- Banacloche Palao, *La libertad personal y sus limitaciones*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- Delgado Martín, Joaquín, "La posición de la víctima ante la prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- Fernández Entralgo, Jesús, "Detención y prisión provisional", *Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos*, organizadas por "Jueces para la Democracia", Edit. Hacer, Barcelona 1986.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción: Andrés Ibañez, Ruiz Miguel, Bayon Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Brandes, Edit. Trotta, Madrid, 1995.
- García Pérez, Juan Jacinto, "Los recursos en materia de prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- Gimeno Sendra, Vicente, "La necesaria reforma de la prisión provisional", *La Ley*, nº 5411, 5-XI-2001.
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *La prisión provisional*, Edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- Heinz Mattes, *La prisión preventiva en España*, Edit. Servicio de Publicaciones del CEU, Madrid, 1975.
- Jorge Barrero, Alberto, "La prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Cuadernos de Derecho Judicial. Detención y Prisión Provisional*, edita CGPJ, Madrid, 1996.
- Lascruain Sánchez, Juan Antonio, "Fines legítimos de la prisión provisional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional (RATC)*, nº 12, 2000.
- Maja Costa, Eduardo, "Prisión Preventiva: medida cautelar o pena anticipada", *Revista do Ministerio Público*, nº 96, 2003.
- Magro Servet, Vicente, "Régimen jurídico penitenciario de la prisión", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- Marchena Gomez, Manuel, "Prisión provisional y principio acusatorio", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- Méndez Estrella, Alvaro, "La reforma y la 'contrarreforma' de la prisión provisional", *La Ley*, nº 5998, 16-IV-2004.
- Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1996.
- Odone Sanguine, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Sanchez Melgar, Julián, "Límites temporales de la prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- Urbano Castrillo, Eduardo, "Presupuestos y fines de la prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.

Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional

(A propósito del libro de J. L. Díez Ripollés,
'La racionalidad de las leyes penales')

Gema MARCILLA CORDOBA

INTRODUCCION

La racionalidad de las leyes ha sido un asunto tradicionalmente excluido del objeto de reflexión de teóricos y dogmáticos del Derecho. Es cierto que en los últimos años se han desarrollado planteamientos de "ciencia de la legislación", aunque la mayoría evidencian cierta timidez, por cuanto el tema de referencia suele ser la calidad formal de las leyes, sobre la base de que aquellos enfoques que se ocupen de las decisiones o de los contenidos legislativos, aparte de mostrar una intolerable falta de respeto hacia el principio democrático y la división de poderes, truncan la neutralidad y objetividad que caracteriza a la ciencia jurídica. Sin embargo, el Estado constitucional abre una puerta a la reflexión sobre la legislación, y no sólo sobre los requisitos formales y procedimentales de ésta, sino también sobre los propios contenidos de las políticas legislativas. La teoría de la legislación aparece así avalada por una Constitución que tiende un puente entre la reflexión externa o crítica sobre el Derecho y la interna o relativa a la validez del mismo: el legislador no es radicalmente libre para adoptar sus decisiones, sino que éstas han de gozar de un cierto grado de racionalidad, o si se quiere, necesitan respetar un imperativo de proporcionalidad, en el sentido de que la Constitución, sin predeterminedar soluciones normativas, impone el deber de alcanzar un cierto equilibrio entre los beneficios a obtener persiguiendo ciertos fines y las lesiones o sacrificios que la persecución de tales fines implica, incluso si estas decisiones legislativas tienen por objeto garantizar la vigencia de los presupuestos de la convivencia social frente a los ataques o lesiones más intolerables. El libro del profesor José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*¹, constituye un sólido ejemplo de este nuevo enfoque que pone de relieve tanto los prejuicios que están detrás de la falta de atención a la racionalidad legislativa, como la urgente necesidad de establecer criterios de racionalidad legislativa en un contexto de crisis de la ley².

1. LA CRISIS DE LA LEY

La ley, desde su consolidación como fuente del Derecho por excelencia en el Estado liberal, ha ido perdiendo las notas que durante largo tiempo permitieron caracterizarla como una categoría jurídica racional y capaz de introducir racionalidad en la disciplina de las relaciones sociales, económicas, etc. La legislación ha dejado de ser única, general y abstracta, sencilla y concisa. Incluso ha perdido su propia posición protagonista en la configuración del ordenamiento jurídico. Muchos son los factores que contribuyen a este desgaste del Derecho legal. Repárese, por ejemplo, en el incremento desmedido de leyes como consecuencia del Estado social o asistencial³, así como en la progresiva pérdida de la estatalidad del Derecho, tendencia ésta que parece imparable si se confirman las propuestas de avance en la construcción política europea. La desmembración del poder soberano del Estado es igualmente visible en la distribución de competencias entre éste y las comunidades autónomas, y últimamente el poder legislativo estatal se debilita aún más como consecuencia de la influencia creciente de los grupos o agentes sociales, sobre todo la de aquéllos que despliegan su actividad financiera o comercial a escala global, fomentando su autonomía normativa e impulsando la deslegalización o desregulación de amplias áreas jurídicas. La ley, en suma, ha experimentado el deterioro de muchas de las notas que permitieron, en la época de la codificación, dar cuenta de ella como una norma dotada de alta perfección técnica y como la manifestación del poder soberano del Estado o Nación. Pero entre los motivos de crisis de la ley merece una atención especial un factor específicamente jurídico: el paso del Estado *legal* al Estado *constitucional* de Derecho, donde la ley queda supeditada a los imperativos de una Constitución rígida y jurisdiccionalmente garantizada, que contiene preceptos de carácter formal y procedimental pero también sustantivo o material⁴.

Muchos autores coinciden en que este cambio de paradigma jurídico ha originado un nuevo equilibrio entre los poderes legislativo y judicial, en beneficio

¹ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003. Vid. del mismo autor "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", *Doxa*, 24 (2001), págs. 485 y ss.

² Vid. F. Laporta, "Teoría y realidad de la legislación", en *La Proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, A. Menéndez Menéndez (ed.), Bosch, Madrid, 2004. Este trabajo de F. Laporta forma parte de un libro colectivo en el que destacados especialistas de las distintas ramas del Derecho reflexionan precisamente sobre la propuesta de procedimientos y técnicas para la mejora de la legislación.

³ En el ámbito penal, el "activismo normativo" se vincula, más que al Estado social, a "la *sociedad del riesgo*, ansiosa por prevenir peligros vinculados a actividades sociotecnológicas ambivalentes en su bondad", J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., págs. 68-69. Establecer nuevos objetos de tutela colectivos se traduce en una legislación imprecisa, con abundantes tipos de peligro y en ocasiones en el abuso de la ley penal en blanco, *ibid.*, pág. 72.

⁴ Vid. G. Zagrebelsky, *El Derecho ductil* (1992), trad. de M. Gascón, Epilogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

de éste último. En el nuevo modelo de organización del poder estatal, la jurisdicción constitucional enjuicia, con más o menos deferencia, leyes aprobadas por parlamentos democráticos, pudiendo anularlas, o realiza interpretaciones conformes a las normas constitucionales, corriendo en ocasiones el riesgo de suplantar la voluntad legislativa⁵. Asimismo, la jurisdicción ordinaria puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o, lo que es más sutil, escamotear la voluntad legislativa, amparándose en su obligación de realizar interpretaciones de la ley acordes a los preceptos constitucionales, que en muchos casos son semánticamente indeterminados y tendencialmente contradictorios. La práctica de la ponderación judicial de principios es la prueba fehaciente del nuevo (y no exento de problemas) equilibrio de poderes que supone el constitucionalismo: el juez constitucional, pero también el ordinario, vendría a estar constitucionalmente obligado a "ponderar" los principios enfrentados, y a resolver la colisión razonando hasta qué punto resulta conforme con la Constitución sacrificar un principio para satisfacer el opuesto. Cómo se resuelva este juicio de ponderación dependerá de las circunstancias del caso concreto, de cómo interprete el juez los contenidos de los principios en juego y de las razones que puedan esgrimirse en favor de la primacía de uno u otro principio en conflicto.

Curiosamente, en este contexto de crisis las leyes penales permanecen relativamente fieles al Estado de Derecho liberal primigenio. Como destaca J. L. Díez Ripollés el código penal sigue siendo la referencia normativa más importante, la legislación europea respeta las competencias nacionales en materia penal y el Parlamento mantiene el protagonismo en la elaboración de leyes penales. Lo cierto es, sin embargo, que la fuerza normativa constitucional no deja indemne ni siquiera al Derecho penal, pues, como escribe el profesor malagueño, los principios constitucionales, y singularmente el de proporcionalidad, han sido usados por el Tribunal Constitucional para cuestionar la validez de leyes penales. Asimismo, la justicia ordinaria frecuentemente sentencia sin estricta vinculación a la ley, escudándose en la obligación de salvaguardar principios de naturaleza garantista⁶. Sobre ello volveremos más adelante.

2. LA APERTURA DE TEORICOS Y DOGMATICOS DEL DERECHO A LA CIENCIA DE LA LEGISLACION

Probablemente, el desgaste del Derecho legal explica en buena medida las renovadas muestras de

⁵ Vid. un exhaustivo análisis de los diversos tipos de pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional traspasa su función teórica de legislador negativo en M. Gascón, "Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación", en *Constitución: problemas filosóficos*, F. Laporta (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 174-181.

⁶ De hecho, "la jurisdicción penal dispone de una teoría de la argumentación, nucleada en torno a la teoría jurídica del delito,

interés por la racionalidad legislativa. Tal interés merece algún comentario en el sentido de que la creación de las leyes representó un capítulo central para los filósofos y juristas ilustrados⁷, pero ha estado excluido del objeto de la ciencia del Derecho durante prácticamente dos siglos, desde el comienzo del positivismo jurídico.

Por lo que respecta a la doctrina del Derecho penal, el "confinamiento" a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho resulta patente en la separación de von Liszt entre *dogmática* y *política criminal*: La primera tiene como límite el Derecho positivo y pretende tener trascendencia práctico-jurídica exclusivamente en el plano de la interpretación-aplicación del Derecho, no en el de la legislación. La segunda permite sugerir reformas o elevar críticas al legislador, pero carece de estatus científico⁸.

Ahora bien, superado el primer positivismo, nadie pone en cuestión el carácter ficticio de esa idea de jurista neutral, de modo que seguir circunscribiendo la ciencia jurídica a los aspectos interpretativo-aplicativos del Derecho evidencia más un prejuicio o simplemente la inercia de los estudios jurídicos que obstáculos conceptuales o metodológicos verdaderamente sólidos. Desde esta perspectiva, tiene sentido demandar la apertura de los juristas a los problemas de la racionalidad legislativa.

Con todo, el entusiasmo por la racionalidad de las leyes no será muy grande entre quienes partan de un concepto de racionalidad jurídica estrecho, ligado a la coherencia o consistencia del sistema jurídico. Este es el caso, como resalta Díez Ripollés, de Luhmann, para quien la jurisdicción ocupa el centro del sistema jurídico y la legislación, la periferia. Desde esta óptica, el mantenimiento de la consistencia es una tarea de la jurisdicción, porque la legislación pretende transformar la política en Derecho, y no asegurar la consistencia del sistema jurídico, como lo pone de manifiesto la calculada ambigüedad de las leyes a fin de permitir que los tribunales lleguen a soluciones adecuadas a los casos concretos. Sin embargo, esta forma de entender las relaciones entre legislación y jurisdicción puede objetarse, ya que también en la legislación están también presentes los ideales de coherencia o consistencia, y de hecho "la obtención de un ordenamiento jurídico libre de contradicciones es siempre una meta de todo proceder legislativo", como lo ponen de manifiesto la jerarquía de fuentes, las remisiones o la derogación⁹. Además, buena parte de los estu-

cuya profundidad y refinamiento le han dado una influencia tal que no resulta exagerado afirmar que la mayoría de las modificaciones legislativas relativas a los criterios de exigencia de responsabilidad penal han sido aplicadas previamente, por lo demás con escaso apoyo legal, en la jurisdicción", J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 73.

⁷ Vid. V. Zapatero, "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa* 15-16 (1994) y "El club de los nomófilos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, 1998.

⁸ En este sentido, indica J. L. Díez Ripollés que el positivismo jurídico sentó las bases de una aproximación al Derecho penal caracterizada por plantear exigencias de racionalidad exclusivamente en el ámbito de la aplicación del Derecho: no se cuestiona la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino que se contrarresta mediante la racionalidad del aplicador del Derecho, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 101.

⁹ *Ibid.*, pág. 79.

dios sobre la calidad de las leyes pretenden asesorar técnicamente al legislador sobre la claridad del lenguaje normativo, la estructura de los textos legislativos, y la mejora de la sistematicidad del ordenamiento.

Pero, por otra parte, en opinión de Luhmann, la legislación no puede ser racional por otra razón: el legislador elige fines y se plantea los efectos o consecuencias de las normas que diseña, siendo estas cuestiones altamente imprevisibles. Pero no se ve por qué razón es impensable tratar en el capítulo de la racionalidad jurídica la cuestión de los fines y de las consecuencias de la legislación. Y no sólo porque también la jurisdicción recurre en ocasiones a argumentos de tipo consecuencialista¹⁰, sino también porque, como subraya M. Atienza, el sistema jurídico puede ser visto, aparte de cómo un conjunto ordenado de normas, como un medio para la obtención de fines; es decir, puede ser visto desde la perspectiva científico social, desde la que cabe afirmar que "una ley es irracional si y en la medida en que no produce efectos o produce efectos no previstos y que no pueden tampoco considerarse como deseados o deseables" ¹¹.

Hay otros autores que, sin descartar radicalmente una aproximación racional a la creación del Derecho, resaltan que el Estado constitucional, por sus características, sitúa al juez y a su razonamiento en el centro de la vida jurídica en detrimento de la ley, que queda subordinada a los principios constitucionales, siendo controlada tal subordinación en sede judicial. Este es el caso, estima Díez Ripollés, de L. Prieto¹² y también de L. Ferrajoli. Este último confiesa abiertamente tener más confianza en la racionalidad de jueces y tribunales que en la del legislador, pues, a su juicio, la crisis de la ley es en gran medida reflejo de la crisis del Parlamento y de la política¹³. Y Díez Ripollés teme que el protagonismo de intérpretes y aplicadores del Derecho en el Estado Constitucional, que resaltan Prieto o Ferrajoli, no constituya simplemente una descripción, sino un modelo, en cuyo caso la idea presenta más de un inconveniente: en primer lugar, la legislación tiene mayor fuerza transformadora que la jurisdicción, aun cuando esté en manos de esta última la capacidad de ofrecer soluciones conformes a los principios

constitucionales en los casos concretos¹⁴; en segundo lugar, el planteamiento que ensalza la racionalidad en la jurisdicción en detrimento de la legislación "minusvalora uno de los fundamentos de todo Estado de Derecho, su estructuración en torno a la ley como expresión de la voluntad general democráticamente expresada"¹⁵. Por las razones que se acaban de enunciar, satisfacen más al autor del libro que comentamos planteamientos sobre la legislación como el de Habermas. Como es sabido, Habermas hace reposar la legitimidad de las normas jurídicas en la racionalidad del proceso legislativo en virtud del cual son creadas, y la racionalidad del proceso o discurso de creación de las leyes estriba en el respeto de las *exigencias comunicacionales*¹⁶. Los discursos aplicadores no pueden sustituir a los creadores del Derecho, que son los encargados de fundamentar las normas; más aún, en el discurso de aplicación no se pueden desconocer las razones por las que el legislador ha legitimado sus decisiones.

Desde un plano ya más concreto, Díez Ripollés suscribe la idea de racionalidad legislativa que ha planteado M. Atienza, en el sentido de que un cierto grado de racionalidad legislativa constituye "un presupuesto necesario para hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho", de modo que la argumentación jurídica debería abordar no sólo los procesos interpretativo-aplicativos, sino también los de creación de las leyes¹⁷. La racionalidad legislativa puede constituir, por consiguiente, la línea de salida de nuevas estrategias para la reflexión jurídica en general, y para la reflexión jurídico penal en particular, que, como destaca Díez Ripollés, "se ha visto atrapada en una estrategia equivocada: no hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho, sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídico-políticos para ello"¹⁸.

3. LA ESTRUCTURA DE LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Uno de los capítulos centrales de las aproximaciones a la legislación es el análisis de la noción de racionalidad legislativa. Así sucede en el libro que nos ocupa, que rechaza formulaciones reducidas de la racionalidad legislativa penal¹⁹, suscribiendo en este

¹⁰ *Ibid.*, pág. 79.

¹¹ M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 38.

¹² L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

¹³ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., págs. 88-89 y nota 63 de pág. 89. Con todo, Ferrajoli reconoce la gran dimensión transformadora propia de la legislación, infinitamente mayor que la de la jurisdicción, y es consciente asimismo de que sin un mínimo apoyo o cobertura legal la jurisdicción se ve imposibilitada a la hora de cumplir la función garantista que le encomienda la Constitución. Por ello, frente a procesos que parecen imparables como la desregulación y deslegalización, Ferrajoli aboga por "un relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación", que restaure o instaure una legalidad garantista, solidamente anclada en la tutela de los derechos fundamentales, y ello a pesar de la inevitable imperfección de que adolece cualquier Estado de Derecho, L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayon Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Prologo de N. Bobbio, Trotta, Madrid, 2ª ed., 1997, págs. 918-920.

¹⁴ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pag. 80.

¹⁵ *Ibid.*, pag. 80.

¹⁶ J. A. García Amado sostiene una tesis semejante en "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9 (2000)

¹⁷ M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pág. 99.

¹⁸ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 103

¹⁹ *Ibid.*, pág. 89 Los estudios sobre la racionalidad legislativa suelen adoptar diversos enfoques o aproximaciones. En particular, podría distinguirse entre los *minimalistas*, que centran su atención en las cualidades de la ley como instrumento de comunicación y como norma destinada a integrarse en un sistema juri-

sentido la tesis de Manuel Atienza de que es preciso partir de una noción de la racionalidad legislativa amplia y compleja, porque, en palabras del profesor malagueño, "los contenidos éticos y estratégicos del debate político no se pueden eludir en fases *más técnicas* del proceder legislativo, en las que influyen de manera decisiva: pretensiones de neutralidad técnica ocultan una realidad operacional y conceptual en la que se produce una constante aportación de contenidos procedentes de niveles de racionalidad más plurales que los señalados; su desconsideración o el intento de establecer una solución de continuidad entre unos niveles u otros da una visión incompleta y por ello inexacta de lo que es un procedimiento legislativo racional"²⁰.

El nivel fundamental de la racionalidad de las leyes penales es el *ético*, que se identifica con "el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo". Por eso, el nivel ético no está integrado por contenidos concretos, sino por las condiciones de la racionalidad discursiva o, dicho en terminología de J. Habermas, por "los principios reguladores del comportamiento que, en cuanto compartidos de forma generalizada, no están normalmente sometidos al principio del discurso sino que modulan todo actuar comunicativo"²¹. Este mismo nivel ético, que permite legitimar las leyes penales en las convicciones culturales de la colectividad, se halla a su vez doblemente integrado por los *principios estructurales de primer nivel* y por el criterio *democrático*. Los primeros se identifican con los criterios éticos indiscutibles y no negociables, mientras que el criterio democrático, que apela a las convicciones sociales mayoritarias, modula si es preciso la toma de decisiones en casos controvertidos; es decir, respetados los principios estructurales, la regla de las mayorías representa el criterio más legítimo para decidir cuestiones concretas sujetas a controversia en sociedades pluralistas²².

Los principios estructurales integrantes de la racionalidad ética reproducen los aspectos fundamentales de la legitimación de las leyes penales, y son de tres clases: en primer lugar, los que Díez Ripollés denomina principios de *protección*, sobre las pautas que delimitan los contenidos sobre los que debe recaer la tutela del Derecho penal; los principios de la *responsabilidad*, sobre los requisitos que deben concurrir para exigir responsabilidad criminal, así como para verificarla; y los principios de la *sanción*,

sobre la justificación de la reacción del Derecho frente a la conducta criminalmente responsable²³. En suma, desde esta perspectiva "una ley padecerá de *irracionalidad ética* si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en el que nos movamos" y "también carecerá de ella si renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias"²⁴.

Desde luego, la racionalidad de las leyes penales no concluye con su legitimidad o valor ético, sino que es preciso identificar otros niveles de racionalidad legislativa. En particular, puede destacarse la importancia de la racionalidad *teleológica*, que versa, a juicio del autor, sobre la propia elección de los fines a perseguir. Una ley penal es racional en este nivel si es fruto de un acuerdo adoptado en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático²⁵. Asimismo, las leyes penales deben ser racionales desde el punto de vista de su eficacia o racionalidad *pragmática*, de su sistematicidad o racionalidad *jurídico formal* y su claridad *lingüística*. Ciertamente, en ocasiones lograr un tipo de racionalidad puede significar sacrificios en otro u otros niveles de racionalidad. En estos casos, los niveles superiores priman sobre los inferiores, aunque la racionalidad legislativa requiere lograr un equilibrio entre los distintos niveles y, en último término, habría que acudir al criterio democrático para alcanzar el deseado equilibrio entre los distintos niveles de racionalidad implicados²⁶.

Por lo demás, la racionalidad legislativa requiere el desarrollo de un modelo "dinámico" de legislación penal, que describa y plantee críticas al funcionamiento del proceder legislativo. "creando así las bases para el efectivo asentamiento de las diversas racionalidades en la práctica legislativa"²⁷. La dinámica legislativa se estructura así en tres fases o etapas principales: la prelegislativa, la legislativa y la poslegislativa.

En todas las fases que integran la legislación es-

dico complejo: aquellos otros, también *minimalistas pero un poco más ambiciosos*, que se abren a la racionalidad pragmática y teleológica, es decir, a los problemas de la eficacia y efectividad de la ley; y, por último, los *maximalistas*, que tampoco rehúsan interrogarse sobre los fines del legislador y sobre su adecuación a un modelo de legitimidad, vid. G. Marcilla Córdoba, *La ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (en prensa).

²⁰ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 89. En un sentido semejante, vid. G. Marcilla Córdoba, *La ciencia de la legislación*, cit., cap. VIII.

²¹ L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 92.

²² *Ibid.*, pág. 93

²³ *Ibid.*, págs. 92-93. El capítulo IV del libro que comentamos desarrolla por extenso estos principios integrantes de la racionalidad ética, al tiempo que son usados como expediente de crítica de planteamientos tradicionales de la fundamentación del Derecho penal, basados exclusivamente en la eficacia de las penas o en la no demasiado nítida dicotomía entre validez-utilidad.

²⁴ *Ibid.*, pág. 96. La elección del criterio democrático resulta del rechazo, a lo largo del capítulo V, de otros criterios de toma de decisiones, como los que remiten a entidades ideales, o a la solución de los expertos, o a la última palabra de jueces y tribunales amparados en la interpretación del texto constitucional.

²⁵ *Ibid.*, pág. 96. Sólo aparentemente J. L. Díez Ripollés suscribe el esquema de racionalidad legislativa de M. Atienza, pues, aparte de otras divergencias, rechaza el significado de racionalidad *teleológica* que propone éste. Tal rechazo es planteado al hilo de la crítica hacia ciertas doctrinas penales que, a juicio de Díez Ripollés, empobrecen el problema de los fundamentos del Derecho penal, circunscribiéndolo a la eficacia de las penas. De modo que, la racionalidad teleológica no se ocupa de la elección de los medios para la obtención de unos fines dados, sino de la determinación de los objetos de tutela; esto es, de la propia selección de los contenidos del Derecho, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pag. 120 (nota 34).

²⁶ *Ibid.*, pág. 97.

²⁷ *Ibid.*, pág. 98. Vid. del mismo autor el trabajo "Un modelo dinámico de legislación penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Cerezo Mir*, J. L. Díez Ripollés (ed.), Tecnos, Madrid, 2002.

tán presentes los distintos niveles de racionalidad, aunque la importancia de éstos varíe en función de la fase legislativa de que se trate. La imbricación entre los niveles de racionalidad y las fases del procedimiento legislativo conduce a la conclusión de que “la racionalidad legislativa no es, ni mucho menos, un asunto de juristas, técnicos o legisladores, sino que se desenvuelve en ámbitos sociales muy diversos”. De hecho, y al contrario de lo que se pudiera sospechar, en la propia fase prelegislativa ya pueden desempeñar un importante papel casi todos los niveles de racionalidad, mucho antes de la intervención formal de burócratas y técnicos en el proceso legislativo²⁸.

4. LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR PENAL: PRINCIPIO DEMOCRÁTICO VERSUS PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (PONDERACIÓN)

La racionalidad de las leyes penales representa una decidida apuesta por nuevas estrategias de reflexión jurídico-penal, apuntaladas sobre una renovada ciencia de la legislación, que analice los diversos niveles en que se estructura la racionalidad legislativa penal y que comprenda y evalúe críticamente su funcionamiento en las distintas fases de la práctica o dinámica legislativa. Pero el libro que nos ocupa encierra además una toma de postura sobre la fundamentación del sistema punitivo y un alegato a favor de la democracia participativa y deliberativa, como modelo preeminente para adoptar decisiones públicas en el Estado Constitucional de Derecho.

Así, comenzando por la cuestión de los principios o fundamentos del sistema punitivo, J. L. Díez Ripollés defiende que el centro de la reflexión se halla en *cómo configurar la intervención penal de modo legítimo, y no en cómo frenar la intervención penal*. Abordar los presupuestos del Derecho penal desde la óptica de la configuración de una intervención penal legítima, en lugar de abordarla desde la fijación de los límites del *ius puniendi* estatal, resulta, a juicio de Díez Ripollés, la más apropiada para una teoría de la legislación que pretenda orientar racionalmente la labor del poder legislativo, y no sólo controlar o limitar su actuación judicialmente. Este punto de partida de la reflexión jurídica penal se fundamenta en que es precisamente la tutela de los presupuestos básicos de la convivencia la que justifica recurrir a la pena, el más severo de los medios de control social. Se trata, pues, de un planteamiento que contrasta abiertamente con el de la teoría penal garantista, cuyo centro de gravedad está ocupado por los límites a los que debe sujetarse el legislador penal, lo cual parte de una visión genuinamente liberal de la intervención coactiva del Estado, que concibe la pena como un mal, como un ilícito moral que necesita por eso mismo de justifica-

ción especial²⁹. Los derechos fundamentales, razón última de las instituciones, no sirven para configurar o legitimar decisiones político-criminales, sino que cumplen solamente una función negativa o de deslegitimación de los poderes públicos en relación con extralimitaciones en el uso del *ius puniendi* estatal³⁰.

La segunda idea clave que J. L. Díez Ripollés ofrece al hilo de la discusión sobre la racionalidad legislativa es, tal y como ya se ha señalado anteriormente, que la fuente de los principios jurídico-penales básicos ha de ser en primer término el sistema de creencias compartidas en la sociedad a propósito de qué proteger, qué cualidades deben reunir las personas responsables y qué características debe tener el sistema de sanciones. Pero, habida cuenta que surgirán controversias en el descenso a cuestiones más concretas, el nivel de la racionalidad ética necesita de algún otro criterio para resolver tales controversias, y a su juicio tal criterio ha de ser uno de la misma naturaleza que el que ha permitido el consenso en torno al sistema de creencias, es decir, el criterio democrático, que se sustancia en la decisión por mayoría.

Pues bien, la primera idea resaltada —esto es, la que prima planteamientos de configuración legítima de los contenidos del Derecho penal frente a la que postula límites a la intervención legislativa de carácter punitivo— dejaría abierto un interrogante para la teoría de la legislación: si una teoría de tipo garantista, que tome como punto de partida de la racionalidad ética del Derecho penal los límites al *ius puniendi* estatal, impide o resulta menos adecuada para desarrollar planteamientos de ciencia de la legislación, por la razón de que este tipo de planteamientos garantistas se encaminan exclusivamente a controlar o limitar judicialmente la actuación legislativa, en lugar de indicar pautas racionales de actuación. Sobre este interrogante volveremos más adelante.

En cuanto a la segunda tesis —la que postula el principio democrático como criterio más legítimo para decidir contenidos de política criminal en supuestos controvertidos— merece la pena traer a colación tesis alternativas a los efectos de perfilar la idea de racionalidad legislativa. Y tal vez la óptica más oportuna o pertinente sea la constitucional por varias razones. En primer lugar, porque la Constitución viene a reflejar ese sistema de creencias compartido en una sociedad³¹. Y en segundo lugar, porque, siendo cierto que la reflexión sobre

²⁸ En palabras de L. Prieto, “la filosofía penal garantista pretende constituir de modo expreso el desarrollo más sofisticado y puesto al día de una gran parte de las propuestas ilustradas... Su punto de partida es inequívocamente liberal: las penas representan un mal que la sociedad impone a alguno de sus individuos limitando sus derechos mediante la fuerza e incorporan por ello un irreductible fondo de ilegitimidad. De ahí que el recurso al Derecho penal no pueda concebirse como una herramienta más al servicio de la consecución de los intereses públicos, sino como un sacrificio sobre el que pesa una carga de justificación especial que se resume en los principios de necesidad y lesividad”, “La limitación constitucional del legislador penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 261 y ss. págs. 270-271. Vid. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 466.

²⁹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 471.

³¹ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 180.

²⁸ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 99.

los fundamentos del Derecho penal es de tipo preminentemente ético o filosófico, puede considerarse que la Constitución tiende un puente entre este punto de vista externo o de crítica al Derecho positivo y el punto de vista interno sobre la validez del mismo. En otras palabras, tiene razón Díez Ripollés cuando sostiene que el análisis de la racionalidad ética de las leyes se ha de llevar a cabo desde el terreno de la reflexión crítica o externa al Derecho sin necesidad de buscar apoyo en los textos jurídico-positivos³², pero no es menos cierto que una de las características del constitucionalismo actual es que puede ser visto como la positivación de principios sobre los derechos y la justicia, que forman parte de toda una tradición de pensamiento sobre los límites del Estado y la defensa de la dignidad e igualdad de los hombres. De ahí que la Constitución permita que, lo que en el paradigma legalista formó parte de la reflexión crítica o sobre la legitimación externa del Derecho, hoy pueda ser incorporado a la reflexión sobre la validez o sobre la legitimación interna del Derecho³³.

De todas formas es cierto que, cuando se trata de decidir un asunto controvertido, tan poca ayuda presta el sistema de creencias socialmente compartido como los abstractos e indeterminados preceptos constitucionales, porque la Constitución ni establece un catálogo de bienes jurídicos dignos de la enérgica protección del Derecho penal, ni contiene los principios sobre la responsabilidad y sobre el sistema de penas. Salvo que se parta de una noción de Constitución como norma cerrada que predetermina todas las decisiones políticas, la norma fundamental no ofrece soluciones categóricas sobre los límites y mucho menos sobre los objetivos de la acción punitiva estatal. De manera que, incluso en el marco de una Constitución dotada de un denso contenido material y de una poderosa garantía judicial, el legislador conserva un importante margen de apreciación o discrecionalidad. Incluso a un autor como R. Alexy, firme partidario de los controles judiciales a través de la argumentación jurídica, le resulta razonable esta defensa de los ámbitos discrecionales de la actuación legislativa. Así, el profesor de la Universidad de Kiel, en el "Epílogo" a su *Teoría de los derechos fundamentales*, resalta que el legislador dispone tanto de un margen de acción estructural, relativo a todo aquello que la Constitución ni prohíbe ni impone, como de un margen de acción epistémico, derivado de la dificultad de reconocer qué es lo que la Constitución prohíbe o impone³⁴. Por lo demás, a menos que el texto constitucional de referencia sea una "Constitución de detalle", que

concrete excesivamente el contenido de sus preceptos, o que se trate de una Constitución absolutamente rígida, es difícil que la fuerza normativa de la Constitución llegue al punto de "congelar el consenso", permaneciendo inflexible a las modificaciones valorativas que como es lógico se producen con el paso de los años en la sociedad³⁵.

De modo que, si en el momento de adoptar decisiones de política criminal controvertidas tan poco auxilio brindan los principios sustantivos de la Constitución, como el sistema de creencias compartido, ¿en qué medida puede entonces ser fructífera la perspectiva constitucional para sostener una tesis diversa a la de quienes, como es el caso de Díez Ripollés, proponen afianzar la racionalidad ética de las leyes penales reforzando la democracia participativa y deliberativa? Pues bien, autores como L. Prieto Sanchis encuentran una respuesta satisfactoria en un imperativo constitucional, que es de tipo formal o procedimental: la obligación de ponderar³⁶. Se trataría de recurrir al principio de proporcionalidad, como instrumento de justificación de decisiones en las que se encuentran implicados derechos fundamentales.

Como es sabido, el término "ponderación" hace referencia al género de razonamiento que suele emplearse para resolver conflictos entre principios, generalmente constitucionales. Los principios ofrecen razones contradictorias, sin que el intérprete pueda "prescindir de la consideración de ninguna de ellas, pues son razones constitucionales, ni tampoco afirmar que alguna o algunas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución... Ponderar es buscar la mejor decisión... cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor"³⁷. La ponderación tiene, pues, por objeto establecer entre los principios relevantes *prima facie* una relación de preferencia condicionada por las circunstancias del caso concreto. Desde esta perspectiva, la ponderación, más que un método de aplicación del Derecho opuesto a la subsunción, constituye un paso conceptualmente previo y necesario para ésta, pues realmente la ponderación se dirige a obtener una regla cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias del caso, y la consecuencia jurídica, por la consecuencia jurídica del principio preferente³⁸.

³² La crítica de J. L. Díez Ripollés al carácter contramayoritario del control de decisiones democráticas en virtud de textos constitucionales que reflejan el consenso de la sociedad en un determinado momento histórico es desarrollada en *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 180.

³³ En palabras de L. Prieto, la Constitución "no nos proporciona un catálogo cerrado de bienes jurídico-penales, ni tampoco impone en relación con ninguno de ellos un mandato concreto de criminalización. La cuestión entonces consiste en determinar si, al menos, de la Constitución se deduce un deber de ponderación..., un deber cuya infracción por parte del legislador habría de dar lugar, lógicamente, a una sanción por parte del Tribunal Constitucional". L. Prieto, "La limitación constitucional del legislador penal", cit., p. 286.

³⁴ R. Alexy, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", trad. de C. Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 66 (2002), págs. 21 y ss.

³⁵ L. Prieto, "Constitución y democracia", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., 2003, pág. 189.

³⁶ J. J. Moreso, "Conflitti tra principi costituzionali", *Diritto&questini pubbliche*, 2, agosto 2002, págs. 19-34.

³² *Ibid.*, pág. 135.

³³ En palabras de L. Prieto, "la virtud principal de la teoría constitucional del bien jurídico es que permite y estimula la transformación del discurso ético y político externo en un discurso jurídico interno, dado que la consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, en especial aquí, por parte del legislador". "La limitación constitucional del legislador penal", cit., pág. 286.

³⁴ R. Alexy, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", trad. de C. Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 66 (2002), págs. 21 y ss.

Qué duda cabe que la discrepancia en torno al criterio para dirimir controversias en sede de legislación penal, y que aquí se ha articulado en torno a la tensión entre el recurso al principio democrático y la búsqueda de soporte en el principio de proporcionalidad, no hace más que reproducir uno de los dilemas del Estado constitucional: la separación de poderes, la soberanía del parlamento y la regla de las mayorías se pondrían en entredicho como consecuencia de una interpretación abiertamente valorativa, prospectiva y de oportunidad como la que está implicada en el juicio de ponderación³⁹. Y por lo que se refiere al ámbito penal, muchos temen, como es el caso de Díez Ripollés, que el principio de proporcionalidad sea “un nuevo fetiche conceptual, omnicomprendivo y encargado de sustituir o de poner en segundo plano al del bien jurídico”⁴⁰. Otros autores, como L. Prieto, consideran en cambio que gracias a la ponderación, “el debate acerca de cuáles habían de ser los objetos materiales merecedores de tutela penal,.... tiende a presentarse ahora como un debate menos objetivista que gira alrededor de un esfuerzo de argumentación racional; tiende a presentarse concretamente como un requerimiento a participar en la empresa de justificación (y crítica) que pesa sobre toda decisión del poder que limite la libertad de los individuos”⁴¹.

Así las cosas, los más reticentes a los controles de racionalidad legislativa de tipo externo a las propias instituciones democráticas responden al dilema planteado con orientaciones de racionalidad legislativa dirigidas a la perfección del actual sistema de formación de la voluntad colectiva. Así, en opinión de J. L. Díez Ripollés, el procedimiento legislativo debería enriquecerse exigiendo un mayor contacto entre las instituciones que tienen encomendada la formación de la voluntad política y los ciudadanos. Es decir, habría que reformar las normas de procedimiento legislativo pretendiendo dar mayor presencia a las asociaciones y colectivos sociales y a la opinión pública. Asimismo, sería interesante contar con la opinión de técnicos o expertos científicos sociales que asesoraran a los poderes públicos y que mostraran a la sociedad las contradicciones en que incurren sosteniendo determinadas decisiones. Por tanto, el libro de Díez Ripollés es un alegato a favor de la democracia participativa y deliberativa, y en contra del elitismo y del judicialismo⁴², aunque también en contra del populismo.

³⁹ Es así como L. Prieto describe los temores de quienes se muestran más comprometidos con las virtudes de la democracia: “Revisar —prosigue el autor— las decisiones del legislador acerca de qué bienes jurídicos merecen tutela penal y de cómo y con qué alcance la merecen supondría algo así como yugular la democracia política en el altar de un cuerpo elitista como son los jueces”, L. Prieto, “La limitación constitucional del legislador penal”, cit., pág. 288.

⁴⁰ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 131.

⁴¹ L. Prieto, “La limitación constitucional del legislador penal”, cit., pág. 298.

⁴² Con todo, al margen de los problemas técnicos, en la práctica nuestro Tribunal constitucional se ha mantenido notablemente deferente con el principio democrático en lo que respecta al control en abstracto de leyes penales. En este sentido, indica L. Prieto que el principio de proporcionalidad, si bien ha tenido

Sin embargo, para quienes piensan que de la Constitución al menos sí se deduce la carga de argumentar o justificar decisiones que afectan o limitan derechos fundamentales, como es el caso de las normas penales⁴³, la concreción de los contenidos del Derecho penal corresponde al legislador, pero justificando su decisión mediante la ponderación de los derechos en juego. En otras palabras, una teoría externa, ilustrada o liberal del bien jurídico (y de las decisiones fundamentales en materia penal) desemboca hoy en el juicio de ponderación⁴⁴.

Esto último indica que tal vez, y como se ha sugerido antes, no hay por qué pensar que la ponderación es un instrumento exclusivamente útil para el juez, sino que probablemente de él sea posible obtener pautas de legislación racional, al menos en el marco del Estado constitucional. Más concretamente: si una de las condiciones de validez de la ley es superar un test de constitucionalidad, y en los “casos difíciles” tal test se realiza en sede de jurisdicción mediante el método de la ponderación de principios constitucionales, tiene sentido proponer como criterio de racionalidad legislativa que el propio legislador realice por adelantado un test similar⁴⁵.

La ponderación, como método de resolución de conflictos entre principios, puede reconstruirse a partir de la caracterización de Alexy de los principios como “mandatos de optimización”⁴⁶ y se resuelve en cuatro pasos fundamentales: primero, que exista un *fin constitucionalmente legítimo* en el que se justifique la postergación de uno de los principios en juego; en segundo lugar, que dicha postergación represente una medida *idónea* o adecuada para satisfacer cierto principio constitucional; en tercer lu-

ciertas importantes proyecciones en el control de las leyes, en lo relativo a la potestad punitiva opera sobre la base de una tesis latente “no hay ninguna duda sobre la pertinencia de la proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, pero debe reducirse al máximo o sencillamente excluirse en el enjuiciamiento de la ley”, L. Prieto, “La limitación constitucional del legislador penal”, cit., pág. 288. Vid. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 77 y 80.

⁴³ Estas inciden no sólo en la libertad personal, sino también en otros derechos fundamentales. Como escribe L. Prieto, “la conexión entre Derecho penal y derechos fundamentales es doble: en virtud de la pena, que limita la libertad personal, y en virtud de la conducta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos”, L. Prieto, “La limitación constitucional del legislador penal”, cit., pág. 295.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 272 y pág. 295.

⁴⁵ Que la racionalidad de las leyes exigible en el Estado Constitucional guarda estrecha relación con la exigencia de constitucionalidad de las mismas viene a ser reconocido por J. L. Díez Ripollés cuando sostiene que “sólo la instrumentación de un adecuado control de la racionalidad legislativa permitirá el aseguramiento de ésta frente a las tendencias siempre presentes de irracionalismo voluntarista. A tales efectos se ha de asumir que el punto de referencia de ese control es un conjunto normativo cualificado, la constitución y el bloque de constitucionalidad, y el órgano de control jurisdiccional, el tribunal constitucional”, J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 81.

⁴⁶ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Valdes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª reimpr., 2001, pág. 86. No entramos aquí en la polémica acerca de si todos los principios son mandatos de optimización o si sólo merecen ese tratamiento las directrices. Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pág. 11. Vid. también J. J. Moreso, “El encaje de las piezas del Derecho” (primera parte), *Isonomía*, 14 (2001), pág. 252.

gar, que la afectación del principio sea *necesaria*, esto es, que no exista una medida alternativa igualmente idónea para alcanzar el fin, pero inofensiva o menos gravosa con respecto al principio afectado; y por último, que la postergación del principio o principios en conflicto pueda considerarse como una medida *proporcionada en sentido estricto*, es decir, que tras un balance de costes y beneficios pueda estimarse razonable conceder prioridad a uno de los principios en detrimento o perjuicio del otro u otros⁴⁷. La regla constitutiva sería esta: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"⁴⁸. Adviértase que los criterios de *idoneidad* y *necesidad* reflejan las *posibilidades reales* de cumplir el principio, mientras que el criterio de la *proporcionalidad en sentido estricto* hace referencia a las *posibilidades jurídicas* de satisfacerlo; más exactamente, a la concurrencia de otras razones justificatorias de sentido contrario, por ejemplo de otros principios o derechos⁴⁹.

Partiendo de esta idea de ponderación judicial es posible encontrar ciertas coincidencias entre los criterios que usa (o debería usar) el juez para comprobar la validez de la ley y los criterios que maneja (o debería manejar) el legislador para garantizar la calidad de su producto. En particular, tales coincidencias se ponen de manifiesto contemplando la racionalidad legislativa como una estructura en cinco niveles: el *lingüístico* (inteligibilidad), *lógico-formal* (coherencia), *pragmático* (eficacia), *teleológico* (aptitud para alcanzar objetivos), y *ético* (carácter justificado de los fines legislativos)⁵⁰.

Así, en primer lugar puede advertirse un paralelismo entre los criterios de *idoneidad* y *necesidad* del juicio de ponderación, de un lado, y los niveles de racionalidad legislativa que tienen que ver con su racionalidad *teleológica*, de otro lado⁵¹. En efecto, tanto en el juicio de idoneidad como en el de necesidad aparece implicado un juicio a propósito de la racionalidad teleológica de la ley: el precepto que por alguna razón no es idóneo o adecuado para realizar su fin, presenta un déficit de efectividad; y el que no es necesario porque existen alternativas idóneas pero inofensivas o menos gravosas, lesiona lo que podríamos denominar una segunda dimensión de la efectividad, por cuanto comporta un sacrificio gratuito de algún fin constitucional valioso. Con lo cual un elemento a tener en cuenta en el juicio de ponderación encarna al mismo tiempo una condición de racionalidad de la ley.

⁴⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 111 y ss.; L. Prieto, "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., págs. 199-203.

⁴⁸ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 161.

⁴⁹ *Ibid.*, págs. 90 y ss.

⁵⁰ Esta es la estructura de la racionalidad legislativa en niveles que propone M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., págs. 28-39.

⁵¹ Aquí estoy haciendo referencia no solo a la racionalidad teleológica en sentido estricto, sino al resto de niveles relacionados con la calidad instrumental de la ley, esto es, con su calidad lingüística, carácter sistemático y eficacia o aptitud para ser cumplida.

En segundo lugar, es posible hallar una semejanza entre la exigencia que plantea la ponderación de justificar tanto que la afectación de un principio se fundamenta en la obtención de un *fin legítimo*, como que dicha afectación es razonable o *proporcionada*, de un lado, y el nivel *ético* de racionalidad legislativa, basado en la justificación de los fines u objetivos legislativos, de otro lado. En ambos casos se trata de hacer explícito el principio o valor en el que se apoya una medida legislativa y de dar razones en favor de la prioridad de dicho principio o valor sobre otro u otros signos de consideración.

Señalar los paralelismos entre los criterios de la ponderación judicial y las exigencias de racionalidad legislativa puede resultar interesante, en suma, porque la argumentación legislativa debería poder contemplarse desde el mismo esquema que después los jueces y tribunales emplearán para verificar la constitucionalidad de la ley, con el principal objetivo de hacer más consciente al legislador de las debilidades de la ley en un eventual juicio de constitucionalidad.

Pues bien, ahora ya estamos en condiciones de responder al interrogante planteado al comienzo de este punto, a saber: si una teoría penal de corte garantista, es decir, dirigida a mostrar las fronteras de las facultades punitivas estatales y que, como hemos visto, se traducía en el principio de proporcionalidad o ponderación, es un enfoque que permite abordar el Derecho penal únicamente desde el lado de la jurisdicción o si, por el contrario, permite también obtener pautas en positivo de legislación racional. La respuesta me parece que es afirmativa, al menos en el sentido de que los criterios de la ponderación no sólo permiten el control judicial de las decisiones legislativas, sino también la fiscalización por parte del legislador de la racionalidad de sus propias decisiones. Muy simplemente, en la medida en que una decisión legislativa cumpla las condiciones exigidas para resultar válida, podrá tanto declararse válida en un eventual control de constitucionalidad, como postularse como una decisión racional en sede de legislación.

Por lo demás, extrapolar los criterios de la ponderación judicial a la teoría de la legislación a los efectos de establecer pautas de racionalidad en la toma de decisiones jurídico-penales puede suscitar la siguiente objeción: pudiera parecer que esta tesis propone lograr que los legisladores argumenten como jueces, algo así como "judicializar" la argumentación legislativa. En realidad, este no es el propósito de la propuesta, sino un riesgo de la misma, porque efectivamente un modelo de argumentación legislativa centrada exclusivamente en el problema de su constitucionalidad, además de alejarse de la práctica real de la legislación, sería inconsistente con los fines de la institución legislativa. El legislador presenta una aspiración similar a la del juez, pero sólo en la medida en que necesita que la ley sea compatible con la Constitución. Ahora bien, esto último no agota su idea de ley racional, que, entre otras cosas, incluye realizar una buena selección de objetivos, diseñar medidas adecuadas para alcanzarlos, llegar a acuerdos con otras fuerzas políticas

y lograr la aceptación de los ciudadanos, convenciéndoles de que realmente la ley representa el "bien común" o los intereses de todos.

En consecuencia, proponer los criterios de la ponderación judicial como esquema de razonamiento legislativo no excluye en línea de principio otro tipo de análisis sobre la racionalidad legislativa, como la descripción de la práctica legislativa real, la propuesta de mejora de la legislación atendiendo a la mejora del procedimiento legislativo, y el estudio de técnicas al servicio del legislador que desee mejorar la calidad formal e instrumental de la ley (inteligibilidad, consistencia, eficacia, efectividad, eficiencia, etc.). Asimismo, la obtención de criterios de racionalidad legislativa a partir del juicio de ponderación no parece que tenga que excluir la obtención de criterios de racionalidad a partir de otros modelos de argumentación. Comparto por ello la idea recientemente defendida por Atienza de que la argumentación legislativa tal vez debería buscar herramientas conceptuales en otros modelos argumentativos distintos a la teoría del discurso o del razonamiento práctico, como el de la retórica y el de la dialéctica⁵².

Por lo demás, lejos de lo que a primera vista pudiera parecer, buscar pautas de argumentación en sede legislativa no tiene como objetivo exclusivo estrechar el campo de decisión del legislador. Qué duda cabe que exigir una "legitimidad de ejercicio" al legislador, que la tiene ya "de origen", refuerza la cultura jurídica tendente a establecer límites a todos

los poderes públicos. Pero en el fondo exigir más al legislador equivale también a dignificar sus decisiones⁵³, permitiendo por ejemplo que las razones del legislador puedan ser tenidas en cuenta durante el examen de constitucionalidad de la ley. Por ello, fomentar la argumentación en sede legislativa tiene la ventaja de estimular el debate entre legislador y juez, en el sentido de que cuantos más argumentos ofrezca el primero en apoyo de una ley (en los debates parlamentarios, en los medios de comunicación, en el preámbulo, etc.) mayor resistencia encontrará el juez constitucional a la hora de declarar su invalidez.

Suscribo, en fin, la idea del profesor Díez Ripollés de que en el Estado constitucional la racionalidad legislativa es tarea de todos los poderes públicos, y especialmente del poder legislativo y judicial, pues como dice el autor, la relación entre jurisdicción y legislación no es una de suma cero, de modo que todo lo que se otorgue a la jurisdicción va en detrimento de la legislación y viceversa, sino que lo que una constitución normativa "plantea es una elevación del nivel de racionalidad tanto legislativa como jurisdiccional, para satisfacer así las pretensiones teleológicas, éticas y morales de la norma fundamental", por lo que "una ciencia de la legislación... no tiene por qué elegir entre convertirse en auxiliar de la jurisdicción constitucional, o del legislador... A ambos debe procurar ser útil profundizando en las singularidades de la racionalidad legislativa y aportando instrumentos para su mejora a todos los niveles"⁵⁴.

⁵² M. Atienza, "Argumentación y legislación", en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, cit.

⁵³ Un autor como J. Waldron, en absoluto partidario del judicialismo, propone profundizar en los modelos de discurso legislativo a fin de recuperar la dignidad de la legislación, J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pag. 7 y ss. Asimismo, F. Laporta sostiene que una posible vía de solución a la preocupante degradación de las leyes es evitar el puro decisionismo de las mayorías, la improvisación y la ocurrencia, y aumentar los

controles racionales en el proceso legislador: "sé de sobra —escribe— que sugerir que se dé un control de constitucionalidad del proceso legislativo es extremadamente arriesgado. Pero no me parece imposible pensar en un "control de calidad" que estableciera algún tipo de tamiz para los productos legislativos extremadamente deficientes en términos de elaboración", "El deterioro de las leyes", *Claves de Razón Práctica*, 142 (2004), pág. 30.

⁵⁴ J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 80 y págs. 85-86.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Conocimiento científico y estándares de prueba judicial

Michele TARUFFO

1. CIENCIA Y PROCESO. ASPECTOS GENERALES

En un cierto sentido puede decirse que la ciencia y el proceso tiene un objetivo común: la investigación de la verdad. La investigación científica está de por sí orientada hacia la búsqueda de la verdad, aunque otro problema es definir qué se entiende por verdad científica y cuáles son los métodos empleados para conseguirla. También el proceso judicial está orientado hacia la búsqueda de la verdad, al menos si se adopta una concepción legal-racional de la justicia —como la propuesta por Jerzy Wroblewski seguida por otros teóricos de la decisión judicial— según la cual una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. Si se atiende a la averiguación de los hechos, el proceso puede también ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad: un método a veces muy complicado y con frecuencia inadecuado para el objetivo, pero sin embargo un procedimiento orientado hacia el logro de la verdad. Naturalmente, sucede con frecuencia, por las razones más diversas, que el objetivo no se alcanza. Esto demuestra solamente lo inadecuado de un particular procedimiento judicial o del modo en que se ha desarrollado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos. Esta concepción del proceso puede ser impugnada, y de hecho existen varias orientaciones teóricas según las cuales el proceso judicial no podría estar orientado hacia la búsqueda de la verdad sobre los hechos, o incluso no debería ser entendido como un método para la reconstrucción verídica de los mismos. Sin embargo estos puntos de vista son por muchas razones infundados: el contexto procesal, de hecho, *requiere* que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso.

Entre ciencia y proceso existen diferencias relevantes, que deben ser tomadas en consideración si se quiere comprender de qué manera la ciencia puede ser utilizada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios tránsitos, en tiempos largos, teóricamente con recursos ilimitados, y conoce variaciones, evoluciones y revoluciones. Además, al menos según el modelo más tradicional, la ciencia está orientada hacia el descubrimiento, la confirmación o la falseabilidad, de enunciados o leyes generales, que se refieren a clases o categorías

de eventos. Por decirlo así, y retomando una conocida distinción de Windelbald, las ciencias naturales tienen carácter *nomotético*. Por el contrario, el proceso se refiere a conjuntos limitados de enunciados relativos a circunstancias de hecho particulares, seleccionadas y determinadas con base en criterios jurídicos, es decir, con referencia a las normas aplicables a un caso particular. Por tanto, tiene, análogamente a algunas ciencias históricas, carácter *idiográfico*. Además, el proceso opera en tiempos relativamente restringidos, con recursos limitados, y está orientado a producir una decisión tendencialmente definitiva (que se convierte en tal a través del mecanismo de la cosa juzgada) sobre el específico objeto de la controversia

A pesar de estas diferencias, la atención cada vez más intensa que desde hace tiempo se ha dedicado al problema general de las relaciones entre ciencia y derecho se ha referido frecuentemente a las relaciones entre ciencia y proceso, es decir, reformulando el problema en otros términos, al uso que de la ciencia se puede hacer en el proceso. Y así ha venido emergiendo, con evidencia cada vez mayor, el problema de las "pruebas científicas", o sea del posible empleo de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad sobre los hechos que deben ser analizados en el contexto procesal. Esta conexión estrecha entre ciencia y proceso tiene varias razones fácilmente comprensibles. En realidad siempre ha sucedido que los jueces han utilizado nociones científicas para establecer o interpretar circunstancias de hecho para las que parecían inadecuadas las nociones de la experiencia o del sentido común. Desde hace varios siglos, pero con una enorme aceleración en el siglo XX, la extensión de la ciencia en campos del saber que en el pasado eran dejados al sentido común ha provocado un relevante movimiento de las fronteras que separan la ciencia de la cultura media no-científica: sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales pueden ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto se reduce proporcionalmente el área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognitivas no científicas. El empleo de pruebas científicas se hace en consecuencia cada vez más frecuente en el proceso civil y en el proceso penal. Por otra parte, la penetración capilar de la ciencia y de la tecnología en la vida cotidiana, desde la medicina hasta la informática, hace más frecuentes que en el pasado las controversias que tienen

origen en hechos directamente conectados con el uso de la ciencia, y que por tanto requieren de métodos de averiguación que no pueden ser más que ser científicos.

Es necesario también considerar que en muchas áreas de la cultura moderna la ciencia está envuelta en una suerte de aura mitológica, y representa el símbolo del conocimiento cierto y de la verdad objetiva en torno a cualquier tipo de acontecimiento. Simboliza también cosas que se supone que están más allá del nivel normal de conocimiento de las personas "normales", como los abogados y los jueces. En consecuencia, la ciencia es concebida por muchos como algo extraño, ajeno y exótico, que sin embargo es indispensable para aportar respuestas verídicas a quien, como los jueces y los jurados, debe decidir sobre los hechos de una controversia. Como casi siempre sucede, sin embargo, la realidad está bien lejos del mito, como lo saben bien los epistemólogos que se interrogan sobre el estatuto científico de muchos campos del saber y sobre la atendibilidad de muchos conocimientos considerados "científicos". Por lo que se refiere específicamente a la ciencia que puede ser utilizada en el contexto del proceso, a las perplejidades de orden general de los epistemólogos se pueden agregar otras, dado que con frecuencia no se dispone de conocimientos científicos relevantes para la decisión sobre los hechos de la causa, no se está suficientemente cierto de la atendibilidad de estos conocimientos, o surgen dudas sobre las modalidades con que estos conocimientos son adquiridos en el proceso o son valorados por quien adopta la decisión final.

1.1. Qué ciencia

Entre estas perplejidades, resulta muy notoria la que se refiere a "qué ciencia" es utilizable en el proceso como instrumento para la averiguación de los hechos. Este problema tiene al menos dos aspectos particularmente relevantes. El primero se refiere a la tipología de las ciencias que se entienden como utilizables; el segundo se refiere a la calidad de la ciencia que se utiliza.

Respecto al primer aspecto, debe observarse que normalmente no surgen problemas sobre la utilización de las llamadas ciencias "duras" como la química, la biología, la ingeniería, las matemáticas, y sus respectivas articulaciones como la farmacología, la genética, la ciencia de los materiales y otras por el estilo. Más bien sucede normalmente que cuando el juez se encuentra frente a circunstancias que pueden ser establecidas, interpretadas o valoradas solamente recurriendo a nociones que pertenecen a estos ámbitos del saber —es decir, que son "científicas" en el sentido más obvio y más tradicional del término— renuncia a utilizar su propia "ciencia privada", que casi siempre no incluye una preparación científica adecuada, y se sirve de expertos y consultores para adquirir las nociones técnico-científicas que le sirven para emitir la decisión. El discurso no puede sin embargo detenerse aquí, dado que en la cultura actual el ámbito de las ciencias incluye tam-

bién numerosas ciencias que se pueden definir como *soft*, "humanas" o "sociales" para distinguirlas de las ciencias "duras" o "no-humanas", como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología y también la historia, la estética, la crítica literaria, la ciencia de las religiones y la etnología (y otras que se pueden agregar). En estos casos un aspecto relevante del problema es que se trata de áreas del saber relativas a hechos humanos y sociales que tradicionalmente, y por siglos, han formado parte simplemente del sentido común y no eran consideradas como "científicas"; ahora, por el contrario, estas áreas del saber se afirman como "ciencias" y pretenden una dignidad y una atendibilidad no inferiores a las de las ciencias "duras". El otro aspecto, más específico pero no menos relevante en este tema, es que son particularmente numerosas las situaciones procesales en las cuales una u otra de estas áreas del saber son necesarias, o al menos útiles, para una averiguación correcta de los hechos de la causa. Basta pensar en controversias relativas a menores de edad en el ámbito de la familia o en la determinación de la capacidad de entender o de querer del imputado en el proceso penal, para tener algunos de los muchísimos ejemplos de casos en los que una ciencia social —la psicología— es relevante para la averiguación, la interpretación y la valoración de los hechos de la causa. Otros numerosos ejemplos pueden referirse a la determinación y valoración de hechos económicos, como el valor de una prestación contractual o el importe de un daño sobre una cosa o hacia una persona. En esta perspectiva el problema principal recae sobre el juez, al menos en los sistemas —como los del *civil law*— en los que corresponde justamente al juzgador tomar la decisión relativa a si es necesario adquirir nociones científicas a través de las modalidades procesales previstas por la ley, o bien si el juez mismo entiende que es capaz de averiguar y valorar los hechos sin recurrir al auxilio de un experto. De esta suerte de "autocrítica cultural" del juez derivan muchas consecuencias relevantes, tanto sobre la marcha del proceso (que puede incluir o no el recurso a la consulta técnica), como sobre la naturaleza de la decisión final, que podrá estar fundada sobre datos científicamente apreciables, o por el contrario sobre el conocimiento modesto que el juez pueda tener, a partir del sentido común y de la cultura media, de las nociones necesarias para decidir. Las cosas son distintas, desde el punto de vista procesal, en los ordenamientos de *common law*, donde son principalmente las partes las que deciden si se sirven de la ayuda de expertos, y estos expertos son tratados para todos los efectos como si fueran "testimonios de parte".

En todo caso, la tendencia prevalente parece ser todavía en el sentido de infravalorar la aportación que las ciencias sociales pueden ofrecer para la correcta averiguación de los hechos en el proceso: a veces se recurre a expertos en las áreas de la psicología y del psicoanálisis, de la economía y de las otras ciencias sociales, pero esto no sucede con mucha frecuencia, y desde luego no en todos los casos en los que sería necesario y oportuno.

Muchos jueces están todavía ligados a la concepción tradicional según la cual solamente cuando entra en juego una ciencia "dura" se vuelve indispensable la ayuda de un experto, mientras que las ciencias sociales pertenecerían a la cultura media, y por tanto entrarían en el normal bagaje de conocimientos del juez. Es claro que esta concepción es infundada, y se vuelve menos aceptable cada vez que nuevas áreas del saber adquieren el estatuto de ciencias; sin embargo, la cultura media de los jueces no evoluciona con la misma rapidez y en la misma dirección en que evoluciona el conocimiento científico, lo que explica la permanencia —en la cultura jurídica— de la concepción tradicional y restrictiva de la ciencia. Es evidente que también están sujetos a evolución los paradigmas tradicionales de la ciencia, dado que las ciencias humanas adoptan métodos, sistemas de análisis y de control y grados de atendibilidad de los conocimientos que no solamente son distintos de los de las ciencias "no-humanas", sino que también son profundamente diferentes entre ellos. Por decirlo así, el viejo mito simplista y unitario de la ciencia debe ser adaptado a estas nuevas realidades que —sí bien de forma lenta y fatigosa— ya están encontrando la ruta de los tribunales.

El segundo aspecto problemático que se refiere al empleo de conocimientos científicos en el proceso tiene que ver con la distinción entre ciencia "buena" y ciencia "mala" o *junk science*. La historia y la práctica del uso probatorio de la ciencia en el proceso están llenas de ejemplos en los que la pretendida ciencia adquirida en el juicio no es atendible, no tiene fundamento y credibilidad, y por tanto —en sustancia— no es "buena ciencia". Se trata de casos en los que las informaciones científicas no son correctas, son incompletas, no verificadas, no compartidas, o bien han sido manipuladas, referidas erróneamente, o bien —incluso— no son propiamente relevantes respecto a los hechos específicos del caso concreto. Por otra parte, existen varias pseudo-ciencias, es decir, áreas en las que se pretende que existan conocimientos generados sobre bases científicas, pero en las que estas bases no existen: se puede pensar, por ejemplo, en la grafología, en las distintas máquinas o sueros de la verdad, y en todo lo que se parece también a la "ciencia" de las huellas digitales, como por ejemplo la astrología o —en Italia— la lectura del fondo del café o —en Inglaterra— la lectura de las hojas de té.

El hecho de que este problema ha tomado gran relevancia está demostrado no solamente por la actualmente rica y amplia literatura que en varios países se refiere al tema de las pruebas científicas, sino también por la circunstancia de que los tribunales se ocupan hoy en día con una cierta frecuencia de problemas referidos a la científicidad de las nociones que en el proceso se utilizan como prueba de los hechos. El caso más famoso en este sentido es la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, emitida en 1993 en el caso *Daubert*, en la cual el juez Blackmun indicó los requisitos de científicidad de las nociones que pueden ser utilizadas como prueba. Se trata: a) de la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se fun-

da la prueba; b) de la determinación del porcentaje de error relativo a la técnica empleada; c) de la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; d) de la existencia de un consenso general de la comunidad científica de referencia. Se requiere además que la prueba científica sea directamente relevante (*fit*) respecto a los hechos que deben ser determinados en el caso concreto. La decisión del caso *Daubert* ha suscitado muchas discusiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sucesiva, que no es el caso examinar aquí de modo detallado. Lo que importa subrayar es que esa decisión es un importante punto de surgimiento del problema de la calidad de la ciencia que se utiliza en el proceso: los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que se presente en el juicio como "científica", y deben asumir el problema de verificar la validez y la atendibilidad de las informaciones que pretenden tener dignidad científica, y que están destinadas a constituir la base de la decisión sobre los hechos. Los estándares de científicidad definidos en *Daubert* pueden también ser compartidos o ser entendidos como muy restrictivos o muy genéricos: pero queda presente el problema constituido por la necesidad de que los jueces verifiquen con el máximo cuidado la calidad de la ciencia que adoptan.

1.2. Qué verdad procesal

Un problema ulterior se refiere a la verdad de los hechos, en el proceso y en las ciencias. En el proceso el problema de la verdad presenta al menos dos aspectos relevantes, que son: si el proceso puede o debe estar orientado hacia la investigación de la verdad, y, en caso afirmativo, de qué tipo de verdad se trata

El primero de estos aspectos se toma en consideración porque en el panorama filosófico y filosófico-jurídico actual existen varias orientaciones según las cuales el problema de la averiguación de la verdad es considerado como un sin sentido. Desde Rorty hasta las demás filosofías posmodernas, pero también en el ámbito de varios filones irracionistas más tradicionales, son muchas las teorías filosóficas que llevan a excluir la posibilidad de un conocimiento verídico de la realidad. También varias teorías idealistas o "coherentistas" de la verdad terminan sugiriendo que el conocimiento no tiene que ver con la realidad de los eventos concretos, de manera que no se puede hablar de hechos empíricos, sino solamente de entidades lingüísticas y de sus relaciones en el ámbito de contextos "narrativos". Teorías narrativistas han sido también propuestas con referencia al proceso judicial, con la consecuencia de excluir que pueda estar orientado hacia la determinación de la verdad de los hechos.

Desde una perspectiva distinta, las teorías según las cuales el proceso no sería más que un método para la resolución de las controversias pueden inducir a entender que la verdad de los hechos no es un objetivo del proceso, e incluso que puede ser contraproducente si impone el descubrimiento de he-

chos que las partes no quieren revelar o si requiere un gasto de tiempo y de dinero que se podría evitar: después de todo, una decisión puede ser eficaz, en el sentido de poner fin a la controversia, incluso si no está fundada en la determinación verídica de los hechos de la causa. Estas teorías son criticables desde varios puntos de vista, y por tanto no constituyen un punto válido de referencia. Por el contrario, es posible sostener que el proceso está desde luego orientado a la resolución de las controversias, pero los principios de legalidad y de justicia que rigen en los ordenamientos procesales evolucionados exigen que las controversias se resuelvan con decisiones "justas". Una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea. Argumentando de esta manera, en el ámbito de la concepción legal-racional de la justicia a la que se ha hecho referencia al principio, se puede concluir que el proceso debe estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en la mayor medida posible con la realidad de los hechos. En un sentido, entonces, el proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el que se recogen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones de hecho. Desde este punto de vista no existen, contrariamente a lo que se suele creer, diferencias relevantes entre el proceso civil y el penal: también en el proceso civil, de hecho, la decisión es justa solamente si está fundada en una determinación correcta y verídica de los hechos de la causa.

Por lo que hace al segundo aspecto del problema de la verdad procesal, se puede subrayar sintéticamente que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas de ningún tipo, sino sólo verdades relativas. Mientras que por un lado la definición tarskiana del concepto de verdad vale también en el contexto del proceso, por otro lado hay que destacar que la verdad procesal es esencialmente relativa porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. A propósito vale también la afirmación según la cual en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hechos. La circunstancia de que no se hable de verdades absolutas, y que la verdad procesal sea "relativa a las pruebas", no pudiendo fundarse más que en ellas, induce a formular el problema de la decisión sobre los hechos no en términos de certeza sino en términos de probabilidad. Esto sugiere una cuestión ulterior, ya que el concepto de probabilidad no es unívoco, y por tanto habría que establecer "qué probabilidades" entran en juego en el contexto

procesal. En otros términos, y como se verá mejor enseguida, el problema de la verdad procesal puede ser correctamente reformulado en términos de grados de confirmación probabilista que las pruebas pueden ofrecer a los enunciados sobre los hechos.

Desde la vertiente de la ciencia vale la pena subrayar sintéticamente que no existe, y quizá no ha existido nunca, una concepción clara, homogénea, unitaria y absoluta, de la "verdad científica". Por un lado, de hecho, sucede casi siempre que leyes y enunciados científicos son formulados en términos de probabilidad en vez de en términos absolutos. Además, desde hace tiempo la epistemología ha aclarado que la ciencia no alcanza nunca resultados en verdad definitivos, y las enunciaciones científicas están sujetas siempre a cambios, evoluciones o —popperianamente— a falsificaciones. Por otro lado, la pluralidad de las ciencias genera que en cada una se estudien y analicen eventos y condiciones diversos, que se empleen metodologías distintas de investigación y de demostración, y que en consecuencia se entiendan apropiados o aceptables —según el contexto en el que se encuentran— varios niveles de confirmación de las conclusiones que se formulan en los distintos sectores del conocimiento. También los criterios de control de la atendibilidad de estas conclusiones son distintos, de forma que se puede decir que existen diversas concepciones de la verdad científica. Esta variedad se vuelve incluso mayor si—como ya se ha dicho— junto a las tradicionales ciencias "duras" se toman en consideración las ciencias humanas o sociales. En muchas de estas ciencias, como por ejemplo en la psiquiatría, la economía o la sociología, los "hechos" son concebidos y definidos de manera completamente distinta de como pueden ser concebidos o definidos los "hechos" de los que se ocupa un físico o un químico.

Finalmente, debe también considerarse que en contextos diversos pueden ser diferentes los niveles de confirmación de las informaciones ofrecidas por una ciencia. Por ejemplo, frecuencias estadísticas poco elevadas, como las que a menudo resultan de los estudios epidemiológicos, pueden ser suficientes para establecer conexiones simples entre eventos, o para establecer una relación de "causalidad general" entre eventos en función de la cual, por ejemplo, se puede determinar que la exposición a un material dañino es capaz de provocar un aumento en la frecuencia de una determinada enfermedad dentro de una población de referencia. Si el contexto en el que nos encontramos es el de quien debe planificar el funcionamiento de una industria o de un hospital, o de quien debe realizar tareas de prevención respecto a esa enfermedad, entonces estadísticas caracterizadas por frecuencias bajas sobre la conexión entre eventos pueden ser suficientes para justificar algún tipo de decisiones. Puede sin embargo suceder que este nivel de información científica no sea suficiente para justificar las conclusiones que deben ser formuladas en un proceso relativo a circunstancias particulares y específicas.

2. LA VALORACION DE LAS PRUEBAS CIENTIFICAS

Un aspecto importante del problema referido al uso de la ciencia en el proceso es que la ciencia normalmente representa una fuente de conocimiento y de valoración de los hechos de la causa: por esta razón se suele hablar comúnmente de *prueba científica* o de *scientific evidence*. Desde esta perspectiva surgen diversos problemas, como el de las modalidades con las que la ciencia es adquirida en el proceso a través de la colaboración de expertos, que requieren un análisis articulado también de carácter comparado: este análisis sería muy interesante pero no se puede desarrollar en este momento. El problema que se debe enfrentar se refiere por el contrario a la *valoración* de las pruebas científicas por parte del juez, y a las condiciones bajo las cuales, sobre la base de esas pruebas, puede concluir en el sentido de considerar como “verdadero” un hecho de la causa. Es necesario, sin embargo, destacar que no existen reglas específicas atinentes a la valoración de las pruebas científicas; más bien, por lo que aquí interesa, las pruebas científicas no son distintas de las demás pruebas, y pueden también combinarse con las pruebas “ordinarias” —es decir, no científicas— para aportar la confirmación de la veracidad de un enunciado de hecho.

Enfrentando el tema de la valoración de las pruebas, científicas y no científicas, la premisa de la que hay que partir es que —salvo limitadas excepciones todavía presentes en algunos ordenamientos procesales— el sistema de la *prueba legal* que ha existido por siglos en los ordenamientos de Europa continental se ha desplomado desde hace tiempo, a finales del siglo XVIII, y ha sido sustituido por el *principio de la libre convicción* del juez. Según este principio, el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente las pruebas, de establecer su credibilidad y de derivar de ellas conclusiones en torno a la verdad o la falsedad de los enunciados relativos a los hechos controvertidos de la causa. Mientras que, sin embargo, es claro el significado negativo del principio de la libre convicción, o sea la eliminación de las reglas de la prueba legal, no es para nada claro cuál sea su significado *positivo*. No faltan, de hecho, versiones de este principio según las cuales se haría depender la decisión sobre los hechos de la *intime conviction* del juez, es decir de un convencimiento interior, subjetivo, personal e impenetrable, del juez en torno al valor de la prueba y a la verdad de los hechos. En conexión con teorías irracionales de la decisión judicial, y también con filosofías de varias formas antirracionales, se tiende a interpretar el convencimiento discrecional del juez como un poder absoluto para establecer arbitrariamente, y de modo incognoscible e incontrolable, una “certeza moral” sobre los hechos. A estas tendencias le son naturalmente coherentes varias concepciones de las pruebas judiciales según las cuales no serían más que instrumentos retóricos de los que los abogados se sirven para influenciar la formación del convencimiento del juez; son también coherentes con estas tendencias las concepciones según las

cuales el proceso no está ni debería estar orientado hacia la investigación de la verdad.

Es evidente que si se siguieran estas tendencias el problema del uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad judicial sobre los hechos ni siquiera surgiría, y no habría que continuar con el discurso. La ciencia, de hecho, no sería sino un ingrediente más dentro de los mecanismos subjetivos a través de los cuales el juez íntima e inconscientemente elabora su persuasión sobre los hechos. En el mejor de los casos la ciencia podría ser utilizada *retóricamente*, es decir, como instrumento para influenciar al juez aprovechando el mito de la certeza y de la verdad que está conectado con las concepciones tradicionales, groseras y acriticas, de la ciencia.

Por el contrario, como se dijo al principio, la concepción que parece por muchas razones preferible es la que entiende al proceso como un método para el descubrimiento de la verdad posible en torno a los hechos de la causa. Correlativamente, la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento *epistémico*, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos. En consecuencia, también de la ciencia se hace un uso epistémico, en el sentido de que las pruebas científicas están dirigidas a aportar al juez elementos de conocimiento de los hechos que se sustraen a la ciencia común de que dispone. Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón. Por lo demás, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones, y elabora argumentos lógicamente válidos para sostener su decisión en hechos.

El paso sucesivo a través de la perspectiva racionalista consiste en enfrentar la cuestión de si existen o no criterios a los que el juez debería atender al valorar discrecionalmente las pruebas de que dispone, y para establecer cuándo ha sido o no ha sido conseguida la prueba de un determinado hecho. Criterios de este tipo en realidad existen, y están indicados como reglas a las que el juez debería atenderse al formular su valoración final sobre los hechos de la causa. El problema es, sin embargo, complejo porque la tendencia que actualmente prevalece es la que lleva a formular criterios distintos en el proceso civil y en el proceso penal: en el proceso civil el criterio es el de la *probabilidad prevalente*, o sea de lo *más probable que no* o de la *preponderance of evidence*. En el proceso penal, por el contrario, el criterio típico es el de la *prueba más allá de toda duda razonable* o *proof beyond any reaso-*

nable doubt. Estos criterios son notablemente distintos, y por tanto es oportuno analizarlos separadamente.

2.1. La probabilidad prevalente

En ocasiones el estándar prevalente emerge en el nivel normativo: es el caso, por ejemplo, de la Rule 401 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses que establece, definiendo la relevancia de las pruebas, que una prueba es relevante si tiene "...any tendency to make the existence of any fact....more probable or less probable". En muchos ordenamientos la regla de "más probable que no" no se encuentra prevista en ninguna regla particular, pero se afirma como criterio *racional* para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa. En otros términos, se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.

El estándar de la probabilidad prevalente se funda en algunas premisas principales: a) que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; b) que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; c) que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; d) que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.

Por lo que hace a la primera premisa: el problema del juicio de hecho puede y debe formularse como el problema de la elección de una hipótesis entre diferentes alternativas posibles. En otros términos, lo que el juez debe hacer es resolver la incerteza que *ab initio* caracteriza los enunciados en torno a los hechos singulares de la causa: cada enunciado hipotético puede ser verdadero o falso y, por si fuera poco, el propio hecho puede enunciarse de diferentes maneras, porque —como dice Susan Haak— de cada hecho pueden darse una infinidad de descripciones verdaderas (y por lo tanto también de descripciones falsas). Las pruebas sirven al juez como elementos de conocimiento en función de los cuales determina cuál entre las diferentes hipótesis posibles relativas a cada caso debe elegirse como verdadera y, por lo tanto, como base racional para la decisión final que resuelve la incerteza entre verdad y falsedad de cada enunciado de hecho.

Por lo que hace a la segunda premisa: se trata de aplicar a cada elección particular del juez la orientación antes señalada que embona con la utilización

de esquemas racionales de razonamiento y no con el uso de la persuasión "íntima" del propio juez.

Por lo que se refiere a la tercera premisa: se puede hablar de verdad en el proceso sólo en un sentido relativo y contextualizando el juicio relacionado con las pruebas adquiridas, según el principio que establece que puede considerarse verdadero solamente aquello que ha sido probado, siempre y cuando —y en la medida en la que— las pruebas confirmen la hipótesis que el juez asume como verdadera.

La cuarta premisa exige que asumamos una perspectiva metodológica precisa en torno al concepto de probabilidad, aun cuando no implica —per sé— la adopción de una teoría particular entre las diversas teorías de la probabilidad. Sin embargo, implica que no se hable genéricamente de probabilidad para indicar indistintamente todas las situaciones en las que no es posible hablar de certeza o de verdad absolutas, y que se adopte —como ya lo sabían Bacon y Pascal y como es evidente para cualquier concepción no *naïve* de la probabilidad— una definición de probabilidad como concepto "de grado" que permita identificar probabilidades "bajas", "medias" o "elevadas" dependiendo de las diferentes situaciones y de qué tanto los enunciados pueden ser atendidos a partir de la información disponible.

El estándar de la probabilidad prevalente nos otorga el criterio de decisión racional para la elección del juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a determinar cual es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional. Este puede articularse en algunas reglas más específicas.

En términos generales el criterio de la probabilidad prevalente implica que entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. Así, por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40%, del 55% y del 75%, se impone la elección a favor de la hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75%, por la obvia razón de que sería irracional elegir como "verdadera" una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación. En el caso en el que solamente exista una hipótesis relacionada con un hecho, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como "más probable que no". Esta regla se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o como falso dependiendo de las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias: por ejemplo, si la hipótesis relativa a la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho es, por lo tanto, "más probable que no" y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis "más probable que no" es la nega-

tiva, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso, el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó “menos probable” que la negativa.

A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40%, y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del “más probable que no” nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente.

Surge de esta manera un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”. Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación *positiva* prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%. Naturalmente, la hipótesis con probabilidad positiva prevalente es preferible a todas las hipótesis en las que prevalece la probabilidad negativa. En otros términos, el juez puede asumir como “verdadera”, por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor.

A este respecto es útil hacer una precisión. Cuando se elaboran ejemplos sobre las diferentes situaciones posibles es factible utilizar cifras porcentuales, aunque en muchos casos también se utilizan números decimales¹. Esto se debe a razones de claridad expositiva, porque —quizá en honor a un síndrome que nos dice que sólo existe lo que podemos contar— nos parece más fácil comparar números que colores² o sonidos. Pero esto no implica una adhesión a las diversas teorías de la probabilidad cuantitativa o estadística que suelen utilizarse para dar una versión formalizable o “calculable” de la valoración probatoria. Es

más, es posible demostrar que estas versiones del razonamiento probatorio son infundadas, porque no corresponden a las condiciones reales en las que el juez valora las pruebas o que solamente sirven en los raros casos en los que la ciencia aporta frecuencias estadísticas que permiten inferencias significativas sobre los hechos de un caso particular. En cambio, refiriéndonos a la probabilidad como *grado de confirmación lógica* que un enunciado recibe de las pruebas disponibles, es posible adoptar una concepción “baconiana” de la probabilidad que resulta de las inferencias que el juez formula a partir de las informaciones que las pruebas le aportan para establecer conclusiones sobre la veracidad de los enunciados en torno a los hechos. En sustancia, entonces, es lícito utilizar indicaciones numéricas, pero siempre y cuando quede claro que son formas para expresar diferentes grados de confirmación probatoria, pero no implican alguna cuantificación numérica de estos grados y, sobre todo, que no pueden ser objeto de cálculo según las reglas de la probabilidad cuantitativa.

2.2. Racionalidad de la probabilidad prevalente

El estándar de las probabilidades prevalentes puede considerarse una definición funcional del concepto de “verdad judicial” referida al proceso civil. Si, como se ha sostenido, la verdad procesal de un enunciado de hecho está determinada por las pruebas que lo confirman (puede considerarse como “verdadero” lo que está probado); y si está probado el enunciado fundado en un grado prevalente de probabilidad lógica; entonces puede considerarse verdadero el enunciado que es más probable sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

Esta definición es aplicable en todos los casos en los que nos referimos a la confirmación de la verdad o a la prueba de los hechos en el ámbito de la justicia civil. Por ejemplo, si se considera que el libre convencimiento del juez se orienta hacia la investigación de la verdad sobre los hechos, el criterio del “más probable que no”, con todas sus implicaciones, es la regla que el juez deberá seguir cuando tome sus decisiones en el marco de la discrecionalidad que ese principio le confiere.

Además, el estándar de la probabilidad prevalente no solamente es un criterio de racionalidad de la valoración judicial de las pruebas. También es el objeto de una elección de *policy* que es compartida por la mayor parte de los ordenamientos procesales civiles. De hecho, por un lado, como hemos visto, durante siglos una *policy* diferente había llevado a preferir el sistema de la prueba legal sobre el sistema de la libre convicción y siempre es posible elegir las reglas de la prueba legal (de hecho las reglas de este tipo no faltan en ciertos ordenamientos, como el italiano). Por otro lado, es posible que el legislador establezca ciertos estándares legales diferentes al de la probabilidad prevalente. En algunos casos, por ejemplo, la ley contempla que una *semiplena probatio* (es decir, una hipótesis de hecho con un

¹ Si, como sucede con frecuencia, se considera que la probabilidad se refiere a grados intermedios entre 0 y 1, entonces se expresa con números decimales como 0,40, 0,55, 0,75, y así sucesivamente

² Por ejemplo, se podría utilizar un criterio “azul prevalente” o uno del “azul que no” adoptando la gama de colores desde el casi blanco hasta el azul intenso que utilizó Gaudí en el pozo de luz de la Casa Batlló de Barcelona

grado de confirmación inferior al “mínimo necesario” que indicamos anteriormente), sea suficiente para justificar algunas decisiones particulares del juez, como por ejemplo, las decisiones que originan medidas cautelares. En otros casos, en cambio, el legislador puede considerar oportuno adoptar estándares que contemplan grados de confirmación probatoria más elevados que el que ofrece la probabilidad prevalente. Como veremos, esto sucede en el proceso penal. En el proceso civil puede suceder que se exijan grados de probabilidad particularmente elevados, como sucede por ejemplo, según una interpretación ampliamente difundida, a propósito del § 286 de la *Zivilprozessordnung* alemana, cuando se exige que la hipótesis sobre el hecho deba confirmarse con un “alto grado” de probabilidad.

La elección de adoptar el criterio de la probabilidad prevalente sigue pareciendo racional desde otro punto de vista. Es bien sabido que en el proceso civil las partes tienen tanto el *derecho a la prueba*, en cuanto manifestación esencial de las garantías de la acción y de la defensa en juicio, como la *carga de la prueba*, que nos dice que el que afirma la existencia de un hecho debe demostrarlo mediante pruebas, si no quiere perder. Se trata en realidad de las dos caras de una misma moneda, en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la *posibilidad* de satisfacer la carga de la prueba, o sea de allegarse de todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas tiene la carga de probar. Pues bien: si nos encontramos ante un ordenamiento en el que valen las reglas del derecho a la prueba y de la carga de la prueba, y tiene vigor el principio de libre convencimiento del juez, el estándar de la probabilidad lógica prevalente no solamente aparece como el criterio más racional, sino también como el criterio *más justo* en términos de elección de *policy*. Por un lado, de hecho, este criterio da contenido al derecho a la prueba, porque indica que las partes tienen el derecho de allegarse de todos los medios de prueba permitidos por la ley para otorgarle un grado de probabilidad prevalente a los enunciados de hecho en base a los cuales fundamentan sus pretensiones. Por otro lado, implica que la carga de la prueba se satisface cuando la parte que debe demostrar un hecho determinado logra demostrar que el enunciado relativo recibe de las pruebas un alto grado de probabilidad prevalente por lo que puede considerarse jurídicamente “verdadero”. En sustancia, se necesita que la parte que tiene la carga relativa demuestre la verdad de los hechos que ha argumentado como fundamento de su derecho y, por lo mismo, que pruebe que sus enunciados se encuentran debidamente fundados siguiendo la regla del “más probable que no”. Además esta regla permite que las partes demuestren lo fundado de sus alegatos según criterios racionales pero sin que esta demostración sea excesivamente difícil. Si se adoptaran estándares de prueba demasiado elevados (que hicieran demasiado difícil, o casi imposible, la demostración probatoria de los hechos que las partes alegan como fundamento de sus derechos) la garantía de la tutela en juicio de los derechos sería sustancialmente negada.

Desde esta perspectiva puede surgir una tensión, sino es que una verdadera y propia contradicción, entre diversos aspectos del estándar de decisión sobre los hechos. Por un lado, el estándar de la probabilidad prevalente es racional no solamente porque es más razonable elegir como “verdadera” la hipótesis más probable en lugar de la hipótesis menos probable, sino también porque, ubicando en el 50% el nivel de probabilidad que debe superarse para probar un hecho, existe la tendencia a producir una distribución causal de los errores en un número elevado de decisiones, sin que los errores se concentren sistemáticamente en perjuicio o a favor de una parte en lugar de la otra. Por otro lado, un estándar tan poco elevado —aunque sea en sí mismo racional— admite que exista una proporción de casos relativamente elevada en los que la probabilidad de que un hecho que sirve de fundamento para una decisión no sea verdadero es inferior a la probabilidad de que sí sea verdadero, aunque siga siendo significativa. Si, como hemos visto, con base en las pruebas, una hipótesis de hecho adquiere un grado de probabilidad del 75%, ello constituye una razón válida para asumir esta hipótesis como confirmada; sin embargo, sigue existiendo una probabilidad de error del 25%. El problema es particularmente evidente si se considera el caso límite en el que la probabilidad positiva es del 51%, mientras que la negativa (la probabilidad de error) es del 49%. En este caso el problema se expresa como la cantidad de errores que estamos dispuestos a tolerar en un determinado sistema, ante la exigencia contraria —afirmada anteriormente— de no elevar excesivamente los estándares de prueba de los hechos para no hacer demasiado difícil o imposible la tutela de los derechos. Sin embargo, no podemos excluir *a priori* la eventualidad de que también en el proceso civil se exijan, como en la experiencia alemana, estándares de prueba más elevados que la probabilidad prevalente.

Para desdramatizar el problema podemos considerar que, aun cuando se utilicen números para expresar los diferentes grados de prueba, el estándar de la prueba prevalente sigue siendo un concepto altamente indeterminado y, por lo mismo, debe aplicarse con prudencia y elasticidad, siguiendo los métodos de la *fuzzy logic* en lugar de cuantificaciones analíticas precisas, que serían altamente arbitrarias. En este sentido, es posible afirmar que el juez realizará una aplicación correcta de este estándar solamente cuando sea verdaderamente cierto que la probabilidad de un enunciado es prevalente sobre la probabilidad de su falsedad o sea que, también en la hipótesis peor, el estándar será seguramente superado. Esto nos puede llevar a excluir que subsista el requisito de la probabilidad prevalente cuando la probabilidad de la hipótesis se ubica dentro de un *range* que incluye el 50% y se coloca “alrededor” de dicho valor (como sería, por ejemplo, una probabilidad individualizada en un intervalo entre el 40% y el 60%), porque ello implicaría la eventualidad de un grado de probabilidad inferior al mínimo necesario. Por ello es necesario que también el umbral mínimo del *range* de probabilidad de la hipótesis se coloque claramen-

te por encima del 50%. Así las cosas una situación verdaderamente clara sólo se tiene con valores de probabilidad que oscilan entre el 55-60% y valores superiores, con grado medio del *range* de alrededor del 70%.

3. LA PRUEBA MAS ALLA DE CUALQUIER DUDA RAZONABLE

Como ya se ha señalado, el estándar de prueba que es típico del proceso penal (y que no se adopta en ningún tipo de proceso civil) es el de la *prueba más allá de toda duda razonable*. Este tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y posteriormente se reafirma repetidamente hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal estadounidense (aunque también existen fuertes tendencias hacia la aplicación de este mismo criterio en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Italia).

A pesar de la existencia de una amplísima literatura sobre el mismo, que no podemos estudiar analíticamente por razones de espacio, se trata de un estándar que adoptado por razones absolutamente válidas, pero que es muy difícil —sino es que imposible— definir analíticamente.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es esencialmente de naturaleza *ética* o *ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado —y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy* lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda), que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.

En cambio, son menos relevantes, o no convincentes, otras justificaciones que frecuentemente se adoptan para sostener la adopción del estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Así, por ejemplo, no parece que la demostración de la nece-

sidad de utilizar este estándar provenga de la presunción de no culpabilidad del imputado, que existe en muchos ordenamientos (por ejemplo en Italia está contemplada en el artículo 27, párrafo 2 de la Constitución). Para superar esta presunción, como para superar todas las presunciones, no es necesario un grado particularmente elevado de prueba "en contrario" (probar la culpabilidad del imputado): de hecho, en ausencia de diversos criterios formulados por normas (o que pueden recabarse de normas) sería posible superar la presunción con una prueba ordinaria de culpabilidad, o sea con la probabilidad prevalente del enunciado correspondiente. Por otro lado, la formulación, también en el nivel constitucional, de la presunción de no culpabilidad se explica por razones histórico políticas: por la reacción a regímenes totalitarios en los que correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia, y no por razones lógicas o sistémicas. Naturalmente esto sólo significa que el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable no es una consecuencia lógico-jurídica necesaria para la presunción de no culpabilidad, pero no demuestra que la adopción de dicho estándar sea injustificada. Por el contrario: es la adopción del estándar lo que le da una fuerza particular y un valor a la presunción de no culpabilidad, en la medida en la que el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable implica que es particularmente difícil vencer la presunción y condenar al imputado.

Aunque parece que no existen dudas sobre la existencia de razones de principio válidas para adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, surgen dificultades relevantes cuando tratamos de definir analíticamente su significado. De hecho, por un lado, todas las formulaciones que han sido propuestas para definir con precisión cuándo una duda sobre la culpabilidad del imputado es "razonable" o "no razonable" se resuelven en tautologías o círculos viciosos, que en ocasiones rayan en lo ridículo o en la insensatez. Por otro lado, son dignos de consideración los intentos para cuantificar en cifras porcentuales el grado de prueba que correspondería al estándar en cuestión, o el grado que tocaría a la duda razonable. Estas cuantificaciones se han formulado de manera impropia, partiendo de determinaciones de error tolerable: así, por ejemplo, algunos (Blackstone, en primer lugar y Fortescue, posteriormente) han sostenido que es preferible que 20 culpables sean absueltos antes de que un inocente sea condenado y, con base en esta afirmación, muy difundida, se ha concluido que la prueba más allá de la duda razonable debería superar un grado de confirmación del 95%, con la consecuencia de que la duda, para ser razonable, debería superar una probabilidad del 5%. Pero esta manera de argumentar parece del todo incongruente. Existen varias versiones del margen tolerable de error, cada una de las cuales nos llevaría a cuantificar el estándar de manera diferente: Voltaire, por ejemplo, sostenía que era mejor absolver a dos culpables que condenar a un inocente (de modo que, para él, el estándar de prueba se colocaría alrededor de los 2/3), mientras que Mosé

Maimonide pensaba que sería mejor absolver a mil culpables que condenar a un inocente (y, por lo mismo, en este caso, el margen de duda tolerable sería sólo de 1/1.000). Por otro lado, parece poco sensato razonar en términos de margen de error en situaciones en las que el error no es verificable por la evidente razón de que no es posible saber si fue condenado un inocente o si fue absuelto un culpable, ni se puede saber cuántos inocentes han sido condenados o cuántos culpables han sido absueltos por cada 100 o 1.000 sentencias de condena o de absolución. La única cosa válida en esta clase de argumentos es su *Leitmotiv* fundamental, o sea la opción moral que se inclina por sistemas penales en los que se reduzca al mínimo la eventualidad de que se condene a un inocente, aun a costa de incrementar sustancialmente el número de los casos en los que se absuelven imputados culpables.

No siendo posible, al menos por lo que parece, aportar una definición analítica precisa de qué cosa es una "duda razonable" o una "prueba más allá de cualquier duda razonable", las únicas conclusiones racionales parecen ser: abandonarla para sustituirla con otros criterios equivalentes, como el de la "certeza", de la "casi certeza" o de la alta o altísima probabilidad (como ha sucedido en algunos ordenamientos de *common law*); o, más oportunamente, reconocer que se trata de un *concepto indeterminado*, que expresa un principio general que debe ser caracterizado por el juez en cada caso particular. En otros términos, no es con la lógica del cálculo de probabilidad estadística con la que podemos conseguir una determinación precisa del criterio, y no es con dicha lógica con la que podemos decidir en los casos individuales y concretos si las pruebas permiten o no permiten superar el límite mínimo exigido para emitir una sentencia de condena. Más bien, parece más razonable recurrir, también en estos casos, a la *fuzzy logic*, que permite formular argumentaciones racionales en torno a conceptos vagos como el concepto de "duda razonable". En ello no hay nada de extraño o de sorprendente: el derecho, y también el derecho penal, es riquísimo en conceptos vagos o indeterminados que no pierden por ello su valor de garantía o la posibilidad de su aplicación concreta por parte de los jueces al decidir (como, por ejemplo, también sucede con las normas constitucionales y con las cláusulas generales).

En sustancia, sigue siendo verdadero que la adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza.

Naturalmente la adopción del criterio en cuestión hace particularmente difícil, en los casos concretos, probar la culpabilidad suficiente que justifique la condena del imputado. A su vez, este aspecto se vincula con elecciones fundamentales de *policy* de la justicia penal: si partimos de la premisa de que,

como sea, debemos minimizar la frecuencia de las condenas (cualquiera que sea la razón por la que se lleva a cabo esta elección), sin importar si las absoluciones corresponden a sujetos inocentes o culpables, el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable se convierte en el instrumento más razonable para alcanzar este resultado.

4. ESTANDARES DE PRUEBA Y CONOCIMIENTO CIENTIFICO

Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen. Así, como se ha dicho anteriormente, es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia del que se trata, cuál es el estatus epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de atendibilidad, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hecho sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de atendibilidad de los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares —con toda probabilidad no muy frecuentes— la prueba científica es capaz, *por sí sola*, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso. En consecuencia, debemos admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas "ordinarias", que pueden contribuir a fundar conclusiones válidas sobre el hecho que debe probarse. Así, por ejemplo, es muy posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba —cuando se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interpreta correctamente— alcanza valores de probabilidad del orden del 98-99%. Por el contrario, con frecuencia se utilizan como pruebas datos epidemiológicos que se expresan con frecuencias estadísticas muy bajas, del orden del 1 o 2%: ciertamente, por sí solos, estos datos no son suficientes para demostrar un nexo de causalidad específica entre un hecho ilícito y el daño provocado a un sujeto y es bastante dudoso que puedan dotar a la prueba de un nexo de causalidad general (en casos en los que un nexo de esta naturaleza es objeto de prueba). De esta forma, resulta evidente que, si se quiere alcanzar el estándar de prueba que debemos satisfacer para demostrar el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño causado y para afirmar que el enunciado correspondiente pueda considerarse como "verdadero", estos datos deben integrarse con pruebas de otro género. En sustancia, las pruebas científicas son muy útiles, pero rara-

mente resultan decisivas y suficientes para determinar la decisión sobre los hechos.

Bajo otra perspectiva, resulta relevante la diferencia entre los estándares de prueba que acabamos de discutir. De hecho, parece evidente que en el contexto del proceso civil, en donde el estándar es el de la probabilidad prevalente, es relativamente más fácil satisfacer este estándar con pruebas científicas aunque no cuenten con un nivel de atendibilidad tan elevado como el de la prueba del ADN; también será relativamente más fácil integrar pruebas científicas caracterizadas por grados no elevados de probabilidad con pruebas ordinarias que permitan, sumándose a las pruebas científicas, alcanzar el grado de prueba mínimo necesario del hecho que se debe demostrar. Si, en cambio, nos encontramos en el terreno del proceso penal, en el que debemos satisfacer el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, debemos resignarnos ante el hecho de que sólo en unos pocos casos la prueba científica aporta informaciones con un grado de probabilidad suficientemente alto como para lograr la certeza o la casi-certeza del hecho. Esto puede suceder, por las razones ya señaladas, cuando disponemos de una prueba del ADN que se efectuó correctamente, pero sucede pocas veces en el caso de otras pruebas científicas. Por lo general el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable solamente puede superarse cuando la conexión entre un hecho (causa) y otro hecho (efecto), está "recubierta" por una ley de naturaleza deductiva o, al menos, casi-deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi-certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión. Más allá de las pocas hipótesis en las que el caso particular entra en un modelo nomológico-deductivo específico, es muy probable que las pruebas científicas, incluso si se encuentran —cuando esto es posible— integradas por otras pruebas, puedan aportar elementos para superar el estándar en cuestión. Si, como se ha señalado, tenemos que tratar con datos epidemiológicos que aportan una frecuencia baja de las conexiones entre hechos, será prácticamente imposible otorgarle a la prueba un nexo de causalidad específica, pero también será extremadamente difícil otorgar a la prueba un nexo de causalidad general: de hecho, es difícil hacer una hipótesis en el sentido de que un descarte que va del 1-2% hasta un estándar que alcanza el 95% pueda colmarse recurriendo a otros elementos probatorios. Esto no es

imposible *a priori*, pero establece un límite muy sólido para la utilización de la mayor parte de las pruebas científicas en el ámbito del proceso penal.

Además, una prueba científica que no cuenta con un grado elevado de probabilidad puede ser muy útil en el proceso penal, cuando es favorable a la hipótesis de la inocencia del imputado. Una prueba de este tipo, de hecho, podría ser suficiente para confirmar la existencia de la duda razonable que, aun ante una probabilidad prevalente de culpabilidad, impide imponer una condena al imputado. En el proceso civil, en cambio, una prueba de esta naturaleza que fuera favorable para el demandado, con tendencia a confirmar la falsedad del hecho sostenido por el actor, podría no ser suficiente para impedir la derrota del primero si la hipótesis positiva, relativa a la veracidad del hecho argüido por el actor, resulta igualmente la "más probable que no".

Estas consideraciones nos conducen a observar que el recurso a la ciencia puede ser útil tanto en el ámbito del proceso civil como en el ámbito del proceso penal, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas, e incluso provoca una serie de cuestiones y de dificultades que debemos considerar con atención. Como se ha visto, existen muchos elementos de variación, y también de incertidumbre, que tienen una tendencia a entrecruzarse y a sumarse en la realidad concreta del proceso: por un lado la variedad de los estándares a los que se recurre para orientar y controlar la discrecionalidad de juez; por el otro, la presencia de diferentes ciencias que aportan informaciones que tienen diferentes grados de atendibilidad y de utilidad probatoria. Sin embargo, la presencia de estas dificultades no constituye una buena razón ni para abandonar los estándares de prueba con la finalidad de retornar a la *intime conviction* irracional del juez individual, ni para renunciar al uso de la ciencia en el proceso todas las veces que sea posible utilizar datos científicos válidos. Más bien, dichas dificultades nos llevan a la conclusión de que necesitamos modelos conceptuales y lógicos particularmente sofisticados, que deben ser desarrollados por juristas y epistemólogos, para enfrentar de manera adecuada el problema de la decisión sobre los hechos y el problema del uso correcto de la ciencia en los diferentes contextos procesales.

(Traducción de Miguel CARBONELL
y Pedro SALAZAR)

¿‘Freedom of proof’? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita

Marina GASCON ABELLAN

1. LA PRUEBA Y SU INSTITUCIONALIZACION: LA PRESENCIA DE OBJETIVOS NO EPISTEMOLOGICOS EN LA REGULACION DE LA PRUEBA

El término “prueba”, en el contexto jurídico, identifica los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión. Precisamente por eso, frente a la concepción retórica o argumentativa de la prueba, que concibe a ésta como una actividad encaminada a “convencer” al juez de la ocurrencia de los hechos, desde una perspectiva racional la concepción más adecuada (y no por casualidad la más extendida y acorde con las intuiciones de los hablantes) es la cognoscitivista, según la cual la prueba se enciende a conocer o acreditar la verdad de (los enunciados sobre) los hechos litigiosos o controvertidos.

Que la prueba jurídica sea una actividad cognoscitiva significa que se ha de servir de los mismos esquemas y reglas racionales que valen para cualquier otro tipo de actividad que se desarrolle al margen del derecho y que tenga también como objetivo la averiguación de hechos. Esta es la razón por la que comúnmente se resalta la analogía entre la actividad del “juez de los hechos” y la del detective y el historiador: los tres —se dice— se enfrentan al mismo problema, conocer la existencia de hechos que muchas veces ya no se pueden observar ni reproducir, y en la tarea de averiguarlos se habrán de conducir por las mismas reglas¹. Cuáles sean estas reglas ya no es, por tanto, una cuestión interna al derecho, sino que se sitúa más allá del mismo, en la esfera de la racionalidad empírica. Por eso —y siempre desde esta racionalidad común a otros sectores de la experiencia— la actividad probatoria habría de regirse por principios como el de la “apertura” del catálogo de medios de prueba, el carácter ilimitado del *tempus* en que han de ser probados los hechos, la posibilidad de revisar ilimitadamente las tesis fácticas si surgieran nuevas pruebas o informaciones, y en particular por el denominado “principio de inclusión”, en virtud del cual todo lo que tiene utilidad probatoria debe ser admitido como prueba.

Las afirmaciones anteriores, sin embargo, deben ser matizadas, pues si es cierto que el conocimiento

de los hechos que se desarrolla en sede judicial tiene mucho que ver con el del historiador o el del detective, no es exactamente igual. Frente a estos y otros tipos de conocimiento empírico que —con los necesarios matices— pueden ser calificados como “libres” de trabas institucionales, la prueba judicial se caracteriza justamente por su carácter *institucionalizado* o *jurídico*, lo cual se traduce no sólo en que se enmarca en (y sirve para) el contexto jurídico, singularmente el proceso, sino también (y sobre todo) en que por lo común está regulada jurídicamente. Dicho más simplemente, la prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento.

Las reglas jurídicas que gobiernan el fenómeno probatorio son de muy diversos tipos. Por citar sólo algunos: hay normas que excluyen o restringen la admisión de ciertas pruebas en el proceso, impidiendo a las partes utilizar todas las pruebas relevantes de que dispongan; o normas que regulan el modo de formación y control de las pruebas, excluyendo o restringiendo así la posibilidad de usar pruebas formadas a través de procedimientos distintos; o normas de prueba legal, que aún existen en distintos grados en los sistemas de *civil law*, que regulan el valor que ha de darse a una prueba en la decisión, excluyendo o limitando así la valoración discrecional del juez para determinar los hechos. Este catálogo de reglas jurídicas sobre la prueba, aunque escueto, muestra ya un rasgo distintivo de las mismas, y es que, pese a su diversidad, estas reglas desempeñan una función eminentemente restrictiva: limitan o restringen el ámbito de las reglas que rigen en contextos de investigación no jurídicos, por ejemplo en la vida cotidiana u otros campos de la experiencia, y ello aun cuando estas restricciones no siempre aparezcan expresa o directamente formuladas. La particularidad de la prueba judicial frente a otro tipo de averiguación de hechos reside pues en que, en virtud de las normas jurídicas que la regulan, hay informaciones o datos que serían pruebas en otros contextos de investigación pero que no lo son en el proceso.

De todos modos, en el plano de la regulación jurídica de la prueba cabe distinguir al menos dos orientaciones o concepciones²: una “cerrada” y otra “abierta”. La primera, prevalente en los sistemas de *civil law* aunque no exclusiva de ellos, presenta una marcada tendencia a regular todo el fenómeno de las pruebas y a excluir del mismo aquellos aspectos que se sitúen fuera (o más allá) de la regulación. Es

¹ El parangón, en cualquier caso, es excesivamente simplificador, pues sólo desde una visión simplista de las cosas puede decirse que la tarea del historiador se resume en reproducir hechos del pasado individuales e irrepetibles. Con frecuencia, la tarea historiográfica se centra, más que en la reconstrucción de hechos individuales, en su comprensión y explicación. Y además, aun cuando se oriente a reconstruir hechos del pasado, muchas veces lo hace con el objetivo mucho más amplio de resaltar tendencias o “leyes” que den cuenta de las grandes transformaciones y cambios económicos, políticos y sociales.

² Sigo aquí a M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. De J. Ferrer, Madrid, Trotta, 2002, págs. 341 ss.

decir, el sentido de la regulación es principalmente determinar (incluir) lo que puede ser considerado como prueba y, paralelamente, excluir lo que no puede. La prueba jurídica se concibe entonces como un fenómeno independiente y al margen de cualquier otro sector de la experiencia. Esta concepción, de tono marcadamente formalista, es pues refractaria (o se "cierra") al uso de los modelos epistemológicos y reglas racionales provenientes de otros sectores de la experiencia.

La segunda concepción (la "abierta"), prevalente en los sistemas de *common law* aunque no exclusiva de ellos, presenta por el contrario una marcada tendencia a reducir al máximo (y al límite excluir) la regulación jurídica de las pruebas. La regla general es aquí la *freedom of proof*, y por eso el sentido de la regulación es tan sólo el establecimiento de reglas de exclusión cuando existan razones para ello. La prueba se nutre de (o se "abre" a) los modelos epistemológicos y reglas racionales de otros sectores de la experiencia³.

Las dos concepciones mencionadas no sólo representan modelos extremos sino además irrealizables, de modo que los concretos sistemas jurídicos se mueven entre ambas orientaciones, a las que se adscriben en mayor o menor medida. Y es que si parece imposible pensar en un sistema jurídico donde todos los aspectos del fenómeno probatorio estén completamente regulados por el derecho, tampoco parece fácil pensar en un sistema jurídico que encarne de manera absoluta el sistema de la *freedom of proof*, un sistema donde la prueba esté completamente desregulada, entregada por entero a las reglas epistemológicas o a los patrones de la racionalidad empírica. En el contexto jurídico en el que la prueba se desenvuelve (y al que sirve), alguna regulación, aunque sea mínima, parece necesaria; y ello porque existen ciertos valores e intereses a los que el derecho debe brindar protección, y el sentido de la regulación de la prueba es justamente preservarlos, aun a costa, si fuera preciso, de menguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso.

En efecto, aunque algunas de las reglas jurídicas que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse *garantías epistemológicas*⁴, muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo. Estos valores pueden ser de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial:

su finalidad práctica y no teórica. De otro, una serie de valores que podríamos llamar *ideológicos*, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica⁵.

Que el proceso tiene una *finalidad práctica* significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto: el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar. Por eso, para resolver el conflicto, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes institucionales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será *final*, en el sentido de que *pondrá fin al conflicto autorizadamente*. Las reglas de limitación temporal y algunas presunciones (la de "cosa juzgada" y las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre) son ejemplos de estas reglas, que desde luego no contribuyen a (o directamente merman la posibilidad de) que la verdad entre en el proceso⁶.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos tienen que preservar también determinados valores *ideológicos*. Se trata más exactamente de valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales) y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso algunas reglas. La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir, reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Reglas por tanto que, enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores, los hacen preva-

³ El referente fundamental de esta concepción hay que buscarlo en Bentham. Vid. sobre el particular W. Twining, *Theories of Evidence. Bentham and Wigmore*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1985.

⁴ Constituyen ejemplos de las mismas algunas limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, rechazan o minusvaloran pruebas con bajo valor gnoseológico: por ejemplo, el escrito anónimo o el testimonio de referencia; aunque el caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad "torcida".

⁵ He argumentado sobre este rasgo en M. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 2004, capítulo III.

⁶ Esto parece claro en las reglas de *limitación temporal*, cuya razón de ser reside en la necesidad de resolver el conflicto en un plazo no irrazonable de tiempo. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos en que las diferentes tesis facticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles.

Y otro tanto cabe decir de las *presunciones legales*. Las presunciones *iuris tantum* son normas que, para garantizar una decisión probatoria, instauran una "regla de juicio o de decisión" que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos, lo que significa que la conclusión de la presunción no puede ser tratada como una descripción de la realidad. Las presunciones *iuris et de iure*, por su parte, son también normas que, en presencia de determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista. Por eso en este tipo de presunciones, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas.

lecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad⁷. Constituyen ejemplos de estas reglas la prohibición, bajo "secreto de Estado", de usar como pruebas ciertos documentos que podrían afectar a la seguridad del Estado; o las reglas que excluyen o dispensan del deber de declarar por razones de parentesco; o para proteger el secreto de las relaciones abogado/cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos; o la regla que establece la prohibición de admitir y valorar la prueba ilícitamente obtenida.

La vinculación de las reglas sobre la prueba a la protección de valores jurídicos merece dos observaciones.

La primera es que la garantía de valores jurídicos importantes no es sólo el sentido de las reglas jurídicas sobre la prueba, sino que constituye también su *razón justificatoria*. Es obvio, en efecto, que las normas jurídicas que regulan la prueba, al limitar o restringir la esfera de las reglas de racionalidad empírica, pueden menguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad, y en esta medida sólo estarán justificadas cuando vengan exigidas por la necesidad de preservar o garantizar valores o intereses que, en el contexto jurídico, se consideran dignos de protección. Por el contrario, si las reglas sobre la prueba no sirven a ningún valor, o si el valor al que sirven no tiene entidad suficiente, entonces, en la medida en que si interfieren en el esquema de racionalidad empírica propio de la *freedom of proof*, su justificación será débil o nula.

La segunda observación —vinculada a la anterior— es que si una norma sobre la prueba está justificada (porque la restricción que introduce en el sistema de prueba libre es necesaria para proteger algún valor importante en el contexto jurídico), entonces cualquier debilitamiento en la realización de la regla es, desde el punto de vista jurídico (no, desde luego, desde la perspectiva de la racionalidad empírica), censurable.

Que las normas restrictivas que regulan la prueba se orienten a (y se justifiquen en) la preservación de valores jurídicos que se consideran importantes pone de relieve que la regulación del fenómeno probatorio está muy vinculada a la cultura jurídica del sistema de que se trate, y por consiguiente pone de relieve su contingencia y relatividad. Es obvio, pues, que la intensidad y el alcance de la regulación puede variar de sistema en sistema. Sin embargo, precisamente por ese fundamento o vínculo axiológico de las reglas sobre la prueba, cabe observar que los ordenamientos que se inspiran en una misma cultura jurídica, y que por consiguiente auspician y promueven los mismos valores, tienden a reproducir limitaciones y restricciones probatorias semejantes. Esto es lo que sucede particularmente con la regla de exclusión de la prueba ilícita, que está presente en todos los sistemas jurídicos que se insertan en el

constitucionalismo liberal. Vale la pena comentar su fundamento, alcance y excepciones, porque en los últimos años, y a raíz de lo que algunos han denominado proceso de "norteamericanización" de esta regla de exclusión⁸, consistente en la progresiva articulación de excepciones a la misma, se aprecia en este ámbito un repliegue (acaso jurídicamente injustificado) hacia el sistema de la *freedom of proof*. Pero con ello se debilita de manera espectacular la garantía de los derechos que la regla de exclusión incorpora.

2. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.1. Definición

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones: por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada sin consentimiento del titular o resolución judicial, o la transcripción de unas escuchas telefónicas practicadas de la misma manera); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: así, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la Constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que vulnera el derecho a la integridad física, o una coacción para obtener declaraciones sobre "ideología, religión o creencias", proscrita por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia). En definitiva, y por simplificar, *es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales*. Estamos hablando pues de un tipo de *prueba inconstitucional*⁹, y los derechos constitucionales que más veces suelen provocar ilicitud probatoria son el derecho a la integridad física y moral (y la consiguiente prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes), el derecho del detenido a ser informado de sus derechos, a no declarar y a la asistencia letrada, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Por lo demás, aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de investigación, puede producirse también en el juicio oral; así sucede cuando el testigo no es advertido de que tiene derecho a no declarar por razones de parentesco¹⁰.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla; o sea, su inutilizabilidad en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es sólo un *supuesto particular de prue-*

⁸ M. Miranda Estrampes, "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", en *Jueces para la Democracia*, 47, 2003, pág. 54

⁹ De hecho, *provee inconstituzionali* es el término acuñado por la Corte Costituzionale italiana desde la sentencia 34/1973 para referirse a este tipo de pruebas. La denominación, de todos modos, no es uniforme, y no es infrecuente que se haga referencia a la prueba ilícita con las expresiones *prueba ilegal*, *prueba ilegítimamente obtenida*, *prueba constitucionalmente ilícita*, *prueba prohibida* y otras similares.

¹⁰ Cfr. J. A. Díaz Cabiale y R. Martín Morales, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", en *Jueces para la Democracia*, 43 (2002), pag. 42

⁷ Existen casos —escribe J. Rawls— en los que admitimos como deber el no decidir atendiendo a la verdad, aun cuando fuera fácilmente accesible, precisamente para respetar un derecho, o para promover bienes o valores elevados, o para ambas cosas a la vez. (*El liberalismo político*, trad. de A. Domenech, Barcelona, Crítica, 1996, págs. 253-254)

ba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de la cual —como suele decirse— “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio”, en particular al precio de vulnerar derechos.

2.2. Alcance de la regla de exclusión: el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta

Es evidente que la regla comentada supone la exclusión de las pruebas *directamente* obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales: excluye la declaración de los policías que practican un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio, o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero tiene además un *efecto reflejo*: también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental. Se trata, más exactamente, de las pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita, lo que se denomina *prueba ilícita indirecta o derivada*. Constituyen ejemplos de estas pruebas la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio; o la declaración del policía que aprehendió un alijo de droga cuya existencia conoció a raíz de la lesión del secreto de las comunicaciones; o la prueba lícitamente practicada a raíz de la información obtenida mediante tortura de un detenido.

En realidad, este efecto reflejo o efecto dominó¹¹ de la prueba ilícita (o lo que es lo mismo, el reconocimiento de la prueba ilícita indirecta o derivada) no es sino una manifestación de lo que la doctrina norteamericana ha llamado la teoría de los *frutos del árbol envenenado* (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), que expresa la nulidad de todo aquello que trae causa de un acto nulo y que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias. es nula toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de los derechos y libertades fundamentales¹². Así, si a través de unas escuchas telefónicas que interceptaron una conversación sin que existiera autorización judicial para ello se obtiene información que estimula una diligencia de entrada y registro domiciliario en la que se encuentran ciertas pruebas, esas pruebas, según esta posición, también deben considerarse nulas, pues traen causa de una prueba

nula. Y es que si se negara el efecto reflejo la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirectamente obtenida se estaría dando cobertura (e incluso incitando) a la lesión de los derechos. El reconocimiento del efecto reflejo no obedece, pues, a ninguna concesión “supergarantista”¹³, sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia¹⁴.

Por último conviene llamar la atención sobre el hecho de que, aunque quizás sea en el proceso penal donde más importancia adquiere la garantía de los derechos, la regla de exclusión de la prueba ilícita no se circunscribe (o no tiene por qué) a ese concreto proceso, sino que alcanza a todos: abarca pues el proceso penal, pero también el civil, el laboral y el contencioso-administrativo. Y ello porque si el sentido de la regla es garantizar los derechos (por encima incluso de la averiguación de la verdad), esa necesidad de garantía se impone en todo caso, con independencia del tipo de proceso al que se pretenden incorporar (o se incorporen) las pruebas ilícitamente obtenidas¹⁵.

En suma, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos, y mediante la cual no sólo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho sino también aquellas otras que derivan indirectamente de la misma.

¹³ Como “generosidad garantista” califica, en cambio, el reconocimiento del efecto reflejo M.I Velayos, “Los límites a la investigación penal: teoría general de la limitabilidad de los derechos fundamentales en el proceso penal. La prueba prohibida”, *Justel.com*.

¹⁴ En la doctrina española sostienen esta tesis, entre otros, J.M. Asencio Mellado, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium, 1989, N. González Cuéllar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, 1990 y J.A. Díaz Cabiale y R. Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Civitas, 2001.

La eficacia refleja de la prueba ilícita ha sido reconocida expresamente por las jurisprudencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como por la mayoría de la doctrina. Y ello porque —como afirma el Tribunal Supremo— “solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría (...) una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están, jurídicamente contaminados” (STS, Sala segunda, de 4 julio 1997, FJ 2). Además, la extensión de la regla de exclusión a las pruebas indirectas queda también clara en su plasmación legal, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, *directa o indirectamente*, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

¹⁵ El derecho español refleja también este extenso alcance de la regla de exclusión, que tras su reconocimiento legal en la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, en 1985, se ha ido incorporando sucesivamente a la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (art. 790.2), a la *Ley de Procedimiento Laboral* (art. 90.1) y a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (arts. 283.3, 287 y 433.1). De hecho, la inicial “construcción” jurisprudencial de la regla en la STC 114/1984 tuvo lugar en el marco de un proceso laboral por despido

¹¹ *Efecto dominó* es el término empleado en algunas ocasiones por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español. Por ejemplo, en sentencia de esta Sala del 6 de octubre de 1999.

¹² Esta tesis fue establecida por primera vez en *Wong Sun v. United States*, 371 US 471 (1963).

2.3. Fundamento jurídico de la regla de exclusión

La prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de la Constitución por la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su condición de inviolables. Dicho de otro modo, la regla de exclusión de la prueba ilícita deriva de la Constitución porque el objeto de ésta es la protección del pueblo contra actuaciones arbitrarias como las que tienen lugar cuando la policía viola derechos¹⁶. Pero existen al menos dos modos de articular este fundamento constitucional de la regla que pueden acarrear consecuencias distintas para su fortaleza.

a) *El derecho a un proceso con todas las garantías*

Puede sostenerse, por un lado, que la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al proceso debido (el *due process of law*). Lo que se sostiene, con más precisión, es que dicha regla es la expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan en el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con lesión de los mismos, y que esa garantía se plasma en el derecho al debido proceso. O en otros términos, la regla de exclusión es la plasmación del modelo constitucional de proceso que garantiza el derecho al debido proceso: no puede entenderse garantizado el debido proceso si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la Constitución otorga un valor preferente, pues ello implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso¹⁷.

La idea de que la admisión de prueba ilícita implica contradicción con el derecho a un proceso justo ha sido afirmada por el TEDH¹⁸. Y más o menos esta es también la tesis sostenida "en principio"¹⁹ en el derecho español, donde el Tribunal Constitucional ha establecido que la regla de exclusión comentada no se halla explícitamente proclamada por ningún precepto constitucional, ni tiene lugar en virtud del derecho originariamente afectado, sino que expresa una *garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales* cuya posición preferente e inviolabilidad exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso; y más concretamente, que la admisión de la prueba

ilícita supondría una *infracción del derecho a un proceso con todas las garantías* y a la igualdad entre las partes en el juicio. Así lo señalaba ya la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que reconocía por primera vez esta regla de exclusión en nuestro ordenamiento, pero ese fundamento ha sido reiterado en otros pronunciamientos posteriores²⁰. En suma, la regla de exclusión se configura en el derecho español como una *garantía constitucional de naturaleza procesal* residenciada en el derecho a un proceso con todas las garantías.

b) *La tesis del efecto preventivo o disuasorio de la exclusión*

Pero puede sostenerse también que la regla de exclusión de la prueba ilícita no tiene su fundamento constitucional en un concreto derecho, ni viene implícita y directamente exigida por la Constitución como la única salvaguarda efectiva de los derechos constitucionales, sino que su fundamento reside en la necesidad de producir un efecto preventivo o disuasorio sobre las conductas que lesionan derechos. Esto es lo que sucede en Estados Unidos.

En la jurisprudencia norteamericana, en efecto, la justificación canónica de esta *exclusionary rule*, desde mediados de los años 70 del pasado siglo y hasta la fecha, no reside en un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino en la necesidad de disuadir de la violación de los derechos (*deterrent effect*); y por ser más precisos, en la necesidad de disuadir de futuras lesiones de derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y singularmente de la policía. En palabras ya clásicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. "la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir —imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible— mediante la remoción del incentivo para ignorarla"²¹.

²⁰ "Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental" (STC 114/1984, FJ 4)

"La recepción procesal [de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales] implica la ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro" (STC 114/1984, FJ 5).

"De las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE resulta una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando lesión de un derecho fundamental" (STC 86/1995, FJ 2)

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que reiteran este fundamento jurídico de la regla de exclusión de prueba ilícita. Vid., más recientemente, SSTC 81/1998, FJ 2, 50/2000, FJ 4, 69/2001, FJ 26, 28/2002, FJ 4 y 22/2003, FJ 10.

²¹ *Elkins v. United States*, 364 US 206 (1960), pág. 206. Vid. también *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961), o *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965), pág. 613. En estos pronunciamientos, la necesidad de disuadir conductas impropias futuras se iba convirtiendo ya en la justificación principal de la regla de exclusión, aunque este fundamento no se consolidaría hasta más tarde.

¹⁶ Esta es la argumentación que se daba en *Weeks v. United States*, [232 US 383 (1914)], que pasa por ser el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos que da origen a la regla de exclusión.

¹⁷ Vid. J.A. Díaz Cabiale y R. Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 27 ss.

¹⁸ Caso *Schenk contra Suiza*, sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de derecho 1, A).

¹⁹ "En principio" porque, como después se dirá, en los últimos años se ha venido produciendo un debilitamiento de la regla que corre paralelo a su progresiva reubicación en los derechos fundamentales originariamente lesionados

Al resaltar que la justificación de la regla de exclusión es la producción de un efecto disuasorio no se pretende desde luego afirmar que esta regla no tenga ningún anclaje constitucional: lo tiene, por ejemplo, en la decimocuarta enmienda, que consagra el derecho al proceso debido. Lo único que quiere decirse es que no existe en Norteamérica ningún derecho fundamental que aloje (o exija) la regla de exclusión, sino que ésta es tan sólo un instrumento procesal de creación jurisprudencial diseñado para garantizar los derechos fundamentales a través de su efecto disuasorio. Así de claramente se expone en la sentencia dictada en *United States v. Calandra*, en 1974²², que frente a la etapa precedente, donde esta *exclusionary rule* había sido calificada a veces como una norma de fundamento constitucional directo exigida implícitamente por la *Bill of Rights* por ser la única salvaguarda efectiva de los derechos de los ciudadanos frente al abuso del poder de la policía²³, produce ahora una *desconstitucionalización* de la regla de exclusión al afirmar sin ambages que ésta es un simple instrumento disuasorio creado por la jurisprudencia y que, por tanto, en cualquier momento podría ser sustituido por otro remedio, bien por obra del legislador, bien por iniciativa de decisiones judiciales posteriores. E igual de claramente se expone esta doctrina en la sentencia dictada en *United States v. Janis*, en 1976, donde se insiste en que el principal propósito, si no el único, de la exclusión de las pruebas ilícitas es evitar futuras conductas policiales ilícitas²⁴.

Ahora bien, el *deterrent effect* como elemento de justificación de la regla de exclusión es un arma de doble filo, pues permite también formular excepciones a la misma: si se quiere, si no hay *deterrent effect* no hay *exclusionary rule*²⁵.

En efecto, si el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es disuadir de la violación de derechos fundamentales, entonces sólo estará justificada la exclusión cuando *sea necesario* perseguir el efecto disuasorio y cuando *pueda producirse* éste. Cuando, por el contrario, no parezca muy necesario perseguir el efecto disuasorio (como cuando el derecho violado goce de una sólida protección) o cuando sencillamente la disuasión no pueda alcan-

zarse (como cuando la policía actúa de buena fe) la justificación de la exclusión se debilita y aporta razones a favor de la admisión de la prueba en el proceso. Por eso, la tesis del *deterrent effect* permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que no es necesario un efecto disuasorio adicional y la prueba debe admitirse. O permite sostener que hay dos bienes en conflicto (el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales) y que hay que *ponderar* en cada caso para dar acogida preferente a uno u otro. De hecho, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, o en relación con la prueba obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis del *deterrent* ha permitido a la jurisprudencia norteamericana sostener su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad.

Lamentablemente, la formulación de excepciones a la regla de exclusión (y el consiguiente debilitamiento en la protección de los derechos) no es algo exclusivo de la jurisprudencia norteamericana y de su pregonada tesis del efecto disuasorio. Un fenómeno muy similar ha tenido lugar en la doctrina constitucional española a raíz de la construcción, a partir de la inaugural STC 81/1998, de la artificiosísima doctrina de la *conexión de antijuridicidad*.

c) *La tesis española de la conexión de antijuridicidad*

La conexión de antijuridicidad es una construcción teórica del Tribunal Constitucional español mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas del proceso y cuándo no las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte pues del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias, y de estas circunstancias da cuenta justamente la doctrina de la "conexión de antijuridicidad".

En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional (y la doctrina que lo secunda) es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas; lo cual —aunque obviamente no se verbalice— obedece entre otras cosas a la existencia de una "presión social" en ese sentido. Una presión que se manifiesta especialmente cuando arraiga la sensación de aumento de la criminalidad o de inseguridad ciudadana en general, pues en estos momentos aflora inevitablemente la tensión entre el interés en perseguir y castigar el delito y el interés en garantizar los derechos, en grave detrimento de este último. De todos modos, la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en principio, *se proyecta sólo sobre el denominado efecto reflejo* de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Ello significa que por el momento el Tribunal Constitucional sólo se plantea la posibilidad de formular excepciones a la regla *en el ámbito las denominadas pruebas ilícitas indirectas*, pues llevar

²² 414 US 338 (1974).

²³ En esta etapa, en efecto, el Tribunal Supremo había sostenido que la regla de exclusión no es una simple medida procesal establecida jurisprudencialmente, sino que emana directamente de (las enmiendas cuarta, quinta o sexta de) la Constitución, por ser el único medio efectivo para prevenir conductas ilegales, rechazando otros instrumentos alternativos como la acción civil por daños, la acción penal contra los policías involucrados o el control disciplinario administrativo ejercido por el propio cuerpo de policía. Así en *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961).

²⁴ 428 US 433 (1976) Un estudio detenido del desarrollo de esta *exclusionary rule* en Estados Unidos puede verse en L. Salas Calero, "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el derecho procesal de los Estados Unidos", *Revista del Poder Judicial*, núm. 66 (2002), II: asimismo, C. Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.

²⁵ De esta concisa —pero contundente— manera sintetizan esta idea J.A. Díaz Cabiale y R. Martín Morales, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", cit., pag. 42.

esta tesis también al ámbito de las pruebas ilícitas directas equivaldría pura y simplemente a la anulación de la regla de exclusión, y con ello a la desprotección de los derechos fundamentales en uno de los campos (el de la prueba) más proclives a su vulneración. Aun así, y teniendo en cuenta la sólida justificación de la regla de exclusión, vinculada a la protección de derechos fundamentales, formular excepciones a la misma no resulta sencillo, y de ahí los "juegos de artificio" que el Tribunal se ve obligado a realizar para construir su tesis²⁶.

La tesis de la conexión de antijuridicidad se articula por primera vez en la STC 81/1998 y se resume en el siguiente planteamiento. Cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso, sino sólo cuando exista, además de la relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la aplicación de la regla de exclusión. Cuando, por el contrario, no haya conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba, ésta podrá ser incorporada al proceso. Es decir, la ausencia de conexión de antijuridicidad es lo que justifica no aplicar (o excepcionar) la regla de exclusión.

Pues bien, en virtud de esta doctrina, no existe conexión de antijuridicidad (y por tanto cabe utilizar la prueba en el proceso) sólo si concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente, perspectiva interna y perspectiva externa. En primer lugar (perspectiva interna) es necesario que la prueba refleje o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a (o independiente de) la vulneración del derecho, lo que tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; o sea, cuando la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes de la lesión del derecho. La apreciación del dato de la "independencia" exige tomar en cuenta circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como su resultado. En segundo lugar (perspectiva externa) se requiere que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la entidad objetiva de la vulneración del derecho cometida, así como la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en dicha vulneración.

En palabras del Tribunal Constitucional: "para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho (...) materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por deriva-

ción de aquella: pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho (...) exige". Además —añade— "estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo"²⁷.

La tesis de la conexión de antijuridicidad condicional por tanto la admisión de las pruebas ilícitas indirectas, aparte de a la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba derivada, a la inexistencia de necesidades importantes de tutela del derecho lesionado; o sea, suponiendo la independencia jurídica, hay que examinar la concreta lesión del derecho fundamental para ver si la excepcional admisión de la prueba ilícita no afectará demasiado a su contenido esencial y a su necesidad de tutela. La tesis, en este segundo aspecto, formula pues la exclusión en unos términos "preventivos" que recuerdan mucho la doctrina norteamericana del *deterrent effect*. Si se quiere, una vez afirmada la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba, la exclusión queda condicionada a las necesidades de disuasión, pero con ello el Tribunal, que inicialmente había configurado la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal, ha reformulado su fundamento, acercándose a los pronunciamientos típicos de la jurisprudencia norteamericana²⁸. De hecho, un año después de la construcción de esta doctrina, la STC 49/1999 muestra ya claramente este viraje en la fundamentación de la regla de exclusión, pues afirma que "en definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos"²⁹. Ahora bien, obsérvese que la apreciación de las "esenciales necesidades de tutela del derecho", en ausencia de las cuales estaría justificada la admisión de la prueba ilícita derivada cuando pueda suponerse que entre ésta y la lesión del derecho exista independencia jurídica, remite en realidad a un *juicio de ponderación* entre el interés público en la averiguación de la verdad en el proceso (que se conecta además en muchos casos al interés en reinstaurar la seguridad ciudadana) y el interés en reconocer y garantizar la plena eficacia de los derechos. Y este juicio de pon-

²⁷ STC 81/1998, FJ 4, y reiterada en SSTC 49/1999 y 161/1999, FJ 4. *Cursiva añadida*

²⁸ Cfr. sobre el particular B. Rodríguez Ruiz, "El coste de los derechos fundamentales", *Teoría y realidad constitucional*, num. 3 (1999), pag. 332, y M. Miranda Estrampes, "La regla de exclusión de la prueba ilícita", cit., pag. 60

²⁹ STC 49/1999, FJ 12^o *Cursiva añadida*. En esta ocasión, en concreto, el Tribunal Constitucional descarta la eficacia reflejada de una lesión al derecho al secreto de las comunicaciones por entender que no había importantes necesidades de disuasión para la tutela efectiva del derecho

²⁶ Así lo constatan también J.A. Díaz Cabiale y R. Martín Morales, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", cit., pág. 41

deración, precisamente por su acusado carácter discrecional, termina dejando en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos. Por lo demás, repárese en que según esta doctrina —no importa reiterarlo— la apreciación de la independencia jurídica depende de circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho así como de su resultado, lo cual remite también a un juicio de notable discrecionalidad.

En suma, la regla de exclusión, de ser inicialmente una garantía constitucional de naturaleza procesal residenciable en el artículo 24.2 de la Constitución (derecho a un proceso con todas las garantías y presunción de inocencia), acaba, por obra de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, convertida en un simple instrumento al servicio de la garantía y eficacia de los derechos fundamentales originariamente lesionados, y por consiguiente muy dependiente de la necesidad y posibilidad de disuadir de la violación de los mismos³⁰.

3. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

La doctrina del *deterrent effect*, —o, en el caso español, la doctrina de la *conexión de antijuridicidad*— ha permitido construir jurisprudencial y/o doctrinalmente algunas excepciones a la regla de exclusión. Algunas de estas excepciones afectan a la prueba derivada: es el caso de la fuente independiente, el hallazgo independiente y el hallazgo inevitable. Otra, en cambio, afecta a la prueba directa: es el caso de la buena fe. En la medida en que la regla de exclusión de la prueba ilícita es una garantía de salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales, cualquier intento de articular excepciones a la misma constituye una agresión al sistema de protección de los derechos. Por eso merece la pena recordar estas excepciones y considerar su fortaleza o debilidad.

a) La excepción de la fuente independiente

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) procede de la jurisprudencia norteamericana y establece que cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no traen causa de la primera sino que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree*; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, en definitiva, es que la prueba ob-

tenida ilícitamente puede no viciar a la restante prueba obrante en la causa, porque es posible que no exista conexión causal entre aquella y ésta; y la excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal.

Según *Nix v. Williams*, el fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica en que "el interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia (...). Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación"³¹.

La doctrina de la fuente independiente, en rigor, no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona, y que por tanto ese caso no entra en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol envenenado sino de un árbol perfectamente sano. El problema, sin embargo, es que muchas veces se aplica (o corre el riesgo de aplicarse) la doctrina de la fuente independiente allí donde sí existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. Así sucede, por ejemplo, en el siguiente (y no infrecuente) supuesto. La policía registra una vivienda sin orden judicial, observa que hay droga, se va y obtiene una orden de registro basada —se alega— en información ajena al registro ilegal. En el segundo registro descubre la droga vista originalmente. El Tribunal considera que la prueba (el hallazgo de la droga) fue producto del segundo registro realizado mediante orden judicial basada en pruebas independientes del primer registro ilegal³².

Muy conectada a esta excepción, al punto de que puede considerarse una variante de la misma, está la del nexo causal atenuado.

La excepción del *nexo causal atenuado* (*attenuated connection principle* o *purget taint*) procede también de la jurisprudencia norteamericana, y se cifra en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente. Así sucede —según esta doctrina— cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de

³⁰ Por eso, en opinión de J.A. Díaz y R. Martín, la teoría de la conexión de antijuridicidad representa "el imposible empeño de extirpar la garantía del artículo 24.2 CE para reubicarla dentro del contenido de cada uno de los derechos fundamentales sustantivos, artículos 15, 17, 18 CE..." Y todo para intentar buscarle excepciones ("La teoría de la conexión de antijuridicidad" cit. pág. 42).

³¹ 467 US 431 (1984), pág. 443.

³² Así ha funcionado, por ejemplo, en *Segura v. United States*, 468 US 796 (1984) y en *Murray v. United States*, 487, US 533 (1988).

un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado.

La *confesión voluntaria* a la que hace referencia esta excepción es la realizada sobre la base de los elementos encontrados mediante la lesión de un derecho. Tomemos el siguiente caso. En un registro inconstitucional³³ en el domicilio de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga es suya y —ahora sí— esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. En línea de principio la confesión no debería considerarse válida, pues hay un nexo causal entre el registro inconstitucional y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga; de no haberse hallado la droga no se le habría detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Pero lo que se argumenta —y esta es la trama de la excepción— es que el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de que X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido advertido de sus derechos), y por tanto que lo ha hecho “libre y voluntariamente” y no como fruto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podía no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho. En suma, lo que se sostiene es que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental, por lo que no está justificado excluirla del proceso³⁴.

³³ Inconstitucional porque se ha realizado sin observar los requisitos exigidos por la Constitución para la protección de la inviolabilidad del domicilio, por ejemplo sin autorización judicial ni consentimiento de su titular.

³⁴ Esta excepción se aplicó ya en 1963 en el caso *Wong Sun v. United States* (371 US 471 (1963)). En este caso el acusado fue arrestado ilegalmente, llevado a la comisaría, donde prestó declaración, y posteriormente fue puesto en libertad. Pero poco después volvió a comisaría por propia iniciativa y, tras ser informado de sus derechos, confesó ser culpable de los hechos investigados. La Corte Suprema Federal consideró que, pese a existir una relación causal entre el inicial registro ilegal y la confesión posterior, la voluntariedad de la confesión y el hecho de que el acusado fuera advertido de sus derechos debilitaba (o rompía) esa cadena causal. Tomo la información de C. Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, cit., págs. 440 ss.

En la jurisprudencia constitucional española, la excepción de la confesión voluntaria había aparecido ya en la STC 86/1995, que atribuía a esta prueba la condición de “prueba jurídicamente independiente”, pero será después, al calor de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, cuando cobre renovados bríos. Aprecian esta excepción, por ejemplo, las SSTC 161/1999, 239/1999 y 8/2000, que recuerdan que la confesión voluntaria del acusado sobre los hechos que se le imputan “permite, desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. Y a su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración (...) atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justifican su exclusión probatoria” (STC 161/1999, FJ 4). La excepción es la misma que se venía aplicando antes de 1998, pero ahora se reformula al hilo de la conexión de antijuridicidad.

La excepción de la confesión voluntaria, como en general toda excepción que se reconduzca a la idea del nexo causal atenuado, es, sin embargo, una construcción criticable y desde luego duramente criticada.

La debilidad de la argumentación se advierte con facilidad. En primer lugar, porque parece evidente que si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado; por tanto, la supuesta “voluntariedad” de la confesión debe ser puesta en cuarentena. Pero es que, además, incluso al razonar del modo en que se hace (en el ejemplo que hemos puesto, al sostener que la confesión no es el resultado del registro practicado) se incurre inevitablemente en contradicción. Ello es así porque, por una parte, se sostiene que el registro es nulo, y en consecuencia no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero, por otra parte, al concluir que la confesión del inculpado basta para admitir la tenencia de la droga, se le está dando validez al registro. Y esto último por varias razones. Primero porque, en su declaración, al acusado se le está preguntando por una pieza de convicción que sólo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se le está dando validez³⁵. Segundo porque sólo con la declaración autoinculpatoria del acusado (es decir, en ausencia de cualquier otro elemento probatorio, y particularmente en ausencia de las piezas de convicción derivadas del registro) es casi seguro que no se podría dictar sentencia condenatoria, luego parece que se están tomando en consideración las piezas de convicción derivadas del registro³⁶.

³⁵ En efecto, de no darle validez al registro (como debería ser, de acuerdo con la ilicitud de la prueba) “no se entiende con base a qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente” P. Andrés Ibáñez, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en AA VV, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 240. Se reitera esta misma crítica en STS de 17 de enero de 2003, de la que también fue ponente P. Andrés Ibáñez.

³⁶ Justamente con el afán de sortear la contradicción que supone admitir al proceso unos hechos (los resultantes de la lesión del derecho y sobre los que después se formulan las preguntas de la declaración) que jurídicamente no existen (porque el registro es nulo de pleno derecho), el Tribunal Constitucional español ha tenido que recurrir al rocambolesco expediente de distinguir entre el *plano jurídico* (que comporta la exclusión del proceso de las piezas de convicción halladas: la droga, en nuestro ejemplo) y el *plano factico* (consistente en afirmar que el hecho de haberse encontrado droga en el registro no puede borrarse del mundo —ni del proceso). Con sus propias palabras ha tenido que admitir que “lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba” (SSTC 161/1999, FJ 2 y 149/2001, FJ 6). No parece necesario añadir ningún comentario más al respecto. Cfr. estas y otras duras críticas en J.A. Díaz y R. Martín, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., pág. 46. Y M. Miranda Estrampes, “La regla de exclusión de la prueba ilícita”, cit., págs. 57 y 58 y págs. 61 ss.

b) Las excepciones del descubrimiento independiente y del descubrimiento inevitable

Muy próximas a (o incluso inspiradas en) la excepción de la fuente independiente se hallan las excepciones del descubrimiento independiente y del descubrimiento inevitable. La excepción del *descubrimiento independiente* o del *descubrimiento probablemente independiente* es construida inicialmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y sostiene que cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicará la doctrina de los frutos del árbol envenenado³⁷. Esta excepción, reconocida también por la jurisprudencia constitucional española al calor —de nuevo— de la jurisprudencia constitucional estadounidense³⁸, hace referencia por tanto a aquellos supuestos en que se considera que la lesión del derecho no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona, pues “existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que (...) suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma”³⁹. En terminología del Tribunal Constitucional español, la excepción se basa en considerar que los datos probatorios obtenidos a partir de la lesión al derecho fundamental son “neutros” (*sic*), en el sentido de que no han sido ni indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada; o, lo que es lo mismo, que esa prueba se hubiera obtenido igualmente sin la vulneración del derecho⁴⁰.

Por su parte, la excepción del *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery exception*) es también creación de la jurisprudencia norteamericana y fue asumida por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Nix v. Williams*⁴¹. Esta excepción, a la que se denomina a veces la doctrina de la *fuentes independiente hipotética* (*hypothetical independent source doctrine*), se cifra en argumentar que las pruebas resultantes de la lesión del derecho (por ejemplo, la información contenida en la cinta magnetofónica que se ha obtenido lesionando el derecho a la privacidad de las comunicaciones), que sólo por eso deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la

violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas. Normalmente lo que se sostiene (y en eso consisten esas “otras vías”) es que la policía tenía en marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos⁴².

La excepción del descubrimiento probablemente independiente se ha hecho merecedora de críticas, pues es difícil determinar en cada uno de los casos examinados qué papel jugaron en la práctica de la prueba derivada los datos e informaciones obtenidas a partir de la lesión del derecho y qué papel jugaron las observaciones derivadas del seguimiento policial que se venía desarrollando. Por eso “resulta aventurado atribuir al dato obtenido con la intervención [lesiva del derecho] un papel meramente accesorio”⁴³. Y aún cabe formular críticas más contundentes a la excepción del descubrimiento inevitable, pues se basa en un juicio meramente conjetural o hipotético, es decir, en lo que pudo haber pasado y no pasó, por lo que resulta difícilmente admisible desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que exige ser desvirtuada con datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita⁴⁴.

c) La excepción de la buena fe

Con todo, las excepciones comentadas, que afectan a la prueba indirecta o derivada, no constituyen ni el único ni el más grave peligro para la regla de exclusión y, por consiguiente, para la protección de los derechos constitucionales que constituye su objetivo. El mayor peligro lo representa el riesgo de contagio (o de extensión) a la prueba directamente obtenida a partir de la lesión de un derecho; o sea, la posibilidad de que también se terminen formulando excepciones a la exclusión de las pruebas directas. Y obsérvese que si ese paso se diera significaría el propio cuestionamiento de la regla.

Este gran paso hacia la destrucción de la regla de exclusión —que puede resumirse en que “no es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegítimamente obtenida”⁴⁵— ya se ha dado con el reconocimiento de la excepción de buena fe de los agentes de la policía.

Esta excepción (la *good faith exception*) fue crea-

³⁷ Esta es, por ejemplo, la doctrina de *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920). También en *United States v. Marking* 7 F3rd 1309 (7 Cir. 1993).

³⁸ La primera aplicación de esta excepción tuvo lugar en la STC 81/1998, que arma la doctrina de la conexión de antijuridicidad, pero después ha tenido continuidad en otros pronunciamientos, por ejemplo, en las SSTC 171/1999 y 238/1999.

³⁹ L. Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 10 (2003), pág. 186.

⁴⁰ STC 81/1998, FJ 5º.

⁴¹ 467 US 431 (1984). La excepción fue asumida también por el Tribunal Supremo español ya antes de la creación de la tesis de la conexión de antijuridicidad.

⁴² Sobre esta excepción, cfr. C. Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales...*, cit., pág. 443 y L. Salas Calero, “Aspectos materiales y procesales”, cit., cit.

⁴³ M. Miranda Estrampes, “La regla de exclusión de la prueba ilícita”, cit., pág. 64.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 59. También resaltan el carácter meramente hipotético del juicio que debe realizar el órgano jurisdiccional J.A. Díaz Cabiale y R. Martín, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., pág. 47 y *La garantía constitucional...*, cit, pag. 88. Esta y otras críticas en L. Salas Calero, “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio”, cit.

⁴⁵ Tomo la afirmación del voto particular de P. Cruz Villalón —entonces presidente del Tribunal Constitucional español— a la STC 49/1999, que ya anunciaba claramente la disposición del Tribunal a no aplicar inexorablemente la regla de exclusión ni siquiera en los supuestos de pruebas directamente obtenidas en la lesión del derecho.

da por la jurisprudencia norteamericana en 1984 en la sentencia que resuelve el caso *United States v. Leon*. En ella se afirma que no procede aplicar la *exclusionary rule* cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero aparentemente correcta; es decir, cuando haya actuado en la creencia de que la orden judicial que autoriza el registro era válida. Esta doctrina se completará en 1987 con la sentencia *Illinois v. Krull*, que extiende la excepción de buena fe de *Leon* a los supuestos en que la policía ha realizado el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional, y en 1995 con la *Arizona v. Evans*, que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial. La justificación de la excepción de buena fe es que en estos casos —según el Tribunal Supremo— la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder⁴⁶. Cualquier policía, en el futuro, actuaría de la misma forma.

En España, la excepción de buena fe policial ha sido introducida por la reciente STC 22/2003, a propósito de un caso donde se cuestiona la licitud de la información contenida en el acta de entrada y registro que la policía realizó en el domicilio de un detenido sin que mediara su consentimiento ni autorización judicial, sino sólo el consentimiento de la esposa, a la sazón denunciante. El Tribunal Constitucional aduce que “según el estado de la interpretación del ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro”, el consentimiento de la esposa aparecía “como habilitación suficiente para llevarlo a cabo conforme a la Constitución”. Es decir, que no existió dolo o culpa (o mala fe) en dicho registro, pues los agentes policiales que lo practicaron actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente. Por ello —concluye— “la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto”. En suma —continúa el Tribunal— “en casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución (...) la exclusión de la prueba [en este caso, el hallazgo de una pistola] se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”⁴⁷.

⁴⁶ *United States v. Leon*, 468 US. 897 (1984), *Illinois v. Krull*, 480 US. 340 (1987) y *Arizona v. Evans*, 514 US 1 (1995). Un análisis de esta excepción en L. Salas, “Aspectos materiales y procesales...”, cit.; y C. Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule...*, cit., págs. 444 ss.

⁴⁷ STC 22/2003, FJ 10^o.

4. CONCLUSION: EL REPLIEGUE HACIA LA FREEDOM OF PROOF

Parece pues que incluso en los sistemas de *civil law*, más formalistas y más proclives en principio a la reglamentación de la prueba, se está culminando un proceso de repliegue más que cuestionable hacia el sistema de la *freedom of proof*, un proceso que está muy vinculado al reconocimiento del *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación⁴⁸. Bien es verdad que ese repliegue no es sólo ni fundamentalmente consecuencia “técnica” de la asunción del efecto disuasorio como fundamento de la regla de exclusión, sino que más bien obedece a la convicción de que la rígida aplicación de la regla tendría un impacto nocivo sobre la confianza de los individuos en el funcionamiento del poder judicial, que sobre todo en el proceso penal verían cómo personas aparentemente culpables son exoneradas con base en lo que ellos consideran detalles técnicos de escasa importancia⁴⁹, y en todo caso a concepciones más profundas de filosofía política para las que los derechos fundamentales no representan el basamento infranqueable del Estado y del Derecho. Prueba de ello es que, entre los defensores de este debilitamiento de la regla de exclusión, hay quienes se muestran críticos incluso con la tesis del efecto disuasorio, por considerar que es demasiado condescendiente con los derechos fundamentales frente a la necesidad de sancionar el delito propia del Estado; quienes consideran que disuadir de la lesión de los derechos inadmitiendo la prueba ilícita es “premiar” al afectado por esa violación, pues para evitar actuaciones de este tipo se podría, si acaso, sancionar al policía que viola el derecho fundamental pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe; en definitiva, hay quienes consideran que los derechos fundamentales no son algo intocable o tabú, y que “han de respetarse los de cada persona [pero] cuando es merecedora de ello, en situaciones normales, de actuaciones respetuosas con los derechos fundamentales de los demás”⁵⁰.

Obviamente estas tesis no niegan la importancia de los derechos fundamentales como elemento bási-

⁴⁸ En España este proceso es sumamente eficaz. La doctrina de la conexión de antijudicialidad, a través de las excepciones de la *confesión voluntaria* y el *descubrimiento probablemente independiente*, ha acabado en la práctica con las pruebas ilícitas indirectas: desde su elaboración, sólo en contadísimas ocasiones ha reconocido el Tribunal Constitucional la eficacia refleja de la prueba ilícita. Pero lo más grave es que a través de la excepción de la *buena fe policial* puede terminar también con las pruebas ilícitas directas; o sea, con la regla de exclusión misma.

⁴⁹ Todo parece indicar, sin embargo, que ese “temor” refleja una injustificada alarma. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha estimado que aproximadamente unas 10.000 personas acusadas por delitos graves y 55.000 por delitos menos graves han logrado excluir una prueba fundamental de su proceso; pero en la práctica, sin embargo, la exclusión afecta al resultado del caso en pocas ocasiones. D. Dripps, “The Case for the Contingent Exclusionary Rule”, 38 *American Criminal Law Review* 1, 2001, nota 50. Tomo la información de L. Salas, “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio...”, cit., nota 13.

⁵⁰ N. Martí Sánchez, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, núm. 7 (1998), pág. 60.

co del orden político, pero al resaltar la necesidad de ponderar los derechos con las demandas sociales de justicia y seguridad mitigan (y al extremo, anulan) su trascendencia. Es verdad que esta posición (y el consiguiente repliegue hacia el sistema de libertad de prueba que supone) viene de algún modo respaldada por el propio contexto constitucional, pues —se sostiene— no existe un sistema de prioridades absolutas entre los distintos bienes y derechos constitucionales, por lo que los eventuales conflictos entre los mismos habrán de ser resueltos mediante un juicio de ponderación a la luz de las circunstancias reales de los casos. Pero también es verdad que el recurso a la ponderación, al dejar ciertas anchuras a la discrecionalidad en la decisión, propicia una “huida hacia delante” en la que los derechos, con demasiada frecuencia, corren el riesgo de quedarse en el camino cediendo el paso a otros valores⁵¹. No en

vano, desde estas posiciones se ensalza (o al menos es bien vista) la “marcada evolución del proteccionismo a ultranza del individuo hacia la legitimación de las peticiones sociales”, y desde luego se reconoce que la regla de exclusión “recibirá una interpretación más o menos extensiva, dependiendo del momento histórico en el que se analice, el cual vendrá determinado por el nivel de criminalidad detectable”⁵². Con ello, es evidente, se logra dar primacía al interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social sobre el reconocimiento de plena eficacia de los derechos. Pero esto está en perfecta contradicción con un modelo procesal-constitucional comprometido no sólo con la averiguación de la verdad, sino también (y de modo condicionante) con la defensa de los derechos; un modelo en virtud del cual —ya se dijo— “la verdad no puede perseguirse a cualquier precio”.

⁵¹ De todos modos, en el proceso penal, pocas dudas caben sobre la admisibilidad de la prueba ilícita que favorece a la defensa; y ello porque el valor de la libertad y el principio de inocencia deben prevalecer sobre la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etc.

⁵² M.I. Velayos, “Los límites a la investigación penal...”, cit.

La 'Enciclopedia del Diritto' y el desarrollo del Derecho italiano

Walter ANTILLON

Estoy actualmente en posesión de un *DVD* que contiene los cincuenta y cuatro grandes volúmenes de la *Enciclopedia del Diritto* publicada por el editor Giuffrè, de Milán, Italia. Habrá quien prefiera tener los cincuenta y cuatro tomos desplegados en un estante de su biblioteca, y gozar de su placentero contacto físico (no seré yo, bibliófilo irredimible, quien le niegue razón para ello); pero nadie puede discutir razonablemente las ventajas de la presentación en un solo disco de una tan vasta.

Conocí la Enciclopedia en 1963, durante mis cotidianas visitas a la biblioteca del Instituto de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Roma. En aquel momento sólo habían salido once volúmenes, que abarcaban las voces correspondientes a las letras A, B y C; pero desde entonces seguí atentamente su gradual crecimiento y la consulté asiduamente. Confieso ser (junto con mi coterráneo el profesor Eduardo Ortiz, que fue otro de sus enamorados) uno de los responsables de que en Costa Rica contemos en las universidades con cinco o seis colecciones de la obra.

Ahora bien, la lectura de ésta y otras colecciones semejantes me llevó muchas veces a meditar acerca de la cultura jurídica del pueblo que las había levantado, pieza a pieza, como modernas catedrales góticas. De modo que hoy, cuando han pasado más de cuarenta años de aquel primer encuentro, quiero dejar mi testimonio acerca de aquella cultura y de este monumento que gallardamente la representa.

1. EL 'RISORGIMENTO' Y LA UNIDAD DE ITALIA

Aunque en el pasado hubiera sido, como efectivamente lo fue, el faro de la cultura occidental, propagadora y guardiana del legado greco-latino, núcleo originario de la grandiosa epopeya del Renacimiento, en lo que atañe al campo político tenemos que, precisamente en razón de su importancia cultural, económica y estratégica, Italia fue escenario de las luchas entre el Papado y el Imperio; y posteriormente de las contiendas dinásticas de las casas reinantes de España, Austria y Francia que ocuparon simultánea o alternativamente su territorio durante siglos.

De tal modo nos encontramos que, al inicio del siglo XIX, después de la fugaz unidad propiciada por Napoleón, Italia está de nuevo dividida en diversos reinos y señoríos. Y esa división varias veces secu-

lar, si no había logrado destruir la memoria histórica y la unidad de lengua y tradición de los italianos, sin embargo mantenía una abigarrada pluralidad de legislaciones y gobiernos, y, en lo que aquí nos interesa, estorbaba, entre muchas otras cosas, el proceso de desarrollo y consolidación de una cultura jurídica nacional.

Pero si la efímera unificación napoleónica de Italia se había disuelto en Waterloo, el año del Congreso de Viena (1815) señala también la reanudación de los esfuerzos de los patriotas italianos por abatir los poderosos obstáculos (Austria, el Papa, los borbones de Nápoles, etc.) que les impedían alcanzar la unidad nacional: sus luchas y sacrificios durante los cuarenta y cinco años restantes (desde el primer 'Risorgimento' con Mazzini, Cattaneo, Manin, Pepe, el Rey Carlo Alberto y su Estatuto constitucional, hasta Garibaldi, Cavour y Vittorio Emanuele II) fueron la base de una conciencia nacional que se manifestó vigorosamente en el florecimiento de los estudios históricos (Balbo, Vieusseux, Colleta, Caponi), la filosofía y las ciencias sociales (Melchiorre Gioia, Rosmini, Cattaneo, Romagnosi), la literatura (Berchet, Manzoni, Leopardi, Pellico, Giusti, D'Azeglio, Prati) la música (Rossini, Donizetti, Bellini, Verdi), etc.

En cuanto a los juristas italianos, su día llegó en febrero de 1861, con la ley que declara a Vittorio Emanuele II rey de una Italia por fin unida. Porque a partir de ese momento se acometen las colosales tareas a realizar en materia de unificación legislativa, organización de la administración pública y de la justicia, así como en los campos científico y académico: es preciso reorganizar las viejas facultades, adaptar los saberes preunitarios a las necesidades de la nueva sociedad civil y del nuevo Estado; crear una nueva cultura jurídica.

2. LA CIENCIA JURIDICA ITALIANA EN EL SIGLO XIX

Una de las cosas que desde hace muchos años han llamado mi atención de la moderna cultura jurídica italiana, es la presencia (temprana en la historia de su unidad como Estado) de una abundante producción de obras colectivas de gran aliento, ya sea periódicos y revistas especializadas, o tratados o comentarios generales referentes a una sola materia (Derecho Civil, Comercial, Público, etc.), o bien obras de carácter enciclopédico. Y creo que la cultura y la particular disposición de la comunidad jurídi-

ca que hicieron posible la culminación de tales obras, son algunas de las condiciones que han permitido a la clase jurídica italiana alcanzar ese alto desarrollo del pensamiento del que se siente justamente orgullosa.

Al iniciarse el siglo XIX resonarán sin duda en los ateneos italianos los ecos de la gloriosa tradición de los glosadores y los comentadores. En el Derecho Penal aquella tradición genuinamente italiana se vio renovada en dicho siglo a partir de y gracias a las precursoras contribuciones de los pensadores ilustrados: de los Verri y Beccaria a Filangeri y Mario Pagano; de Romagnosi, Pellegrino Rossi y Giovanni Carmignani, hasta desembocar en la Escuela Clásica de Francesco Carrara y Enrico Pessina, y en la Escuela Positiva de Lombroso, Ferri y Garófalo.

No ocurre lo mismo con el Derecho Civil en ese período preunitario, donde la pesada influencia ejercida sobre los autores de entonces (Francesco Ricci, Borsari, Saverio Bianchi, etc.) por los modelos legislativos, la jurisprudencia y la doctrina franceses no alienta la producción de obras significativas de un pensamiento propio. Tiene que llegar el último tercio del siglo, con la unidad del reino y sus codificaciones nacionales (Pisanelli para el Código Civil, Zanardelli-Lucchini en lo penal, etc.), para que aparezcan juristas de la talla de Giorgio Giorgi, Tartufari, Mirabelli y Pacifici-Mazzoni; los cuales, sin embargo, combinando positivismo jurídico con exégesis, no consiguen alcanzar una visión sistemática de su objeto, para ofrecer obras de una densidad teórica comparable a la mejor producción extranjera (de Francia aun, pero, sobre todo, de Austria y Alemania).

La indagación crítica, la agudeza del análisis y la visión sistemática de los principios eran logros de la Escuela Pandectista alemana que se desarrolló con creciente fuerza durante los siglos XVIII y XIX, teniendo como punto constante de referencia el Derecho Romano Justiniano y sus reelaboraciones tardomedievales; y esa fue la señal que siguieron principalmente los romanistas italianos para llevar a cabo, entre 1860 y 1890, el trabajo de asimilación de los postulados teóricos y metodológicos pandectistas y la profundización en las raíces romanas que requería la escuela que se estaba formando; todo ello sin dejar de acudir a la satisfacción de los requerimientos de aquella consolidación legislativa e institucional del nuevo Estado Italiano iniciada a partir de 1861.

Fueron precisamente el romanista Filippo Serafini y sus discípulos alrededor de la revista *Archivio Giuridico* (fundada por Serafini en 1868); los publicistas Carlo Ferraris, Ruggero Bonghi, Boselli, Salvioli, Ricca-Salerno y otros alrededor del *Anuario delle Scienze Giuridiche, Sociali e Politiche*, fundado en 1880; los historiadores del Derecho Francesco Schupfer y Guido Fusinato con la benemérita *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, fundada en 1893; y, en fin, los profesores Pietro Cogliolo, Guido Padelletti, Contardo Ferrini, Carlo Fadda, Lucci, Forlani, De Crescenzo, Bellavite, Polignani, Giacomo Venezian, Francesco Filomusi-

Guelfi y tantos otros, quienes acometieron esta ingente labor.

Pero fue, sobre todos los demás, otro romanista: el prodigioso Vittorio Scialoja (*il maestro di coloro che sanno*) quien, desde la cátedra, la magistratura, el foro, la función pública y la palestra política, supo estimular en sus numerosísimos alumnos y en toda la comunidad jurídica la vocación de estudio, la disciplina y el rigor del pensamiento. De Vittorio Scialoja ha dicho el profesor Francesco Ferrara senior (*Un secolo di vita del Diritto Civile, in Scritti giuridici*; Giuffrè, Milán, 1944; Tomo III, págs. 279 y 280):

“...maestro insigne, jurista finísimo, agudo, elegante, se puede decir que ha señoreado todo el campo jurídico, desplegando su actividad con monografías, cursos de lecciones, discursos, proyectos de ley, propuestas, comentarios de sentencias, reflejando todo ello un espíritu crítico y una concepción original... Pero Scialoja ha sido, sobre todo, un maestro que, con sus consejos, su autoridad y su experiencia jurídica ha educado toda una generación de juristas...”

Porque, en efecto, en él encontraron inspiración y orientación estudiosos de todas las disciplinas, como Pietro Bonfante, Emilio Albertario, Silvio Perozzi y Salvatore Riccobono (Derecho Romano), Vittorio Emanuele Orlando, Donato Donati y Santi Romano (Derecho Público), Cesare Vivante, Leone Bolaffio y Angelo Sraffa (Derecho Comercial), Lodovico Mortara, Giuseppe Chiovenda y Alfredo Rocco (Derecho Procesal), Vincenzo Manzini y Arturo Rocco (Derecho Penal), Biagio Bruggi, Vittorio Polacco, Emanuele Gianturco, Alfredo Ascoli, Nicola y Leonardo Coviello (Derecho Civil), Giovanni Bovio, Petrone, Vanni, (Filosofía del Derecho) y tantos, tantos otros.

Se trataba, en aquel momento, de lograr profundizar en el vasto campo de la literatura jurídica alemana del siglo XIX. Y esas generaciones de juristas italianos que llenan con su trabajo los dos últimos decenios de dicho siglo y el primer decenio del siglo XX cumplieron asimismo otra de las condiciones para la difusión de aquella ciencia jurídica: la colosal tarea de traducir a su idioma las obras más significativas de la producción científica tedesca:

Filippo Serafini tradujo con sus discípulos el *Tratado de Pandectas* de Ludwig Arndts;

Contardo Ferrini, Carlo Manenti, Biagio Bruggi, Pietro Bonfante y otros traducen, bajo la dirección de Serafini y Cogliolo, el extensísimo *Comentario a las Pandectas* de Federico von Glück;

El propio Vittorio Scialoja traduce el famoso *Sistema de Derecho Romano Actual* de Federico Carlos Savigny; cuyo *Derecho de obligaciones* es también vertido al italiano por Giovanni Pacchioni;

Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa traducen el *Tratado de Derecho de Pandectas* de Bernhard Windscheid;

Luigi Bellavite traduce *El espíritu del Derecho Romano* de Rudolf Ihering;

Ludovico Barassi tradujo el *Manual de Derecho Civil francés* de K. S. Zachariae y K. Crome; y Alfredo Ascoli y Federico Cammeo hicieron la versión italiana de las *Teorías fundamentales de las*

obligaciones en el derecho francés y de la parte general del *Sistema del Derecho Civil alemán* del mismo Crome;

Francesco Bernardino Cicala traduce el *Tratado de Pandectas* de Heinrich Dernburg.

También son traducidas en esa época, por cuenta de la 'Biblioteca dell'Economista', las obras de Schaeffle, Lexis, Scheerer y otros sobre comercio, economía y derecho mercantil; entre las que cabe destacar el *Manual de Derecho Comercial* y la *Historia Universal del Derecho Comercial* de Levin Goldschmidt, traducidos éstos por Pouchain y Scialoja (Antonio).

Se trata en todos los casos de impecables versiones con anotaciones de derecho italiano debidas a los traductores, en las cuales se confronta críticamente cada concepto con la doctrina y la jurisprudencia vernáculas; y al respecto quiero mencionar las ejemplares 'notas' de Fadda y Bensa al 'Tratado de Derecho de Pandectas' de Windscheid que constituyen, en sí mismas, una obra maestra.

Y por último podemos mencionar que, también dentro del propósito de contribuir al cumplimiento de aquel objetivo de consolidación de una doctrina patria, para orientar mejor a los operadores del sistema normativo, y como una muestra más de aquel impetuoso desarrollo del pensamiento jurídico que venimos ilustrando, en 1884 nace el *Digesto Italiano*, obra enciclopédica bajo la dirección del constitucionalista Giuseppe Saredo, el penalista Luigi Lucchini y el internacionalista Pasquale Fiore, con la participación de muchos entre los más importantes juristas de la época.

Dicha obra, de enormes proporciones, va a conocer una segunda edición en 1937 (en la que, a la vez que se renueva su contenido, se reduce drásticamente su tamaño) con el nombre de *Nuovo Digesto Italiano* bajo la dirección del profesor Mariano D'Amelio y el magistrado Antonio Azara; y una tercera edición veinte años después, con el nombre de *Novissimo Digesto Italiano*, bajo la dirección de los magistrados Antonio Azara y Ernesto Eula.

Como resultado de todos esos esfuerzos tenemos que en los últimos años del siglo XIX y hasta el comienzo de la Primera Guerra Mundial, la producción italiana de obras de doctrina y de análisis de jurisprudencia es portentosa:

En ese período, el campo penal nos ofrece la última producción de la Escuela Clásica: además de las muchas ediciones del *Programma di diritto criminale* de Carrara (la 6ª es de 1886), están los *Elementi* y la *Enciclopedia del Diritto Penale* de Pessina, en la que colaboran importantes penalistas; el *Trattato di diritto penale* de Rossi, la *Crítica* y los *Trattati* de Ellero; el *comentario al Codice Penale* de Crivellari, las obras institucionales de Bucellati, Stoppato y Brusa; y tenemos también el grueso de la producción doctrinal de los positivistas Ferri, Fioretti, Grispigni, Florian, Colajanni, De Sanctis, Pende y otros; los trabajos de la llamada 'Terza Scuola' (Lucchini, Alimena, Carnevale, Impallomeni y otros); y por último, las obras que inician la corriente 'técnico-jurídica', representada por los ensa-

yos y libros de Arturo Rocco, Vannini, Longhi, Massari, Civoli, Conti y el *Tratado de Derecho Penal* de Vincenzo Manzini (1ª edición, 1908).

En el campo civil, ya dentro de la nueva orientación sistemática, se inicia en esos años la publicación de la obra colectiva denominada *Diritto Civile italiano* dirigida primero por Pasquale Fiore y sucesivamente por Biagio Bruggi, la cual reúne más de veinte monografías casi siempre de gran calidad científica (como la de Ferrara sobre las personas jurídicas; la de Bruggi sobre la propiedad, la de Ferrini y Pulvirenti sobre servidumbres; la de Venezian sobre usufructo, etc.). También aparecen en ese breve arco de tiempo sendos tratados de Derecho Civil de Gianpietro Chironi y Francesco Ferrara, y una multitud de manuales institucionales debidos a Emanuele Gianturco, Biagio Bruggi, Stolfi, Ascoli, Dusi, Simoncelli, Scuto, Longo, Roberto de Ruggiero, etc.

Siguiendo, a su vez, las huellas de un sector mayoritario de la publicística alemana, también de raíz pandectista (Gerber, Laband, Jellinek) el maestro Vittorio Emanuele Orlando y su escuela (dentro de la cual militaron Santi Romano, Oreste Ranelletti, Donato Donati, Federico Cammeo, Cino Vitta, etc.), abandonando el camino interdisciplinario esbozado por Manna, Messedaglia y otros, optaron por un planteamiento estrictamente dogmático-jurídico para el estudio del Derecho Público, tomando distancia tanto respecto de la Ciencia de la Administración como de la Ciencia y la Filosofía Política, y de las Ciencias Sociales en general.

En su prolucción al curso de 1903 en la Universidad de Genova, en la que abordó el tema de *La acción en el sistema de los derechos*, Giuseppe Chiovenda, en decidida oposición a Lodovico Mortara (último defensor en Italia de la escuela francesa), adopta expresamente los paradigmas y categorías de la ciencia alemana del Derecho Procesal Civil, situándose en una posición muy cercana a la del profesor Adolf Wach. Y a partir de ese momento la escuela procesal italiana se adensará bajo su guía con las contribuciones de Alfredo Rocco, Vincenzo Manzini, Castellari, Menestrina, Antonio Segni, Edoardo Massari, Carnelutti, Zanucchi, Calamandrei, Redenti y tantos otros.

Un panorama semejante puede verse en el campo del Derecho Comercial. Después de las obras de los maestros Ercole Vidari, Marghieri y Borsari, publicadas con referencia al Código Zanardelli de 1865, surgen las figuras de los grandes comentaristas del Código de Comercio de 1882, entre las que destacan David Supino, Cesare Vivante, Leone Bolaffio y Angelo Sraffa. Supino (junto a su maestro Serafini) creará la revista *Il diritto commerciale* en 1883; y Sraffa fundará veinte años después la *Rivista di diritto commerciale*, la cual, dirigida por él y por Vivante, se convertirá en 1910 en la *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, desde donde el propio Vivante polemizará infatigablemente a favor de la unificación del derecho civil y mercantil de las obligaciones y los contratos.

También a partir de la vigencia del Código de Comercio de 1882 se iniciará la publicación de dos

series de volúmenes monográficos de gran aliento: una bajo la dirección de Angelo Sraffa con estudios de Bonelli, Navarrini, Franchi y el propio Sraffa, cuyo nombre es *Commento al Codice di Commercio*; y la otra, titulada *Codice di Commercio Commentato*, bajo la dirección de Vivante y Bolaffio (a los que se une después Alfredo Rocco) cuyos autores fueron los mismos directores, más una escuadra de mercantilistas entre los que destacan Marghieri, Supino, Tartufari, Bruschetti, De Gregorio, Asquini, Cuzzi, Cicu, Prospero Ascoli, etc.

3. EL PAPEL DE LOS ESTUDIOSOS DEL DERECHO ROMANO

Hay que retener un dato que, a mi entender, tiene un hondo significado para los estudios jurídicos en Latinoamérica y es que son los romanistas italianos los que abren la marcha de la renovación científica: Filippo Serafin es el iniciador, y Vittorio Scialoja es el autor principal; pero junto a ellos y detrás de ellos se encuentra una nutrida escuadra de romanistas que van a construir el puente entre la doctrina pandectista de los alemanes y la doctrina italiana.

Y esto obedecía a un designio preciso: porque también la doctrina pandectista alemana, donde los estudiosos itálicos buscaron y encontraron inspiración y guía, fue una disciplina que, por definición, tuvo como objeto de estudio el Derecho Romano, tal como lo declara uno de sus principales expositores: Bernhard Windscheid, cuando define el Derecho de Pandectas como "...el derecho privado común alemán de origen romano «*das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs*»..." (*Tratado de Derecho de Pandectas*; reimpresión de la edición de Frankfurt de 1906 por Scientia Verlag, Aalen, 1984; Tomo I, pág. 1). Y romanistas fueron, precisamente, los precursores del renacimiento científico alemán, como Federico von Glück, Gustavo Hugo o Antonio Thibaut, como lo fueron después los fundadores Savigny y Puchta, Arndts, Bekker y Windscheid; como lo fueron, en fin, Otto Gierke, Rudolf Ihering, Rudolf Sohm, Ludwig Enneccerus, etc.

De manera que, así como los pandectistas alemanes prepararon y presidieron el nacimiento de la moderna doctrina jurídica de esa nación, no sólo en lo que atañe al Derecho Civil, sino a todas las ramas del Derecho (proviene del pandectismo, por ejemplo, el mercantilista Arnold Heise, el penalista Karl Binding así como los constitucionalistas Karl Friedrich Gerber y Paul Laband, los internacionalistas Hefter y Holzendorff, y tantos otros), así también los romanistas italianos, a partir del estudio de la obra y, sobre todo, de la metodología de los pandectistas alemanes, que adoptaron rigurosamente, iniciaron la renovación de su propia doctrina jurídica, tal como atrás quedó ilustrado.

Esto tuvo, a mi parecer, en aquel primer momento, consecuencias buenas y malas:

a) Las buenas estriban en la facilitación aportada por la teoría y el método pandectistas para la construcción, emprendida por los italianos, de la doctrina de las diferentes ramas del derecho, con repercu-

siones fundamentales en la renovación de la legislación y la práctica judicial y forense. Los juristas italianos de comienzos del 800, atrapados en la exégesis francesa, para liberarse de ésta necesitaban una salida teórico-metodológica clara y convincente, y eso fue lo que la doctrina pandectista les proporcionó.

b) Las malas consecuencias fueron el excesivo conceptualismo (reprochado también a los propios pandectistas) que arrastró a la doctrina italiana a: i) una especie de hipertrofia de la teoría general, en desmedro del tratamiento minucioso de los temas particulares; ii) la tendencia a encerrarse en un mundo de abstracciones, sin la necesaria imprescindible atención a los datos de la realidad, y la consiguiente 'pureza' y 'apoliticismo' de la ciencia jurídica; iii) la tendencia a sobrevalorar el papel de la norma legal abstracta en la construcción de los conceptos jurídicos, prescindiendo de toda consideración relativa a su historicidad; iv) el carácter autorreferencial de las concepciones acerca del Estado y del derecho.

Pero pronto la doctrina italiana empezará a reaccionar contra aquella pesada influencia, y buscará sus propios caminos.

4 EL PERIODO ENTRE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES

Terminada la primera guerra mundial, ante la crisis y los retos económicos y políticos que los nuevos tiempos planteaban, los juristas italianos se ponen a la tarea de renovar su legislación decimonónica. Para esos efectos en las décadas de los 20 y los 30 surgen varias comisiones legislativas (la más conocida, aquella *per il Dopoguerra* asociada al nombre de su presidente Vittorio Scialoja). Comisiones en las que intervienen figuras señeras de la ciencia jurídica italiana como Chiovenda, Mortara, D'Amelio, Alfredo Rocco, etc.; y en cuyo seno se forjan sendos proyectos de códigos para las distintas materias: los proyectos de Enrico Ferri y Arturo Rocco para la penal, siendo base el último del Código Penal de 1930; el proyecto de Vincenzo Manzini para la procesal penal, que será el Código de Procedimientos Penales en el mismo año; los proyectos de Chiovenda, de Carnelutti y de Solmi para el proceso civil, que culminan en el proyecto Grandi, el cual, con la colaboración de Calamandrei, Redenti y el propio Carnelutti, se convertirá en el Código de Procedimientos Civiles de 1940; los proyectos de Vivante y D'Amelio para el Código comercial, cuyo esfuerzo, continuado en el proyecto general de Asquini para la codificación del derecho privado, desembocará en la refundición de las materias civil, comercial, industrial, laboral, agraria, etc., en el Código Civil de 1942; el proyecto de Antonio Scialoja que llegará a ser el Código de la Navegación de 1942, etc.

Esta gigantesca renovación del sistema normativo italiano es el resultado de una doctrina jurídica que, dentro de la visión pandectista aún dominante, ha alcanzado su punto más alto. Los años

que van de 1930 a 1945 marcan el tiempo de la vejez de los grandes maestros forjadores del cambio: Vittorio Scialoja, Ferri, Orlando, Nicola Coviello, Brandileone, Ranelletti, Chiovenda, Bruggi, Sallandra, Mortara, Santi Romano, Del Vecchio, Anzilotti, Vivante, Diena, Sraffa, Filomusi Guelfi, Donati, Gianturco, Florian, De Francisci, Crossa, Udina, Ascoli, Francesco Ferrara sr., Bonfante, Manzini, Solari, etc. Pero también está allí la generación de juristas que llega a su plena madurez en esos años, y que cumple un papel decisivo en dicha renovación: Capograssi, Betti, Vannini, De Ruggiero, Carnelutti, Riccobono, Barassi, Zanobini, Redenti, Calamandrei, Messineo, Miele, Maggiore, Filippo Vassalli, Bettiol, Fedozzi, Segni, Arangio Ruiz, Esposito, Achille Donato Giannini, Giuseppe Messina, Aurelio Candian, Antolisei, Cesarini Sforza, Mossa, Grispigni, etc.

Y aunque dicha codificación se produjo en el período en el que se afianzaba el régimen fascista en el plano político, sin embargo, como lo han reconocido muchos estudiosos insospechables, como Calamandrei, la impronta fascista en los nuevos códigos aparece en gran medida limitada o neutralizada por la presencia de la cultura liberal de los proyectistas; sobre todo si se la compara con lo que ocurría en esa misma época en Alemania, bajo el régimen nacional socialista (Crf. por todos, Ingo Müller: *La justicia de Hitler. Los tribunales del Tercer Reich*; Harvard U. Press; Cambridge, 1991). Y es por esa razón que la caída del fascismo en Italia no provocó la inmediata y masiva derogación de aquellos Códigos, sino únicamente la eliminación de algunos sectores, comparativamente exiguos, del articulado vigente.

5. LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

Lo cierto es que aquella obra legislativa concentrada entre 1930 y 1942 fue, en su estrato profundo, el producto de la doctrina jurídica italiana estatalista y autoritaria, pero de matriz liberal, a la que nos hemos referido en páginas anteriores de este ensayo, surgida y desarrollada desde fines del siglo XIX; de manera que cuando en 1948 el viejo Estatuto Albertino es sustituido por la Constitución de la República, portadora de una serie de innovaciones democráticas, no tiene lugar ningún cataclismo legislativo, sino un período de transición, durante el cual las fuerzas conservadoras del nuevo escenario político retardan por varios años la actualización de los dos principales órganos innovadores creados en dicha Constitución (la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Magistratura); y posteriormente, cuando dichos órganos empiezan a operar, un proceso de paulatina acomodación a los principios constitucionales de parte de la legislación ordinaria, bajo el mandato de la flamante Corte Constitucional; proceso en el que participa polémicamente la clase jurídica desde el parlamento y el gobierno, el foro, la magistratura y la escuela.

En los años siguientes a la terminación de la guerra, Italia emprende el camino de la reconstrucción

económica y, junto con otros países, participa en la fundación (Roma, 1957-1962) de la que hoy es la Unión Europea. En ese tiempo, aunque, repito, no se produjera un cambio masivo de la legislación, se sintió la necesidad de trabajos profundos y de largo aliento que determinarían los diversos grados de compatibilidad entre los principios de la nueva Constitución y todos aquellos códigos que cronológicamente la precedieron; y que sobre esa nueva plataforma, de creciente predominio constitucional dentro del sistema normativo, pusieran las bases para la recepción de la nueva disciplina relacionada con el crecimiento del proceso de la Comunidad Europea, en sus diferentes etapas.

Se abre así un período en que la producción jurídica de los italianos se coloca entre las primeras de Europa, en calidad y cantidad.

A los grandes tratados colectivos de Derecho Civil dirigidos respectivamente por D'Amelio y Finzi y por Filippo Vassalli, que acompañaron al Código Civil de 1942, se agregarán el *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu y Messineo; el gigantesco *Commentario al Codice Civile* dirigido por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca; el *Manuale di diritto civile e commerciale* de Francesco Messineo; el *Sistema* de Domenico Barbero; y las obras de Allara, Pugliatti, Maroi, Funaioli, Cariota Ferrara, Stolfi, Pietro Rescigno, Santoro-Passarelli, Rubino, Falzea, Trimarchi, Nicolò, Giorgianni, Scognamiglio, Torrente, Schlesinger, Rodotà, etc.

En Derecho Penal y Procesal Penal, a los tratados de Manzini se agregan los tratados, monografías y manuales institucionales de Leone, Altavilla, Delitala, Bettiol, Ranieri, Antolisei, Pannain, Santoro, Pisapia, Giuliano Vassalli, Nuvolone, Pagliaro, Conso, Bricola, Mantovani, Baratta, Fiandaca, Marinucci, Gallo, Sgubbi, Grosso, Padovani, Cordero, Musco, etc.

En Derecho Procesal Civil se publican sendos Comentarios de Satta, D'Onoffrio y Andrioli, y multitud de Tratados, manuales institucionales y monografías de Zanzucchi, Hugo Rocco, Liebman, Allorio, Jaeger, Micheli, Furno, Cappelletti, Garbagnati, Carnacini, Fazzalari, Denti, Verde, Proto Pisani, Costantino, Nicola Picardi, Taruffo, etc.

En Derecho Comercial recordemos los nombres de Ascarelli, Greco, Ferrara jr., Auletta, Valeri, Antigono Donati, Casanova, Franceschelli, De Gregorio, Graziani, Manara, Bigiavi, Ferri, Pavone La Rosa, Minervini, etc.

En Derecho Público interno tendremos a Balladore Pallieri, Alessi, Virga, Mortati, Pergolesi, Abbamonte, Massimo Severo Giannini, Paladin, Biscaretti di Ruffia, Cereti, Bachelet, Crisafulli, Silvio Lessona, Guarino, Paolo Barile, Nigro, Galleotti, La Pergola, Amato, Sabino Cassese, Pizzorusso, Rescigno, Gianni Ferrara, D'Albergo, etc.

En Derecho Internacional están en este período las obras de Giuseppe Barile, Perassi, Conforti, Giuliano, Sperduti, Ago, Quadri, Monaco, Morelli, Ziccardi, Gaetano Arangio Ruiz, Capotorti, D'Amato, Scovazzi, Picone, Edoardo Vitta, Villani, Lamberti, Antonio Cassese, Marchisio, etc.

En la Filosofía del Derecho posterior a Del Vecchio,

Capograssi, Cicala y Cesarini Sforza están los nombres de Passerin D'Entreves, Cammarata, Battaglia, Pasini, Bobbio, Palazzolo, Calogero, Piovani, Frosini, Paresce, Caiani, Opocher, Corradini, Cerroni, Barcellona, Scarpelli, Bagolini, Mercadante, Cotturri, Ferrajoli, Resta, etc.

Y podría continuar enumerando decenas de otros tratadistas que se ocuparon del Derecho del Trabajo, del Derecho histórico (romano e intermedio), del Derecho Financiero y Tributario, de la Sociología del Derecho, de la Criminología, del Derecho Agrario, del Derecho Urbanístico, del Derecho de las Comunicaciones, del Derecho del Ambiente, etc., pero me parece que con lo anterior podemos darnos una idea del grado de desarrollo alcanzado por el pensamiento jurídico a partir de la década de los cincuenta.

6. NACE LA ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

Es precisamente en esa década de los 50 cuando se pone en marcha el proyecto de crear una obra colectiva de grandes proporciones, concebida por el catedrático de historia del Derecho medieval profesor Francesco Calasso, de la Universidad de Roma, y el editor Doctor Antonino Giuffrè, quienes fueron pronto secundados por un grupo de prestigiosos académicos.

A las primeras conversaciones sostenidas entre Calasso y Giuffrè en 1953, siguió la constitución del directorio científico de la obra en 1955, formado por el propio profesor Calasso como coordinador general, el filósofo Giuseppe Capograssi (reemplazado, ante su prematuro fallecimiento, por el profesor Enrico Opocher); el comercialista Tullio Ascarelli; los civilistas Rosario Nicoló, Francesco Santoro Passarelli y Salvatore Pugliatti; el procesalista Salvatore Satta; el constitucionalista Carlo Esposito; el tributarista Achille Donato Giannini y el administrativo Máximo Severo Giannini; los penalistas Giacomo Delitala y Giuliano Vassalli; el canonista Pietro Agostino D'Avack y el internacionalista Gaetano Morelli; todos ellos catedráticos y directores de instituto en la Universidad de Roma, salvo Pugliatti (que siempre perteneció a Messina) y Satta (que entonces estaba en Genova, aunque pronto pasaría también él a Roma).

El fruto del trabajo de este grupo de académicos, y de los numerosos tratadistas que se asociaron gradualmente a la obra, permitió que en 1958 aparecieran en forma simultánea los tres primeros volúmenes de la 'Enciclopedia del diritto', que abarcan desde la voz 'Abbandono' hasta la voz 'attentato'; en 1959 aparecieron los volúmenes cuarto y quinto y así, sacando casi siempre dos volúmenes al año, al terminar 1964 habían sido publicados trece volúmenes; al terminar 1986 ya la obra contaba con treinta y cinco; y entre 1987 y 1993 aparecieron los once restantes, con lo que se completaba (con la voz 'zucchero': azúcar) el elenco de las voces seleccionadas por los coordinadores.

De esa manera la Enciclopedia había alcanzado sus cuarenta y seis volúmenes básicos en 1993:

treinta y cinco años después de que aparecieran aquellos tres primeros. Y tantas cosas habían cambiado en el mundo durante ese tiempo: pronto, en los años 60, habían desaparecido Capograssi, Calasso, Ascarelli y el editor Giuffrè; en los 70 también faltarían Achille Donato Giannini, Salvatore Satta y Carlo Esposito; pero otros maestros tomaban el relevo: Gian Antonio Micheli se encargaría del Derecho Tributario; Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, Livio Paladín, y después Leopoldo Elia y Sabino Cassese, junto a Máximo Severo Giannini continuarían coordinando el Derecho Público; Virgilio Andrioli y Elio Fazzalari el Derecho Procesal Civil; Giuseppe Ferri y Dante Gaeta el Derecho Comercial y de la Navegación; Giovanni Conso el Derecho Procesal Penal; Andrea Torrente (prematuamente desaparecido) y Angelo Falzea reemplazarían a Pugliatti y Nicolò en el Derecho Civil; Mario Talamanca asumiría la sección de Derecho romano; y Paolo Grossi sucedería a Calasso en el Derecho intermedio; mientras que Francesco Mercadante sucedería a Opocher en la Filosofía del derecho; Piero Gismondi y Sergio Laricia reemplazarían a D'Avack en Derecho canónico y eclesiástico; y Augusto Fantozzi y Andrea Fedele se harían cargo del Derecho tributario, sucediendo a su maestro Gian Antonio Micheli.

Dije al principio que se trataba de una obra de grandes proporciones, y creo que podemos decir que la Enciclopedia lo es en muchos aspectos:

i) por su mole, dado que se trata de cincuenta y cuatro tomos con un promedio de más de mil páginas por tomo, hasta sumar sesenta mil páginas a doble columna: si no me equivoco, se trata de la obra jurídica más vasta que se haya escrito nunca;

ii) por su calidad, puesto que en ella colaboraron mil setecientos quince especialistas, de los que estaban más de cien entre los catedráticos, jueces y abogados más importantes de Italia;

iii) por el esfuerzo colectivo en el plano científico, sostenido a través de tres generaciones de juristas que, como atletas olímpicos, después de escribir los ensayos y monografías de su incumbencia, van pasando el testigo a los que les siguen hasta la finalización de la obra común;

iv) por el esfuerzo de organización y coordinación científica, también mantenido a través de generaciones, puesto que fue necesario sostener, en lo académico, la dirección de las diferentes secciones, la redacción y la coordinación general, y

v) por el esfuerzo editorial, administrativo y financiero, liderado primero por el fundador Antonino Giuffrè, y después por sus herederos.

Claro que la Enciclopedia no pretendió ser, ni fue ideológicamente unitaria. En el arco de tiempo que duró su producción, podemos observar que la coordinación de las diversas secciones de la obra presenta continuidades y rupturas ideológicas: de modo que, mientras la presencia de Micheli significó un cambio radical respecto de la concepción de Achille Donato Giannini en el Derecho Tributario; Andrioli y Fazzalari marcaban ostensibles distancias con respecto a Salvatore Satta en el Derecho procesal civil; y Máximo Severo Giannini hacia lo propio

con respecto a Esposito y Crisafulli en el Derecho público; por el contrario, creemos que la presencia de Fedele y Fantozzi significó la continuación de la línea de Micheli en el Derecho tributario; y la de Sabino Cassese la continuidad del particular enfoque de su maestro Giannini en el Derecho Administrativo, etc. Pero lo que sí fue un objetivo de la obra, plenamente logrado, fue la gran calidad de los trabajos que la integran.

Ahora bien, como el tiempo transcurrido había traído cambios e innovaciones también en el sistema normativo, así como nuevas concepciones e interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia, debidos en gran medida al desarrollo de los principios constitucionales: era preciso emprender la difícil y delicada tarea de actualizar la Enciclopedia, para seguir ofreciendo al lector un pensamiento representativo de las problemáticas vigentes. De modo que a partir de 1997 y hasta el 2002, y bajo la dirección del profesor Angelo Falzea y la codirección del profesor Vittorio Sgroi, han visto la luz otros seis tomos de *aggiornamento*, cada uno de ellos ordenado de la A a la Z.

En suma, la Enciclopedia del Diritto, con sus cincuenta y cuatro tomos y sus más de sesenta mil páginas de texto y notas, con sus cuatro mil setenta y seis 'voces', suscritas por mil setecientos quince especialistas, es a la vez un monumento a la doctrina jurídica de los italianos y un testimonio elocuente de su capacidad de renovación. Al punto de que me resulta muy difícil imaginar un tema jurídico, antiguo o moderno, general o particular, que no esté cubierto en la obra, y cuyo tratamiento no responda a los enfoques y análisis más rigurosos y actuales, incluyendo una referencia a sus fuentes normativas y a la más completa bibliografía sobre la materia. Las voces están representadas en sendos ensayos, los cuales, en muchísimos casos, asumen las dimensiones y el carácter de exhaustivas monografías que, si fueran publicadas en un formato convencional, serían libros de entre trescientas y seiscientas páginas.

Y quiero entonces terminar estos comentarios invocando, a título de ejemplos, algunas entre las muchas voces de la Enciclopedia que podríamos escoger:

1) La voz 'Contrato' (en general), escrita por el profesor Francesco Messineo, de la Universidad de Milán, refleja la erudición, la madurez, la agudeza de pensamiento y el poder de síntesis de su autor, sin duda uno de los grandes privatistas del siglo XX, a quien debemos aquella temprana 'Doctrina general del contrato' (dos volúmenes) y aquel magnífico 'Manual de Derecho Civil y Comercial' (ocho volúmenes), ambos publicados en español por Ejea de Buenos Aires, y tantas otras obras.

En esta 'voz' Messineo aborda sistemáticamente los grandes temas de la teoría contractual general en una visión perfeccionada de sus propias concepciones anteriores, incluyendo una nueva presentación de su clasificación de los contratos desde el punto de vista de su función económica, que es original y altamente esclarecedora. Pero además trata, en sendas voces complementarias, los temas 'con-

trato conexo', 'contrato consigo mismo', 'contrato derivado (subcontrato)', 'contrato innominado', 'contrato irregular (de hecho) o con efecto irregular', 'contrato en relación con un tercero', 'contrato normativo', 'contrato-tipo', 'contrato por cuenta del verdadero interesado', 'contrato plurilateral', 'contrato asociativo', 'contrato preliminar', 'contrato preparatorio' y 'contrato de coordinación'.

2) La voz 'Compraventa (Derecho romano)', escrita por el Profesor Mario Talamanca, director del Instituto de Derecho romano de la Universidad 'La Sapienza' (Roma I), y autor de excelentes manuales institucionales y monografías en la materia (como sus trabajos sobre las obligaciones o sobre el proceso romano), constituye otro ejemplo de tratamiento sistemático exhaustivo del contrato de referencia, a través de veintinueve capítulos que empiezan con una introducción general sobre el origen de los contratos consensuales en Roma, y termina explicando el régimen de la compraventa en el período justinianeo, a través de un desarrollo gradual y prolijo, en el que las explicaciones adicionales y la referencia a la bibliografía y las fuentes romanas se exponen en mil setecientos cuarenta y nueve notas al pie.

En esta monografía, mientras nos ilustramos en relación con la lógica de los juristas romanos en el desenvolvimiento de las reglas y las instituciones de la compraventa, podemos apreciar también el progreso de la investigación y el mayor grado de claridad y precisión conceptual de romanistas actuales como el profesor Talamanca, con respecto a monografías que fueron modelos en su tiempo, como las de Arangio Ruiz, Watson o Philip Meylan.

3) La voz 'Acción (historia del problema)' escrita por el Profesor Riccardo Orestano, de la Universidad 'La Sapienza' (Roma I), representa, en mi criterio (más aún que el trabajo anterior de Alessandro Pekelis sobre el tema) una brillante forma de liquidar el pseudo-problema secular de la 'naturaleza jurídica' de la acción procesal, utilizando para ello los instrumentos epistemológicos e historiológicos más eficaces en la desmitificación del pandectismo y en el dismantelamiento de sus grandes categorías teóricas. Desde una posición en la que se revaloriza el pensamiento procesal de Salvatore Satta (encarnizadamente combatido entonces, inmerecidamente olvidado hoy), Orestano termina su admirable ensayo con una lista de propuestas que reflejan sus originales concepciones e invitan a repensar 'da capo' la doctrina tradicional, para luego poner las bases de una ciencia jurídica integrada y en perspectiva democrática.

4) La voz 'Eficacia Jurídica' escrita por el Profesor Angelo Falzea, de la Universidad de Messina, representa en mi criterio una cumbre del pensamiento europeo continental correspondiente a la primera mitad del siglo XX y aún de los años 60 y 70 de dicho siglo y, a la vez, una muestra de la madurez y el rigor científico de la Escuela de Messina, de la que fueron maestros Salvatore Pugliatti y el propio Falzea, y que tanto ha contribuido en el desarrollo del pensamiento italiano sobre el Derecho.

La voz recoge y sintetiza magistralmente los frutos más refinados de la filosofía, de la teoría y de la

dogmática jurídicas de Alemania, Francia e Italia, y los adereza con los resultados del pensamiento lógico mundial, para proponernos un tratamiento sistemático de los temas de la eficacia y la relevancia jurídicas que, por su valor teórico y didáctico, no tiene paralelo, hasta donde yo conozco, en la doctrina jurídica existente.

5) La voz 'Derecho procesal civil' (Derecho moderno) escrita por el Profesor Nicola Picardi, de la Universidad 'La Sapienza' (Roma I), es un recorrido altamente aleccionador por la historia del proceso y del pensamiento procesal desde el Renacimiento hasta los umbrales del siglo XX, bajo la perspectiva de una contraposición recurrente entre las formas asimétricas y las formas isomórficas del proceso civil, que vemos alternarse al correr de los siglos. Al proceso ágil y sencillo de las efímeras repúblicas italianas de los siglos XII y XIII se va a contraponer el 'proceso común', lento y recargado, heredero de la *extraordinaria cognitio* romana, y patrocinado desde las opuestas direcciones del Imperio y de la Iglesia; y aún la reacción de ésta representada en la Clementina Sepe se verá al cabo anulada por la cultura gremial de los jueces y los abogados, que sólo cederá al empuje renovador (pero también acaparador) del Estado moderno.

Este ensayo del profesor Picardi, que recoge mucho de lo más valioso de su pensamiento, está escrito en la perspectiva liberal en que se han inspirado sus numerosos trabajos de rescate de la cultura procesal civil y de la cultura jurídica en general, emprendidos junto con el Profesor Alessandro Giuliani, ya desaparecido.

6) La voz 'negocio jurídico (doctrinas generales)' del profesor Francesco Galgano, de la Universidad de Bologna, aborda un tema de enorme interés, tanto desde el punto de vista del Derecho privado y de la Teoría general del Derecho, como en la perspectiva epistemológica. Porque, en efecto, al expresar fundadas reservas acerca de la utilización de la categoría del negocio jurídico en la dogmática jurídica italiana en los campos civil y comercial, pone de relieve la distancia, que el jurista debe observar, entre las construcciones lógico-deductivas que arrancan a partir de principios abstractos (y que, si son correctas, podrían inspirar al legislador) y la conceptualización de los datos de un sistema jurídico-positivo concreto. Y de esta manera el autor denuncia la ingenuidad de la doctrina italiana de fines del 800 al querer trasladar mecánicamente al derecho patrio las categorías construidas por los pandectistas alemanes, tal como en efecto lo hicieron, en relación con la figura del negocio jurídico, el propio Vittorio Scialoja y, detrás de él, Francesco Ferrara sr., Nicola Coviello, y muchos otros; y luego la generación de Aurelio Candian, Emilio Betti, Cariota Ferrara, Stolfi, Scognamiglio, etc., a pesar de que, en el interin, el legislador italiano había rehusado positivizar dicha figura, y continuando la línea seguida por los franceses (pero también la tradición romanística), había regulado minuciosamente 'el contrato' y otros actos jurídicos, sin ninguna referencia a la entelequia del negocio.

Me parece que la posición de Galgano es, en este caso, un buen ejemplo, en el campo del derecho privado, de esa recuperación de la autonomía científica de la doctrina italiana, cuyo precursor me parece que fue Messineo, y cuyos representantes (con grandes distancias entre ellos) son Pietro Rescigno, Mirabelli, Natoli, Falzea, Busnelli, Irti, Rodotà, etc.

7) La voz 'Estado', escrita por el profesor Maurizio Fioravanti, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Florencia, constituye un documento imprescindible en un momento como el que vivimos, en que desde muchas partes se cuestiona el papel del Estado en la era de la globalización, y se anuncia su fin.

Después de examinar críticamente los planteamientos más importantes de la doctrina de los últimos cien años (Gierke, Jellinek, Max Weber, Hintze, Orlando, Kelsen, Brunner y otros), el profesor Fioravanti propone reexaminar la tesis tradicional del papel preponderante de las revoluciones francesa y estadounidense en el origen del Estado moderno, y resalta la importancia del papel de los jueces, en cierto modo imperceptible, pero determinante, en el desarrollo político de Gran Bretaña y de los propios Estados Unidos, bajo un paradigma llamado 'Estado-equilibrio'. En el cual se apoya también el politólogo inglés Michael Oakeshott —citado por Fioravanti— para sostener su tesis de una contraposición entre 'asociación de empresa' (*universitas*) y 'condición civil' (*societas*) como dos tendencias de la conducta humana que concurren y se suceden para determinar la prevalencia (nunca definitiva) de una situación de autoritarismo o de liberalidad democrática en la vida del Estado.

Finalmente nos invita el estudioso florentino a retomar el análisis del Estado moderno (que le parece imprescindible, porque no se puede eludir el estudio "...de la especificidad histórica de una dimensión moderna de lo político.. " como es, precisamente, el Estado de hoy), pero recomienda que lo hagamos a la luz de (a) la relación 'política-economía', de (b) el problema de los 'valores políticos' y de (c) la cuestión del 'Estado de Derecho'.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- Pietro Barcellona: *Diritto privato e processo economico*; Jovene, Nápoles, 1977
- Norberto Bobbio: *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Bari, 1977
- Norberto Bobbio: *Profilo ideologico del Novecento italiano*, Einaudi, Turin, 1986
- Sabino Cassese: *Cultura e politica del diritto amministrativo*; Il Mulino, Bologna, 1971.
- Enzo Cheli: *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- Benedetto Croce: *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*; Laterza, Bari, 1970
- Angelo Falzea: *Efficacia giuridica* en la Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milán, 1965; Tomo XIV, págs. 432 y ss
- Luigi Ferrajoli: *Scienze giuridiche* en Corrado Stajano (ed). *La cultura italiana del Novecento*; Laterza, Bari, 1998, pag. 559 y ss.
- Luigi Ferrajoli: *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Statu nazionale*; Anabasi, Milán, 1995
- Francesco Ferrara: *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, en 'Scritti giuridici', Giuffrè, Milán, 1954; Tomo III, pag. 273 y ss.

Maurizio Fioravanti: *Stato (storia)* en Enciclopedia cit., 1990, Tomo XLIII, págs. 708 y ss.
 Maurizio Fioravanti: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*; Trotta, Madrid, 1996.
 Francesco Galgano: *Le istituzioni dell'economia capitalistica*; Zanichelli, Bologna, 1974.
 Francesco Galgano: *Negoziio giuridico (dottrine generali)* en Enciclopedia cit., 1977, Tomo XXVII, págs. 932 y ss.
 Francesco Galgano: *Il diritto privato tra codice e Costituzione*; Zanichelli, Bologna, 1980.
 Paolo Grossi: *Diritto medievale e moderno* en Enciclopedia cit.; Aggiornamento, 2002; Tomo VI, págs. 1160 y ss.
 E. J. Hobsbawm: *Las revoluciones burguesas*; Guadarrama, Madrid, 1963.
 Natalino Irti: *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*; Giuffrè, Milán, 1984.
 D. Mack Smith: *Il Risorgimento italiano*; Laterza, Bari, 1976.
 Aldo Mazzacane: *Pandettistica* en Enciclopedia cit., 1981, Tomo XXI, págs. 592 y ss.
 Francesco Messineo: *Contratto (dottrine generali)* en la Enciclopedia cit., 1962, Tomos X y XI.
 Indro Montanelli: *Storia d'Italia* (Vol. XXVI-XXIX); Rizzoli, Milán, 1976.
 Costantino Mortati: *Costituzione dello Stato*, en la Enciclopedia cit., 1962, Tomo XI, pag. 139 y ss.
 Lorenzo Mossa: *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX*; Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

Cesare Mozzarelli-Stefano Nespor: *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*; Marsilio, Venecia, 1981.
 Vittorio Emanuele Orlando: *Principii di diritto costituzionale*; Barbèra, Florencia, 1909.
 Nicola Picardi: *Processo civile (diritto moderno)* en la Enciclopedia cit., 1987, Tomo XXXVI, pag. 101 y ss.
 Giuliano Procacci: *Storia degli italiani*; Laterza, Bari, 1969.
 Stefano Rodotà: *Il terribile diritto*; Il Mulino, Bologna, 1981.
 Raffaele Romanelli (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Donzelli, Roma, 1995.
 Luigi Salvatorelli: *Sommario della storia d'Italia*; Einaudi, Turin, 1950.
 Giuseppe Salvio: *Storia del diritto italiano*; Utet, Turin, 1921.
 Aldo Schiavone (ed.): *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*; Laterza, Roma-Bari, 1990.
 Gioele Solan: *Filosofía del derecho privado*; Depalma, Buenos Aires, 1946.
 Giovanni Tarello: *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, 1975, Volumen V.
 Giovanni Tarello: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*; Il Mulino, Bologna, 1976.
 Franz Wieacker: *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*; Aguilar, Madrid, 1957.

EL DESGOBIERNO JUDICIAL

Alejandro Nieto EL DESGOBIERNO JUDICIAL

Una denuncia de la falta de
independencia del Poder Judicial
y la ineficacia real de la
Administración de Justicia

Del autor de *Balada de la Justicia y de la Ley*
y *Las limitaciones del conocimiento jurídico*

FUNDACIÓN ALFONSO MARTÍN ESCUDERO
EDITORIAL TROTTA

www.trotta.es · Ferraz, 55 · 28008 Madrid · 00 (34) 91 543 03 61

La sociedad anónima europea

Enrique SANJUAN Y MUÑOZ

INTRODUCCION

El 8 de octubre de 2004 entró en vigor el Reglamento CE 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea¹. Dicho Reglamento se une indiscutiblemente a la Directiva 2001/86 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores², de tal forma que sus disposiciones constituyen un complemento indisoluble al Reglamento y deben aplicarse concomitantemente³. Consecuencia de dicha entrada en vigor y de la naturaleza del propio Reglamento y de la Directiva, el Consejo de Ministros de 22 de octubre de 2004 recibe el informe del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley sobre Sociedades Anónimas europeas domiciliadas en España que pretende la modificación del Texto de Sociedades Anónimas y la adaptación de dicha Directiva que debió hacerse igualmente en la misma fecha de entrada en vigor del Reglamento.

El nuevo texto de Sociedad Anónima Europea (SE) se enmarca dentro de las pretensiones comunitarias recogidas en el Libro Blanco de la Comisión sobre la conclusión del mercado interior, aprobado por el Consejo Europeo de Milán en junio de 1985 y de la declaración de intenciones del Consejo de Bruselas de 1987 y dentro de la armonización e integración económica de los Estados miembros del que son ejemplos las Directivas societarias que desde 1968 se han venido dictando en la materia⁴. No incluye, sin embargo, el derecho referido a propiedad intelectual, derecho concursal y derecho de la competencia por lo que igualmente su estatuto deberá completarse con la normativa comunitaria y estatal propia⁵.

El origen de la actual SE se encuentra en la propuesta de Reglamento de la Comisión de 1970 introducida dentro del Memorándum de Colonia de ese mismo año pero según García Riestra⁶ sus antecedentes se remontan al profesor Sanders y concretamente en su discurso en el Instituto Superior de Ciencias Económicas de Róterdam en 1959.

Al proyecto de 1970 le sigue otra de 1975 y una más de 1989 (con informe favorable del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social). Esta última se estructura sobre la base de un Reglamento que regule el estatuto de la Sociedad Europea y una Directiva, más flexible por lo tanto, que complete dicho estatuto en cuanto a la participación de los trabajadores. De esta iniciativa surgirá el texto aprobado en fecha de 20 de diciembre de 2000, no sin una larga discusión y dilación en el tiempo que llevó a la modificación de algunos de los preceptos de dichos textos y a una posterior discusión por la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior que, aunque aprobada por el Parlamento Europeo en fecha de 4 de septiembre de 2001, no fue tomada en cuenta por el Consejo quien le dio su aprobación definitiva en 8 de octubre de 2001.

UNA VISION GENERAL

La normativa que estamos estudiando permite la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea evitando los obstáculos y disparidad en la normativa de cada Estado miembro. El régimen jurídico de la misma permite la constitución a partir de diferentes sociedades de Estados miembros que se fusionen o creen una sociedad holding, e incluso la posibilidad de crear filiales comunes. Igualmente se permite la transformación sin pasar por disolución, de sociedades estatales.

Su capital social no podrá ser inferior a 120.000 euros y estará dividido en acciones, debiendo tener su domicilio social dentro de un Estado miembro.

El régimen aplicable parte de la igualdad de trato (art. 10) respecto de las sociedades anónimas de los diferentes Estados miembros y deberán inscribirse en dicho Estado sin perjuicio de la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (art. 14).

En su estructura se distingue la Junta General de accionistas y bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual) o bien un órgano de administración (sistema monista) permitiendo optar en función de los Estatutos.

En España el régimen aplicable respecto de creación de sociedades europeas por fusión sólo se contempla para la sociedad anónima, mientras que para la creación del holding es posible a través de la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada. Los sistemas de creación de SE son el holding, la fusión, la filial y la transformación.

El informe de Anteproyecto presentado al Consejo de Ministros recoge tanto el sistema monista (tradicional en España) como el sistema dual (innovación en nuestro derecho) y parte de la

¹ DOCE 294/2001, de 10 de noviembre.

² DOCE 294/2001, de 10 de noviembre.

³ Vid Considerando 20 del Reglamento.

⁴ Primera Directiva número 68/151/CE sobre publicidad, validez de acuerdos y nulidad de sociedades. Segunda Directiva número 77/91/CE; Tercera Directiva número 78/855/CEE; Cuarta Directiva número 78/660/CEE; Sexta Directiva 82/891/CEE; Séptima Directiva número 83/349/CEE; Octava Directiva número 84/253/CEE; Duodécima Directiva número 89/667/CEE.

⁵ Vid Considerando 20 del Reglamento

⁶ Manuel García Riestra. La Sociedad Anónima Europea. Número 4-2002 Instituto de Estudios Europeos Documentos de Trabajo.

distinción normativa en materia laboral y societaria manteniendo la división al respecto de los citados ministerios pero colaborando estrechamente entre ellos. El Sistema se estructura esencialmente a partir de la modificación del TR de Sociedades Anónimas 1564/1989.

DISPOSICIONES GENERALES. LA SOCIETAS EUROPAEA

Los artículos 1 a 14 del Reglamento SE recogen el apartado referido a "disposiciones generales" de dicha Sociedad y parte de lo afirmado en el considerando número 13 de ser el régimen que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea.

Se trata de una sociedad típicamente capitalista con su capital dividido en acciones y con el límite de responsabilidad de cada accionista respecto del capital que haya suscrito. Tiene personalidad jurídica propia y su régimen y estatuto vendrá determinado por:

1º La aplicación del Reglamento Comunitario.

2º La normativa estatal en cuanto aquello no regulado o que se remita al propio reglamento.

3º Las particularidades que en virtud del Reglamento Comunitario pueden los Estados determinar en algunos aspectos.

El artículo 10 RSE viene a recoger el tratamiento igualitario, sin perjuicio de las disposiciones del propio Reglamento, en cuanto a Sociedades Europeas y Sociedades Estatales.

El sistema de registro se determina en el artículo 12 y para ello configura como un registro conforme a la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social⁷ pero que al mismo tiempo se conjuga, a nivel informativo, con la obligación (ex art. 14) de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Si el registro se produce en un Estado por traslado del domicilio social de otro Estado miembro será necesario presentar un certificado del cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 8 expedido por el notario o autoridad competente.

En líneas generales el régimen legal aplicable obedece a los siguientes (art. 9):

a) Por lo dispuesto en el Reglamento; salvo lo dispuesto en el mismo, la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social (art. 15).

El mantenimiento y modificaciones, acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, estarán regulados por las disposiciones que se aplicarían a una

sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE (art. 5).

b) Cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE.

c) Respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento:

i) *por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE;*

ii) *por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social.*

iii) *por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social.*

2. Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I.

3. Si el carácter de la actividad que desarrolle una SE estuviere regulado por disposiciones específicas de leyes nacionales, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SE.

Se fija como capital mínimo suscrito el de 120.000 euros y por lo tanto en una cuantía importante muy superior a los 60.000 euros de España pero incluso superior a los países del entorno europeo. Como excepción al sistema se prevé (art. 4.3) que la legislación del Estado del domicilio social fije, para determinadas actividades, un capital suscrito superior, a cuyos efectos este será el límite aplicable. Esto puede producir un efecto "delaware" que es precisamente el que se pretende evitar con la armonización en la materia. La existencia de menor obligación o de menor capital a efectos de su constitución puede llevarnos a que las sociedades pretendan la aplicación de dicho régimen, más flexible, de unos Estados respecto de otros.

La denominación social deberá incorporar las siglas "SE" aunque se respetan aquellas sociedades que ya lo tuvieran, siempre que estuvieran registradas, antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento.

Es importante atender también al régimen de domicilio social que se recoge en los artículos 7 y 8 del Reglamento. El primero porque establece la obligación de que dicho domicilio social esté en el mismo Estado miembro que la administración central de la SE. Incluso la normativa Estatal puede obligar a que no sólo se refiera al Estado sino que el domicilio coincida en lugar con el de la administración central. Esta obligación puede ser interesante si definitivamente se recoge en los diferentes Estados por la certeza en la localización de dichas sociedades respecto de cualquier efecto que su

⁷ Vid artículo 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros y las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado de la Unión Europea, para proteger los intereses de los socios y de terceros

actividad pueda generar y por el interés no sólo societario sino de la Unión Europea en general que dichas entidades suscitan de hecho.

CONSTITUCION

La constitución de la Sociedad Anónima Europea obedece a diferentes sistemas:

- a) Fusión.
- b) Holding.
- c) Filial Común.
- d) Transformación.
- e) Filial de Sociedad Anónima Europea.

A) Fusión

La constitución por fusión no se predica de todas las sociedades de los Estados miembros sino que está limitada a lo previsto en el artículo 2.1 del RSE:

1. En primer lugar que estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

2. Que con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución tenga su domicilio social y su administración central en la Comunidad.

3. Siempre que al menos dos de las que se fusionen (pueden ser más) estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes.

4. Que sean de las señaladas en el Anexo I del Reglamento: Para España esta posibilidad está limitada a la Sociedad Anónima española; en Francia será igualmente sólo la société anonyme; en Reino Unido es posible para las "public companies limited by shares" y para las "public companies limited by guarantee having a share capital"; En Alemania, por citar otro ejemplo, será exclusivamente para la "die Aktiengesellschaft".

La constitución por fusión deberá hacerse en cualquiera de las formas que permite la Tercera Directiva 78/855/CEE, si bien en las materias no reguladas en el Reglamento deberá atenderse a las disposiciones de los Estados miembros en adaptación de dicha directiva. En cualquier caso el régimen será:

a) Bien con arreglo al procedimiento de *fusión por absorción* de conformidad con el apartado 1 del artículo 3 de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

b) Bien con arreglo al procedimiento de *fusión por constitución* de una nueva sociedad, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 de la mencionada Directiva.

El resultado de dicha constitución será una Sociedad Anónima Europea. Los trámites previos a la fusión deberán acreditarse mediante una certificación emitida por la autoridad designada por cada Estado (notario, registrador, etc.) y el Estado podrá condicionar la fusión a la obtención de dicho certificado que lo que hace es señalar que se han cumplido

los trámites exigidos por el RSA y por la citada Directiva y derecho interno de cada Estado.

La oposición a dicha fusión por la autoridad designada conllevará la posibilidad de oposición por vía judicial cuya competencia vendrá atribuida a los Juzgados de lo Mercantil de conformidad al artículo 86 ter. 2.1º de la LOPJ.

El control de la legalidad de la fusión obedece por tanto a un sistema de control interno de cada una de las autoridades del Estado de la sociedad que se fusiona y un control de las autoridades del Estado domicilio de la sociedad europea.

Existe una posibilidad de procedimiento abreviado de fusión por absorción para los supuestos de sociedades que tengan acciones y demás títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad y cuando la sociedad posea el 90% o más, pero no la totalidad de las acciones o títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad en los que se limitan los trámites de publicidad y control (art. 31).

B) Creación de una Sociedad Europea Holding

La Sociedad Europea Holding está limitada para los supuestos del Anexo II del Reglamento y por tanto a las sociedades estatales señaladas por el Estado miembro, que en el caso de España se extiende a Sociedad Anónima y Sociedad de responsabilidad limitada. En Italia, por citar un ejemplo, se extiende a la società per azioni y a la società a responsabilità limitata.

Son requisitos para la constitución:

1. Que se trate de sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

2. Que tengan su domicilio social y administración central en la Comunidad.

3. Que estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes.

En estos supuestos las sociedades que constituyen la sociedad anónima europea siguen manteniendo su personalidad jurídica independiente de la sociedad anónima europea, aunque transmiten sus acciones a la nueva sociedad europea.

Es importante señalar que los Estados miembros podrán establecer medidas, en sus respectivos ordenamientos, que protejan a los accionistas minoritarios que se opongan a la operación, acreedores y de los trabajadores.

El problema que puede plantear la constitución mediante este sistema es el funcionamiento interno de estos grupos (agrupaciones económicas) que no está regulado en la norma y que por tanto habrá de realizarse conforme al derecho interno del Estado miembro en donde tenga su domicilio social la Sociedad Europea Holding.⁸

⁸ En el mismo sentido se pronuncian Schulz Andreas, "The European Company Statute-the German view", Intertax, Volumen 29 número 10, Kluwer Internacional, 2001, pág. 335; y Manuel

C) La Sociedad Europea Filial

Esta constitución es mucho más amplia respecto de las sociedades de los Estados miembros que pueden constituirse. Se ampara en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea y se amplía por tanto a sociedades civiles y mercantiles, de derecho público o privado y cooperativas. Los requisitos que deben cumplir son:

1. Estar sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros al menos dos de ellas o
2. que tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro, desde, por lo menos, dos años antes.

Es el derecho interno del Estado miembro el que determinará y regulará la participación de dichas sociedades en la SE Filial.

D) Transformación en Sociedad Anónima Europea

Una sociedad anónima podrá transformarse en Sociedad Anónima Europea siempre que haya sido constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y tenga domicilio social y administración central en la Comunidad. Además se requiere que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

Se trata de una transformación y por tanto no produce ni la creación ni la disolución de una nueva persona jurídica, manteniendo la que tenía, sin perjuicio del registro correspondiente. Tampoco podrá trasladarse, en el momento de su constitución, el domicilio de dicha sociedad que seguirá siendo el mismo. Es posible, no obstante, un traslado posterior cumpliendo los requisitos del artículo 8 del Reglamento.

Los estados miembros podrán condicionar dicha transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores.

E) Constitución de una filial Sociedad Europea por una Sociedad Anónima Europea

Conforme al artículo 3.2 del Reglamento, cada Sociedad Europea puede constituir una o más filiales en forma de SE y si el Estado en donde se constituye impide que se constituya con un solo miembro no se aplicarán dichas disposiciones.⁹

García Riestra. "La Sociedad Anónima Europea" Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos, número 4 de 2002.

⁹ Vid en este sentido la Duodécima Directiva 89/667/CEE, en materia de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

ESTRUCTURA

Ya hemos avanzado que el RSE adopta un posible doble régimen en la estructura y órganos de la Sociedad Anónima. El sistema monista unifica los órganos de dirección y control (a salvo de la Junta General) y el sistema dualista pretende la separación de dichas funciones inspiradas en el sistema Germánico de la "*die Aktiengesellschaft*". Si bien en principio parece mejor, por ser de menor coste, un sistema monista, lo cierto es que el sistema dualista (que también ha adoptado Francia permitiendo cualquiera de los dos regímenes) garantiza mejor el funcionamiento de dichas sociedades partiendo de que la Sociedad Anónima Europea se configura como una macro-empresa cuyos intereses van más allá de los propios de la sociedad y de los socios y afectan o pueden afectar a los acreedores, a terceros e incluso a la propia sociedad del ámbito territorial en donde opere.

La estructura de la SE distingue:

- a) Una Junta General de accionistas.
- b) Un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), o bien un órgano de administración (sistema monista) según la opción que se haya adoptado en los estatutos.

Esta remisión a estatutos de la sociedad lleva en la práctica a la adaptación de los diferentes sistemas de los Estados Miembros a la doble posibilidad de estructura de control y administración y en ese sentido se pronuncia el informe al anteproyecto del ministro de Justicia al que hemos hecho referencia al principio de nuestra exposición.

A) Sistema dual

El órgano de dirección estará formado por los miembros que designe el órgano de control pudiendo la legislación del Estado miembro identificar uno o varios miembros como responsables conforme a los estatutos de la sociedad. Es incompatible ejercer la función de órgano de control y de dirección. El número máximo y mínimo de miembros parte de la legislación estatal y de lo fijado en los estatutos.

Este órgano es el encargado de la gestión de la SE.

El órgano de control tiene como esenciales funciones la del nombramiento de los miembros del órgano de dirección y del control de la gestión encomendada a dicho órgano, sin que pueda por sí mismo ejercer funciones de gestión. Corresponde a la Junta General el nombramiento de los miembros del órgano de control¹⁰. El número de miembros se determina en la misma forma que el órgano de dirección. Este elige entre sus miembros un presidente salvo que la mitad de sus miembros hayan sido designados por los trabaja-

¹⁰ La formación de los primeros miembros del órgano de control en caso de constitución de SE se hará en los estatutos.

dores, en cuyo caso lo designará la junta de accionistas.

B) Sistema monista

Es el tradicionalmente conocido en España y parte de su nombramiento por la Junta General o en los Estatutos para el caso de la primera designación. El nombramiento de presidente se hace en la misma forma prevista que para el órgano de control del sistema dualista.

Tanto en este como en los otros órganos del sistema dualista el período de nombramiento no podrá exceder de seis años y será conforme a lo previsto en los estatutos que podrán limitar a un número menor de años dicho mandato.

Para el régimen de acuerdos de cualquiera de los órganos se atenderá a lo que señala el Reglamento (cuando establezca particularidades como en el caso de constitución de filiales), a los estatutos (en caso de que así lo recojan) y a las normas previstas en el artículo 50 de dicho Reglamento.

La responsabilidad de los diferentes miembros de todos los órganos se fija en el artículo 51 del Reglamento partiendo de las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas. En España el conocimiento corresponde a los Juzgados mercantiles.

C) La Junta General de Accionistas

Está formada por todos los accionistas y podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, el órgano de control, o cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE.

Corresponde a la Junta General:

A) Las competencias atribuidas por el Reglamento.

B) Las competencias atribuidas por la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social en aplicación de la Directiva 2001/86/CE.

C) Aquellos asuntos que ella misma se confiera competencias conforme a la legislación del Estado miembro de su domicilio y sus estatutos.

CUENTAS ANUALES Y CUENTAS CONSOLIDADAS

El régimen de cuentas anuales se rige por la legislación del Estado miembro en donde tenga su domicilio si bien atendiendo a las particularidades de las Directivas comunitarias, sobre todo respecto de entidades de crédito, financieras y de seguros.¹¹

DISOLUCION, LIQUIDACION, INSOLVENCIA Y SUSPENSION DE PAGOS

El régimen aplicable será la legislación, con algunas matizaciones, del Estado miembro en donde tenga su domicilio la SE. El régimen de transformación en sociedad anónima sujeta al ordenamiento del Estado miembro de su domicilio social es el único que se regula, manteniendo su personalidad jurídica. No recoge el Reglamento la posibilidad de transformación en otra sociedad de otro Estado miembro.

REGIMEN FISCAL

El considerando número 20 del Reglamento establece que "el Derecho Fiscal, el Derecho de la Competencia, el Derecho de propiedad intelectual, y el Derecho concursal, serán aplicables las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho Comunitario". También lo será en los ámbitos no cubiertos por el Reglamento.

Fiscalmente serán aplicables las siguientes:

1. La Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones de sociedades de Estados miembros diferentes.

2. La Directiva 90/435/CEE relativa a evitar la doble imposición en caso de distribución de beneficios entre la matriz y sus filiales situadas en los demás Estados miembros.

3. La Convención de Arbitraje 90/436/CEE para eliminar la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas.

4. La Propuesta de Directiva (una vez aprobada) 98/C 123/07, de 6 de marzo de 1998 a efectos de evitar la imposición de intereses y cánones pagados entre sociedades de un mismo grupo.

5. La normativa fiscal del Estado miembro en donde tenga su domicilio.

LA SOCIEDAD Y LOS TRABAJADORES

Ya hemos avanzado más arriba que el Reglamento del Estatuto de la Sociedad Europea se completa necesariamente con la Directiva 2001/86 de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea. El informe del ministro de Justicia sobre la reforma de la ley de sociedades anónimas para incorporar determinadas normas en función del Reglamento europeo se realiza de forma conjunta con el Ministerio de Trabajo, debido a la separación de cuestiones relativas al Estatuto de la SE y las referidas a información y consulta de los trabajadores. Dicha adaptación debió hacerse como mucho a fecha de 8 de octubre de 2004.

Los mecanismos de referencia de la directiva se refieren a información, consulta, participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima

¹¹ Vid en este sentido las Directivas 2000/12/CE, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de entidades de crédito y a su ejercicio y 91/674/CEE del Consejo de 19 de diciem-

bre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros

Europea y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa.

La citada Directiva pretende (considerando 3) garantizar que el establecimiento de la Sociedad Europea no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas y la armonización de la dispar normativa existente en la mayoría de los Estados miembros.

El artículo 1 del RSE se refiere a esta implicación de los trabajadores en su apartado cuarto remitiéndose a la citada Directiva.

A) Representación

Como órgano de representación de los trabajadores se crea un órgano compuesto por los propios trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores. Dicha elección se hará conforme a la normativa de los Estados miembros. En su seno podrá haber un comité restringido a un máximo de tres miembros cuando la dimensión se justifique. El sistema de elección de este órgano será en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por dichas sociedades, filiales y establecimientos.

B) Información y consulta

El órgano de representación participa en la SE respecto de cuestiones que afecten a ésta, sus filiales o establecimientos. Tiene derecho a ser informado y consultado y a reunirse, al menos, una vez al año con el órgano competente de la SE en referencia a la evolución y perspectivas de las actividades de la SE.

En referencia a medidas que afecten a los intereses de los trabajadores el propio órgano de representación o su comité podrán solicitar reuniones con el órgano de administración o dirección.

Los gastos de funcionamiento del órgano de representación correrán a cargo de la SE dotándolos de recursos financieros y materiales para cumplir adecuadamente su cometido, haciéndose cargo de los gastos de organización de las reuniones y de interpretación, así como de los gastos de alojamiento y viaje de los miembros del órgano de representación y del comité restringido. Incluso se harán cargo de los expertos que decidieran nombrar dicho órgano aunque los Estados podrán limitar su número a uno.

C) Participación

La participación en los órganos de control y de dirección o de administración se realiza distinguiendo dos supuestos:

a) Si la SE se constituye por transformación se seguirán aplicando las mismas normas de participación que en los Estados miembros.

b) En los demás casos los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la SE. Hemos de tener en cuenta que estas disposiciones de referencia se aplicarán:

a. En el caso de SE holding o SE filial cuando la participación orgánica societaria antes de la inscripción afecte al menos al 50% de los trabajadores. En su defecto será decidida por el procedimiento previsto entre la comisión negociadora y los órganos competentes.

b. Si la SE se constituye por fusión y antes de la inscripción se aplicaban una o más formas de participación en alguna de las sociedades participantes que afectase al menos al 25% se aplicarán los índices de referencia. En otro caso se hará igualmente a través de la comisión negociadora.

Esto significa que serán miembros de pleno derecho del órgano de administración incluido el derecho de voto, estableciendo el sistema de cogestión como en el alemán, no pudiéndose inscribir en el Registro Mercantil (en los términos del informe del ministro de Justicia al Anteproyecto) si no consta el acuerdo de implicación.

La participación de los trabajadores se realizará a partir de una Comisión Negociadora formada conforme establece la Directiva que junto a los órganos competentes de las sociedades participantes fijará el sistema de implicación y este régimen será aplicable incluso en los supuestos de una empresa de dimensión comunitaria o de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria por lo que dejarán de ser aplicables las Directivas 94/45/CE y 97/74 que regulan el Comité de Empresa Europeo

A MODO DE CONCLUSION

A partir del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva de implicación de los trabajadores se pone en marcha un nuevo sistema de actuación mercantil armonizador en el seno de la Unión Europea que pretende esencialmente la reestructuración de las Sociedades con amplias posibilidades de actuación transnacional teniendo por cierto un régimen aplicable que garantizará la seguridad jurídica de las operaciones comerciales. Podemos destacar dos aspectos claves de la reforma:

1º Por un lado el “*drapeau européen*” o abanderamiento europeo de estas sociedades para su intermediación en el tráfico comercial sin el necesario obstáculo de las diferentes normativas de los Estados miembros.

2º En segundo lugar y como aspecto potencialmente negativo, la posibilidad de “*forum shopping*” o efecto “*delaware*” que puede generarse a partir de la remisión a las diferentes normativas estatales en numerosos aspectos y los beneficios, seguramente

bien estudiados por los expertos, que pueden generarse a partir de la ubicación de la SE en uno u otros países del ámbito comunitario.

En cualquier caso todos los autores¹² coinciden en el éxito que supone la presente normativa precisamente por el primero de los efectos que hemos destacado, pero que necesitarán, a lo largo del tiempo mejor y más completa adaptación y armonización, hasta conseguir una regulación plenamente comunitaria.

¹² Véanse los estudios de: Francisco Garclmartín Alférez: “El Reglamento de la Sociedad Europea: Una primera lectura” *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, número 217 enero/febrero de 2002, páginas 7 y siguientes; y “El futuro del Derecho de Sociedades en Europa. a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”. *Diario La Ley*, número 5645, de 22 de enero de 2002.

APUNTES*

• Apocalipsis, no

La decisión de la actual mayoría parlamentaria de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo es ciertamente polémica. Es normal que lo sea, y ya, incluso, sólo en el plano jurídico, puesto que introduce en él una innovación de calado, sobre todo simbólico. Pero no hay que engañarse. Lo conflictual del asunto tiene directamente que ver, más allá del derecho, con la circunstancia de que el objeto de la nueva regulación es, no sólo entre nosotros, desde antiguo, materia confesional. Es decir, un territorio del ordenamiento estatal abusivamente colonizado por una confesión religiosa que ha mantenido durante siglos la ocupación excluyente de un espacio central de la vida de relación, imponiendo sus reglas a creyentes y no creyentes, sirviéndose para ello de la *longa manu* del poder —en ese caso, bien poco— civil.

Esta dimensión del problema se hace patente en el peculiar informe *espontáneo* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial. Tanto por su planteamiento, como por el carácter verdaderamente militante —*militar*, casi— de la entrada en escena. Desde Marqués de la Ensenada es algo que se atribuye a la necesidad de defender el propio ámbito de competencias en una cuestión que afecta a derechos fundamentales, y de romper una lanza por ellos. Pero el argumento es bien poco creíble, pues no han faltado ni faltan las ocasiones en que el Consejo debió/pudo implicarse, y con el mismo arrojo, en verdaderas causas de este tipo, y no lo hizo. Y, además, como se verá, en la actitud de fondo del *paper* a examen no brilla, precisamente, una orientación ideal con referencia a valores sólidamente constitucionales.

Para el autor del dictamen, la clave del matrimonio está en la heterosexualidad: “es heterosexual o no es”. Se trata de un rasgo definidor de progenie “biológica, física o anatómica”, que es el que determina la “diversidad y complementariedad de sexos”. Por tanto, con un fundamento objetivo, frente a la “tendencia sexual” en que se cifra la homosexualidad, de raíz marcadamente subjetiva, en cambio, y que, además, conduce a la formación de parejas “estériles, incapaces de reproducirse” y, según la estadística, de efímera duración.

Por si presupuesto natural de tanta raigambre no bastase, el informe acoge un amplio elenco de definiciones debidas a juristas que, de manera inequívoca, piensan la unión matrimonial como formada por un hombre y una mujer. Y, para que nada falte, incorpora el punto de vista, ciertamente *de autori-*

dad, de Carl Schmitt, con su distinción entre “garantías institucionales” y “garantías de las instituciones”.

En consecuencia, no es que la actual mayoría política se enfrente simplemente con una norma legal convencional, siempre susceptible de reforma, sino que su pretensión es la casi diabólica de torcer “la naturaleza de las cosas”, que goza de la expresión más genuina en la institución matrimonial heterosexual universalmente heredada.

La “naturaleza de las cosas” es un viejo lugar conceptual de peregrinación de los buscadores de inmutabilidades. Y fue, en su momento, machacantemente invocada en defensa de instituciones como la esclavitud y la propiedad privada o la segregación racial. A pesar de que, como ha escrito Bulygin, “palabras como ‘propiedad’, ‘posesión’ o ‘matrimonio’ tienen significado tan sólo dentro de un contexto legal determinado(...)”. Preguntarse por algo así como la esencia de la propiedad o del matrimonio sencillamente no tiene sentido”.

Pues, lo cierto es que, según recuerda Garzón Valdés, si “se dice, por ejemplo, reside en la naturaleza del matrimonio que los cónyuges están obligados a llevar vida en común, lo que se quiere decir, o mejor aún, lo único que se dice es que la institución M está constituida por una norma X que impone a los sujetos S1 y S2 una cierta conducta C. Estas instituciones son modelos de conducta que tienen sentido sólo dentro de un determinado sistema normativo”.

Por eso, cuando en discursos como el del Consejo se llama en causa a la naturaleza o a algunos datos naturales, con la pretensión de derivar de éstos la existencia de deberes normativos incuestionables, lo que hay es un uso manipulador del discurso, que encierra una suerte de trampa lógica. Pues de afirmaciones asertivas en es, puestas como premisas, no se pueden deducir consecuencias normativas de *deber ser* que no estaban contenidas en aquéllas.

Si el Consejo, en vez beber en fuentes jurídico-dogmáticas que, es obvio, tienen como punto de partida un cierto ordenamiento, hubiera acudido a otras de carácter histórico o antropológico (de Morgan a Durkheim y Mauss, de Bloch a Lévi-Strauss y Evans-Pritchard), se habría encontrado con algo bien distinto. Por ejemplo, que como se ha escrito, la institución a examen “ya no es la ‘célula de base de la sociedad’, una manifestación de las leyes eternas del Decálogo [sino] un fenómeno esencialmente histórico, variable a través de las épocas y las regiones”. Que, además, registra encarnaciones tan poco edificantes como el burgués matrimonio “de conveniencia”. Heterosexual y monogámico, desde luego, pero concertado por los padres, con la vista puesta en un único fin: conser-

* Esta sección está a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro.

var, aumentar, en lo posible, y transmitir el patrimonio. Forma de convivencia que cubre un largo periodo de la historia de las mejores familias y en la que, en feliz expresión de Fourier, "dos prostituciones valen por una virtud". Se trata, en fin, de ese orden *natural*, bendecido durante siglos por las leyes de la Iglesia y del Estado, en el que el adulterio femenino tenía —comprensiblemente dentro de esa lógica fundada en la propiedad, su verdadera esencia— muy distinta significación jurídica (e incluso *moral*) que el masculino, y en el que se negaba el pan y la sal a los hijos ilegítimos.

En la misma línea, resulta de lo más ilustrativo seguir a Bloch en la descripción de las vicisitudes de la familia, durante la emergencia, desarrollo y descomposición del feudalismo y en su dinámica de elocuente tensión dialéctica con la naciente institución estatal, en un ilustrativo reparto de funciones, que dura siglos. Y vale la pena entrar en contacto con el Lévi-Strauss de *Les structures élémentaires de la parenté*, para saber que el matrimonio no es más que un elemento del régimen de prestaciones que caracterizan las relaciones sociales de la edad arcaica. De donde resulta que los intercambios matrimoniales tienen una, más que *natural*, bien socialmente determinada inserción en un complejo de intercambios más amplio. En el que, ya en sociedades evolucionadas, connotadas por la circulación monetaria y la economía mercantil, juegan un papel relevante el tabú del incesto y las reglas de la exogamia. Y esto, como dice el autor, "no ciertamente porque el matrimonio consanguíneo se vea amenazado por un peligro biológico, sino porque del matrimonio exogámico resulta un beneficio social".

Es verdad que en este contexto socio-histórico el matrimonio —como para dar la razón al Consejo— será siempre heterosexual y, por tanto, el problemático género de relaciones que ahora nos ocupa es totalmente ajeno al referente de las anteriores consideraciones. Pero es cierto también que sólo se debe a que la homosexualidad, el *pecado nefando*, no tenía más horizonte que la mazmorra y la hoguera, en este mundo, y el infierno, en el otro. Estaba, pues, condenada a la más absoluta clandestinidad. Desterrada no sólo de la calle y de la sociedad en general, sino también, y, es *natural* consecuencia, del discurso y de la reflexión. Como ha seguido, casi hasta la fecha.

Vistas las cosas con esta perspectiva, la heterosexualidad, que, ciertamente tiene un componente natural y juega el papel que juega en la reproducción y pervivencia de la especie, ha recibido un tratamiento jurídico siempre cargado de intensas determinaciones sociales y económicas. Con el reverso del aludido maltrato de la homosexualidad, por causas que no tienen directamente que ver con *la naturaleza*, sino con el (ab)uso social de ésta como argumento de exclusión, en marcos (sub)culturales de clara matriz religiosa y de una intolerancia que ha llegado hasta la ferocidad.

No es el lugar para repartir patentes de *naturalidad* y menos aún de *naturalidad de la buena*. Pero no creo que pueda decirse que la homosexualidad sea menos natural que la heterosexualidad.

si se toma lo de "natural" en el sentido del diccionario. En cuanto modo de ser —de ser *persona*, por cierto— del que uno se descubre partícipe, al igual que otros amanecen a la sugestión del sexo opuesto. Y, todo, sin haber hecho intencionalmente nada al respecto, en un juego en el que pulsiones naturales, factores psicológicos y referencias culturales, en intensa interacción, se reparten el escenario.

Vistas así las cosas, lo que hay es que un grupo social de sujetos que vive su sexualidad de un modo diferente y que goza de plenitud de derechos, reclama también el de acceder al matrimonio. Para compartir bajo esa forma jurídica afectos y bienes.

Es verdad que esa clase de uniones carece de aptitud para la reproducción. Pero se trata de una peculiaridad que tampoco es ajena a las parejas heterosexuales. En efecto, en éstas puede jugar, por decisión libre de los contrayentes, y, a partir de un momento, de muchos años de duración, por un imperativo biológico.

Entonces, habría que preguntar: ¿qué pasa en tales casos? Pues lo *normal*: que habrá afecto, proyecto de vida en común, y seguramente, sociedad de gananciales, sea cual fuere el perfil de la pareja.

Convendrá el lector que, del mismo modo que la legalización del divorcio no deparó ninguna consecuencia negativa para las uniones conyugales con vocación de estabilidad; de la legalización de los matrimonios homosexuales no tiene por qué seguirse ningún efecto negativo para los integrados por sujetos heterosexuales.

¿Para quién será, pues, el problema? Lo apunta muy bien Carl Schmitt, significativamente traído a colación por el Consejo, al invocar en el informe la "garantías institucionales" y la "garantías de las instituciones". Y es que la cuestión es, en realidad, de dogmática. De dogmática jurídica, aun con reminiscencias que, claramente, no lo son. (¡Qué cansancio! En estos asuntos, se vaya por donde se vaya, al fin, siempre hay que topar con un dogma).

Si, como se ha visto, la opción de legalidad que se perfila no comporta perjuicio para los sujetos heterosexuales, ya casados o que opten por casarse, ni en su estabilidad ni en sus expectativas: ¿a quién podría perjudicar? Pues, bien claro, a la *esencia* prescriptiva de la institución, en tanto que conjunto de normas, que también tienen su corazoncito... de papel. El perjudicado sería el *matrimonio en sí*, como forma jurídica socialmente predispuesta, hasta la fecha, para las uniones heterosexuales.

Se señala asimismo como *víctima* a la Constitución, porque —se dice— el artículo 32,2 está pensado sólo para las uniones de un hombre y una mujer. Y, no cabe duda, del mismo modo que el legislador histórico no pudo pensar una clase de parejas socialmente inexistentes y condenadas a la invisibilidad, el constituyente de 1978 tampoco lo hizo. Es *natural*. De similar clase de *naturaleza*, por cierto, que el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Pero si del incierto y desprestigiado paradigma interpretativo de la *voluntas legislatoris* se va al más autorizado y fiable de la *voluntas legis*, resultará que la fórmula "El hombre y la mujer tienen derecho a...",

puesta en relación con el artículo 14 también de la Constitución, reclama una lectura del siguiente tenor: "Tanto el hombre como la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica". Donde, primero, "el hombre" y "la mujer" son aquí todos los hombres y todas las mujeres. Y, segundo, la igualdad jurídica debe regir no sólo en el curso de la relación ya constituida, sino también en el momento de optar por, con quién y cómo formarla; y, obviamente, para todos los hombres y todas las mujeres, en idénticos iguales términos.

No pocos preceptos del vigente texto fundamental y de otros textos fundamentales vigentes han sido objeto de *lecturas constitucionales* mucho menos respetuosas que éstas con la semántica de la norma.

El disputado proyecto podrá ser, como cualquier otro, objeto de juicios de oportunidad. Y desde posiciones más razonables cabría objetar, como se objeta, que hay una cuestión, seguramente, merecedora de una reflexión particularmente cuidadosa: la que plantea la adopción por parejas matrimoniales del mismo sexo, en lo relativo a la formación de la identidad sexual del niño. Mas lo cierto es que se trata de un asunto que podría tener su tratamiento específico, que no tiene por qué interferir en el que tema de estas reflexiones.

En cualquier caso, ese y otros problemas que pudieran suscitarse tendrían que ser abordados en un marco de racionalidad, dando a la naturaleza lo que es de la naturaleza y reconociendo a la sociedad —aquí legitimamente representada por el grupo social de los no heterosexuales y por la mayoría política que les presta voz— el papel y la capacidad de configuración de marcos jurídicos que le corresponde con la misma legitimidad.

Las prescripciones normativas tienen un relevante cometido social. Tan relevante que, está demostrado, ningún grupo humano podría vivir sin ellas. Pero no deben ser degradadas a la condición de fetiches, de *ídola*, que se conviertan en obstáculo para la satisfacción de las necesidades de las personas de carne y hueso, a las que tienen que servir. El Consejo debería saberlo: son como "el sábado". Únicamente gozan de sentido si están hechas "para el hombre".

• Dilaciones indebidas... 'en casa del herrero'

Cuando se publicó en el BOE la convocatoria del concurso para cubrir las presidencias de la Sala 1ª y 2ª del Tribunal supremo y varias plazas de magistrado en aquélla, era el 16 de noviembre de 2004. En el momento de cerrar la edición de este número han transcurrido casi cuatro meses durante los que de la chimenea del palacio de Marqués de la Ensenada no ha hecho otra cosa que salir espeso *humo negro* de fatales efectos en el degradado ecosistema cultural de nuestro vigente sistema de justicia. Sabiendo lo que allí *se guisa* y cómo se hace, no tiene nada que sorprender. Pero sólo porque ahora ya no sorprende nada. Pues en una sensibilidad menos endurecida que la de los que miramos por

oficio en esa dirección, la contemplación del espectáculo tendría que producir consecuencias devastadoras en el estado de ánimo y en el pulso moral.

Pero, para los conocedores, es lo que hay. Y lo que hay es un comercio oscuro de influencias, regido por un lamentable concepto de la función jurisdiccional. Porque si el objetivo realmente perseguido fuera seleccionar perfiles profesionales de calidad, el tiempo transcurrido habría bastado para *recolocar* a todos los componentes de la carrera, hipotéticamente situados en régimen de concurso.

El espectáculo es lamentable, y eso que sólo se contempla desde lejos, pues ¡si *la película* tuviera también sonido! Lo cierto es que, en negativo, claro, en la escena no falta nada de lo que con más cuidado tendría que evitar un juez en su práctica profesional. Esto es, parcialidades interesadas y dilaciones indebidas.

Vale que el Consejo lo haga. Pero, si brillase en él un punto de sentido de la responsabilidad, ya se habría dirigido a sus administrados diciéndoles: "Sopórtennos con resignación. Pero, por favor, no nos imiten". ¡Qué menos!

• Reverendo Padre

Editorial ZYX, en su colección Biblioteca de Promoción del Pueblo, publicó, en 1966, el libro titulado *Sociología para la convivencia*. Lo integraban trabajos de González Haba, Pire, Lucas Verdú, Pérez Gutiérrez, Fernández Oubiña, Rico Lara, Herrero de las Cuevas, Movilla Álvarez, Ubalde Merino y Zorrilla Ruiz.

El hecho tuvo consecuencias disciplinarias para los jueces Rico Lara, Fernández Oubiña y Zorrilla Ruiz. Y muy graves para Claudio Movilla, fiscal, que fue sancionado con traslado forzoso. Por haber colaborado en una obra "de tendencias liberales".

Uno de los autores, el dominico, fundador de la organización *Le coeur ouvert sur le monde* y Premio Nóbel de la Paz, Padre Dominique Pire, se dirigió al entonces ministro de Justicia, Antonio María de Oriol y Urquijo, expresándole su preocupación por estos hechos, con esta carta:

"Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur d'accuser réception de votre lettre du 20 mars et vous remercié d'avoir répondu à ma lettre de façon circonstanciée.

Me permettez-vous cependant de vous dire qu'elle m'a déçu.

1. Vous faites état de l'absolue indépendance du pouvoir judiciaire en Espagne et de l'absence de toute intervention de votre Département dans les procédures poursuivies contre trois membres du Ministère Public et un Juge et ajoutez que pour garantir cette indépendance, les juges, magistrats et procureurs ne peuvent se mêler de questions qui ne sont pas de leur compétence.

Quelles sont ces questions et dans quelle mesure les interesees ont-ils failli à la réserve qui s'impose aux membres du pouvoir judiciaire ? Vous ne me dones aucune précisions sur ce point pourtant

essentiel. Dois-je en conclure que juges et membres du Parquet ne jouissent pas en Espagne de la liberté d'expression à laquelle doit avoir droit tout citoyen? Plus j'y réfléchis, moins je trouve dans la brochure critiquée des passages qui appliquée est édictée par une loi de 1870 —dont je n'ai pu évidemment ici vérifier la teneur— augmente mes inquiétudes : après tout en 1870 le respect des Droits de l'Homme auquel l'Espagne vient une nouvelle fois de solennellement s'engager en votant le Pacte des Droits de l'Homme adopté par l'Assemblée des Nations-Unies le 21 décembre dernier était-il réellement assuré ?

2. Vous ne me donnez également aucune précision sur la manière dont ces sanctions ont été prises. Les intéressés ont-ils été appelés à s'expliquer ? Ont-ils été assistés d'un conseil ? Votre Département avait-il un droit de contrôle ? A-t-il approuvé les sanctions prises ?

Vous comprenez que devant tant d'incertitudes votre lettre ne puisse me rassurer.

Je prends bonne note de la remarque que vous faites, au paragraphe 5 de votre lettre, à propos des prisons en Espagne. Je citerai désormais votre lettre et l'art. 77 du règlement des prisons. J'écris par le même courrier au Journal Le Monde.

Je note également le passage de votre lettre dans lequel vous vous dites favorable à un respect absolu pour les autres et avec la vérité dans les faits. J'attends avec intérêt votre application de ces principes au cas de M. Movilla.

Puisque vous avez eu la courtoisie d'adresser copie de votre lettre à la Ligue Belge pour la Défense des Droits de l'Homme, je lui communique également copie de la présente.

Veillez croire, Monsieur le Ministre, à l'assurance de mon dévouement.

P. Dominique Pire»

He aquí la respuesta del ministro de Justicia:

"El Ministro de Justicia Madrid, 20 de marzo de 1967

Rvdo. Padre Dominique Pire
Premio Nobel de la Paz
Huy (Bélgica)

Reverendo Padre:

Al contestar su carta del pasado día 16, me apresuro a asegurarle que la he leído personalmente; como también personalmente he leído con todo detenimiento su lección titulada "Apostolado religioso y respeto de las conciencias" cuyo envío agradezco.

Los señores Rico Lara, Fernández Oubiña y Zorrilla Ruiz, a que se refiere su carta son miembros de la Judicatura; el Sr. Movilla, lo es del Ministerio Fiscal. Ambos Cuerpos son los más importantes de los que están al servicio de la Administración de Justicia. Uno de los principios sobre los que se asienta la Administración de Justicia en España es el de su total y absoluta independencia. Para garantizarla, de la misma manera que se prohíbe la ingerencia del

ejecutivo en los asuntos del judicial —hacerlo sería delito— se prohíbe a los jueces, magistrados y fiscales que se mezclen en asuntos que no son de su incumbencia.

Estas previsiones están vigentes en nuestro país desde el año 1870 y desde entonces vienen cumpliéndose. Una garantía más de la independencia de la Justicia en nuestro país es que el poder disciplinario sobre sus funcionarios reside en la propia Administración de Justicia y no en los órganos del Gobierno, hasta el punto de que el Ministerio de Justicia no sólo no ha intervenido en absoluto en ningún expediente disciplinario referido a los señores Rico Lara, Fernández Oubiña y Zorrilla Ruiz, sino que ni siquiera ha tenido conocimiento alguno de la sanción que los propios órganos de la Justicia les hayan podido imponer.

Otro tanto ha sucedido en el caso del miembro del Ministerio Fiscal, señor Movilla. Los órganos propios del Cuerpo, la Inspección Fiscal, le ha impuesto una sanción y de ella ha tenido conocimiento este Ministerio en razón a que el interesado ha entablado recurso contra la decisión, pero sin que para nada haya intervenido en el expediente que se le siguió ni en la imposición de la sanción.

Así, pues, Rvdo. Padre, la realidad es:

1.º Ningún órgano del Gobierno ha adoptado decisión sancionadora alguna respecto de los señores que menciona en su carta.

2.º La única intervención del gobierno en este asunto, ha consistido en no desautorizar al Consejo Fiscal en el caso del Sr. Movilla.

3.º Los propios órganos de la Administración de Justicia en uso de sus facultades disciplinarias internas han velado por su independencia y han aplicado unas sanciones que en ningún caso pueden considerarse atentatorias para los derechos de la persona; estaban preestablecidas en una Ley desde 1870 y han sido impuestas con audiencia de los interesados y por los órganos competentes.

4.º La sanción se ha limitado a un simple recordatorio de sus obligaciones específicas como Jueces, excepto en el caso del Sr. Movilla en que se le trasladó de destino. Debe tenerse en cuenta que el traslado de destino de un miembro de la Carrera Fiscal es posible en todo momento, sin necesidad de formar expediente y basado únicamente en necesidades del servicio y ello porque el Ministerio Fiscal se organiza en base a criterios de unidad y jerarquía.

Aclarado suficientemente este aspecto de su carta, permítame también que haga referencia a aquella parte de su lección a la que se refiere en la carta como "pasaje desagradable", para mí. Ud. cita como ejemplo de intolerancia, "el caso de la España de Franco, donde acaece que algunos detenidos sean incomunicados porque rehusan asistir a la Misa de los Domingos". Aun cuando nos diga que toma tal noticia del diario "Le Monde", lo cierto es que Ud. la acepta sin comprobar su veracidad la pone como ejemplo, formulando así una falsa acusación. El vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones (art. 77) dice que los reclusos "que no asistan a la Misa se recogerán en la dependencia que se designe para escuchar una lectura moral el tiempo que

dures". ¿Cree realmente que de este precepto puede derivarse el ejemplo de intolerancia que pone, o por el contrario, no cree más bien que es clara la libertad del recluso para asistir o no a Misa?

Crea Reverendo Padre que nos gusta el diálogo pero un diálogo como el que Ud. predica, con "absoluto respeto a los demás", y a la *verdad de los hechos*. En esa línea nos tiene enteramente a su disposición.

Como quiera que Ud. ha puesto en comunicación de la Liga Belga para la Defensa de los Derechos del Hombre esto que Ud. llama "violaciones de los derechos de la persona humana" y el Presidente de dicha Liga se ha dirigido a mí, con esta misma fecha le doy traslado de esta carta.

Encomendándonos a sus oraciones le saluda.

Antonio María de Oriol y Urquijo"

Sin comentarios. O, mejor, uno sólo: edificante.

• Pena de muerte 'made in USA'

Como es bien sabido, las diversas manifestaciones de la cultura estadounidense tienen una consistente presencia en la escena mundial. EEUU es un gran país cuyo enorme potencial le permite difundir por doquier y a gran escala todo lo que produce. Lo bueno y lo malo. De lo peor de lo segundo forma parte una indecente subcultura penal que tiene su eje central en la pena de muerte. En efecto, ésta ejerce el papel de factor *de cierre* del sistema, ya que, como amenaza que pende sobre los autores de los más graves delitos, y por la conocida incertidumbre que preside su aplicación por el jurado, es un potente estímulo para llegar a acuerdos con el

fiscal. En ese marco impresentable, pero de avasalladora presencia, que es el *plea bargaining*. (Que, por cierto —¡atención!— tanto gusta ahora en Europa).

Con todo, hay imputados por delitos conminados con la pena capital que no se conforman y deciden afrontar el albur del juicio. Y menudean las imposiciones de aquélla, que, regularmente, ponen en marcha el oprobioso carrusel del "corredor de la muerte", de las angustiosas vigiliadas en espera de esa llamada del gobernador que no llega...

De tanto en tanto, se tiene conocimiento de que el *ajusticiado* era inocente. Pero, ya se sabe: ¿qué acción por benéfica que sea dejará de tener "daños colaterales"?

Pues bien, en su último discurso al país, el presidente reelegido —esta vez parece que sin trampa, lo que todavía es mucho peor— ha hecho una promesa, que habrá pasado desapercibida para mucha gente, pero de una importancia *capital*, en cuanto atañe a la pena de esta clase.

Lo prometido es crear un fondo generoso con el que financiar defensas de calidad a los acusados sobre quienes pese la petición de aquélla. Por una razón bien simple: la situación regular en estos casos ha sido siempre de real indefensión. Tan escandalosamente real como para que Bush, verdadero adicto compulsivo al "¡Viva la muerte!", haya tenido que hacerse eco del problema.

La actitud del presidente es muy de valorar, pues evidencia la disposición a asumir la frustración que va a producirle una eventual caída del número de ejecuciones. Claro que —aun cuando no sea lo mismo— siempre podrá obtener una jugosa compensación de esa índole en Irak. Sobre todo si siguen cayendo periodistas. Algo es algo.