

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

---

INFORMACION Y DEBATE

**C. Castresana Fernández**, De Nüremberg a Madrid. **R. Sáez Valcárcel**, Un tipo penal indecente. **P. Lorenzo Coppello**, La violencia de género en la Ley Integral. **A. Juanes Peces**, El procedimiento disciplinario militar. **F. Eguaras Mendiri**, En defensa del derecho de sufragio. **A. Olivas Díaz**, El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. **J. Hernández García**, Conocimiento científico y decisión judicial. **M. Gascón Abellán**, La posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Ch. Courtis**, El 'caso Verbitsky'.

**En este número:** Castresana Fernández, Carlos, fiscal, profesor visitante en la Universidad de San Francisco (USA).  
Courtis, Christian, profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor visitante del ITAM (México).  
Eguaras Mendiri, Florentino, magistrado, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.  
Gascón Abellán, Marina, catedrática de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla La Mancha.  
Hernández García, Javier, magistrado, Audiencia Provincial de Tarragona.  
Juanes Peces, Angel, magistrado del Tribunal Supremo.  
Laurenzo Copello, Patricia, catedrática de Derecho Penal, Universidad de Málaga.  
Olivas Díaz, Amaya, juez de primera instancia e instrucción.  
Sáez Valcárcel, Ramón, juez de lo penal, 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](mailto:info@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>
<b>Debate</b>	
— <i>De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo</i> , Carlos Castresana Fernández .....	3
— <i>Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente</i> , Ramón Sáez Valcárcel .....	12
— <i>La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal</i> , Patricia Laurenzo Coppello .....	20
— <i>El proceso penal y los procedimientos administrativos sancionadores: especial referencia al procedimiento disciplinario militar</i> , Angel Juanes Peces .....	33
— <i>En defensa del derecho de sufragio</i> , Florentino Eguaras Mendiri .....	38
<b>Estudios</b>	
— <i>Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico</i> , Amaya Olivas Díaz .....	51
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b>	
— <i>Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?</i> , Javier Hernández García .....	73
— <i>Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos</i> , Marina Gascón Abellán .....	82
<b>Internacional</b>	
— <i>El 'caso Verbitsky': nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos en la Argentina?</i> , Christian Courtis .....	89
<b>Apuntes</b>	
— <i>¿'Guerra' al terrorismo o al derecho?</i> .....	105
— <i>El TS y el delito de genocidio: ¿puntos de conexión o causas de exculpación?</i> .....	106
— <i>Guantánamo(s) de nunca acabar</i> .....	108
— <i>La fortaleza europea ya no es una metáfora</i> .....	108
— <i>Por encima del bien y del mal</i> .....	109

# CONVENIO DE COLABORACIÓN

Santander Central Hispano colabora con la Asociación de Jueces para la Democracia

Sus ideas y las nuestras  
están de acuerdo.  
Vamos a hacerlas realidad

Sabemos, por experiencia, que cada persona tiene unas necesidades profesionales y otras personales. Ideas por desarrollar. Deseos que cumplir. Y con la ayuda de Santander Central Hispano pueden ser realidad. Las profesionales y también las personales.

Un crédito, una hipoteca, asesoramiento financiero, compra de valores, tarjetas de crédito...

Venga, cuéntenos sus ideas y podrá convertirlas en realidad.

SUPERLÍNEA

902 24 24 24

[www.gruposantander.es](http://www.gruposantander.es)



 Santander  
Central Hispano

EL VALOR DE LAS IDEAS

## De Nüremberg a Madrid: la Sentencia del caso Scilingo

Carlos CASTRESANA FERNANDEZ

La evolución de los procesos penales seguidos en España en los que se viene haciendo aplicación de normas de derecho penal internacional ha deparado recientemente importantes novedades. La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 327/2003 de 25 de febrero, dictada en el *caso Guatemala*, que definía la extensión y límites de la jurisdicción universal reconocida para determinados tipos penales en el artículo 23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial en términos muy restrictivos<sup>1</sup>, ha sido anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2005, la cual otorga el amparo a los querellantes recurrentes, anulando tanto la referida Sentencia del Tribunal Supremo como el Auto de la Audiencia Nacional del que aquella traía causa. El Tribunal Constitucional ha establecido que la interpretación patrocinada por el Supremo hacia “irreconocible el principio de jurisdicción universal, reduciendo su ámbito de aplicación hasta su practica derogación *de facto*”; en consecuencia, rechaza los criterios interpretativos del artículo 23.4 de la LOPJ que había apreciado el Tribunal Supremo, pero deja abierta la cuestión de la extensión y límites de la jurisdicción, retrotrayendo las actuaciones para que sea la Audiencia Nacional la que dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado<sup>2</sup>. Después del fallo del Tribunal Constitucional, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha adoptado un Acuerdo en Pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005 “para unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial”. El Acuerdo no parece haber resuelto ninguna de las interrogantes sino que, por el contrario, establece reglas menos razonables que las que la propia Sala había fijado en 1999, y más infundadas aún, en mi opinión, que las empleadas por el Tribunal Supremo en 2003, que el Constitucional acaba de anular por arbitrarias. La discusión puede empezar de nuevo a recorrer el camino casacional.

Entre tanto, la Sentencia 16/2005 de 19 de abril de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada en el *caso Scilingo* correspondiente al Sumario 19/97 del Juzgado Central 5, ha supuesto la primera condena desde el inicio

de los “juicios de Madrid” en 1996. Dicho pronunciamiento constituye, desde mi punto de vista, un gran avance respecto de las resoluciones anteriores de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo porque profundiza de manera seria y razonada —aunque no exenta de polémica— en la jurisdicción, tipicidad y demás aspectos debatidos. En un artículo publicado en la última edición de esta misma revista, la Profesora de la UNED Alicia Gil Gil expresa comentarios muy críticos con la referida Sentencia de la Sección Tercera. Debatir en este momento el comentario de Gil Gil<sup>3</sup> resulta especialmente oportuno porque parece que se abre camino una apenas disimulada intención<sup>4</sup>, después del fallo del Tribunal Constitucional, de poner fin a esta experiencia jurisdiccional, cerrando sin muchas contemplaciones la puerta abierta hace ahora casi diez años.

La Sentencia condena al acusado Adolfo Francisco Scilingo como autor de un delito de lesa humanidad del artículo 607 bis del Código Penal, precepto que entró en vigor en 2004. Considera la Sentencia que los hechos que declara probados, cometidos en Argentina durante la dictadura militar entre 1976 y 1983, podían y debían tipificarse desde el momento de su comisión como constitutivos de un delito de genocidio del entonces vigente artículo 137 bis del Código Penal español, y sin solución de continuidad, a partir de la entrada en vigor del Código de 1995, con arreglo al artículo 607, interpretando en ambos periodos el tipo penal de genocidio en un sentido “amplio”, incluyente del desvalor de la conducta del genocidio y también del de los crímenes contra la humanidad, que se encontraban sin tipificar. A partir de la aparición del nuevo 607 bis, el 1 de octubre de 2004, el

<sup>3</sup> Se han tenido en cuenta diversos trabajos de la misma autora. En concreto, su tesis doctoral *Derecho Penal Internacional* (si bien muy limitadamente al no haber podido disponer del texto sino hasta la víspera del cierre de la edición de este artículo) editada por Tecnos en 1999 (en adelante Gil 1). Además, el libro *El genocidio y otros crímenes internacionales*, editado por la UNED, Alzira, Valencia 1999 (en adelante Gil 2); el estudio *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional* editado por Cepolcrim en México en 2004 en obra colectiva coordinada por el Dr. Moisés Moreno Hernández (en adelante Gil 3), el estudio *Persecución nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada* publicado en México en la misma obra colectiva en 2004 (en adelante Gil 4), y finalmente el artículo que se comenta, titulado “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo” (en adelante, Gil 5).

<sup>4</sup> Véase la Providencia de 3 de noviembre de 2005 dictada en la Pieza relativa al enjuiciamiento del procesado Ricardo Miguel Cavallo del mismo Sumario 19/97, en la que se acuerda suspender la tramitación del juicio y preguntar mediante Comisión Rogatoria a las autoridades de la República Argentina si piensan juzgar y van a solicitar la extradición del procesado.

<sup>1</sup> Comentario a la referida Sentencia y otros aspectos de la jurisdicción en: Carlos Castresana Fernández, “La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo” en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 2004.

<sup>2</sup> El de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, artículo 24.1 CE.

delito de lesa humanidad, según la Sentencia, cobra independencia del de genocidio en el Código español, por lo que los hechos deben ser calificados a su tenor, quedando el artículo 607, que tipifica el delito de genocidio, sujeto desde esa fecha a una interpretación estricta o “restringida”.

Alicia Gil Gil coincide con la Sentencia en que los hechos pueden tipificarse como delitos de lesa humanidad, y no cree que respondan al tipo penal de genocidio, ni en un sentido estricto (único que considera válido) ni menos aún en un sentido amplio (que estima inexistente), pero considera que el acusado debió ser absuelto porque —asegura— la tipicidad de lesa humanidad, vigente en el derecho español sólo desde 2004, no puede aplicarse a hechos anteriores, como son los enjuiciados, ya que en tal caso se vulneran los principios de legalidad e irretroactividad penal. Considera asimismo que, establecida la calificación de delitos contra la humanidad, la jurisdicción española no puede conocer de los hechos, al tratarse de un delito no contemplado en el artículo 23.4 de la LOPJ. Censura además algunas imprecisiones de la Sentencia en cuanto a la participación en los hechos del condenado y en cuanto a la determinación de la pena.

Por razones bien distintas de las de la profesora Gil Gil, discrepo de la tipificación de los hechos elegida por el Tribunal. Considero que los hechos constituyen un delito de genocidio, y en consecuencia, no existen problemas ni de tipicidad en el tiempo, ni tampoco de jurisdicción o de vulneración del principio de legalidad penal. La cuestión no es, sin embargo, el mayor o menor grado de acuerdo o desacuerdo con los postulados de la Sentencia que quepa manifestar, sino si, dada la construcción realizada, ésta resulta posible desde la óptica de la legalidad nacional e internacional. Para la doctora Gil, no. En mi opinión, la construcción es perfectamente aceptable, y frente a la patrocinada por la profesora de la UNED tiene la ventaja indudable de que hace conciliable el respeto al principio de legalidad con el de tutela judicial efectiva.

## **EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. TIPICIDAD. NULLUM CRIMEN SINE... ¿LEGE, LEX, IUS?**

El principio de legalidad penal internacional, tal como lo conocemos hoy en día, nació en 1945 con el Estatuto y la Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Al acabar la Segunda Guerra Mundial, en virtud de acuerdos que se remontaban a 1943, los Aliados emprendieron la tarea de someter a proceso penal a los responsables de los regímenes alemán y japonés. Fue un empeño predominantemente norteamericano, especialmente valioso en su momento teniendo en cuenta que británicos y soviéticos eran partidarios del fusilamiento sumario de todos los inculcados, y fue Roosevelt quien impuso en Yalta lo que luego serían los juicios de Nüremberg y Tokio.

La mayor parte de las conductas criminales que se tipificaron en la Carta del Tribunal de Nüremberg traían causa del derecho internacional convencional

anterior a 1939<sup>5</sup>. Las principales incógnitas se referían a las sanciones, y al tribunal que podía juzgar las conductas e imponer las penas. Había, adicionalmente, otro problema aún más grave. Algunas conductas aberrantes cometidas por los nazis y los japoneses no podían ser tipificadas como crímenes de guerra ni contra la paz. Sin embargo, se estimó que tales conductas no debían quedar impunes en ningún caso, habida cuenta de su extrema gravedad. Los redactores de la Carta de Nüremberg se remitieron entonces a la Cláusula Martens recogida en la Convención de la Haya de 1899, y reproducida en las posteriores, que dice: “La población y los beligerantes permanecen bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y de los requerimientos de la conciencia pública”<sup>6</sup>. Era el nacimiento del principio de legalidad penal internacional tal como lo conocemos. Se consideró que la población civil había estado protegida por el derecho de gentes, los principios aceptados por las naciones civilizadas, y los requerimientos de la conciencia pública, y que nada ilícito había, por tanto, en castigar a quienes habían cometido crímenes contra la humanidad, vulnerando mandatos elementales de respeto a los valores esenciales de las sociedades humanas, siendo los mandatos anteriores a las conductas.

Naturalmente, muchos académicos, especialmente de los sistemas jurídicos del *civil law* criticaron acerbamente lo que consideraban una violación flagrante de los principios de legalidad e irretroactividad, al imponerse normas y un tribunal, aprobados y constituido *ad hoc* y *ex post facto*. Para los países del *common law*, por el contrario, la construcción era mucho más familiar<sup>7</sup>.

A pesar de las críticas, la fórmula de obtener el desvalor de las conductas de normas consuetudinarias o de principios generales preexistentes a aquéllas, y establecer la descripción típica, las penas, y los mecanismos procesales *ex post facto*, fue generalizadamente aceptada. ¿Era sólo la justicia de los vencedores? No. Un año más tarde, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad en Resoluciones 3(I) y 95(I) los Principios del

<sup>5</sup> Leyes y costumbres de la guerra incluidas en Convenios de La Haya y Ginebra, y Tratados de paz firmados después de la Primera Guerra Mundial, especialmente el de Briand Kellogg.

<sup>6</sup> “El hecho de que los redactores de las Convenciones de 1899, 1907 y 1949, y del Protocolo I de 1977, hayan reiteradamente afirmado los elementos de la cláusula Martens, sitúa esta última en el plano de las propias fuentes materiales del Derecho Internacional Humanitario”. H. Meyrowitz, “Réflexions sur le fondement du droit de la guerre”, *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haya, CICR/Nijhoff, 1984, págs. 423-424.

<sup>7</sup> Quizás la primera formulación clara del principio de legalidad internacional sea la correspondiente al Fiscal jefe en Nüremberg, el norteamericano Robert Jackson, acorde con la tradición jurídica angloamericana: “El derecho internacional debe crecer como lo hizo el *common law*, a través de decisiones adoptadas de tiempo en tiempo y adaptando los principios previamente aceptados a las nuevas situaciones” *The Nüremberg trial*, Ann Tusa and John Tusa, Cooper Square Press, 2003. O más crudamente aún para las mentes positivistas: “No es esencial que un crimen sea específicamente definido”. *US v. List 11 Trials of War criminals*, 757, 1239 (1948).

derecho penal internacional “tal como se desprenden de la Carta y de la Sentencia del Tribunal de Núremberg”.

La construcción de la Sentencia de la Sección Tercera es válida y convincente. La de los crímenes contra la humanidad es una categoría jurídica preexistente en el derecho internacional, de origen consuetudinario, que establece una prohibición de comisión de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones por razones políticas, raciales y religiosas de carácter imperativo, *ius cogens*, que impone a los estados una obligación de perseguir y castigar. La Sentencia estima que el desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia *erga omnes*, aplicable también en España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la específica tipicidad y penalidad en el Código español. Esa prohibición se traducía, según la Sentencia, en el artículo 137 bis, luego en el 607 y ahora en el 607 bis, sin solución de continuidad. Gil Gil niega la aplicabilidad de los dos primeros por considerar que no concurre la tipicidad del genocidio, y la del artículo 607 bis porque la costumbre internacional, según ella, no puede llenar el principio de legalidad formal (reserva de ley orgánica) ni material (taxatividad, prohibición de analogía, irretroactividad, etc.), y el tipo y la pena del 607 bis no pueden aplicarse —según afirma— porque no estaban en vigor al cometerse el hecho; aplicar una ley posterior vulnera el principio de legalidad y el de irretroactividad consagrados respectivamente en los artículos 25 y 9 de nuestra Constitución, así como el artículo 2 del Código Penal. La costumbre no es *self executing* —asegura— al no señalarse en ella una determinada pena y por tanto carecer de taxatividad. Desde el derecho español, el hecho, según Gil Gil, no puede ser castigado. Creo que se equivoca.

El principio de legalidad penal aplicable a delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el doméstico, sino el internacional, contenido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>8</sup> a tenor del cual:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o *internacional*. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por *actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*.

El Código penal vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional de la época, aunque no estuvieran tipificadas en el derecho interno español.

La Dra. Gil rechaza la aplicabilidad del artículo 15 del PIDCP e insiste en la del 25 de la CE porque en su opinión, el principio de legalidad penal internacional sólo opera en el ámbito internacional. En este sentido, asegura que “Al tribunal *se le olvida que no es un órgano internacional* aplicando normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno aplicando derecho internacional... sino un órgano jurisdiccional interno aplicando derecho interno en un estado de derecho con un sistema de *civil law*”<sup>9</sup>. Esa afirmación respecto de los tribunales españoles resulta, sin embargo, contradictoria con la que manifestaba en relación a los tribunales belgas en oportunidad idéntica<sup>10</sup>, asegurando entonces que “en tales supuestos el tribunal nacional en su aplicación de la jurisdicción universal *actúa como órgano de la comunidad internacional*”. Para aclarar la contradicción conviene acudir a Brownlie: “Desde la segunda mitad del siglo XIX es generalmente reconocido que hay actos u omisiones por los que el derecho internacional impone responsabilidad penal sobre individuos y por la cual pueden imponerse penas tanto por tribunales internacionales debidamente revestidos de poder, como por tribunales nacionales y tribunales militares. *Estos tribunales ejercen una jurisdicción internacional por razón de la ley aplicada y la constitución del tribunal o, en el caso de los tribunales nacionales, por razón de la ley aplicada y la naturaleza de la jurisdicción, cuyo ejercicio esta justificado por la ley internacional*”<sup>11</sup>.

Así pues, no existe infracción del principio de legalidad, tanto si el enjuiciamiento lo realiza un tribunal interno como uno internacional. La profesora Gil dedica un extenso espacio en su obra anterior al principio de legalidad internacional y cuestiona su validez, en especial en lo relativo al artículo 15.2 del PIDCP, y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los que reduce, siguiendo a Cerezo, a un principio de jurisdicción<sup>12</sup>. Como prueba y argumento de la incompatibilidad entre el principio de legalidad internacional y el estricto principio de legalidad doméstico que “no admite ningún tipo de relajación” se asegura que tanto Argentina como Alemania opusieron reservas al artículo 15.2 del Pacto que establecía el principio. Francamente, no parece mucha prueba ni argumento muy sólido el hecho de que dos países de entre los 149 que han ratificado más otros 8 signatarios, hayan formulado reservas a un precepto por lo demás muy claro en sus términos, aceptado por virtual unanimidad. La información respecto de las

<sup>9</sup> Gil 5, II, 2.

<sup>10</sup> Gil 4, página 398, con referencia al asunto Yerodia.

<sup>11</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 5<sup>th</sup> Edition, pág. 565.

<sup>12</sup> Gil 1, 66 y ss. Y Gil 5, notas 23 y 26.

<sup>8</sup> Ratificado por España en 1977.

reservas no aparece, por ende, acreditada<sup>13</sup>. Así pues, guste o no, el referente de legalidad penal internacional debe establecerse atendiendo no sólo, necesaria ni principalmente al derecho convencional escrito, y menos aún al derecho interno, sino teniendo en cuenta también, como hace la Sala acertadamente, el derecho consuetudinario y los principios generales de las naciones civilizadas, y entre estos, “consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra”<sup>14</sup>.

En realidad, el de legalidad penal internacional no es un principio inventado en 1966. Su inmediato antecedente está en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que el PIDCP copia casi literalmente. El Convenio Europeo, a su vez, se limitaba a dar forma a los Principios de Núremberg que la comunidad internacional había aceptado por unanimidad en 1946.

Hay, además, otra circunstancia que la profesora Gil omite mencionar. Cuando denuncia la supuesta violación por la Sentencia de los artículos 9 y 25 de la Constitución, no tiene en cuenta que España ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1979, cuando ya estaba en vigor la Constitución. No solamente España no hizo ninguna Reserva al artículo 7 del CEDH<sup>15</sup>, sino que nadie significadamente, entonces ni después, ha sostenido que tal artículo supusiera una contradicción con la CE. De hecho, de haberlo supuesto, nuestro país no habría podido ratificar el Convenio Europeo sin una previa reforma constitucional<sup>16</sup>.

El problema que suscita la profesora Gil Gil se planteó ya ante la mayor parte de los tribunales europeos después de la Segunda Guerra Mundial. Se planteó, por citar un ejemplo, ante la jurisdicción holandesa, donde la Ley de 10 de julio de 1947 que tipificaba los crímenes contra la humanidad, se aplicó a los hechos cometidos en los años anteriores, en lugar de la Ley de 22 de octubre de 1943 que había estado vigente al momento de cometerse los hechos. El Tribunal de Casación holandés desestimó expresamente la invocación del principio de legalidad doméstico, argumentando: “El principio de legalidad no tiene un carácter absoluto. Su eficacia puede verse afectada por otros principios, el reconocimiento de los cuales afecta a importantes intereses de justicia. Estos intereses no permitirían que las violaciones más graves de los principios de derecho internacional generalmente aceptados, cuyo

carácter criminal estaba ya establecido más allá de cualquier duda en el momento de su comisión, pudieran ser consideradas no punibles con el sólo argumento de que se carecía de una previa amenaza de castigo”<sup>17</sup>.

El principio de legalidad aplicable en y para el derecho interno español, respecto de infracciones penales de derecho interno, coexiste en nuestro ordenamiento jurídico con el principio de legalidad penal internacional, vigente para los delitos internacionales, referido a la norma internacional en el sentido amplio, incluyendo la costumbre y los principios generales del derecho. De otra manera carecería de contenido la ratificación por España, sin reserva alguna, de los dos más importantes Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el mundial y el regional, a tenor de los cuales, por ende, de conformidad con el artículo 10.2 de nuestra Constitución, deben interpretarse todas las normas internas relativas a derechos humanos y libertades.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LAS PENAS

Dice la Profesora Gil Gil que la costumbre no es *self executing*<sup>18</sup>, y por eso, aunque reconoce que la solución a que ha llegado la Sección Tercera ha sido utilizada también por los tribunales de otros países, y menciona los *casos Barbie y Menten*, insiste en que la falta de taxatividad de las normas consuetudinarias impiden suplir por esa vía integradora la pasividad del legislador y consecuentemente llega, también por esta razón, a la misma conclusión abolutoria.

Ya hemos señalado que el derecho penal internacional es de origen anglosajón, y como tal, mucho más flexible que el *civil law*. Complementar la prohibición general contenida en la costumbre con sus consecuencias en cuanto a la pena, contenidas estas últimas en normas de derecho positivo interno, no sólo puede hacerse, sino que es algo que han hecho todos los tribunales nacionales e internacionales, desde Núremberg hasta la Corte Penal Internacional, que han perseguido crímenes internacionales.

El artículo 77 del Estatuto de Roma no llena las exigencias tradicionales del principio de taxatividad según el derecho doméstico: ¿diremos por ello que no puede ser aplicado? ¿Qué haremos con el artículo 24 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, y con el 23 del Tribunal de Rwanda? ¿Qué con todos los juicios ya celebrados, con los tribunales que han juzgado a los criminales nazis, los franceses Barbie, Papon, Touvier, los tribunales italianos que juzgaron a Hess o Priebke, etc.? Todos sin excepción, incluidos los tribunales alema-

<sup>13</sup> A tenor de la información obrante en la página Web de la Organización de Naciones Unidas, la afirmación de la profesora Gil Gil no resulta cierta. Argentina no formuló ninguna Reserva, y si únicamente una declaración interpretativa (*understanding*) en el sentido de que el precepto debería ser interpretado de conformidad con el artículo 18 de la Constitución nacional. Por su parte, no consta que Alemania formulase reserva alguna al Art.15, 2, Y desde luego, tampoco lo hizo España. De hecho, no consta que ningún país formulase reservas al 15, 2. El estado de aceptación, declaraciones y reservas puede consultarse en [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/treaty5\\_esp.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/treaty5_esp.htm), actualizado a 2 de febrero de 2002.

<sup>14</sup> Y entre estos, como reconoce la CIJ en la Sentencia del Canal de Corfu (CIJ, Rec. 1949, pág. 22).

<sup>15</sup> Si formuló una reserva al artículo 11.

<sup>16</sup> Artículo 95.1 CE

<sup>17</sup> Corte especial de Casación de Holanda, 1949, L.R.T.W.C., XIV, págs. 89 y ss.

<sup>18</sup> Suponemos que se refiere a lo dispuesto en el artículo 94. 1.e) de la CE, por referencia a aquellas disposiciones que necesitan ser incorporadas, es decir, cuya ejecutividad requiere medidas legislativas.



nes de posguerra, han aplicado retroactivamente leyes domésticas promulgadas *ex post facto* para la determinación de la pena.

¿Qué es lo que ha hecho la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en este caso? Lo que recomiendan el derecho y la experiencia: tomar la descripción de la acción y su desvalor de la norma consuetudinaria, y las penas del derecho interno. No inventa nada. Es lo que determinan los Estatutos de Rwanda y Yugoslavia. En el caso de este último, léase el Informe del Secretario General de la ONU, aprobado por la Asamblea General de la ONU, que remite el principio de legalidad penal internacional a las normas del derecho internacional consuetudinario, y las penas al derecho interno yugoslavo<sup>19</sup> ¿Por qué en España no podría o no debería hacerse lo que hace todo el mundo? ¿Por qué en España debería resultar impune lo que en todas partes es punible?

## JURISDICCION

Con fundamento en el derecho internacional consuetudinario, en el derecho interno, y/o en los principios generales del derecho penal internacional, la jurisdicción universal ha venido siendo reconocida reiteradamente por diferentes Tribunales, tanto respecto del genocidio, como respecto de los crímenes de guerra y contra la humanidad<sup>20</sup>. La Profesora Gil Gil impugna la jurisdicción declarada por la Sección

<sup>19</sup> U.N. Doc. S/25704, May 3, 1993. Informe del Secretario General de la ONU explicativo de las razones que habían llevado al Consejo de Seguridad a crear el ICTY. En el informe, el Secretario General explicaba que el Consejo de Seguridad había ordenado perseguir las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Yugoslavia desde 1991, y que “Ese cuerpo de derecho existe simultáneamente en la forma de normas convencionales y normas consuetudinarias, pero para elaborar el estatuto se ha contado sólo con aquellas normas que más allá de cualquier duda formen parte del derecho consuetudinario internacional, de manera que el tribunal no tenga, al aplicarlas, problemas derivados de que algunos estados no se hayan adherido a algunos instrumentos convencionales... La parte del derecho internacional humanitario que sin duda es consuetudinario es: Las Convenciones de Ginebra de 1949, la IV Convención de la Haya de 1907, la Convención de Genocidio de 1948, y el Estatuto del tribunal de Nüremberg de 1945... Se ha sugerido que el tribunal debería aplicar el derecho interno en la medida en que este incorpore el derecho consuetudinario internacional. Pues bien, aunque el derecho internacional humanitario más arriba mencionado provee una base suficiente para la jurisdicción que se ha establecido, si hay un aspecto relacionado con este asunto que requeriría una referencia a la práctica doméstica: el de las penas”. Más adelante, párrafo 111, dispone: “Las penas imponibles se limitarán a las de prisión. En cuanto a la extensión de dichas penas, el tribunal se atenderá a la práctica generalizada de las penas de prisión aplicable en los tribunales de la antigua Yugoslavia”. Es decir, los tipos penales, con arreglo al derecho internacional; las penas, con arreglo al derecho interno.

<sup>20</sup> Además de la ya mencionada Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, las dictadas, entre otros, en los casos *In re List*, *Alemelo*, e *In re Eisentrager*, por otros Tribunales constituidos por las autoridades del Consejo de Control Aliado en los territorios bajo su responsabilidad después de la Segunda Guerra Mundial, confirmaron expresamente el principio de jurisdicción universal para los crímenes contra la humanidad. De igual forma, la Corte Suprema de Israel, en su Sentencia de 29 de mayo de 1962 en el caso *Adolf Eichmann* afirmó que “La autoridad y jurisdicción para juzgar crímenes bajo el Derecho Internacional son universales... el poder universal que tiene cada Estado... se basa en el derecho internacional consuetudinario... El derecho del Estado de Israel a castigar al acusado deriva de una fuente universal —que pertenece a toda la humanidad— que

Tercera respecto de los crímenes contra la humanidad al no estar estos comprendidos en el artículo 23 de la LOPJ; según sus tesis, la costumbre internacional permite pero no impone la jurisdicción, y a falta de previsión en la LOPJ, nos encontraríamos ante una nueva laguna legislativa que conduciría, también por esta vía, a la impunidad. No parece ser esa la opinión mayoritaria, sin embargo, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia<sup>21</sup>.

Cherif Bassiouni<sup>22</sup> después de citar a Lauterpacht afirma: “El Estatuto de Nüremberg, el desarrollo legal posterior a ese Estatuto, las Convenciones de Ginebra de 1949, las Convenciones contra el apartheid y contra la tortura y otros instrumentos internacionales, la legislación nacional y las decisiones judiciales recientes, y los escritos de los más distinguidos publicistas, conducen en conjunto a la conclusión de que los crímenes contra la humanidad están sujetos a la jurisdicción universal”. También, varios autores sos-

atribuye el derecho a perseguir y castigar los crímenes de esta naturaleza a cualquier Estado de entre la familia de naciones”. La misma doctrina fue reproducida por el tribunal norteamericano que resolvió en 1985 la extradición en el caso *Demjanjuk vs. Petrovsky*: “Se trata de crímenes universalmente reconocidos y condenados por la comunidad de países, que son crímenes contra el derecho de gentes y contra la humanidad; por consiguiente, el país que incoar diligencias judiciales actúa en nombre de todos los países”. Hay otros precedentes en la jurisprudencia de Estados Unidos: los casos *United States vs. Layton*, *United States vs. Yunis*, *Siderman de Blake vs. República Argentina*, *Von Dardel vs. USSR*, *Filartiga vs. Peña-Irala*. En igual sentido se pronunció la High Court of Justice of Ontario (Canadá) aceptando la jurisdicción universal en el caso *In re Finta*. El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en Sentencia “BVerfG, 2 BvR 1290/99” de 12 de diciembre de 2000, afirma la jurisdicción universal para el genocidio como parte del derecho consuetudinario internacional.

<sup>21</sup> La Sentencia del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores británica de 24 de marzo de 1999 dice en relación con el caso *Pinochet*: “Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial ha habido un claro reconocimiento por parte de la comunidad internacional de que ciertos crímenes son tan graves e inhumanos que constituyen crímenes contra el Derecho Internacional y que la comunidad internacional *tiene el deber* de traer ante la justicia a una persona que comete tales crímenes” (Voto de Lord Hutton). Los tribunales nacionales están autorizados y *requeridos* para tomar jurisdicción (Lord Browne Wilkinson) o con mayor precisión Lord Millett: “Los crímenes prohibidos por el derecho internacional atraen jurisdicción universal bajo el derecho consuetudinario internacional si se cumplen dos condiciones: primero, que sean contrarios a normas imperativas de derecho internacional, es decir, de *ius cogens*. Y segundo, deben ser graves y de tal escala que puedan ser justamente considerados un ataque al orden legal internacional... la jurisdicción penal de los tribunales ingleses es habitualmente atribuida por la ley escrita, pero complementada por la *common law*. El derecho internacional consuetudinario es parte del *common law*, y de acuerdo a ello, creo que los tribunales ingleses tienen y han tenido siempre jurisdicción criminal extraterritorial respecto de los crímenes que según el derecho consuetudinario internacional son de jurisdicción universal... las víctimas pueden demandar al estado ofensor en un tribunal extranjero y está permitido, y *de hecho, requerido*, que otros estados condenen y castiguen a los individuos responsables”. Declaraciones análogas han sido realizadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia: Así, la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 dictada en el caso *Furundzija*: “141: Debe insistirse en que en el derecho internacional humanitario, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, la tortura *debe ser* perseguida como una parte de la amplia derecho y *están obligados* a ejercer jurisdicción para investigar, perseguir y castigar a los responsables...”. Igualmente, en el párrafo 57 de la Sentencia de apelación del caso *Tadic* de 2 de octubre de 1995 se alude al Tribunal Supremo militar italiano que así lo declaró en 1950 en el caso *General Wagener*: “Los responsables *deberán ser castigados* cualquiera que sea el lugar en que el delito haya sido cometido”.

<sup>22</sup> *International Criminal Law, Crimes*, 1986, pág. 526.

tienen que todos los crímenes comprendidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma están sujetos a jurisdicción universal en el sentido de que los estados *tienen el deber*, y no sólo el derecho, de perseguirlos, en virtud de que forman parte del *ius cogens*. Según ellos, la persecución universal de tales crímenes constituye una obligación *erga omnes*, en la medida en que suponen una ofensa contra toda la comunidad internacional y no sólo contra el estado directamente afectado<sup>23</sup>. De la misma forma, en relación con el Estatuto de Roma, algunos autores sostienen que el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional implica que los Estados Parte tienen el deber de establecer la jurisdicción universal para los crímenes tipificados en el Estatuto en sus leyes nacionales, a fin de dar virtualidad a dicho principio y para acabar con la impunidad de tales crímenes<sup>24</sup>. Finalmente, desde la aprobación del Estatuto de Roma, la jurisdicción universal ha sido objeto de reiterada mención en los documentos de Naciones Unidas como instrumento para combatir la impunidad de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario<sup>25</sup>.

El aspecto esencial de la jurisdicción reside en este caso, no obstante, en la Asamblea General de la ONU. Generalmente, la evidencia de la existencia de la costumbre internacional se manifiesta por los actos de los estados, por las decisiones judiciales y por las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU<sup>26</sup>. Estas últimas, cuando se refieren a normas generales de derecho internacional, suponen, una vez aceptadas por el voto de la mayoría, la prueba de la opinión de los gobiernos en el foro más amplio de expresión de tales opiniones<sup>27</sup>.

La expresión más depurada e indiscutible del mandato imperativo de *ius cogens* de la obligación y no sólo de la posibilidad de persecución universal de los crímenes contra la humanidad, está claramente brindada en la Resolución 3074 de 3 de diciembre de 1973, que dispone:

Los crímenes contra la humanidad, donde quiera que hayan sido cometidos, *serán objeto de investigación*, y las personas contra quienes exista evidencia de haberlos cometido *deberán ser buscados, detenidos, juzgados, y si son encontrados culpables, castigados*. Los estados *cooperaran y tomaran todas las medidas internas e internacionales...*

<sup>23</sup>Entre ellos, D. Orentlicher (Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime, 100 Yale L. J. 2537, 1991). C. Edelenbos (Human rights violations, a duty to prosecute? 7 LJIL 5, 1994). Bassiouni, op. cit. R. Higgins (*Problems and process, international law and how we use it*. Oxford, Clarendon Press 1994). P. Malanczuk (*Akehurst's modern introduction to international law*, New York London: Routledge 7<sup>o</sup> ed. 1997).

<sup>24</sup>O. Triffterer, *Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender "Elements of crimes" für alle Tatbestände des Völkermordes*. Berlín New York 2001.

<sup>25</sup>(U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2000/24, de 18 de agosto de 2000) (U.N. doc. S/2001/331, 2001) y también en general, B.S. Brown, "The evolving concept of universal jurisdiction, 35 *New England Law Review* 383-397, 2001".

<sup>26</sup>Brownlie, op. cit. página 5.

<sup>27</sup>Nicaragua v. US, Merits, ICJ Reports 1986, 98-104 paras 187-95 págs. 107-8 paras 203-5.

La imperatividad de los términos de la Resolución está más allá de cualquier duda.

## GENOCIDIO

La verdadera fuente sustantiva de creación de las normas internacionales es el consenso de los estados<sup>28</sup>. Esta construcción parece ser especialmente cierta en el caso del genocidio. En mi opinión, es un error sostener que el tipo penal del genocidio fue creado en 1948 al aprobarse la Convención. En contra de esa interpretación se alza el tenor literal de la Convención misma, cuyo texto comienza señalando: las Partes *confirman* que el genocidio... No declaran, instituyen o establecen: sólo confirman. ¿Qué confirman? Necesariamente, algo preexistente. Si las Partes se limitaron a *confirmar* en 1948 que existía un delito, el nacimiento de ese delito tuvo que ser anterior a la Convención. ¿Cuándo nació el genocidio?

La única respuesta posible es: el 11 de diciembre de 1946, en Lake Success, cuando la comunidad internacional, a través del voto unánime de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la resolución 95 (I), los Principios de Núremberg, y la Resolución 96 (I), la definición del genocidio. Entonces se manifestó un consenso de toda la comunidad internacional para aceptar que lo que hasta ese momento había sido una construcción jurídica de los Aliados vencedores de la guerra, que según ellos era desarrollo de los principios y las reglas no escritas y preexistentes, se convirtiera en derecho escrito vinculante *erga omnes*. En esa Resolución 96 no se dice que se propone, se proyecta o se anuncia: se *afirma* que el genocidio es un crimen de derecho internacional...cuyos autores *son* responsables penalmente.

El concepto de genocidio que fue aprobado en Lake Success coincide esencialmente con el que en la Sentencia del *caso Scilingo* se denomina "amplio": precisamente, el que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aceptó en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1999 para Chile y Argentina: "La denegación del derecho de existencia de *grupos humanos enteros*". La definición de los grupos incluye "*los grupos raciales, religiosos, políticos y otros*". Y también en sentido amplio son definidos los motivos: "*religiosos, raciales, políticos o cualesquiera otros*". No se trataba de un proyecto, ni de una mera declaración, sino de una Resolución normativa o *law-making*, cuyo tenor y contexto evidencian la voluntad de manifestar un consenso vinculante, como prueba el hecho de que: a) la Resolución invita a los estados miembros a tipificar el delito de manera inmediata, sin esperar a su codificación o a la elaboración de una Convención; y b) encarga un proyecto de Convención, pero no para crear o tipificar el delito, sino con el único fin de *organizar la cooperación entre los estados* para facilitar la prevención y cas-

<sup>28</sup>Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 5<sup>th</sup> edition, pág. 2. "Las reglas de general aplicación se crean por el consentimiento de los estados".

tigo. Por tanto, la Resolución: a) declara la existencia de un tipo penal ya constituido, y b) ese tipo es el “amplio”.

Según la doctrina mayoritaria, la existencia de normas generales de derecho internacional consuetudinario se acredita mediante los acuerdos escritos, la doctrina, los precedentes de tribunales domésticos e internacionales, y principalmente las Resoluciones de la Asamblea General<sup>29</sup>. Es el caso de la resolución 96 (I). La vigencia de las normas de *ius cogens* y eficacia *erga omnes* no depende, no puede depender, de la diligencia o pericia de los autores de un Convenio, y menos aún del legislador interno. El concepto de genocidio de 1946 acuñado por Rafael Lemkin sobre la realidad del régimen nazi, aplicado en Nüremberg aún sin recibir todavía formalmente tal calificativo en la Sentencia<sup>30</sup>, y aceptado unánimemente como norma imperativa al año siguiente, todavía en la limitada luna de miel que siguió a la consecución de la paz en 1945, no puede ser legítimamente restringido por una interpretación impuesta por Stalin<sup>31</sup> en un Convenio provisional<sup>32</sup> del que nadie quiso acordarse después. La guerra fría impidió que el Convenio fuera revisado y, lo que es peor, que fuera aplicado; y eso, y no la supuesta bondad de su articulado, es lo que explica que haya permanecido congelado, a diferencia de todos los demás tipos penales internacionales, y que su redacción haya pasado incólume el filtro legislador del Estatuto de Roma, habiendo preferido los redactores de éste último Instrumento, con un criterio eminentemente práctico, para evitar discrepancias y rupturas de consenso, y facilitar las ratificaciones<sup>33</sup> dejarlo como estaba, y trasladar la protección que el tipo inicial brindaba a ciertos grupos, que habían quedado a la intemperie desde 1948, al abrigo de tipos más flexibles y amigables como el de los crímenes contra la humanidad. A la Sentencia, y a los Autos de la Sala de lo Penal de 4 y 5 de noviembre de 1999 no les faltan, pues, argumentos para sostener que existe un tipo “amplio” de genocidio.

Y si tal afirmación es cierta en terminos generales, como consecuencia de la existencia de una norma internacional consuetudinaria de carácter general, es más cierta aún en el caso del derecho interno español.

La profesora Gil Gil rechaza, como otros autores, —de hecho, como la propia Sentencia del caso *Sci-*

*lingo*— el concepto de autogenocidio. La destrucción de una parte del grupo nacional por otros integrantes del mismo grupo no constituiría genocidio, según sus tesis, porque en su interpretación, la mención de que el delito debe cometerse “*con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional*” significa que la intención del autor, elemento subjetivo esencial del injusto del tipo penal de genocidio, debe abarcar el propósito de destruir a la *totalidad* del grupo, aunque después la conducta típica se traduzca en una destrucción parcial del grupo; desprendiéndose necesariamente tal conclusión, según la profesora Gil Gil, de la locución “*como tal*” contenida en la Convención de 1948.

Es una interpretación aceptable —aunque no creo que la única posible— del texto de la Convención. El problema, para la profesora Gil Gil y para los demás partidarios de la interpretación “estricta” del genocidio como única aceptable, es que la locución “como tal” está en el Convenio de 1948, pero no está en el Código español, ni lo ha estado nunca. Para alguien tan celoso del principio de legalidad como la profesora Gil<sup>34</sup>, tal dificultad debería resultar insalvable. Sin embargo, patrocina para el derecho español la misma solución que para el internacional, a pesar de esa diferencia sustancial entre la Convención y nuestro Código. El legislador español ha considerado como genocidio, desde 1971 hasta hoy, sin matices ni limitaciones, “la destrucción total o parcial de un grupo nacional”. Eso supone que ha optado por una construcción más generosa y amplia del genocidio que la de la Convención en lo referente a la descripción de los grupos protegidos. La Convención de 1948 impone a los estados ratificantes la obligación de brindar, mediante su derecho interno, una determinada protección frente al genocidio, pero nada les impide brindar una protección mayor que la que la propia Convención establece<sup>35</sup>. El tipo español de genocidio es, ha sido siempre, más amplio que el convencional. Y lo ha sido, y lo es, no sólo en la descripción de los grupos protegidos: también en el alcance de las lesiones, que a diferencia del Convenio comprende las no graves; en lo relativo al traslado forzoso de adultos, y no sólo de niños; en el desplazamiento forzoso del grupo mismo; en lo relativo a las medidas tendientes a impedir el género de vida del grupo; y en lo referente a las agresiones sexuales. Todas estas especificidades están en el Código español y no en el Convenio de 1948.

El informe del Relator de Naciones Unidas B. Whitaker (E/CN.4/Sub.2/1985/6, de 2 de julio de 1985) afirmó que el genocidio es un crimen de derecho internacional, y con referencia al caso de Camboya, sostuvo la existencia del autogenocidio, el genocidio entendido como la destrucción parcial de un grupo

<sup>29</sup> Sentencia US v. Altstoetter: “La Asamblea general no es un parlamento internacional, pero es el órgano más autorizado que existe para interpretar la opinión del mundo”. También en la Sentencia de la CIJ en Nicaragua v. US se afirma (CIJ, Rec. 1986, par 195): La definición de la agresión anexa a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General puede ser considerada como la expresión del derecho internacional consuetudinario.

<sup>30</sup> En el Acta de acusación del proceso de Nüremberg de 8 de Octubre de 1945 si se incluyó el genocidio entre los delitos objeto de acusación.

<sup>31</sup> Quien por esas fechas se dedicaba a cometer crímenes equivalentes o peores que los de Hitler.

<sup>32</sup> Vid artículo XIV. También se preveía su posible denuncia o reforma, pero nadie hizo uso de tales posibilidades.

<sup>33</sup> Las reticencias no han venido solo ni principalmente de Rusia o China. Veanse, por ejemplo, los 40 anos, y la declaración, las dos Reservas, y las cinco Interpretaciones, que le costo ratificar el Convenio de 1948 a los Estados Unidos.

<sup>34</sup> Para quien ese Principio no admite “ningún tipo de relajación” (Gil 5, II, 2).

<sup>35</sup> Véase, en el mismo sentido, la Sentencia del tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, FJ 5 in fine. Sería absurdo que los ratificantes estuvieran en peores condiciones para perseguir el genocidio que los estados que no han ratificado.

nacional cometido por integrantes del mismo grupo. He defendido ya, y por ello no insistiré, pues ha sido explicado<sup>36</sup>, que en el caso de Argentina se produjo un autogenocidio, del que en mi opinión —a tenor de los hechos que se han declarado probados en la Sentencia— fue partícipe Adolfo Scilingo. Sostendré ahora que el hecho puede calificarse como genocidio no sólo con la descripción típica del Código español, sino también aunque asumiéramos como vinculante la más restringida del Convenio de 1948: la destrucción del grupo “como tal”.

Los grupos nacionales suelen estar compuestos las más de las veces por diferentes etnias, culturas, razas, etc. Si alguien decide destruir un grupo humano que constituye un subgrupo perfectamente diferenciado dentro del grupo nacional<sup>37</sup>, porque considera que tal subgrupo no debe pertenecer a la nación, se esta proponiendo, en mi opinión, la destrucción intencional de una parte del grupo nacional “como tal”. Adolf Hitler identificó primero estado con nación, luego nación con raza, y después raza con pureza racial; eso es lo que hizo que en la Alemania Nazi se fueran seleccionando subgrupos dentro del grupo nacional, y que se decidiera eliminarlos porque se deseaba excluirlos de la nación alemana. En 1920, el documento fundador del Partido Nacional Socialista alemán incluía ya en su programa político la privación de la nacionalidad alemana a los alemanes de raza judía. En 1933, al acceder Hitler al poder, los judíos fueron legalmente excluidos del desempeño de cargos públicos. Y en 1935 se inició la ejecución de lo que sería un verdadero genocidio, con la aprobación de las leyes de Núremberg, mediante las cuales los judíos fueron privados de su nacionalidad o ciudadanía alemana, *reichsbürger*, aunque siguieron siendo considerados parte de la población, *staatsangehörige*, de Alemania. Eran, naturalmente, los primeros pasos, pero tendentes ya a lo que vendría después: la invitación a abandonar el territorio, luego la expulsión, más tarde la concentración, y finalmente el exterminio. Pues bien, la actuación contra el subgrupo de alemanes judíos, más la que siguió contra todos los alemanes no arios, luego contra los alemanes arios incapaces, deficientes físicos o mentales, ancianos, homosexuales, etc., ¿no significaba, no puede configurarse dogmáticamente como destrucción parcial del grupo nacional alemán como tal? La persecución afectaba, obviamente, a los judíos alemanes en tanto que subgrupo racial, pero, ¿no afectaba también al grupo nacional alemán como

tal? Responder negativamente supondría darle la razón a Hitler en el sentido de que los alemanes judíos no eran alemanes, ya que de otra manera, ¿cómo aceptar que el exterminio de millones de alemanes no suponía la destrucción parcial del grupo nacional alemán como tal? La primera víctima de Hitler, en mi opinión, fue la nación alemana como tal<sup>38</sup>.

Hay otro aspecto en el que se sigue insistiendo, erróneamente, respecto del auto genocidio en Argentina, y es el referente a la destrucción de los grupos políticos<sup>39</sup>. Los centenares de niños, amas de casa, profesionales, periodistas, abogados, profesores, etc. no pertenecían a ningún grupo político. Si la represión se hubiera dirigido a exterminar a los justicialistas o radicales, peronistas, montoneros, podríamos discutirlo; pero no es el caso<sup>40</sup>.

## CONCLUSIONES

Los juicios de Núremberg fueron muy criticados en su momento y lo han seguido siendo después<sup>41</sup>. En mi opinión, sin embargo, constituyeron un hito histórico de la justicia internacional: primero, porque impusieron justicia en vez de impunidad, que hasta entonces había sido la regla<sup>42</sup>; segundo, porque significaron un antes y un después en lo que a protección de los derechos humanos se refiere, constituyendo el comienzo de la liquidación progresiva pero irreversible del principio de no injerencia en los asuntos internos de los estados, una reedición del contrato social en términos globales<sup>43</sup>; tercero, porque el referente de *fair trial* o juicio justo<sup>44</sup> que patrocinaron y difundieron resulta, a pesar de todas sus carencias, crecientemente modélico, en especial,

<sup>38</sup> Creo que disociar la persecución racial de la destrucción del grupo nacional es una confusión muy extendida, en la que incurrieron incluso algunos juristas que participaron en los procesos penales de la posguerra. Así, en *US v. Greifelt*, el fiscal americano acusó a los procesados de haber querido “fortalecer” la nación alemana y la raza aria a expensas de otras naciones y razas, castigando por ejemplo las relaciones sexuales *con* alemanes. Se refiere en realidad a las relaciones sexuales *entre* alemanes, arios y no arios. En el mismo error incurre la profesora Gil (Gil 2, página 153) cuando alude al “exterminio de los ciudadanos de raza judía que habitaban en la Alemania nazi”. ¿No es más fácil aludir a los “alemanes judíos”? ¿O debemos decir “judíos alemanes”?

<sup>39</sup> Desconocimiento muy extendido. Véase por ejemplo, Cerezo Mir, Prologo a Gil 2, página 11. El problema trasciende la discusión acerca de si “la eliminación masiva de los enemigos políticos” es o no genocidio, porque la dictadura argentina eliminó “a sus enemigos políticos” y a muchos otros ciudadanos sin filiación política alguna. Al respecto, sin ir más lejos, la declaración de hechos probados de la *sentencia de Scilingo*.

<sup>40</sup> En favor de considerar la existencia del delito de genocidio respecto de los grupos políticos en el caso de Argentina, Instituto Max Planck, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* n° 8 c, 1999; y en general Van Schaack, *The crime of political genocide* citado en Gil 2, pág. 160.

<sup>41</sup> La crítica, de hecho, no ha cesado hasta hoy. Gil 5, II.2.

<sup>42</sup> Aún lejos de la perfección, Núremberg y Tokio suponen un contraste absoluto con los juicios de Leipzig celebrados al final de la Primera Guerra Mundial.

<sup>43</sup> La abrogación del principio de no injerencia, respecto de los derechos humanos, se reflejó en 1945 en los artículos 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas, y en 1948 en la declaración Universal de los derechos Humanos.

<sup>44</sup> Fundamentalmente Núremberg. Tokio dejó mucho que desear al respecto.

<sup>36</sup> Carlos Castresana Fernández, “Persecución de crímenes...” *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n° 31, Marzo 98.

<sup>37</sup> Anexos IV, IX y “Prijedor” al Informe Final de la Comisión de Expertos establecida por la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para la ex Yugoslavia, que contemplan el genocidio parcial del grupo nacional, referido a criterios no contemplados en la Convención de 1948, como el de las mujeres, con lo que se daba entrada al genocidio por razón de genero, y también se contemplaba la destrucción, dentro del mismo grupo, de la “elite intelectual” lo que sería igualmente un caso de autogenocidio. En opinión de la Comisión, la definición del crimen de genocidio no es estática.

por comparación<sup>45</sup>. El principal reproche que puede hacerse a Nüremberg no es lo que se hizo, que se hizo razonablemente bien dadas las circunstancias, sino lo que no se hizo, los juicios de Hiroshima, Nagasaki, Dresde, Hamburgo, etc.

Buena parte de las críticas que se formulan a la Sentencia del *caso Scilingo* no se dirigen en realidad contra la Sentencia misma, sino contra los principios que aplica, que en su mayor parte provienen de los Principios de Nüremberg mismos. Según la profesora Gil Gil, los “juicios de Madrid” han ocasionado para España un “grave costo político, institucional y diplomático”<sup>46</sup>, y significan “el peligro de intervención en asuntos internos” de otros Estados<sup>47</sup>. Me permito discrepar una vez más. Los juicios no han supuesto un costo relevante; desde luego, no relevante en comparación con el crédito que han reportado a la jurisdicción española en todo el mundo. La razón no es solamente que se haya procurado la protección de las víctimas de violaciones generalizadas de los derechos humanos. La diferencia de los juicios de Madrid, lo que pueden suponer de novedoso, lo que aportan al edificio que se comenzó a construir en Nüremberg, es que por primera vez las normas se han aplicado a quienes no habían sido previamente derrotados por las armas. La única objeción sería a los juicios de Nüremberg ha quedado por fin superada: esta no es la justicia de los vencedores. Al contrario, es la de las víctimas.

La mayor virtud de la Sentencia y el mayor defecto del comentario es que la primera procura hacer compatibles los artículos 24 y 25 de la Constitución, y el segundo cuida tanto del 25 que se olvida por com-

pleto de la tutela judicial efectiva. La Profesora Gil Gil mima el Convenio provisional sobre genocidio como si de su privativo mecanismo de relojería se tratara, tan perfecto que nunca da la hora. Tiene que haber una interpretación que haga compatible la ley y la justicia, pues no son algo tan diferente, especialmente cuando estamos ante bienes jurídicos tan elementales y violaciones de trazo tan grueso. Si ambos valores no pueden conciliarse en casos tan extremos, el problema está en el intérprete. Como señala Anthony D’Amato<sup>48</sup> los positivistas se empeñan en separar la ley de la moral pero, según parece, son incapaces de resolver las cuestiones morales que surgen una vez que ambas están separadas.

“A lo largo de toda la historia del Derecho, han sido los “realistas”, al igual que los positivistas, los que menos han entendido la relación entre el tiempo y el Derecho. Aprisionados en su autosuficiencia simplificadora, siguen cultivando hasta hoy una visión patéticamente *estática* del ordenamiento jurídico y de los hechos sociales que busca reglamentar. “Realistas” y positivistas se han mostrado ciegos al mundo de los *valores*, sumisos a las relaciones de poder y dominación, e insensibles a la ubicación de las soluciones jurídicas en el tiempo, para atender a las necesidades humanas cambiantes. “Realistas” y positivistas sólo han sabido trabajar sobre el presente; no hay que esperar de ellos una comprensión que no están capacitados a externar. Padecen de una miopía atemporal que los conlleva a seguir intentando hacer abstracción de los efectos del pasar del tiempo en la búsqueda y aplicación de las soluciones jurídicas. Son esclavos del primarismo de su propio hermetismo conceptual”<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Con la proyección de los 60 años transcurridos, Nüremberg resulta lamentablemente inalcanzable. ¿Sería hoy capaz la comunidad internacional, a la vista de los Guantánamo y Abu Ghraib, de proporcionar un juicio razonablemente imparcial a alguien como Hermann Goering, responsable de 12 millones de muertes, o a Hideki Tojo, causante de 5 millones de víctimas?

<sup>46</sup> Gil 4, pág. 413

<sup>47</sup> Gil 2, págs. 27 y 28.

---

<sup>48</sup> “The moral dilemma of positivism”, 20 *Val.U.L. Rev.* 43 (1985).

<sup>49</sup> Voto particular del Magistrado Antonio Cañado Trindade en la Sentencia dictada en el *caso Hermanas Serrano v. El Salvador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

# Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente

Ramón SAEZ VALCARCEL

*“Créixer també és saber que la tristesa i fins i tot l’afront no són, per sort, exclusiva dels vils, sinó un grotesc patrimoni de tots, i que pels ulls dels marginats, dels pobres, dels vençuts, se’ns en va a tots plegats el goig de viure harmoniosament i amb alegria”.*

Miquel Martí i Pol (Després de tot, 2002)<sup>1</sup>

El discurso oficial sobre la inmigración clandestina señala a las mafias como el sujeto que propiciaría, controlaría y se beneficiaría del tráfico de personas. Esas mafias explicarían por qué pobres emigrantes se juegan la vida, sabemos que muchos la pierden, al atravesar la frontera sur de Europa y serían los responsables de la explotación y muerte de tantas personas. Atribuir a la “mafia” participación en el asunto sirve a la criminalización de todas las redes y recursos que permiten a los inmigrantes acceder clandestinamente a Europa, incluso las de tipo familiar o humanitario. Mafía remite a crimen organizado.

Frente a tales mafias, reales o imaginarias, se han rearmado los sistemas penales estableciendo tipos específicos para enfrentar al fenómeno con penas de prisión elevadas. Las organizaciones de tráfico de personas, sobre las que poco conocemos, permiten identificar culpables y atribuir responsabilidades. También resultan útiles para eximir a los Gobiernos europeos, a las opiniones públicas y a las políticas desarrolladas para el tratamiento de los refugiados y los trabajadores inmigrantes de la muerte y el sufrimiento de tantas personas en la frontera. Interponer a la mafia es una especie de ritual de expiación.

A veces la publicidad de lo que ocurre en la frontera destruye la capacidad de convicción de la estrategia de las mafias-culpables. Los enfrentamientos en la valla que protege los enclaves de Ceuta y Melilla entre guardias y emigrantes subsaharianos, algo que los periódicos bautizaron como “asalto” a las ciudades, nos enseñaron el rostro incivil de la Europa fortaleza, en cuyas posiciones exteriores se desarrolla una batalla campal permanente para contener a muchedumbres de pobres desesperados.

Vayamos a los hechos que se juzgan en nuestros tribunales en aplicación de los delitos de tráfico de personas e inmigración clandestina para intentar comprender un poco el problema, conscientes de que la mayoría de los inmigrantes acceden como turistas por vía aérea y que la entrada clandestina por la frontera sur es un hecho minoritario, pero que tiene una gran fuerza simbólica porque sus imágenes se utilizan para alimentar la idea de Europa como un continente asediado.

## 1. LOS HECHOS: COMO ATRAVESAR LA FRONTERA DE MANERA CLANDESTINA

En enero de 2001 el conductor de un taxi trasladaba a cuatro inmigrantes clandestinos por la carretera de Algeciras, había concertado el transporte a Almería a cambio de un precio. Según la sentencia, los marroquíes habían hecho autostop y llevaban los pantalones mojados y manchados de barro. Fue condenado a dos años de prisión (SAP Cádiz, sección Algeciras, 22.7.2002).

En marzo de 2001 un marroquí conducía su coche por una carretera de Algeciras con cuatro compatriotas que “carecían de la documentación necesaria para su estancia en España”. Los inmigrantes le habían pedido que los trasladara a la ciudad más próxima, porque tenían hambre. Llevaban las ropas mojadas y con barro, lo que hacía suponer que el acusado conocía la entrada ilegal de esas personas. Fue condenado a una pena de un año de prisión (SAP Cádiz, sección Algeciras, 27.5.2002).

Son muchos los casos de condenados como autores del delito del artículo 318 bis por la acción de transportar en sus coches a inmigrantes con aspecto de recién llegados a las costas gaditanas, sin mediar precio, lo que permite suponer la posible existencia de móviles altruistas, solidarios o de ayuda humanitaria. Es frecuente observar por las cunetas de las carreteras del Campo de Gibraltar a inmigrantes que caminan sin rumbo y temerosos. A modo de ejemplo pueden citarse las SAP Cádiz, sección Ceuta, 20.10.2000: el acusado trasladaba en la baca de su vehículo a un hombre escondido en el interior de un colchón de goma espuma, que estaba cerrado con una funda, fue condenado a la pena de tres años de prisión; SAP Cádiz, Algeciras, 16.6.2003: un español llevaba en su vehículo a un inmigrante indocumentado a sabiendas de su condición, siete meses de prisión; SAP Cádiz, Algeciras, 14.11.2002: dos marroquíes trasladaban de madrugada, en auto, a tres compatriotas sabedores de su condición de indocumentados, un año de prisión; SAP Cádiz, sección 4ª, 27.10.2003, tres marroquíes que recogieron y trasladaron a dos compatriotas en la carretera, de madrugada, sin equipaje y con las ropas mojadas y manchadas de arena, ocho meses de prisión).

También son condenados quienes ayudan a embarcar a un inmigrante en Melilla o Ceuta con desti-

<sup>1</sup> “Crecer es saber también que la tristeza/e incluso la afrenta no son, por suerte,/ exclusiva de los viles, sino un grotesco/patrimonio de todos, y que por los ojos/de los marginados, de los pobres, de los vencidos,/se nos va a todos el gozo de vivir/armoniosamente y con alegría”, Después de todo, DVD poesía, Barcelona, 2002.

no a la península por razones distintas a las estrictamente económicas. Así, el caso de un conductor y su compañera que intentaron acceder al barco en Melilla “llevando oculto bajo las piernas de la citada acusada, en el suelo de la furgoneta, en posición fetal y tapado con una manta con la que ella se cubría las piernas desde su cintura, a un joven indocumentado quien manifestó ser de Marruecos y llamarse Jesús... Los agentes de la Guardia Civil preguntaron a los acusados si tenían algo que declarar contestando éstos negativamente, y al invitarles a salir de la furgoneta, a lo que se negó la acusada con el pretexto de que le dolían las rodillas, levantaron la manta y observaron la presencia del joven” (SAP Málaga, sección Melilla, 26.2.2004, dos años de prisión, con penalidad atenuada del apartado 6º del 318 bis, ya que la finalidad de los acusados fue la de ayudar al joven a traspasar la frontera para que mejorara sus condiciones de vida).

Fue condenado a un año y tres meses de prisión un hombre que intentó embarcar en Ceuta llevando a una mujer marroquí en su auto, a quién intentó hacer pasar por su esposa, ya fallecida, cuyo pasaporte exhibió (SAP Cádiz, Ceuta, 9.7.2001).

Hemos leído tres casos donde los acusados conducían un coche y se hacían acompañar por un extranjero que quería entrar en España, en un supuesto era la novia, en otro el hermano de la novia. Fueron condenados en la instancia y absueltos en la apelación o casación. Así: uno, en la estación marítima de Algeciras, un inmigrante que iba en el asiento del copiloto, porque no se había acreditado que el acusado “conociera la condición de ilegal del testigo expulsado”. La supuesta víctima es expulsada de manera sistemática, de forma que o no existe testifical o se preconstituye (SAP Cádiz, Algeciras, 19.2.2001, la sentencia del Juzgado de lo Penal había condenado a pena de siete meses de prisión). Dos, un policía local de Madrid fue condenado a tres años de prisión por intentar acceder al barco en Ceuta en compañía de un marroquí indocumentado, que al parecer era hermano de su prometida y de quien sabía que carecía de los requisitos para entrar en España (SAP Cádiz, Ceuta, 9.12.2003). La sentencia fue casada y el acusado absuelto por la STS 147/2005, de 15 de febrero, bajo la premisa de que “realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que sabe que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos identificativos necesarios para realizar el viaje”. Tres, un hombre fue condenado a 18 meses de prisión por llevar en su coche a su novia y acceder al barco en Melilla. La Audiencia de Málaga, sección de Melilla, le absolvió al admitir dudas de si concurría el móvil de favorecer efectivamente la emigración (Sentencia 26.6.2002).

Hasta aquí supuestos de ayuda a la inmigración sin que medie precio o contraprestación económica. La tipología de los casos en que se paga dinero por el transporte es diversa, pero limitada: traslados en pateras o lanchas neumáticas, u ocultos en vehículos, furgonetas o camiones y en coche por carreteras próximas a la costa, ya en el continente.

Por ejemplo: en el interior de una caja de cartón cubierta con una tela y atada con cuerda (SAP Cádiz, Ceuta, 11.5.2004, cuatro años de prisión), cuatro inmigrantes agazapados en la parte posterior de la furgoneta, detrás de electrodomésticos, bajo alfombras y mantas (SAP Málaga, Melilla, 18.12.2003, tres años de prisión), un inmigrante oculto bajo el asiento trasero, envuelto en una alfombra en posición fetal, en el habitáculo destinado al depósito de gasolina (SAP Málaga, Melilla, 6.5.2004, cuatro años de prisión, confirmada por STS 1514/2004).

En las pateras, pequeñas miserables embarcaciones de madera, provistas de motor y timón, viajan decenas de inmigrantes apretujados, mujeres y niños incluidos. Hacen la travesía del estrecho o la que separa Marruecos de Fuerteventura. Los patrones de las pateras, con frecuencia el patrón es el único tripulante, son condenados por el tipo agravado del apartado 3º del 318 bis CP, porque las circunstancias del viaje suponen siempre un peligro para la vida o integridad de los pasajeros y, en numerosos casos, porque entre los viajeros se encuentran menores, bebés o niños. Como ejemplo la SAP Las Palmas, sección 2ª, 9.2.2004, que condenaba a un piloto a seis años y seis meses de prisión, por el traslado de treinta personas, entre ellos dos niños.

El 25 de octubre de 2003 tuvo lugar el naufragio de una patera en la bahía de Cádiz, frente a Rota. En el accidente fallecieron 37 personas, se hallaron cinco supervivientes y hubo varios desaparecidos. La tragedia fue ampliamente cubierta por los medios de comunicación y se puso de manifiesto que los servicios de rescate no funcionaron. Se juzgó y condenó a un marroquí al que se atribuía haber estado durante la travesía al servicio del patrón: le ayudaba en diferentes tareas, singularmente echando gasolina al motor, dando agua y comida al piloto y a algún pasajero y, sobre todo, achicaba agua del fondo de la embarcación con un cubo, tarea en que le ayudaban varios viajeros (es decir, se trataba de un machaca, en argot un subalterno, denominación que recogía una figura de la vida militar, el soldado que sirve a un mando a cambio de nada). Fue condenado a un año de prisión por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y a treinta y siete penas de un año de prisión por otros tantos delitos de homicidio imprudente (SAP Cádiz, sección 1ª, 15.11.2004).

Un método increíble de transporte de inmigrantes es el que se denomina un “motor humano”. Vestidos con trajes de neopreno y aletas una o dos personas remolcan a nado una balsa o, de manera inmediata, el cuerpo del mismo “viajero”. La SAP Cádiz, Ceuta, 25.6.2004, condenaba a dos españoles por arrastrar una balsa hinchable de escasa consistencia en cuyo interior había cuatro hombres de Mali, a media milla de la costa. La pena: seis años de prisión (se aplicaba el subtipo agravado por concurrir ánimo de lucro y por poner en peligro la vida de los inmigrantes, que fueron expulsados inmediatamente).

El 17 de febrero de 2004 fue detenido un hombre con traje de buzo que remolcaba a nado a un ciu-

dadano indocumentado desde Beliones, Marruecos, a la playa de Benzú, Ceuta. No se acreditaba que hubiera actuado por precio. Se le aplicó el subtipo agravado de peligro para la vida del inmigrante y se le impuso la pena mínima de seis años de prisión (en atención a que carecía de antecedentes y al riesgo físico que corrió personalmente en la manobra).

El rasgo común de todos esos intentos de entrada clandestina en España es la pobreza, las condiciones miserables en que operan los transportistas o quienes colaboran en el traslado, la escasez de medios, la ingenuidad que nace de la imperiosa necesidad de llegar al paraíso. Necesidad que es el caldo de cultivo para la actuación de desaprensivos.

## 2. REARME PUNITIVO. UN TIPO POCO DECENTE

Tres son los tipos penales que tratan la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas o trabajadores, los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis CP, de tal manera que se requieren esfuerzos filológicos, muchas veces vanos, para distinguir el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

El artículo 318 bis, bajo el rótulo de delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se introdujo por la ley de extranjería 4/2000 y fue modificado en la reforma LO 11/2003 que llevaba como enunciado la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros. Fue la primera reforma penal después del anuncio de una campaña para “limpiar las calles”, en un período de legislación de emergencia motorizada.

Lo que entendían los redactores de la ley por integración del extranjero (pobre) era preciso. Se acometieron dos medidas: una nueva redacción del artículo 89 del código para convertir en norma la sustitución de las penas de prisión, impuestas por delitos menos graves a los inmigrantes irregulares, por la expulsión y del artículo 318 bis para “combatir el tráfico ilegal de personas, con independencia, decía la exposición de motivos, de que fueren o no trabajadores, (por)que impide la integración de los extranjeros en el país de destino”. Ese enunciado es un sarcasmo, el tráfico de personas como causa que impediría la integración, porque detrás de las políticas de cierre de fronteras se desarrolla una tragedia.

Toda la legislación de extranjería está plagada de importantes dosis de hipocresía, entre otras cosas porque en lugar de regular derechos se limitan o excluyen, en vez de integrar se reprime, provocando situaciones de ilegalidad y clandestinidad, que posibilitan la sobreexplotación de los trabajadores de los países del Sur.

El delito de tráfico ilegal de personas ha de catalogarse entre las intervenciones penales que criminalizan la pobreza. Junto a él, la ocupación pacífica de inmuebles del artículo 245.2º CP y los rimbombantes delitos de defraudación de la propiedad intelectual e industrial (270 y 273 CP) que castigan la venta ambulante de discos, películas piratas y mercancías,

denominadas en el lenguaje de los comerciantes objetos de complemento, con logos falsos. Como dice Thomas Mathiesen, el criminólogo noruego abolicionista, en lugar de una lucha contra la pobreza hemos emprendido una lucha contra los pobres en el ámbito del sistema penal<sup>2</sup>.

El delito del artículo 318 bis, en su nueva formulación, sanciona todo acto de favorecimiento, directo o indirecto, del tráfico ilegal de personas o de la inmigración clandestina, sin necesidad de que concurra ánimo de lucro, circunstancia que se prevé como una agravación específica. En el contexto de la prohibición de entrada a los trabajadores inmigrantes de los países del Sur y del Este, esa figura viene a castigar todo tipo de conductas de colaboración al acceso al territorio fuera de los cauces establecidos en las leyes contra la inmigración.

Es un buen modelo para comprender el fenómeno del derecho penal autoritario, porque incorpora sus rasgos comunes. Por un lado, una exacerbación de las penas de prisión. Así, el tipo básico lleva pena de cuatro a ocho años de prisión. Si el propósito del tráfico o la inmigración fuere la explotación sexual de las personas, el marco del tipo básico alternativo se eleva de cinco a diez años de prisión. La figura agravada, si concurre ánimo de lucro, violencia, engaño, se pusiera en peligro la vida o la integridad de los inmigrantes (nota que siempre acompaña a los servicios pobres de transporte para pobres) o afectara a menores, sería acreedora de la mitad superior de la pena (seis a ocho años en el primer supuesto, siete años y seis meses a diez años en el otro). La consecuencia para el tipo cualificado de segundo grado, cuando existiere una asociación u organización, aunque fuera de carácter transitorio, sería de ocho a doce años de prisión y de diez a quince años en el caso de finalidad de explotación sexual. Por fin, la figura hiperagravada, si los acusados fueran jefes, administradores o encargados, la pena se dispara a una escala de entre doce a dieciocho años y de quince a veintidós años y seis meses de prisión. El principio de proporcionalidad como pauta de regulación del sistema de penas ya no nos permite explicar este forma de intervención.

Por otro lado, se utiliza el derecho penal para afrontar, que no resolver, pues se ha instalado el sistema en una visión desesperanzadora del ser humano y por ello nadie cree en la resocialización, para afrontar problemas sociales. Problemas que genera la globalización y nuestras políticas de represión de la inmigración y clausura de fronteras.

Así se configura un sistema penal autoritario en el que la prisión se utiliza como contenedor hermético para inhabilitar los residuos humanos que produce la globalización, dentro y fuera de nuestras fronteras. Es lo que David Garland<sup>3</sup> denomina el postwelfare penal, la crisis del enfoque penal moderno.

<sup>2</sup> “Diez razones para no construir más cárceles”, *Panóptico*, n.º 7, 2005, pág. 19.

<sup>3</sup> Ver *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, David Garland, Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 39 y siguientes, que desarrolla una descripción de las transformaciones en el sistema penal anglosajón después de los años setenta, que resulta un indicador de la crisis del Estado social.



Crisis del modelo que ese autor considera una reversión histórica, que se manifestaría en el declive del ideal rehabilitador, en el resurgimiento de las sanciones retributivas y draconianas, en una justicia expresiva, expresiva de la ira y de los sentimientos vengativos de una opinión pública molesta, en la reinención de la prisión con funciones exclusivamente incapacitadoras, o en la exposición pública de la víctima y su dolor como argumento para legitimar un discurso patibulario, en expresión de Eugenio Zaffaroni.

Las políticas de extranjería son un laboratorio para indagar las transformaciones del derecho. Porque se instrumentalizan al margen de los derechos humanos, de espaldas a nuestra tradición jurídica, poniendo en cuestión los valores de nuestra cultura política. No en balde, los gobiernos de los Estados nación tienen que gestionar problemas creados globalmente desde perspectivas locales, lo que resulta inalcanzable. La economía se ha liberado de la política y en el mercado mundial desregulado no existe una ley internacional. Los gobiernos son incapaces de actuar ante las decisiones de las empresas transnacionales, solo pueden llevar a cabo políticas de mayor flexibilidad, por ejemplo, bajar el impuesto de sociedades. Como el malestar y la inseguridad que sienten las gentes no puede ser gestionado desde los gobiernos, explica Zygmunt Bauman, se reorienta el miedo, imprescindible fuente de legitimación del Estado y del poder, hacia objetos manejables. Ahí aparece en escena la imagen, que alimenta los medios, de una supuesta "invasión" de inmigrantes, como si fueran zombies, que plantea de manera emotiva la necesidad, a la que sucumben nuestras sociedades, de luchar en su contra para proteger nuestro mercado de trabajo y nuestro bienestar.

La norma relativa a la criminalización del tráfico y la inmigración clandestina, así como los discursos que la sustentan, las mafias culpables, confunde los efectos con las causas, funciona como un chivo expiatorio: las redes de acceso al continente serían una especie de nuevos negreros y los inmigrantes sus esclavos, unas víctimas pasivas. Sin embargo, son las políticas de cierre de fronteras, la imposibilidad de entrar y de inmigrar, las que provocan la entrada ilegal y hacen surgir servicios clandestinos de transporte y paso de fronteras. Servicios todos ellos, según vemos, miserables y torpes, caros y peligrosos.

El sistema de desregulación de las relaciones laborales fomenta la movilidad de los trabajadores como una de las consecuencias de la nueva flexibilidad, que se vende como otra más de las libertades. Lo que en el espacio del Estado nación realizan las empresas de trabajo temporal o las oficinas de empleo, es la tarea que acometen con los trabajadores inmigrantes las redes que denominamos mafias. Aquí otra de las paradojas que nos ofrece la realidad de las migraciones.

La impermeabilización de la frontera produce la entrada ilegal y la estancia irregular. Porque la normativa hace impracticable la llegada al país como inmigrante. El camino que permite la ley es de único

trazado. Primero, el acceso clandestino o la entrada fraudulenta en calidad de turista, luego un largo período de estancia irregular y trabajo en economía sumergida, por fin, con suerte, se logra el reconocimiento administrativo de un estatuto de residente. La ausencia de un modelo de política migratoria fabrica situaciones de ilegalidad, de marginación y clandestinidad. La mejor demostración de esa realidad es la necesidad de activar procesos de regularización de manera cíclica para atender a cantidades impresionantes de personas que se acumulan en esa zona oscura.

Políticas públicas y prácticas administrativas que generan auténticos procesos de marginación y criminalización sobre individuos y poblaciones, que terminan siendo percibidos y tratados como indeseables tanto por las autoridades como por parte de las opiniones públicas. La marginación es igual al trabajo sin derechos, a la precariedad laboral absoluta, y resulta funcional para los sectores de actividad que requieren de una gran adaptación a los cambios. Es la flexibilidad absoluta, el sueño neoliberal. La exclusión implicaría un paso más, una mayor distancia, su paradigma es el encierro y la expulsión del país.

Cada época fabrica su propia basura y sus propios miedos, porque la basura es desorden, vicio o suciedad, según explicó la antropóloga Mary Douglas<sup>4</sup>. Los procedimientos de marginalización son similares en el curso de la historia, ya se actúe contra sindicalistas o revolucionarios, contra drogadictos, inmigrantes o islamistas. Al final son sectores de población fácilmente identificables, marcados con un estigma que les inhabilita para una plena aceptación social. Son basura que se mueve a la que atendemos con medidas extremas de incapacitación colectiva, ya mediante su expulsión ya por el encarcelamiento. Los programas antivirus de nuestros ordenadores caseros proporcionan una metáfora ajustada a la realidad: uno ha de protegerse de manera permanente frente al riesgo, porque reaparecen una y otra vez, a pesar de las técnicas de desinfección, puesta en cuarentena o eliminación. El lenguaje de periodistas y políticos es transparente de esas visiones: las pateras llegan en oleadas o avalanchas, los inmigrantes clandestinos son capturados, asaltan nuestras ciudades limítrofes amuralladas, las fronteras se impermeabilizan. Basura que se mueve y decisiones de higiene colectiva.

Las políticas de control de las migraciones y de los extranjeros pobres son el paradigma del nuevo rostro del sistema penal autoritario que se ha desarrollado en las dos últimas décadas en Estados Unidos y Gran Bretaña. Tienen como objetivo no las personas, sus actos y el tratamiento de las causas del delito, sino las poblaciones y el control del riesgo, según mecanismos de adscripción de etique-

<sup>4</sup> "La suciedad, tal como la conocemos, consiste esencialmente en desorden. No hay suciedad absoluta: existe solo en el ojo del espectador. Evitamos la suciedad... la suciedad ofende el orden. Su eliminación no es un movimiento negativo, sino un esfuerzo positivo por organizar el entorno", Mary Douglas, *Pureza y peligro*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1991, pág. XXVIII.

tas de sujetos peligrosos, al margen de su conducta y de su culpabilidad. Se castiga una forma de ser, inmigrante ilegal, el que desborda nuestras fronteras y permanece entre nosotros sin permiso. Frente a él está justificada la amenaza y la implantación de procedimientos de intimidación y sometimiento, en forma de privación de libertad, la prisión o el centro de internamiento, o de exclusión radical, como la expulsión. Mecanismos que le hacen vulnerable frente a cualquiera, no solo el transportista que le permite llegar a las costas europeas, el empresario que le emplea sin contrato, jornada a jornada, por un bajo salario, el propietario del piso que arrienda o el policía que le intercepta en la calle. Una criminología autoritaria que se enfrenta al riesgo que representan los miserables, que es característica del post-welfarismo penal, una vez que se han abandonado los ideales de la reinserción y de la intervención sobre las causas del delito<sup>5</sup>.

Los delitos relativos a la inmigración clandestina son, en la mayoría de los casos, delitos sin víctima. El inmigrante es presentado como una víctima pasiva, despojándole así de lo único que tiene: voluntad para optar entre las alternativas que se le ofrecen. “La migración...es una estrategia no sólo de mejora, sino de recuperación de una dignidad perdida, perdida por la pobreza, que en su caso es vivida como una vergüenza y una indignidad” (L. Torrabadella). “No reconocerles como sujetos de su propia historia es agregar una vejación más a las muchas que reciben a lo largo de su itinerario” (D. Juliano)<sup>6</sup>.

### 3. CIERRE DE FRONTERAS Y PASO CLANDESTINO

Cuando se atribuye la condición de mafioso a cualquier apoyo individual u organizado de acceso al país de destino, se practica una política de expiación de las propias responsabilidades y se criminaliza todo el espacio de la frontera, incluso los comportamientos humanitarios. Pero, además el problema se hace incomprensible. Si son víctimas de esos nuevos negreros ¿Por qué emigran, por qué se juegan la vida en el viaje, por qué pagan esos precios?

Las pateras de la miseria y los primeros cadáveres aparecieron después de que se cerraran las fronteras con la primera ley de extranjería. Las playas de Tarifa fueron testigo de ello el 2 de noviembre de 1989, según datos de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (en la página [www.apdha.org](http://www.apdha.org) se encuentran los informes anuales de esa ONG, en concreto el del año 2003, titulado “El Estrecho: la

muerte de perfil”, y el Informe sobre la inmigración clandestina durante el 2004). El acuerdo de Schengen y la exigencia de visado a los ciudadanos de Marruecos y de otros estados norteafricanos agravaron el fenómeno. Organizaciones humanitarias estiman que unos diez mil seres humanos han muerto en la travesía del Estrecho de Gibraltar desde entonces.

El año 2004 la APDHA ha constatado la muerte de 288 personas, aunque sus estimaciones elevan la cifra a 500 (ha de advertirse de la existencia de desaparecidos, gentes sin nombre que el mar no devuelve). El año 2003 fueron 236 los fallecidos que esa organización identificó, 250 en el 2002, 120 en el 2001 y 300 en el 2000. Los datos conocidos permiten diagnosticar un incremento de las muertes.

Según los análisis de la organización humanitaria andaluza la dramática evolución es consecuencia directa de la mayor eficacia en el control de la frontera marítima. Ceuta y Melilla han sido “impermeabilizadas” con fondos europeos para el desarrollo (otro sarcasmo). Alrededor de ambas ciudades se ha levantado una especie de muro, una doble valla de malla cuya imagen se ha hecho tristemente famosa. Se cuenta con dispositivos de alarma electrónicos y detectores de movimiento. Las asociaciones de apoyo a los inmigrantes denuncian que en el muro existen trampillas por las que se obliga a regresar, un procedimiento informal, gateando a cuatro patas a quienes son detenidos en el trance.

La muralla ha sido escenario de enfrentamientos a finales de este verano cuando funcionarios armados españoles trataron de impedir que muchedumbres de africanos saltaran las vallas, auxiliados con escaleras confeccionadas con árboles de las inmediaciones. Las fotos publicadas a partir del conocimiento de la muerte de un joven camerunés, en lo que hasta el diario El País llamó un “alud violento”, nos enseñan un rostro poco agradable de las actuaciones en la muralla exterior, coronada por una concertina o alambrada erizada de cuchillas. Para protegerse, informaba el periódico, los subsaharianos se envuelven el tórax con cartones, sobre los que visten gruesas ropas y cubren sus manos con guantes de bricolaje. “A pesar de ello, cuando alcanzan el lado español sangran por numerosos cortes”, comentario que el reportero atribuía a la guardia civil. El dolor de muchas personas es un sonido moral de fondo que obliga a no hacer comentarios.

Además de la muralla física, se emplean las nuevas tecnologías. El Sistema Integral de Vigilancia Exterior (Sive) permite la localización de embarcaciones en la mar y su abordaje antes de la arribada a la costa. La clausura ha provocado el siguiente efecto: la desviación del tránsito de los clandestinos hacia Canarias, hacia Lanzarote y Fuerteventura, pero también hacia Granada y Almería. Es decir, se han abierto travesías alternativas más largas que la del Estrecho, treinta o sesenta kilómetros que se convierten en doscientos, incluso quinientos y por alta mar, ya que deben salir desde Sidi Ifni, El Aaiún, incluso Dajla, en el sur de Marruecos, o desde Argelia. Travesías, por lo tanto, más costosas para los

<sup>5</sup> Política criminal que seguiría el esquema de las técnicas actuariales que utilizan las compañías de seguros, importando los mecanismos de análisis económico al control de las poblaciones desviadas, que son gestionadas como un riesgo, según propone Alessandro de Giorgi en su libro *Tolerancia Cero, estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Virus editorial, Barcelona, 2005, pág. 46 y s.

<sup>6</sup> Ambas citas pueden encontrarse en el estudio de la antropóloga Dolores Juliano *Excluidas y Marginales*, Cátedra, Madrid, 2004, pág. 204.

viajeros y mas peligrosas para sus vidas. El crecimiento del número de detenidos y muertos en las costas canarias así lo evidenciaba el año pasado.

La Asociación de familias de víctimas de la inmigración clandestina, organización marroquí, denunciaba que el “tratamiento securitario agrava el riesgo para nuestros hijos y enriquece a las mafias del tráfico humano”, calificaba el drama de hemorragia humana y cifraba en cuatro mil el número de inmigrantes muertos y desaparecidos en las costas de Marruecos entre 1997 y 2004, advirtiendo que son muchos mas los que fallecen en el recorrido del desierto del Sahara en su recorrido hacia el norte, hacia la costa<sup>7</sup>.

Otro muro similar se erige en la frontera sur del centro del sistema, entre California y México, en un lento proceso durante los últimos diez años, que según organizaciones humanitarias se ha cobrado la vida de tres mil quinientas personas. La última, y controvertida, intervención en la larga construcción de la fortaleza consiste en el relleno del cañón smugglers' gulch (golfo de contrabandistas) con 2,1 millones de metros cúbicos de basura que va a alterar el cauce del río Tijuana.

Las causas y los momentos en que tienen lugar las muertes de los pasajeros del estrecho, por orden de importancia, son: el naufragio al salir la patera del punto de origen (103 fallecidos el año pasado), la operación de abordaje y detención en la mar (71 muertos), el choque contra los acantilados (40), los procesos de hipotermia (18), el naufragio en alta mar, la asfixia en vehículos, el intento de entrar a nado, la precipitación accidental desde acantilados, o voluntaria desde el barco que los deportaba (3 muertos), el desembarco en zonas escarpadas o desconocidas. La segunda situación de mayor riesgo se provoca en el momento de la intervención policial en el mar, con helicóptero y patrullera, aparición que induce el pánico en los “pasajeros”, algunos se levantan en la embarcación, que zozobra y caen al agua. Porque los servicios policiales, guardia civil y vigilancia aduanera, están habilitados para la persecución de los delincuentes, no, como los portavoces de los funcionarios denuncian, para rescatar a los inmigrantes. A ellos hay que añadir un nuevo riesgo, otra causa de muerte, por fuego real o por golpes, a los pies de la muralla.

Son nuestras víctimas.

El cierre de fronteras, hay que repetirlo, es la causa de la entrada clandestina. La represión en la frontera hace surgir un mercado ilegal que provee de medios de transporte y de entrada por lugares no vigilados, servicios necesarios para quien desea inmigrar. Un espacio, el de la frontera, que ahora se am-

plía a todo el territorio de los países vecinos del norte de África, cuyos gobiernos son subcontratados para que realicen el trabajo policial de control y contención, sin consideración a las deplorables condiciones de respeto de los derechos humanos. La mayor eficacia en el control de la frontera incrementa los riesgos, el precio de los servicios y los accidentes. Al parecer, la presión de la policía marroquí ha reducido la salida de pateras y provocado, como efecto indeseable, la muchedumbre de pobres que esperan ante el muro que rodea las ciudades españolas de Ceuta y Melilla, con el efecto que estamos viviendo.

Todas esas políticas no persiguen objetivos de protección de los extranjeros pobres, como declaraba la exposición de motivos de aquella reforma penal, al contrario, se trata de protegernos de ellos.

Nos invaden pero les necesitamos, eso sí, mejor sometidos. “Lo que a nosotros nos preocupa es siempre el exceso de ellos, dice Bauman. Más cerca de casa, lo que provoca nuestra inquietud y nuestra furia es más bien la caída en picado de las tasas de fertilidad y su inevitable consecuencia, el envejecimiento de la población. ¿Habrán suficientes de los nuestros para mantener nuestra forma de vida? ¿Habrán bastantes basureros, recogedores de la basura que nuestra forma de vida genera a diario, o —como pregunta Richard Rorty— un número suficiente de personas que se ensucien las manos limpiando nuestros váteres y cobrando diez veces menos que nosotros que nos sentamos a teclear en nuestros escritorios? Esta otra vertiente, poco atractiva, de la guerra contra la superpoblación —la desagradable perspectiva de la necesidad de importar más en lugar de menos de ellos, justamente para mantener a flote nuestra forma de vida— ronda los países opulentos”<sup>8</sup>.

Como consecuencia de nuestras decisiones políticas en materia de control de fronteras y de inmigración un asiento en una miserable, abarrotada y peligrosa patera es más caro que una plaza en la primera clase de un avión que hiciera el mismo trayecto.

No hay víctima porque consiente, como en los delitos contra la salud pública, prototipo de los delitos sin víctima. Pero al impedir un acceso normal, a las sustancias tóxicas o a las fronteras, se criminaliza a la supuesta víctima, se le obliga a recurrir a un mercado negro donde no funciona ningún mecanismo de control o de regulación pública, mercados que obedecen a lógicas e intereses canallas. Hemos de sentir orgullo, no obstante, de no castigar penalmente al consumidor de drogas o al inmigrante que accede clandestinamente, algo que no pueden decir nuestros vecinos europeos, franceses o alemanes.

Parece claro que los inmigrantes no quieren viajar en esas condiciones ni pagar esos precios abusivos. Como dice John Berger, durante esa travesía, larga

<sup>7</sup> Una entrevista con el presidente de la Association des familles des victimes de l’immigration clandestine, Khalil Jemmah se puede consultar en [www.algeria-watch.org](http://www.algeria-watch.org), quien sostiene “no tenemos verdaderas mafias como la rusa o la italiana, existen grupos de personas que trabajan de manera independiente para facilitar el paso”, un negocio que provoca una “explotación increíble” de los emigrantes, que florece alrededor de las rutas de la emigración clandestina controladas de modo hostil por la policía marroquí en funciones de subcontrata de las políticas europeas, negocio que convoca a reclutadores en las aldeas, transportistas terrestres y hospedadores hasta la salida de la embarcación.

<sup>8</sup> Ver *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Zygmunt Bauman, Paidós, Barcelona, 2005, pág. 64. A partir de los conceptos de basura y desorden, limpieza y orden, el sociólogo polaco viene proponiendo una relectura de nuestras políticas contra la inmigración y de criminalización de los desviados, fuera y dentro de nuestras fronteras.

y terrible, que provoca la pobreza del nuevo capitalismo, ellos, los otros, experimentan la bajeza de la que son capaces los seres humanos. Lo que desean es emigrar. Si decimos que les tenemos que defender de las “mafias”, en cuyos brazos les hemos abandonado, parece necesario preguntarse por qué emigran. El reparto injusto de la riqueza es una razón convincente. El último Informe de Desarrollo Humano daba cuenta que trescientos cincuenta y ocho millones globales atesoraban la misma cuota de riqueza que dos mil trescientos millones de personas. El veintidós por ciento de la riqueza estaba en manos del ochenta por ciento de la población.

Las cifras ya no nos dicen nada. Porque hemos dejado atrás la experiencia de la privación, de la miseria y del hambre. Pertenece a sociedades satisfechas. Las cifras de la desigualdad están saturadas de significado. La sucesión vertiginosa de imágenes, de datos y de números sobre la privación que sufren ellos, los otros, superabundancia informativa paradójica de nuestro tiempo, señala una cierta realidad de manera fragmentaria, siguiendo el esquema de la televisión, que resulta incomprensible. Por la mañana, mientras conducimos nuestro vehículo, camino del trabajo, escuchamos en un noticiero de la radio que seis millones y medio de niños menores de cinco años mueren anualmente en el mundo por falta de alimentos y otros diez millones por enfermedades evitables. Por la tarde, en el diario, nos asalta una información sobre Botsuana, la esperanza de vida ha caído a causa del sida, que sufre un 37,3% de la población, desde los sesenta y cinco a los treinta y cuatro años.

Ante tamaño desequilibrio e injusticia global, la decisión de emigrar hacia los países abundantes que ofrecen expectativas de mejora expresa una racionalidad ética innegable.

Además, como se ha puesto de manifiesto en los estudios sobre las migraciones, los movimientos de poblaciones responden a ciertos patrones. Patrones que tienen que ver con ciertas vinculaciones entre los países de inmigración y los de destino. Vínculos que funcionarían como medios de activación de los flujos de personas, que crearían las circunstancias en las que la miseria, el desempleo o la falta de expectativas de mejora impulsarían a las personas a la búsqueda de alternativas en un país concreto. Por lo tanto, para comprender por qué un flujo migratorio se desplaza hacia un determinado lugar es necesario relacionar esos movimientos con actos de los gobiernos o de las empresas de los países receptores.

Saskia Sassen ha acreditado que funcionan en ese sentido los vínculos del pasado colonial o postcolonial, algo evidente entre nosotros respecto a la emigración que nos viene de Latinoamérica y de Marruecos. En segundo lugar, actuarían los vínculos económicos que crea la globalización, por ejemplo, los relacionados con la presencia de empresas del país de destino en el de emigración, que también constatamos en el caso español respecto a los países del sur y centro de América. Otros lazos que explicarían la migración a un país serían el reclutamiento de trabajadores, por empre-

sas o agentes de la Administración del estado receptor (entre nosotros, se pueden señalar las primeras migraciones de marroquíes a Almería para trabajar en las pequeñas empresas agrícolas que transformarían la comarca de El Ejido, durante los años ochenta) y los lazos étnicos entre las comunidades de origen y las de destino. Dice Sassen, una autoridad en materia de migraciones, que los países receptores de contingentes de trabajadores extranjeros han propiciado esos flujos, de una u otra forma<sup>9</sup>. Lo que parece cierto es que una parte de las migraciones de trabajadores son alentadas por los mercados nacionales, de tal manera que las empresas que emplean a los inmigrantes se ahorran hasta los gastos de desplazamiento de la mano de obra.

En la mundialización de los mercados y de las comunicaciones el espacio se ha convertido en un criterio de estratificación social. Como explica Zygmunt Bauman, algunos objetos se desplazan más rápido que otros. Paradoja de un mundo en movimiento, se impide la libertad de circular a los inmigrantes de los países pobres. El grado de movilidad organiza y estructura nuestra sociedad. Los de arriba se han convertido en turistas globales, los de abajo son excluidos de la libertad de movimiento, se les expulsa del lugar en el que quisieran estar, se les detiene y deporta nada más llegar<sup>10</sup>.

En vez de hablar de mafias, un discurso del poder que legitima ese estado de cosas injusto, debería hacerse un esfuerzo por comprender las razones que motivan a las gentes a buscar un lugar donde colmar sus expectativas de mejora. Al categorizar todo el espacio de la entrada clandestina como delictivo se mezclan las diversas redes que funcionan para salvar los controles policiales y se confunden conductas coactivas y violentas con meros servicios de transporte clandestino o recursos familiares, humanitarios o solidarios.

Los casos judiciales que hemos reseñado nos hablan de privación, dificultades, miseria y maltrato. Miramos para otro lado y denominamos esclavo a quien se ve obligado por el cierre de la frontera a esconderse en el interior de un colchón de goma espuma, debajo de un asiento, emparedado en una alfombra, o en el fondo de una pobre embarcación repleta de gente e inundada de agua (no mejor suerte les espera a quienes aguardan a la puerta del castillo). Como para hablar de dignidad de las personas, de derechos de los extranjeros y de integración social...

No todos los recursos para atravesar la frontera están en manos de organizaciones criminales. Hay redes familiares o de amigos, grupos de parientes o vecinos, que ponen dinero en común y pagan el precio del viaje de uno de ellos. Muchas veces el

<sup>9</sup> Esa información puede encontrarse, entre otros trabajos suyos, en el capítulo, de título bien significativo, *La inmigración pone a prueba el nuevo orden*, incluido en el libro *¿Perdiendo el control?, la soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pág. 88 y s.

<sup>10</sup> La descripción de esos fenómenos se puede encontrar en su obra *La globalización, consecuencias humanas*, FCE, Buenos Aires, 1999, pág.93 y s.

primero que llega, cuando puede, sufraga el viaje de otro del grupo, el siguiente en la cadena. Se conocen casos de personas que adquieren una balsa neumática o una pequeña embarcación, incluso la fabrican, y acometen la empresa. No estamos acostumbrados a escuchar a los inmigrantes. La escucha es una actividad que crea vínculos morales, que no son convenientes para relacionarse con ellos, con los otros. “Necesitas parientes que te ayuden. Lo habitual es pedir prestado a alguien que ya está ganando dinero en Europa y cuando logramos cruzar y encontramos un empleo se lo devolvemos”, decía un inmigrante que aguardaba en uno de los campamentos inmundos que hay en la frontera argelina (“Antes de la patera” reportaje de Carla Fibla, publicado en La Vanguardia, 10 de mayo de 2005). De esa manera, el que ha llegado y ha comprobado la posibilidad de encontrar empleo, en condiciones duras y con bajo salario, pero esa contraprestación económica supone una mejora importante frente a su situación anterior a la partida, ese les señala el camino a sus parientes, amigos o vecinos. Ha explorado la realidad y hallado posibilidades de trabajar.

(Según informaba la periodista Fibla, la nueva política europea hacia los gobiernos del sur del Mediterráneo, dinero a cambio de represión sobre los transeúntes, había reducido la llegada de pateras a España y aumentado las expulsiones de inmigrantes subsaharianos por la frontera argelina, mediante su persecución, hostigamiento y encierro, circunstancia que está en el origen del conflicto actual en las “murallas” de Melilla y Ceuta. Argelia se ha convertido, así, en lugar de paso hacia el estrecho de Gibraltar o las costas de Fuerteventura y Lanzarote. Se añade más dolor y sufrimiento a quienes quieren venir. Cada decisión hace más difícil, que no imposi-

ble —por ejemplo: la elevación de la valla de alambre y espino— el itinerario hacia nosotros, más largo el viaje, más tortuoso. Y más caro. Cada nuevo obstáculo provoca el surgimiento de otros negocios clandestinos que proveen de servicios de transporte y paso de fronteras.

Esas estrategias de contención se están propiciando por varios gobiernos europeos con los refugiados, en especial Alemania, Italia y Gran Bretaña, iniciativa a la que se han opuesto España y Francia, mediante lo que llaman “refugios seguros”, campos deslocalizados de extranjeros que permitirán descargar cerca de sus países de origen, en Estados que vulneran de manera abierta los derechos humanos, cerca de sus “hogares” dijo Blair, a los perseguidos de las guerras entre pobres. Lejos de nosotros.)

También existen redes comerciales, generalmente agencias de viajes, prestamistas particulares, pequeños empresarios o comerciantes, incluso de negocios de prostitución, que adelantan el precio del viaje y otros gastos asumiendo el inmigrante el pago de la deuda mas los intereses, muchas veces elevados. Por fin, hay redes criminales de tipo coercitivo, que utilizan engaño o violencia psicológica y física sobre las personas, a las que obligan a trabajar para ellos en mercados ilegales, generalmente la prostitución<sup>11</sup>.

A consecuencia de la represión de todo tipo de colaboración a la inmigración se dificulta el trabajo policial contra las redes violentas, las que verdaderamente explotan a las personas.

La única justificación de esos tipos penales es el reforzamiento de las políticas de control de las migraciones y de cierre de fronteras, estrategias locales que se demuestran ineficaces para responder a problemas globales.

---

<sup>11</sup> La clasificación es de Juliano, obra citada, 194 y s. Allí se encuentra información sobre cómo las restricciones impuestas en materia de visados no redujeron la llegada de prostitutas hacia los negocios de Alemania, pero incrementaron las deudas de las mujeres con sus agentes.

# La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal

Patricia LAURENZO COPELLO

## 1. DELIMITACION CONCEPTUAL: ¿VIOLENCIA DE GENERO O VIOLENCIA DOMESTICA?

Desde que la violencia contra las mujeres saliera del ámbito privado para convertirse en un asunto de interés público ampliamente difundido por los medios de comunicación, el legislador enfocó el problema a partir de su calificación como un caso más de maltrato familiar. Así lo expresó con toda claridad con motivo de la inclusión del primer delito de violencia habitual en el año 1989, al justificar la nueva figura como un instrumento destinado a proteger “a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”<sup>1</sup>.

Muy pronto la jurisprudencia recogió el testigo que le entregara el legislador penal y se inclinó por centrar la mirada en la “preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad”, explicando la razón de ser del delito de maltrato habitual como un mecanismo adecuado para la tutela de “la paz familiar”, seriamente afectada por unos actos violentos “que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación”, dañando así el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar<sup>2</sup>.

A partir de estas ideas iniciales, y con el apoyo que supuso la desmedida ampliación del círculo de sujetos pasivos a través de las diversas reformas del delito de violencia doméstica<sup>3</sup>, la jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina que definitivamente sitúa el motivo de la tutela penal reforzada en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida doméstica —u otras situaciones asimiladas— y, sobre todo, de dar protección a la familia como institución reconocida y amparada por nuestro ordenamiento constitucional (art. 39 CE)<sup>4</sup>.

Tampoco han faltado voces en el panorama doctrinal que, con fundamentos diversos, erigen a la propia “unidad familiar” en el sujeto pasivo del delito de violencia habitual, configurando así una especie de bien jurídico supraindividual que quedaría vinculado a los deberes jurídicos de protección y asistencia mutua que surgen de las relaciones familiares<sup>5</sup>.

De esta manera, un delito que se creó al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació desde el principio claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que a las auténticas causas que la generan<sup>6</sup>. Basta una rápida mirada a la amplia relación de sujetos pasivos contenida en el artículo 173.2 CP y a la inabarcable literatura que esta figura delictiva ha generado, para comprender que la estrategia políticocriminal ha discurrido por caminos muy diferentes a los que era de esperar a la vista de una realidad tozuda que día a día señala a la mujer como víctima preferente de los actos violentos relacionados con la pareja. Pese a los datos abrumadores en este sentido, todo el sistema penal parece empeñado en dejar a la mujer en un segundo plano, para buscar la causa de este tipo de violencia en un contexto mucho más amplio dentro del cual ella aparece como una víctima más de una larga lista de potenciales afectados.

De modo menos ingenuo del que a primera vista pudiera parecer, tanto el legislador —al menos hasta 2003— como la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria coinciden en situar la razón última de este tipo de violencia en las relaciones de subordinación que tienen por causa la convivencia en el ámbito doméstico u otros asimilados o, lo que es igual, en la especial vulnerabilidad que se deriva de determinadas relaciones familiares o cuasi familiares, sea por existir una dependencia jurídica entre víctima y agresor —patria potestad, tutela, curatela, etc.—, sea por la posición fáctica de debilidad que ocupa la víctima respecto del autor por causas diversas —edad avanzada, incapacidad, etc.—. En otros términos: las cau-

<sup>1</sup> Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de julio, que modificó el artículo 425 del Código penal anterior, incluyendo el delito de maltrato físico habitual contra el conviviente, hijos u otros menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho del agresor o agresora.

<sup>2</sup> STS 24/06/2000.

<sup>3</sup> Sobre los efectos negativos de la ampliación desmedida del tipo del artículo 173 y su pérdida de especificidad, véase Laurenzo Copello, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, en SERTA. In memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004, págs. 834 y ss.

<sup>4</sup> Son múltiples los pronunciamientos del Tribunal Supremo que centran en la paz familiar el bien jurídico protegido por el delito de violencia doméstica —entre los más relevantes, SSTS 7/09/2000 y 11/03/2003—; pero, sobre todo, se trata de una doctrina plenamente arraigada en las Audiencias Provinciales —sólo a título de ejemplo, véanse SAP Málaga, Sección Segunda, 763/2003, 1 de diciembre; SAP Valencia, Sección Quinta, 316/2004, 11 de octubre; SAP Cádiz 137/2004, 23 de septiembre.

<sup>5</sup> Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, págs. 134 y s; también Del Moral García, “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 314.

<sup>6</sup> Si bien no siempre se vincula la esencia del delito a la familia en sentido estricto, sino, de modo mucho más genérico, a las relaciones de subordinación asociadas a un amplio “núcleo de convivencia doméstica”. Así, Morillas Cueva, “Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, en Morillas Cueva (coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, pág. 673. Se trata de una perspectiva algo diferente a la concepción jurisprudencial que sitúa a la familia como objeto de tutela, pero en nada cambia el enfoque de fondo que sigue ocultando la violencia de género dentro de un cúmulo indiferenciado y cada vez más extenso de relaciones de subordinación y dependencia de orígenes muy diversos.

sas de la violencia se buscan en la propia naturaleza de las relaciones familiares, cuyas características de subordinación y dependencia vendrían a favorecer una posición de dominio de ciertos miembros del grupo familiar sobre otros y la correlativa indefensión de estos últimos<sup>7</sup>. De ahí el predominio del término “violencia doméstica”, sin duda muy adecuado para designar ese amplio fenómeno al que desde el mismo nacimiento del primer delito de malos tratos se ha orientado la respuesta del Derecho penal<sup>8</sup>.

Sin embargo, como bien ha destacado Asúa, se da la paradoja de que quien menos encaja en esta perspectiva tuitiva centrada en las relaciones familiares de sujeción y vulnerabilidad es precisamente la mujer, ya que en su caso no hay razones jurídicas ni menos aún naturales que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el contexto doméstico. Al contrario, la ley le reconoce plena igualdad con su pareja y, salvo casos excepcionales que nada tienen que ver con el sexo, sus características físicas y psíquicas no permiten calificarla como un ser “naturalmente” débil<sup>9</sup>. Su situación no es asimilable, en consecuencia, a la de los niños, ancianos o incapaces que, por sus propias condiciones ocupan una posición de partida necesariamente subordinada en el ámbito de la familia. Estos miembros del grupo doméstico *son* naturalmente vulnerables; a la mujer, en cambio, es el agresor quien las *hace* vulnerable a través del ejercicio de la violencia. La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón —al amparo de las pautas culturales dominantes— para mantenerla bajo su control absoluto.

Por eso, la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales. La posición subordinada de la mujer respecto del varón no proviene de las características de las relaciones familiares sino de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal. Bien es verdad que, en la práctica, es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia. Porque es allí donde adquieren más intensidad las relaciones entre hombre y mujer. Pero eso no significa que

la familia sea la causa de la violencia de género. También las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar.

De ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima, dando lugar a una respuesta desenfocada del Derecho penal no carente de peligrosos efectos prácticos.

Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice<sup>10</sup> de modo claro que se trata de la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano.

Seguramente se argumentará que tales consideraciones alientan un uso puramente simbólico del Derecho penal puesto al servicio de los fines reivindicativos de grupos feministas<sup>11</sup>, una crítica que sin duda alimentan algunos de estos colectivos con su permanente apelación al Derecho penal arrastrados por el frenesí punitivista que invade a toda la sociedad.

Pero más allá de esta criticable tendencia, lo cierto es que el empeño en tratar el problema de las agresiones a mujeres dentro del modelo de la violencia doméstica pone de manifiesto una preocupante falta de comprensión del fenómeno o, tal vez, la falta de interés por llegar a las causas últimas que lo generan. Por eso, cuando se reivindica un tratamiento jurídico independiente para esta clase específica de violencia no se trata —sólo— de desvelar la radical injusticia que ella entraña. Se trata, sobre todo, de orientar la política legislativa hacia las auténticas causas del problema, única garantía del desarrollo de estrategias mínimamente aceptables para combatirlo. El camino indiferenciado que hasta ahora venía siguiendo el legislador español —amparado por jurisprudencia y doctrina mayoritaria—, apuntando a la familia como causa y a la vez víctima del fenó-

<sup>7</sup> Claramente en esta línea, Muñoz Sánchez, en Díez Ripollés/Romeo Casabona, *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, t. II, pág. 96.

<sup>8</sup> De ahí la tendencia mayoritaria a identificar el bien jurídico protegido por los delitos de maltrato doméstico con la integridad moral. Véanse en esta línea, entre otros, Olmedo Cardenete, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, págs. 44 y ss.; Morillas Cueva, *Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica*, cit., pág. 672; Marín de Espinosa Ceballos, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, págs. 192 y ss.; Muñoz Sánchez, en *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 96.

<sup>9</sup> Asúa Batarrita, “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, “Las recientes reformas penales: algunas cuestiones”, Bilbao, 2004, págs. 218 y s.

<sup>10</sup> Llama la atención sobre este efecto vinculado a la desmedida ampliación del catálogo de sujetos pasivos del artículo 173.2 CP, Asúa Batarrita, *Los nuevos delitos*, cit., pág. 204. La utilización del Derecho como instrumento para otorgar nuevo significado a determinadas conductas arraigadas en el modelo patriarcal es una estrategia asumida por ciertos sectores del feminismo teórico. Véase al respecto, Pitch, *Un derecho para dos*, Madrid, 2003, págs. 258 y s.

<sup>11</sup> No faltan voces en el Derecho penal que acusan a los movimientos feministas de casi todos los males del movimiento punitivista de los últimos años. Particularmente duro, en este sentido, el Prólogo de Enrique Gimbernat a la 10ª edición del Código Penal (ed. Tecnos), donde llega a comparar a estos grupos con el “nacionalcatolicismo” de tiempos pasados.

meno, pone al descubierto la pertinaz resistencia de muchos sectores sociales a reconocer que la violencia de género existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima —al hecho de ser mujer— y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer<sup>12</sup>.

Afortunadamente, la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante *Ley Integral*), ha dado un paso sustancial de cara a reconducir este proceso. Aun compartiendo los reparos técnico-jurídicos que suscita la introducción de definiciones en un texto legal, lo cierto es que en este caso resultaba imprescindible delimitar con claridad el tipo de violencia que se pretende combatir con la batería de medidas de carácter educativo, asistencial, laboral, penal y procesal que contiene la nueva regulación. Y eso es lo que consigue la Ley al circunscribir su objeto a la violencia que sufren las mujeres “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art. 1).

Sin embargo, no basta una definición legal para superar una concepción fuertemente arraigada en la práctica judicial y en la doctrina especializada. Sobre todo si se tiene en cuenta que, desde el punto de vista penal, los principales instrumentos para hacer frente a la violencia contra las mujeres siguen ligados al modelo de “violencia doméstica” que consagran los artículos 173.2 y 153 del Código Penal, al igual que la normativa sobre órdenes de protección<sup>13</sup>. Por eso, no es de extrañar que la jurisprudencia siga anclada en la “paz familiar” como objeto de tutela<sup>14</sup>, ignorando en buena medida las connotaciones de género que explican la violencia padecida por las

mujeres a manos de sus parejas. Una incompreensión con importantes repercusiones prácticas que acaban por restar eficacia a la función preventiva que debería cumplir, sobre todo, el delito de violencia habitual del artículo 173.2 del Código penal.

Entre los efectos más perniciosos destaca, en primera línea, la tendencia jurisprudencial a castigar por un delito único de maltrato habitual incluso los supuestos en los que son varias las personas del entorno doméstico sometidas a la violencia del agresor, un punto de vista que resulta coherente con la construcción de un bien jurídico supraindividual relacionado con la propia “unidad familiar”, pues, como señala Acale, “con los malos tratos se estarían lesionando las relaciones familiares, independientemente de que en una ocasión se lesione al cónyuge y en las otras a uno de los hijos o a los ascendientes”<sup>15</sup>. De esta manera, una conducta tan íntimamente vinculada a derechos de naturaleza personalísima como la vida, integridad personal o dignidad de quienes se ven sometidos al clima de violencia permanente impuesto por el agresor, queda reducida para el Derecho penal a un simple atentado a la institución familiar, sin consideración alguna a los graves efectos sobre cada uno de los sujetos del maltrato.

Algunos autores pretenden justificar esta reducción a un único delito partiendo de la definición de habitualidad contenida en el n.º 3 del artículo 173, en cuya virtud cabe apreciar esta circunstancia aún cuando los actos de violencia acreditados afecten a víctimas diferentes. Se considera que si la ley hubiese querido admitir tantos delitos como víctimas debería haber exigido la prueba de esa pluralidad de actos de maltrato respecto a cada una de ellas y no de modo indiferenciado, como hace el texto legal<sup>16</sup>. Este criterio pierde de vista, sin embargo, que el concepto de habitualidad establecido en la ley no persigue resolver problemas concursales sino determinar el contenido preciso de un elemento normativo destinado a circunscribir la conducta típica<sup>17</sup>. Por esta vía se deja claro que la habitualidad requerida en el tipo constituye un dato fáctico caracterizado por el clima de violencia permanente en el que el agresor sume a la víctima del maltrato<sup>18</sup>. De ahí que

<sup>12</sup> Paradigmático resulta en este sentido el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004, donde, entre otras consideraciones, se critica que la Ley tome “como punto de partida un concepto de violencia que a menudo se confunde con el de la mera agresión, y además atribuye sólo la condición de sujeto dominante al varón, y de dominado a la mujer, dejando al margen otras posibles situaciones que demandan análoga atención por la ley” (pág. 15). Como se ve, el Consejo sólo se muestra dispuesto a admitir la existencia de casos individuales de violencia contra las mujeres —“agresiones”, los llama—, pero no así una categoría específica de violencia caracterizada por el sexo de la víctima. Sin duda el peor escenario posible de cara a entender el sentido de la Ley Integral. Sólo así se comprende que abogue por una “ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación”, una propuesta cuando menos contradictoria si se tiene en cuenta que el mismo informe reconoce que, salvo la mujer, el resto de los grupos afectados por situaciones de subordinación —niños, ancianos e “incluso hombres”— reciben una tutela adecuada en el ordenamiento penal vigente (pág. 14) Si lo que hay es suficiente no se entiende para qué haría falta esa demandada ley integral.

<sup>13</sup> Ley 27/2003, de 31 de julio.

<sup>14</sup> Y ello pese a la ampliación del círculo de sujetos pasivos operada tras la reforma de la LO 11/2003, que al incluir a otras personas vulnerables sometidas a custodia en centros públicos o privados (residencias de la tercera edad, centros hospitalarios, educativos, etc), difuminó incluso la referencia al ámbito “doméstico” —en esta línea también Boldova Pasamar/Rueda Martín, “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004,

pág. 21—, inclinándose cada vez más hacia la tesis partidaria de convertir la figura de malos tratos en un macro delito destinado a proteger a cuantas personas puedan encontrarse en una posición de inferioridad fáctica derivada de alguna relación de sujeción jurídicamente determinada. Hacia este modelo apuntaba ya Gracia Martín, en Díez Ripollés/ Gracia Martín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, P.E., Vol. 1, pág. 444..

<sup>15</sup> Acale Sánchez, *El delito de malos tratos*, cit., pág. 216.

<sup>16</sup> Así Boldova Pasamar/ Rueda Martín, “El nuevo tratamiento”, cit., pág. 26.

<sup>17</sup> Admite, con razón, la apreciación de concursos de delitos si hay varias víctimas dentro de un mismo contexto de violencia creado por el agresor, Maqueda Abreu, “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pág. 1530.

<sup>18</sup> Es jurisprudencia constante desde hace algunos años. Dice, por ejemplo, la STS núm. 1.208/2000, de 7 de julio: “lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.



resulte indiferente si los episodios concretos destinados a probar ese clima de agresividad habitual se refieren siempre al mismo o a diversos miembros del grupo familiar. Se trata, en definitiva, de una cuestión de prueba. Pero, una vez establecida la existencia de ese clima habitual de agresividad, la decisión sobre quiénes han de considerarse sujetos pasivos del delito depende de otros parámetros, en concreto, del número de personas que hayan sido objeto de malos tratos físicos o psíquicos dentro de ese contexto de violencia permanente. Si son varios quienes los sufren, ninguna razón hay para negarles una tutela individualizada que se traduzca en la apreciación de tantos delitos como víctimas se computen. Salvo, claro está, que se quiera seguir la opinión jurisprudencial que erige a la propia familia en objeto de tutela.

Como es fácil de comprender, el camino unificador que se ha impuesto en la interpretación del artículo 173 perjudica de modo muy importante su efecto preventivo, pues el agresor tiene asegurado que no sufrirá mayor castigo aunque siembre el terror en todo el entorno que lo rodea.

Por otra parte, las referencias a la institución familiar como objeto de tutela abonan la idea de que el maltrato que sufren las mujeres a manos de sus parejas constituye un problema esencialmente privado —“doméstico”— que sólo en casos extremos justifica la intervención de terceros ajenos al núcleo familiar. Se fomenta así uno de los prejuicios culturales que en mayor medida han obstaculizado la persecución de la violencia de género, convirtiéndola en un asunto de familia que el propio grupo está llamado a resolver. Pero, además, se justifican por esta vía ciertas alternativas destinadas a “salvar” a la institución familiar, como sucede con las propuestas partidarias de conceder un espacio a la mediación entre los miembros de la pareja antes de acudir a la vía penal<sup>19</sup>, solución ésta que sólo consigue incrementar el sentimiento de culpa tan característico de las mujeres maltratadas<sup>20</sup> en lugar de facilitarles la conquista de su autonomía personal y la definitiva liberación del maltratador.

## 2. LAS OPCIONES POLITICO-CRIMINALES DE LA LEY INTEGRAL

La LO 1/2004 contiene un catálogo amplio y bien equilibrado de medidas de diversa naturaleza dirigidas a combatir de forma integral la violencia de género. Desde estrategias a *largo plazo* destinadas a transmitir al conjunto de la sociedad “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres” (art. 3) —como es el caso,

por ejemplo, de las actuaciones en el orden educativo (arts. 4-9), el control de la publicidad sexista (art. 10) o la formación de jueces y fiscales (art. 47)—; pasando por otras de *realización inmediata* que pretenden fomentar la autonomía de la mujer maltratada para facilitar su reinserción en la vida social y laboral —movilidad geográfica o flexibilidad de horarios en el ámbito laboral (art. 21), programas específicos de empleo (art. 22), subsidios y otras ayudas económicas (art. 27), prioridad en el acceso a viviendas protegidas (art. 28), entre otras—; hasta una batería de medidas de *prevención y control de riesgos* destinadas a reducir las cotas de inseguridad y desamparo propias de la mujer maltratada —protocolos para la detección precoz de la violencia de género en el ámbito sanitario (art. 15), derecho a la asistencia integral de las víctimas (art. 19), asistencia jurídica gratuita unificada en todos los procedimientos incluso de naturaleza administrativa (art. 20), etc.

Sin embargo, esta amplia y acertada gama de medidas de naturaleza extra penal no ha conseguido imponer la imagen de una ley dispuesta a abrir el abanico de estrategias más allá del clásico y siempre dudoso recurso al Derecho penal. Al contrario, pese a la multiplicidad de enfoques que propone la Ley Integral, desde un principio todas las miradas se han dirigido a las novedades de naturaleza político-criminal, sin duda el aspecto más polémico de este nuevo conjunto normativo.

En esencia, dos son las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva: la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer —con exclusión del varón— y el incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género.

Sólo de forma tímida la Ley ensaya alguna otra alternativa vinculada al sistema penal, como es el caso de la decisión de conceder una oportunidad al tratamiento de los maltratadores. Ello se expresa, por una parte, en la reforma del artículo 83 del Código penal relativo a la suspensión de penas privativas de libertad, en cuya virtud será obligatorio imponer al condenado por un delito de violencia de género<sup>21</sup> el deber de “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares” —art. 83.1. 5ª CP—<sup>22</sup>. Por otro

<sup>21</sup> Junto a la imposición obligatoria de las correspondientes medidas de alejamiento previstas en los números 1º y 2º del artículo 83.1. CP.

<sup>22</sup> Véase artículo 33 L. I. Téngase en cuenta que la reforma afecta además al *tipo de delitos* alcanzados por estas reglas especiales de suspensión de la pena, que ya no se concentran en las figuras de maltrato doméstico —arts. 173.2 y 153 CP— sino que se extienden a todos los delitos “relacionados con la violencia de género”, es decir, a todos los que impliquen “violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” siempre que los cometa quien sea o haya sido pareja de la víctima (art. 1.3. LI) No está claro si al realizar esta reforma —dirigida sin duda a reforzar la tutela de la mujer frente al riesgo de reincidencia de su agresor— el legislador fue consciente de que al mismo tiempo venía a excluir otro tipo de manifestaciones del maltrato “doméstico” que nada tienen que ver con la violencia de género y que hasta ahora quedaban comprendidos en las reglas especiales de suspensión. Tal sería el caso, por ejemplo, del maltrato habitual hacia los hijos o los padres del agresor, sea cual

<sup>19</sup> Con razón, la Ley Integral opta por prohibir la mediación en todos los asuntos civiles relacionados con el divorcio, separación, relaciones paterno filiales y otros semejantes, cuando alguna de las partes del proceso haya sido víctima de violencia de género (art. 44.5 LO 1/2004)

<sup>20</sup> Véase Medina, *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia, 2002, pág. 201.

lado, la ley prevé la puesta en marcha dentro del ámbito penitenciario de “programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género”, cuyo aprovechamiento y seguimiento por el penado se convierten en elementos relevantes para la obtención de todos aquellos beneficios penitenciarios que implican su eventual salida de prisión —progresión en grado, permisos de salida o libertad condicional<sup>23</sup>.

La apuesta por la terapia del agresor siempre ha despertado fuerte resistencia entre los sectores relacionados con las víctimas de violencia de género, pues se entiende que es una forma de desviar fondos y esfuerzos hacia el responsable del maltrato en lugar de destinarlos a quienes sufren sus actos violentos. Sin embargo, tales opiniones pierden de vista que este tipo de iniciativas repercuten en beneficio de la propia víctima, ya que el aprendizaje en el control de la agresividad puede reducir —al menos en alguna medida— el altísimo riesgo de reincidencia implícito en esta clase de delincuentes<sup>24</sup>. Pero, además, cabe recordar que el Derecho penal ha de cumplir una función resocializadora que no puede quedar vedada a determinado tipo de autores sólo porque se considere particularmente reprochable la naturaleza del delito cometido. Todo delincuente tiene derecho a la reinserción y nada autoriza a que los maltratadores sean excluidos de esa posibilidad. Las posturas contrarias a ese derecho no sólo perjudican la finalidad de reducir al máximo las fuentes de violencia contra las mujeres, sino que resultan contradictorias con las bases mismas del discurso feminista, cuyo objetivo último es una sociedad más pacífica y tolerante, respetuosa de los derechos de todos los ciudadanos por igual, sin exclusiones ni rechazos fundados en causa alguna y menos todavía en el sexo de las personas.

### 3. LA PROTECCION PENAL REFORZADA DE LA MUJER

La gran novedad de la Ley Integral en materia de intervención punitiva consiste en la creación de una serie de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuere o hubiere sido pareja del autor de la agresión<sup>25</sup>.

---

fuere el sexo de unos y otros. Ciertamente, los efectos de esta omisión son poco relevantes porque, conforme a las reglas generales sobre suspensión de la pena, el juez siempre puede imponer cuantas obligaciones considere oportunas conforme a las circunstancias del caso, incluidas la prohibición de acercamiento a la víctima o la de acudir a los lugares que ella frecuenta. Pero este tipo de imprevisiones —propias de las urgencias y falta de reflexión a la hora de legislar— abonan el terreno para quienes injustamente reprochan a la Ley Integral un contenido tendencioso y discriminatorio.

<sup>23</sup> A la Junta de Tratamiento corresponderá valorar el grado de aprovechamiento de la terapia de cara a obtener esos beneficios penitenciarios. Véase artículo 42 Ley Integral.

<sup>24</sup> Aparentemente, las terapias con mayores posibilidades de éxito se vinculan a la modificación del modelo mental del agresor, un tipo de intervención clínica que se reconoce sumamente delicada debido a la gran resistencia al cambio que manifiestan los agresores habituales. Muy valioso en este sentido el estudio de Andrés Montero Gómez, *Terapias para agresores de mujeres*, Consejo Vasco de la Abogacía, Bilbao, 2005, inédito.

<sup>25</sup> Durante la tramitación parlamentaria y como resultado de la

Sus manifestaciones concretas son las siguientes:

— Agravante específica en el delito de lesiones para los casos en que “la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” (148.4<sup>o</sup>)<sup>26</sup>.

— Agravación de la pena del delito de maltrato ocasional del artículo 153 CP cuando la víctima —mujer— sea pareja actual o pasada del agresor. El incremento punitivo consiste en elevar el mínimo de la pena de prisión de tres a seis meses, así como el límite máximo de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que pasa de tres a cinco años<sup>27</sup>. El aumento de la prisión sólo tiene efectos simbólicos, ya que nada cambia de cara a la posible suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad.

— Las amenazas y coacciones leves contra la mujer se elevan a la categoría de delito, incorporándose a los artículos 171 y 172 del Código Penal.

Se trata de una de las decisiones políticocriminales más polémicas de los últimos años como bien lo demuestran las fuertes reacciones de diversos sectores jurídicos que ponen seriamente en duda su conformidad con la Constitución<sup>28</sup>. Se alega, en particular, que estaríamos ante una lesión flagrante del artículo 14 de la Constitución española al producirse un supuesto de discriminación por razón de sexo en contra del varón.

Los motivos de tal discriminación vendrían a concretarse en tres aspectos: por excluir al varón de forma sistemática y por el solo hecho de su sexo de la tutela penal reforzada frente a la violencia doméstica que se concede a la mujer; por vedarle el acceso a los nuevos juzgados de violencia creados con el fin de mejorar la tutela judicial de los ciudadanos —pero no de todos, sino sólo de algunos ciudadanos escogidos<sup>29</sup>—; y, sobre todo, por sancionarlo

---

insistencia de determinados sectores políticos y judiciales en la pretendida inconstitucionalidad de esta nueva estrategia penal, los redactores de la ley accedieron a añadir otro grupo de sujetos pasivos —“otras personas vulnerables que convivan con el autor”— que nada tiene que ver con la violencia de género y constituye un cuerpo extraño que viene a distorsionar el sentido y justificación de las agravaciones basadas en el sexo de la víctima. Sobre ello volveré más adelante en el texto.

<sup>26</sup> De paso, la Ley Integral (art. 36) añade la *alevosía* como circunstancia específica de las lesiones, una ampliación que resulta incomprensible si se tiene en cuenta que resultará aplicable a cualquier conducta subsumible en el artículo 147 del Código penal, con independencia de las características de los sujetos implicados y aunque la agresión nada tengan que ver con la violencia de género. Seguramente se estaba pensando en la frecuencia con que la mujer víctima de agresiones está totalmente desprotegida e indefensa frente a su pareja, pero una vez más la precipitación jugó una mala pasada al legislador, que acabó por crear una figura agravada que excede con creces el objeto de la ley integral.

<sup>27</sup> Sin embargo, se deja abierto el límite mínimo de la inhabilitación, siguiendo una técnica poco habitual en nuestro derecho.

<sup>28</sup> Muy claro en este sentido el ya citado Informe del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>29</sup> Dice el Informe del Consejo General del Poder Judicial —pág. 23— que “la discriminación en este caso no está en obtener o no tutela judicial, sino en excluir a los varones del nuevo mecanismo judicial y de la manera concreta especialmente eficaz de obtener esa tutela”. Por lo demás, la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer también se han considerado discriminatorios res-

más severamente cuando agrede a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al sexo masculino<sup>30</sup>.

Para contrarrestar las críticas precedentes, los defensores de la Ley Integral —incluido el propio Gobierno— acudieron desde un principio a la idea de “acción positiva”, en cuya virtud se trata de justificar la adopción de medidas concretas de fomento y protección —incluso de naturaleza penal— destinadas a equilibrar la posición de desventaja inicial en la que se encuentran las mujeres como consecuencia de la discriminación que por razón de su sexo vienen padeciendo desde tiempos remotos<sup>31</sup>. Una política que viene avalada por el mandato del artículo 9.2 de la Constitución que atribuye a los poderes públicos la función de remover los obstáculos que impiden o dificultan a algunos ciudadanos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales<sup>32</sup>.

### 3.1. Los términos de la discusión: concepto y alcance del mandato constitucional de no discriminación

Para adoptar una postura fundamentada sobre el debate de constitucionalidad que suscita la Ley Integral es imprescindible fijar previamente los términos de la discusión, esto es, el alcance y contenido del mandato de no discriminación del artículo 14 CE y el sentido y función de las acciones positivas —la mal llamada “discriminación positiva”.

Por lo que se refiere al primer aspecto, es conveniente recordar que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han trazado con toda nitidez las diferencias entre el mandato constitucional de no discriminación y el principio de igualdad formal<sup>33</sup> —recogidos ambos en el art. 14 CE—. La prohibición de discriminar no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino, por el contrario, una medida de tutela adicional que en-

---

pecto de otros colectivos vulnerables en el ámbito doméstico distintos de la mujer víctima de violencia de género, como puede ser el caso de una mujer maltratada por otra en una relación homosexual o los niños maltratados por cualquiera de sus progenitores. En esta línea se pronunció Enrique López López en su comparecencia en el Congreso de los Diputados: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 65, 20/7/2004, pág. 20.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, la comparecencia de Bastide Freijedo en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 64, 19/7/2004, pág. 26. También Rey Martínez en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, 22/7/2004, pág. 56.

<sup>31</sup> Véase la comparecencia de Gregorio Peces Barba en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 64, 19/07/2004, pág. 9.

<sup>32</sup> La Exposición de Motivos de la Ley Integral enmarca la función y sentido de esta legislación específica precisamente en este mandato constitucional: “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en la Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuestos en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

<sup>33</sup> Ampliamente al respecto, Machado Ruiz, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 CP*, Valencia, 2002, págs. 27 y ss.

cuentra su razón de ser precisamente en la insuficiencia de aquel principio para garantizar a todos los ciudadanos el pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>34</sup>.

El motivo es que no todos los ciudadanos ocupan la misma posición de partida en la estructura social. Al contrario, existen algunos colectivos que en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres de identidad que les son propios —nacionalidad, religión, sexo, etc.— resultan minusvalorados por la cultura dominante y se sitúan en una posición subordinada en el reparto de roles sociales. Esa dato fáctico de subordinación social —cuando no de exclusión— coloca a los miembros del grupo discriminado en una situación de partida desventajosa respecto de quienes ocupan las posiciones de poder, lo que produce un desequilibrio inicial que necesariamente distorsiona los efectos del principio de igualdad formal. Porque, como bien afirma Fernández López, aquellas desigualdades fácticas “niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores... que les impiden el igual goce de derechos<sup>35</sup>. De ahí que una aplicación “neutra” e indiferenciada del principio de igualdad formal sólo consiga perpetuar y ahondar las desigualdad sustancial<sup>36</sup> que oprime a determinados colectivos<sup>37</sup>.

La función del mandato de no discriminación consiste, pues, en neutralizar la desventaja inicial que para ciertos grupos representan los caracteres de identidad que la sociedad minusvalora. De ahí la prohibición tajante de fundar cualquier trato diferencial precisamente en alguno de esos caracteres distintivos que sitúan a los colectivos discriminados en una posición subordinada. Se trata, en otros términos, de garantizar la igualdad sustancial por la vía de remover los obstáculos que supone para ciertos ciudadanos su pertenencia a un grupo socialmente desplazado.

La consecuencia inmediata de esta forma de concebir el mandato de no discriminación es su orientación *unidireccional*<sup>38</sup>: dado que esta prohibición adquiere sentido por la necesidad de neutralizar el

---

<sup>34</sup> Véase, con más detenimiento, Lorenzo Copello, “La discriminación en el Código penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, págs. 233 y ss.

<sup>35</sup> Fernández López, “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en *Relaciones Laborales*, I-1993, pág. 154.

<sup>36</sup> Como bien ha dicho Dworkin, “debemos tener cuidado de no usar la cláusula de igual protección para privarnos de la igualdad”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1995, pág. 348.

<sup>37</sup> Precisamente aquí reside el punto más débil del “modelo de la igualdad” que se propugnó hace algunas décadas desde el movimiento feminista y cuyo objetivo era el reconocimiento de la plena igualdad jurídica entre los sexos o, si se prefiere, el reconocimiento de derechos iguales a todas las personas, con abstracción del sexo. Como bien afirma Tamar Pitch, al no existir correspondencia entre igualdad jurídica e igualdad sustancial —porque persisten las diferencias en el acceso al trabajo, la vida familiar, etc.—, aquel modelo acaba por favorecer la persistencia de las diferencias de fondo, con el agravante de dejarlas ocultas tras la equiparación jurídica. Cfr. Pitch, *Un derecho para dos*, cit., págs. 123 y ss.

<sup>38</sup> Así, con sólidos argumentos, Fernández López, *La discriminación*, cit., págs. 160 y ss; también Martín Vida, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, 2003, págs. 135 y s.

desequilibrio fáctico del que son víctimas los miembros de los colectivos socialmente subordinados, queda claro que se trata de una medida destinada a proteger precisamente a esas personas y no a quienes forman parte del sector dominante. Por eso, pese a las fórmulas neutras que en general se utilizan en el derecho antidiscriminatorio, ha de entenderse que todos los preceptos jurídicos dirigidos a prevenir la discriminación —también el art. 14 de la Constitución— se dirigen a tutelar de modo exclusivo a los miembros de los colectivos discriminados y no a quienes conforman la identidad del grupo dominante<sup>39</sup>.

Así, cuando las normas jurídicas se refieren al sexo, la orientación sexual o la etnia como circunstancias fundamentadoras de un trato discriminatorio, están tutelando con ello a las mujeres, los homosexuales o los negros y no así a los varones, los heterosexuales o los blancos. Porque sólo respecto de los primeros aquellos caracteres de identidad constituyen un lastre que obstaculiza su acceso pleno a los derechos y libertades. Esos mismos caracteres —sexo, etnia, orientación sexual— cuando se corresponden con el modelo de ciudadano sobre el que está construido el sistema de convivencia social no representan obstáculo alguno para quienes los ostentan, haciendo innecesaria cualquier tutela adicional. Para ellos resulta suficiente la vigencia del principio general de igualdad ante la ley<sup>40</sup>.

De estas premisas cabe inferir dos grandes vertientes del mandato de no discriminación.

Por una parte, una manifestación *negativa*, consistente en la prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga por fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una posición de subordinación social.

El Código Penal español conoce múltiples manifestaciones de esta vertiente del mandato constitucional, entre las que cabe citar la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4<sup>a</sup> CP; los delitos de discriminación en el empleo (art. 314 CP) o en la prestación de servicios públicos u otras actividades profesionales (arts. 511 y 512 CP); o el delito de provocación a la violencia racista del artículo 510 CP. Todos estos casos tienen en común la finalidad de conceder una protección reforzada a los miembros de colectivos socialmente minusvalorados con el fin de garantizarles que sus caracteres de identidad no serán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico<sup>41</sup>. Y en todos ellos aparece el sexo como una de las posibles causas del trato discrimi-

nador. El Derecho penal reconoce así que la condición femenina constituye uno de esos caracteres de identidad que sitúan a una parte de la población en una posición subordinada en la escala social y, por ello, necesitada de una tutela más intensa.

La otra vertiente del mandato antidiscriminatorio es de naturaleza *positiva*, y se concreta en la legitimación de políticas o medidas específicas tendientes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados. En este contexto se inscriben las políticas de acción positiva en sentido amplio, esto es, todas aquellas que favorecen o conceden alguna ventaja a los miembros de un colectivo que sufre discriminación estructural con el fin último de eliminar o paliar esa situación de inferioridad<sup>42</sup>.

Este tipo de medidas, de las que fue precursor el derecho norteamericano<sup>43</sup>, han recibido el aval de la jurisprudencia europea —y también del TC español— precisamente en el contexto de la discriminación por razón de sexo, admitiéndose diversas medidas destinadas a favorecer y facilitar la plena incorporación de las mujeres en la vida pública o laboral —reserva de plazas, preferencia en el acceso a un puesto de trabajo, flexibilidad de horarios laborales, etc.—<sup>44</sup>. Y todo ello con el fundamento de la necesidad de equilibrar la situación de desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres derivada de la función meramente doméstico a la que, durante siglos, ha sido relegado el sexo femenino.

Por eso, resulta equivocado valorar este tipo de medidas como meras excepciones al principio de no discriminación. Lejos de ser un factor de tensión respecto del mandato antidiscriminatorio, las políticas de acción positiva constituyen auténticas *concreciones* de este principio constitucional observado desde su vertiente dinámica. Precisamente en ese contexto adquiere sentido el artículo 9.2 de la Constitución española en cuya virtud los poderes públicos tienen el deber de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, facilitando “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En otros términos: remover los obstáculos que obstruyen la igualdad sustancial con el fin de hacer posible la participación de todos los ciu-

<sup>39</sup> Véase, Barrere Unzueta, “De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español”, en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, pág. 27.

<sup>39</sup> Véase, Barrere Unzueta, “De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español”, en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, pág. 27.

<sup>40</sup> Véase al respecto, Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 34, 1999, pág. 19.

<sup>41</sup> Véase, ampliamente, Laurenzo Copello, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, cit., págs. 223 y ss.; García Álvarez, *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia, 2004, págs. 38 y ss.

<sup>42</sup> Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., págs. 37 y ss.

<sup>43</sup> Sobre la evolución de la doctrina de las acciones positivas —“affirmative actions”— en la justicia norteamericana, véase Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice*, Yale University, 1991, págs. 163 y ss.

<sup>44</sup> La evolución de la jurisprudencia, tanto europea como española, no ha sido sencilla. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se muestra favorable a admitir las medidas de acción positiva siempre que el sexo no juegue como elemento de preferencia automática, exigiendo en todo caso una “cláusula de apertura” que garantice la flexibilidad de las medidas en función de las características de las personas implicadas —un amplio repaso de la doctrina del TJCE puede verse en Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., págs. 71 y ss. Sobre la evolución del Tribunal Constitucional español en esta materia, véase Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, págs. 19 y ss.

dadanos en la vida pública en condiciones de igualdad, cualquiera que sea su sexo, etnia o condición personal, cultural o social.

### 3.2. La Ley Integral y el mandato de no discriminación

Sobre las bases teóricas que se acaban de perfilar, corresponde preguntarse ahora si, tal como han planteado diversos sectores del ámbito jurídico, la decisión político-criminal de conceder una tutela reforzada a la mujer frente a los actos de violencia de género supone una violación del mandato constitucional de no discriminación.

Para responder a este interrogante conviene distinguir los dos grandes aspectos en los que se concreta el reproche de supuesta discriminación del varón, esto es, de una parte, por su exclusión del catálogo de *sujetos pasivos* amparados por las nuevas agravantes y, de otra, por su punición más severa cuando adopta el papel de *sujeto activo* de algún delito contra su pareja actual o pasada.

Por lo que se refiere al primer aspecto y teniendo en cuenta lo dicho previamente sobre el alcance del contenido del mandato de no discriminación, parece claro que sólo cabe discutir la legitimidad de unas figuras destinadas a proteger de modo más intenso a la mujer frente a ciertos actos de violencia de sus parejas si se niega la premisa legitimadora de tal medida, que no es otra que el reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en la sociedad de nuestros días. Sólo cuando no se admite esa posición subordinada de la mujer respecto del varón en el contexto social y se parte, por el contrario, de una pretendida paridad entre hombres y mujeres, tiene sentido que se reclame el trato igualitario de todos ellos frente a eventuales —e indiferenciados— actos —mutuos— de violencia. Este razonamiento se percibe con toda nitidez en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Integral, donde ciertamente se admiten las relaciones de subordinación de las mujeres hacia sus parejas masculinas, pero no como manifestación de un patrón general de comportamiento basado en pautas sociales de conducta, sino como hechos individuales reconducibles únicamente a las características particulares de cada pareja<sup>45</sup>. De ahí que se postule la posibilidad inversa, esto es, que sea el varón quien, bajo presupuestos idénticos, ocupe la posición subordinada<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> También siguen este esquema, Boldova/Rueda, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito doméstico”, en *Diario La Ley*, núm. 6146, 14 diciembre 2004, pág. 5.

<sup>46</sup> Dice el Informe del CGPJ —pág. 22—: “...el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, no hay una desventaja inicial, luego no se explica un tipo penal diferente que otorgue una superprotección de la libertad de la mujer...”. Con este razonamiento, el Consejo desconoce las bases mismas del derecho antidiscriminatorio, al negar las diferencias de parti-

Por eso concluye el Consejo que el único dato distintivo de la violencia contra las mujeres es de naturaleza cuantitativa<sup>47</sup>: sólo se diferencia de las agresiones que sufren los hombres a manos de sus parejas femeninas en que es mayor el número de mujeres maltratadas que el de varones en circunstancias semejantes.

El problema de esta clase de razonamientos reside en la negativa a admitir que la violencia de género constituye una categoría específica de violencia —sociológicamente definida— asociada a la posición de poder que todavía ocupan los varones en la estructura social y que, por eso mismo, no puede tener paralelo en el sexo masculino. Por decirlo en palabras de las Naciones Unidas, “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer;... es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”<sup>48</sup>, o, como reconoce el Parlamento Europeo, se trata de una violencia “sin duda vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad”<sup>49</sup>.

Con estos y muchos otros instrumentos internacionales que avalan la especificidad de la violencia contra las mujeres, resulta dudoso el empeño en sostener que se trata únicamente de un asunto estadístico<sup>50</sup>. Pero aunque sólo fuera eso, conviene recordar que las estadísticas indican que el 90% de los actos violentos registrados en el ámbito familiar tienen como víctimas a mujeres<sup>51</sup>, una diferencia abrumadora que una vez más invita a pensar en alguna cau-

---

da entre hombres y mujeres basándose de modo exclusivo en la igualdad de derechos ante la ley. Nadie discute que el derecho positivo ha proclamado hace ya tiempo la igualdad formal entre todos los ciudadanos. El problema es que esa igualdad jurídica no se corresponde con una realidad social que sigue discriminando a la mujer. Por eso, la igualdad de partida que predica el Consejo es sólo aparente y requiere de los necesarios correctivos por parte del derecho si no se quiere perpetuar la desigualdad sustancial entre hombres y mujeres que ha acompañado a toda la historia de la humanidad.

<sup>47</sup> “Estadístico”, dice el Informe del CGPJ, cit., pág. 39.

<sup>48</sup> *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

<sup>49</sup> Parlamento Europeo, *Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres* (Resolución A4-250/1997)

<sup>50</sup> Como bien señala Barrere Unzueta —*De la acción positiva a la discriminación positiva*, cit., pág. 27—, la legitimación de un trato jurídico diferenciado hacia la mujer fundado en el reconocimiento de diferencias estructurales entre hombres y mujeres tiene el inconveniente de poner en evidencia la falacia del modelo aparentemente universalista sobre el que se asienta todo el sistema jurídico, un modelo que pretende mantener la abstracción jurídica que nos hace iguales a todos pese a estar construido sobre los caracteres exclusivos —y excluyentes— del grupo que ostenta el poder (varón, blanco, propietario). De ahí la resistencia de los sectores asentados en el poder a reconocer la posición de subordinación social de la mujer y, menos aún, la raíz discriminatoria de la violencia de género.

<sup>51</sup> Datos del Consejo General del Poder Judicial correspondientes a los primeros nueve meses de 2004. Con razón afir-

sa específica generadora del fenómeno que se encuentra asociada a la condición femenina.

Consecuentemente, la tutela penal reforzada hacia la mujer —que se refleja en una serie de agravantes de pena— puede explicarse como una legítima decisión de Política Criminal destinada a protegerla frente a un tipo específico de violencia que sólo a ella le afecta porque tiene su razón de ser precisamente en el sexo de la víctima. Un tipo de violencia que no tiene paralelo en el sexo masculino ya que no existe una violencia asociada a la condición de varón. Bien es verdad que hay mujeres que agreden a sus parejas masculinas. Pero estas agresiones son manifestaciones individuales e indiferenciadas de la violencia emergente de la sociedad que, como tales, encuentran suficiente respuesta en las figuras delictivas genéricas que contempla el Código Penal —homicidio, lesiones, amenazas, malos tratos en el ámbito doméstico, agravante de parentesco.

La exclusión del varón como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la Ley Integral en nada afecta, pues, al artículo 14 de la Constitución. Para que fuese posible discutir siquiera la posible inconstitucionalidad de esta medida sería preciso que la ley privara de esa tutela reforzada a algún colectivo que se encuentre en una situación fáctica semejante a la de las mujeres, una circunstancia que sin duda no concurre en el grupo de los hombres. Pero, además, este refuerzo en la tutela penal no repercute en merma alguna de la protección de los varones por parte del ordenamiento punitivo ya que no se les “quita” protección para dársela a las mujeres. Simplemente se parte de la suficiencia de las normas penales generales para garantizarles una tutela adecuada frente a eventuales agresiones de sus parejas y por eso no se les incluye en una estrategia preventiva pensada para proteger a quienes se encuentran expuestas a un riesgo superior.

Tal vez la obviedad de estas circunstancias explique que los argumentos más drásticos para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad de la Ley Integral se hayan elaborado a partir de la perspectiva opuesta a la que venimos tratando hasta aquí, es decir, desde la óptica del varón como *autor* de los delitos afectados por el nuevo sistema de agravantes fundadas en el sexo de la víctima. El Consejo General del Poder Judicial lo expresa diciendo que la superprotección de la mujer se hace “a costa de una mayor restricción de la libertad del varón”<sup>52</sup>, ya que él es el destinatario exclusivo del incremento de pena resultante de aquellas agravaciones. Un mismo hecho (amenazas, coacciones, lesiones) con idéntico contenido de injusto —dice el CGPJ— se castiga de formas más severa exclusivamente por el dato objetivo del sexo del autor.

De este modo resultarían violados al menos dos grandes principios del Derecho penal con repercu-

siones constitucionales. Por una parte, se alega la lesión del principio de culpabilidad, pues la ley estaría presumiendo, sin admitir prueba en contrario, “que cuando el hombre amenaza o coacciona a su mujer o a su ex mujer lo hace en todo caso prevaliéndose de una situación de superioridad o con el fin de mantener la voluntad de dominación”<sup>53</sup>. Pero además, ese proceder basado en meras presunciones vendría a afectar también el principio de responsabilidad por el hecho, ya que la mayor severidad punitiva, argumenta el CGPJ, “no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedece a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer”<sup>54</sup>. De esta manera, la Ley Integral vendría a recuperar los principios del denostado “derecho penal de autor”, castigando más al varón que a la mujer por la mayor peligrosidad derivada exclusivamente de su sexo<sup>55</sup>.

Varios son los aspectos que entran en consideración de cara a valorar la mayor o menor razonabilidad de las críticas precedentes.

Como punto de partida, y siquiera sea para mantener el necesario rigor en la tarea hermenéutica, es conviene no perder de vista que las nuevas agravantes no se circunscriben en función de las características del *autor* del delito sino a partir de una serie de circunstancias asociadas de modo exclusivo al *sujeto pasivo*. Es el sexo de la víctima y no del autor —la condición de mujer de quien sufre las agresiones— lo que juega como dato decisivo para definir y dar sentido a las agravaciones. No es casual que la ley opte por fórmulas neutras para referirse a los eventuales responsables de estos hechos, sin acudir en ningún caso a criterios tales como “El varón que ejecute tal o cual conducta”<sup>56</sup>. Con ello se pone de manifiesto la finalidad tuitiva de estas agravantes, fundadas en la necesidad de una tutela adicional para la víctima y no en alguna supuesta “maldad” del autor.

No se trata, en consecuencia, de agravaciones automáticas basadas en el dato meramente objetivo del sexo del autor. El fundamento material reside en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima. El Derecho penal parte aquí del reconocimiento de que la mujer, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de

<sup>53</sup> Informe del CGPJ, cit. pág. 40.

<sup>54</sup> También hablan de presunciones inaceptables que repercuten de modo objetivo en discriminación del varón, Gimbernat, *Prólogo a la 10ª ed. Código Penal*, ed. Tecnos, pág. 19; Boldova/Rueda, *La discriminación positiva*, cit., pág. 5, si bien estos autores ensayan una interpretación restrictiva destinada a evitar el reproche de inconstitucionalidad del CGPJ, muchos de cuyos fundamentos comparten.

<sup>55</sup> Informe del CGPJ, cit., págs. 41 y s. El Informe resulta aquí de una dureza extrema, hasta el punto de asociar la opción político criminal de la Ley Integral con los postulados de la Escuela de Kiel, como se sabe, uno de los exponentes más destacados del derecho nacionalsocialista.

<sup>56</sup> Salvo que se quiera entender que cuando la ley habla de “el autor” lo hace por referencia exclusiva al sexo masculino. Pero de admitirse esta interpretación, se produciría un efecto en cadena que convertiría innumerables tipos penales en figuras comisibles exclusivamente por hombres (siempre que los tipos se refieren a “el culpable”, “el reo”, “el autor”, “el responsable”, etc.)

ma el Parlamento Europeo que esas estadísticas abrumadoras permiten calificar a la violencia contra las mujeres como un “mal endémico” de nuestra sociedad —véase la Resolución citada en nota 49.

<sup>52</sup> Informe del CGPJ, cit., pág. 22.

roles sociales, se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina. Eso no significa negar la posibilidad de que el varón también pueda ser blanco de agresiones de su cónyuge o conviviente. La diferencia reside en que, en el caso de la mujer, a ese riesgo genérico de sufrir agresiones de la persona con la que se entabla una relación particularmente intensa —sea cual fuere su sexo—, se añade un peligro derivado de su propia condición femenina, un riesgo que tiene su origen en la radical injusticia en el reparto de roles sociales que coloca a las mujeres —como colectivo, como “género”— en una posición subordinada y dependiente del varón.

El legislador capta esa especial exposición al riesgo y, para prevenir sus efectos, le concede una protección adicional. No se trata de nada nuevo en Derecho penal. Hace años que la ley refuerza la tutela de aquellos colectivos a los que considera particularmente vulnerables frente a determinado tipo de agresiones, como sucede con los menores, los incapaces y recientemente también los extranjeros u otros grupos discriminados en la sociedad. Y todo ello sin que a nadie se le haya ocurrido hasta ahora hablar de discriminación prohibida contra los sectores no alcanzados por las correspondientes figuras penales específicas.

La diferencia entre estos otros casos de tutela reforzada y el que propone la Ley Integral reside en la resistencia de amplios sectores sociales a admitir la propia categoría de la violencia de género como dato sociológico y, con ello, el postulado que sitúa al sexo de la víctima —a la condición de mujer— como fuente de un riesgo específico de ser agredida por su pareja. Nadie discute, en efecto, que existan muchas mujeres afectadas por actos violentos protagonizados por sus parejas masculinas, incluso se deja en un segundo plano la mayor o menor conveniencia de apostar por la severidad punitiva como respuesta a este tipo de comportamientos. Lo que realmente se discute es que tales situaciones encuentren su explicación en la discriminación de la mujer en la estructura social, en el reparto inequitativo de roles sociales entre hombres y mujeres.

De ahí la insistencia en recriminar al legislador el no haber previsto la posibilidad la prueba en contrario por parte del varón que amenaza, coacciona o causa lesiones a la mujer con la que tiene o ha tenido una relación de pareja. A tal punto llega la incompreensión de la violencia de género que el Consejo del Poder Judicial llega a poner como ejemplo de una inaceptable aplicación “objetiva” de las agravantes el caso de un hombre que “no agrede a la mujer con la intención de discriminarla o con el ánimo de mantener la relación de poder que ejerce sobre ella, sino con ánimo de venganza o por arrebatos o celos”<sup>57</sup>. Como si el problema fuese el motivo del ejercicio de la violencia y no la propia “relación de poder” que favorece el uso de estrategias violentas para mantener el control.

El problema se encuentra, pues, en la diferencia en los puntos de partida. Mientras la Ley Integral parte de un tipo de violencia que encuentra su explicación en un reparto de roles sociales favorecedor de las relaciones de dominación y poder de los hombres sobre las mujeres, la mayoría de los críticos se desentienden de esa premisa y sólo admiten la existencia de hechos violentos en la pareja como resultado de la personalidad más o menos agresiva y dominante de una de las partes, una característica intercambiable que si bien normalmente corresponde al varón, nada impide que pueda ser asumida, en idénticas condiciones, por la mujer. Esta perspectiva puramente individual de la violencia en la pareja, ajena al trasfondo cultural que concede papeles diversos a hombres y mujeres y favorece el uso de estrategias violentas por parte del varón para mantener un dominio que la sociedad le reconoce, acaba por desenfocar totalmente el sentido de las agravantes de la Ley Integral y explica los reproches de un trato discriminatorio hacia el varón o, lo que es todavía más preocupante, de un pretendido “efecto privilegiantes” hacia la mujer al dejarla exenta de las agravantes correspondientes cuando sea ella quien agrede a su pareja masculina<sup>58</sup>.

En conclusión, existe un fundamento material para explicar las nuevas agravantes de género y para conceder legitimidad a la opción político-criminal de la Ley Integral. Todo depende, sin embargo, de que se quiera asumir o no una evidencia avalada por infinidad de estudios y que ha sido plenamente reconocida por los más prestigiosos organismos internacionales como uno de los grandes problemas de la sociedad de nuestros días, esto es, que el sexo femenino, la condición de mujer, es un factor específico que incrementa el riesgo de ser víctima de actos de violencia.

### 3.3. Derecho penal y políticas de acción positiva: dos campos difíciles de conciliar

La explicación de las agravantes relacionadas con el sexo de la víctima a partir de la discriminación estructural que sufre la mujer en la sociedad ha sido el argumento decisivo para que muchos defensores de la Ley Integral apelaran a la idea de “acción positiva” como fundamento y justificación de esta nueva opción político-criminal. Y desde luego no les falta razón si por acción positiva se entiende, en un sentido muy amplio, toda política o medida de carácter diferenciado tendente a favorecer a los miembros de un grupo socialmente subordinado<sup>59</sup>, como es el caso de la mujer en su dimensión colectivo —como “género”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Así Boldova/ Rueda, *La discriminación positiva*, cit., pág. 5.

<sup>59</sup> Sobre este concepto genérico, con amplias referencias bibliográficas, Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., págs. 37 y ss.

<sup>60</sup> Así, con razón, Barrere Unzueta, *De la acción positiva a la discriminación positiva*, cit., pág. 32.

<sup>57</sup> Informe del CGPJ, cit., pág. 51.

Pero no es éste el sentido más usual de acción positiva ni el que ha presidido la polémica sobre las opciones político-criminales de la Ley Integral. Lo más frecuente —tal vez por tratarse del ámbito donde surgen mayores problemas de legitimación— es reservar el concepto de acción positiva para referirse a ciertas medidas favorecedoras del colectivo discriminado que al mismo tiempo generan un perjuicio simétrico para el grupo dominante<sup>61</sup>. En otras palabras: ventajas para los miembros del grupo discriminado que se traducen en una merma de oportunidades para quienes comparten los rasgos distintivos del grupo mayoritario —sistema de cuotas en listas electorales, reserva de plazas universitarias, preferencias en el acceso a un puesto de trabajo, etc.—<sup>62</sup>. En esta idea se han basado los críticos de la Ley Integral y sobre ella han discurrido la mayor parte de las objeciones que atribuyen a las agravantes de género una serie de supuestos perjuicios directos para el varón, como sería el caso de la privación de una protección penal particularmente intensa o su sanción más severa cuando adopta la condición de autor del delito.

Sin embargo, no se necesitan grandes reflexiones para comprender que el Derecho penal se mueve por criterios que nada tienen que ver con las acciones positivas así entendidas. Este tipo de políticas sólo adquieren sentido en aquellos sectores del ordenamiento jurídico que se ocupan de regular la distribución de recursos escasos en la sociedad —como el derecho administrativo o el derecho laboral—, puesto que se trata de implementar medidas concretas destinadas a favorecer la participación social de los grupos marginados mediante la concesión de ventajas directas en el acceso a los bienes. Todo ello completamente ajeno a un ámbito sancionador como el Derecho penal, cuya función primordial se concentra en el aseguramiento de las condiciones básicas que permiten a todos los individuos el pleno goce de los derechos fundamentales.

Por eso, las nuevas agravantes de género que recoge la Ley Integral difícilmente pueden explicarse a partir de la lógica de las acciones positivas. Más allá del marco genérico que dibuja el artículo 9.2 de la Constitución al imponer a los poderes públicos el deber de remover los obstáculos que dificultan a algunos ciudadanos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cierto es que la opción político-criminal de conceder una tutela reforzada a la mujer poco tiene que ver con la técnica de las acciones positivas en sentido estricto. Su sentido y justificación se encuentra en otro tipo de consideraciones relacionadas con los fines y contenido del Derecho penal y no con la pretendida concesión de ventajas a la mujer “a costa del varón”.

En un sector del ordenamiento jurídico dirigido a garantizar a todos los ciudadanos el pleno disfrute de los bienes básicos de la personalidad, en nada puede sorprender que se conceda una tutela reforzada a un grupo de la población cuya vida, integridad y libertad se encuentran expuestas a una amenaza especialmente intensa. Nada hay de nuevo en esta técnica de tutela adicional mediante agravantes específicas. Hace años que el Derecho penal acude a este tipo de medidas sin que nunca antes se hayan planteado reparos de constitucionalidad. No hay más que pensar en los múltiples delitos que contemplan agravaciones específicas cuando la víctima es menor o incapaz o el caso del incremento punitivo en el delito de tráfico de drogas cuando el destinatario de la droga es un drogodependiente en tratamiento de deshabituación, por citar sólo algunos ejemplos. Al margen de sus diversas fundamentaciones concretas, todos estos casos tienen en común el hecho de ofrecer una protección penal reforzada a un grupo concreto de sujetos pasivos en virtud de algún tipo de características que los sitúan en una posición de particular vulnerabilidad frente a determinadas agresiones, una posición que no concurre en otras víctimas potenciales de los mismos delitos.

Es de lamentar que los defensores de la Ley Integral hayan caído en la trampa de los críticos y desde el primer momento se empeñaran en defender su conformidad con la Constitución partiendo de la idea de acción positiva en lugar de acudir a argumentaciones propias del Derecho penal. Cierto es que, en términos amplios, la opción político-criminal de aumentar la tutela de la mujer mediante agravantes específicas encuentra perfecto acomodo en el deber de los poderes públicos de remover los obstáculos que dificultan a los colectivos socialmente discriminados el pleno disfrute de los derechos fundamentales. Pero de ahí no se sigue que se trate de medidas de fomento de la mujer en detrimento del varón, como parece insinuar la idea de acción positiva. El derecho antidiscriminatorio no se agota en este tipo de incentivos para los miembros de grupos marginados, sino que se extiende a todas aquellas decisiones de política legislativa destinadas a equilibrar la posición de partida de ciertos ciudadanos que ocupan una posición subordinada en la estructura social. De ahí que también los tipos penales que aumentan la severidad de la pena a quienes agreden a algún miembro de un colectivo discriminado encuentren plena justificación en el derecho antidiscriminatorio, pero no por tratarse de medidas de fomento de un colectivo a costa de otro, sino por reforzar la protección del grupo discriminado con el fin de aumentar el efecto preventivo de la amenaza penal.

Los argumentos basados de modo exclusivo en los fines del Derecho penal permiten explicar así de modo satisfactorio las nuevas agravantes de género, sin que resulte necesario forzar un concepto como el de acción positiva, cuyo ámbito natural es el de aquellos sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular la distribución de bienes escasos.

<sup>61</sup> De ahí el término “discriminación positiva”, una denominación que encierra una contradicción en sí misma ya que toda medida discriminatoria es, por definición, negativa.

<sup>62</sup> Es lo que se conoce también como “medidas de discriminación inversa”. Véase al respecto, Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., págs. 46 y ss.



#### 4. VALORACION FINAL: LOS RIESGOS DE LA OPCION PUNITIVISTA

Cuanto se ha dicho hasta aquí permite concluir que la opción de la Ley Integral de reforzar la protección de la mujer a través de un grupo de agravaciones específicas en nada se opone al mandato constitucional de no discriminación.

Distintas se presentan las cosas, sin embargo, cuando se trata de valorar la oportunidad y adecuación de estas medidas desde un punto de vista político criminal.

Como punto de partida, es conveniente insistir en la total certeza del diagnóstico sobre el que se asienta la Ley Integral: es absolutamente cierto que la condición de mujer, la pertenencia al sexo femenino, constituye un factor de riesgo que expone a las mujeres a un peligro particularmente elevado de ser blanco de violencia. Sin embargo, de ahí no se sigue que el modo más adecuado para combatir ese peligro sean precisamente unas normas penales especiales. Esa conclusión sólo sería correcta si pudiera esperarse de las agravantes de género una eficacia preventiva de especial intensidad, capaz de inhibir a un mayor número de potenciales autores de la tentación de ejercer violencia sobre sus parejas. Pero ni siquiera los promotores de la Ley Integral parecen haber tenido en mente semejante resultado. Es ilustrativo que entre las posturas más entusiastas de esta tendencia políticocriminal se insista sobre todo en los efectos simbólicos que se espera conseguir, en particular, la “función pedagógica” del derecho penal para transmitir a la sociedad el mensaje tajante de que todo acto de violencia contra las mujeres está radicalmente prohibido<sup>63</sup>.

De esta manera, la estrategia de lucha contra la violencia de género viene a sumarse a la ola general de fascinación por el Derecho penal que invade al conjunto de la sociedad de nuestros días, arrastrada por la idea de que sólo las conductas tipificadas como delito merecen plena reprobación social o, dicho al revés, que todo aquello que no está prohibido por el Derecho penal resulta socialmente tolerado.

Precisamente en esa idea se funda la tan discutible decisión de elevar a la categoría de delito las amenazas y coacciones leves cuando la víctima sea la mujer actual o pasada de quien las profiere. No sin razón se ha alegado, en efecto, que tales conductas constituyen manifestaciones de la llamada “violencia ambiental”, entendiéndose por tal un modo particularmente agresivo que tiene el varón de relacionarse con la mujer como consecuencia de ciertos patrones culturales que forman parte de los usos sociales y que, por ese motivo, resulta tolerada por la comunidad<sup>64</sup>. Esos altos niveles de tolerancia llevarían a minimizar la entidad de ciertas agresiones

a la libertad de las mujeres, dejándolas desprotegidas frente ataques graves de su potencial agresor. De ahí la justificación de una respuesta penal más severa: mediante la elevación de las penas se intenta contrarrestar esa desafortunada tolerancia social enviando el mensaje claro y preciso de la importancia y total desaprobación de cualquier manifestación de violencia ambiental contra la mujer, por muy leve que aparezca a primera vista.

Se trata de una apelación directa a la siempre discutible función simbólica del Derecho penal que en nada favorece una estrategia a largo plazo destinada a subvertir el actual fenómeno de violencia contra las mujeres, al tiempo que resulta innecesaria si se atiende al conjunto de casos que pretenden contrarrestarse con la nueva medida.

En efecto, basta una observación algo atenta de los criterios que utiliza la jurisprudencia para valorar la entidad de las amenazas o coacciones en la pareja, para detectar que elementos circunstanciales tales como la relación de afectividad entre las partes o el origen más o menos “doméstico” de la disputa se consideran indicadores de la escasa gravedad de las amenazas, lo que se traduce en la sistemática calificación de tales conductas como falta y no como delito<sup>65</sup>. De esta manera, supuestos que en contextos personales distintos recibirían la calificación de graves, se ven degradados a la categoría de falta por la comprensión y tolerancia que todavía suscita cierto tipo de agresividad masculina en las relaciones de pareja, dejando a la mujer a merced de un agresor potencial que en muchos casos acaba por hacer realidad la amenaza del uso de la fuerza.

Pero si esto es así, la solución no pasa por convertir en delito las amenazas y coacciones leves, sino por impulsar un cambio en la interpretación jurisprudencial que deje de considerar el contexto doméstico o de pareja como parámetros de “levedad” de las amenazas y coacciones, eliminando la tendencia a tolerar la rechazable violencia ambiental hacia las mujeres. En otros términos, se trata de forzar a los jueces a un cambio de perspectiva capaz de romper con los viejos estereotipos que llevan a calificar como amenazas y coacciones leves ciertos supuestos que, fuera de la pareja, nadie dudaría en calificar de graves atentados a la libertad. Pero para ello no hace falta ninguna modificación legislativa. Se trata más bien de apuntar a un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos de cara a conseguir una mayor comprensión del significado último de la violencia de género, un camino que adecuadamente impulsa la Ley Integral mediante la previsión de programas específicos de formación “relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo” dirigidos a jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, fuerzas y cuerpos de seguridad y médicos forenses (art. 48 LI).

<sup>63</sup> Así, Durán Febrer, “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Artículo 14*, n.º 17, 2004, pág. 9.

<sup>64</sup> Véase Durán Febrer, “Análisis jurídico-feminista”, cit., págs. 6 y s.

<sup>65</sup> Véase, por ejemplo, STS 05/06/2003. En general, la jurisprudencia distingue entre delito y falta de amenazas en función de elementos circunstanciales, entre los que destacan la ocasión en la que se profiere, las personas intervinientes y los actos anteriores, posteriores y simultáneos. Criterios semejantes sirven para distinguir las coacciones leves de las graves. Véase al respecto STS 18/07/2002.

La opción de elevar las amenazas y coacciones leves —cuando realmente lo sean— a la categoría de delito constituye un camino equivocado que se vuelve en contra del fin perseguido, porque la sanción desproporcionada de hechos de escasa significación, se convierte en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al varón como receptor de una sanción injusta y, en esa medida, como “víctima” de un sistema represor extremo.

Por lo demás, la apuesta decidida por una respuesta penal particularmente intensa y de tintes marcadamente retributivos, aun a costa de los criterios de proporcionalidad que han de presidir las san-

ciones punitivas, parece poco adecuada al ideario feminista consagrado en la propia Ley Integral, entre cuyos valores destacan la tolerancia y resolución pacífica de conflictos. Nadie discute, desde luego, que deba acudir al Derecho penal para proteger a las mujeres frente a los actos de violencia de sus parejas. Pero el uso abusivo de esta vía, elevando a la categoría delito ciertos hechos de escasa gravedad, supone una apuesta desmedida por el instrumento más autoritario de cuantos dispone el ordenamiento jurídico, un camino que poco tiene que ver con los ideales feministas de una sociedad pacífica y tolerante.

## EDITORIAL TROTTA

Tel. 34-91-543 03 61  
editorial@trotta.es  
www.trotta.es

LUIS PRIETO SANCHÍS  
*Apuntes de teoría del Derecho*

MIGUEL CARBONELL, PEDRO SALAZAR (eds.)  
*Garantismo.*

*Estudios sobre el pensamiento  
jurídico de Luigi Ferrajoli*

ALEJANDRO NIETO  
*El desgobierno judicial  
(3.ª edición)*

THOMAS DARNSTÄDT  
*La trampa del consenso*

PEDRO CRUZ VILLALÓN  
*La Constitución inédita.*  
*Estudios ante la constitucionalización de Europa*

GUSTAVO ZAGREBELSKY  
*Historia y constitución*

RAMÓN CAMPDERRICH  
*La palabra de Behemoth.*  
*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*

AGUSTÍN MOTILLA (ed.)  
*Los musulmanes en España.*  
*Libertad religiosa e identidad cultural*

JOSÉ MARÍA CASTILLO, JUAN JOSÉ TAMAYO  
*Iglesia y sociedad en España*

# El proceso penal y los procedimientos administrativos sancionadores: especial referencia al procedimiento disciplinario militar

Angel JUANES PECES

## I. INTRODUCCION

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre la que insistiremos más adelante, que los principios del proceso penal son aplicables al proceso disciplinario en general y al disciplinario militar en particular, con matices o modulaciones.

A partir de esta aseveración, examinaré dos cuestiones concretas, como son:

1.º La aplicación de los principios del proceso penal al proceso por faltas leves en el ámbito castrense cuando la sanción a imponer sea la de arresto domiciliario, dada la especial naturaleza de esta sanción que, como diremos, constituye una verdadera privación de libertad, en contra de ciertas tesis y,

2.º La consideración del procedimiento disciplinario como una especie de juicio de faltas a los efectos del principio "non bis in ídem".

Dicho esto, procederé sin más al análisis de estas cuestiones, no sin antes hacer una serie de consideraciones sobre la aplicabilidad in genere de los principios del proceso penal al ámbito de los procedimientos contencioso disciplinarios militares.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES

El TC ha manifestado de forma reiterada que las garantías constitucionales de carácter procesal contenidas en el artículo 24.2 de la CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador con el alcance, eso sí, que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.

Así lo dice expresamente la STC nº 11/81 de 14 de Febrero, según la cual «las garantías constitucionalizadas en el artículo 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE».

El propio TC ha concretado en su STC nº 7/98 dicha doctrina al afirmar que la mencionada traslación viene condicionada a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (STC nº 197/95 FJ séptimo)». El fundamento jurídico 7º de esta última STC cita como aplicables:

a) El derecho a la asistencia letrada.

b) El derecho a ser informado de la acusación. A este respecto dice la STC nº 297/93 lo siguiente:

«es preciso recordar que ya desde la STC 18/1981 este Tribunal ha señalado que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 CE son

aplicables, además de en el proceso penal, en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado (por todas, STC 145/1993).

La jurisprudencia constitucional ha precisado el alcance de esta regla general, estableciendo que las garantías aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores son los derechos de defensa, la presunción de inocencia y la actividad probatoria (STC 2/1987).

Es indudable que el derecho de defensa presupone el derecho a conocer los cargos antes de la imposición de la sanción. Ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas. Consecuentemente, el derecho a ser informado de la acusación se integra en el conjunto de garantías del artículo 24.2 CE aplicables, no sólo al proceso penal, sino a cualquier procedimiento sancionador de los que sigue la Administración.

[...] La puesta en conocimiento de la imputación en el procedimiento administrativo sancionador se realiza normalmente a través de la notificación del pliego de cargos, mediante el cual el expedientado tiene conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica que merecen para la Administración, pudiendo disponer su estrategia defensiva a partir del pliego de descargos. Desde la perspectiva constitucional resulta imprescindible que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objeto de la imputación...».

Consecuencia ineludible de este principio es la inalterabilidad de los hechos imputados.

Expresamente dice la STC 97/98 lo siguiente:

«... En efecto, aunque la indefensión "consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el transcurso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos. o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción" (STC 89/1986, fundamento jurídico 2º), no puede desconocerse que el "concepto de indefensión con trascendencia constitucional es de carácter material y no formal, de modo que no podrá alegarse en esta sede si, aún existiendo una omisión judicial lesiva, en principio, del derecho a ser oído en un proceso no se ha observado frente a aquélla la debida con-

ducta diligente” (STC 8/1991, fundamento jurídico 3º) por lo que “no toda vulneración de normas procesales produce Indefensión en sentido constitucional, pues ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone en su alcance para la defensa de sus derechos” (STC 367/1993, fundamento jurídico 2º y en igual sentido STC 13/1999, entre las más recientes)...».

c) El derecho a la presunción de inocencia.

Mención especial hemos de hacer de las Sentencias nº 154/94 y 23/95. Esta última en lo que aquí importa, señala:

«...A los efectos del correcto entendimiento del contenido constitucional de los derechos invocados, conviene no confundir la presunción de validez de los actos administrativos con la presunción de inocencia, ni la indefensión administrativa con la judicial, máxime, cuando —como ahora es el caso— la actuación administrativa fue revisada por los órganos jurisdiccionales en un proceso celebrado con todas las garantías.

Como en múltiples ocasiones hemos declarado, la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Cualesquiera otras incidencias acaecidas en la tramitación del expediente (ponderación por la Administración de los materiales y testimonios apartados, licitud de los mismos...) son cuestiones que, aunque pueden conducir a la declaración judicial de nulidad de la sanción por vicios o falta de garantías en el procedimiento (SSTC 68/85 y 175/87), en modo alguno deben incardinarse en el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia, pues éste no coincide con las garantías procesales que establece el artículo 24.2 CE, cuya aplicación al procedimiento administrativo-sancionador sólo es posible “con las mutilaciones que resulten de su propia naturaleza” (STC 120/90, f. j. 2º)... ».

Igualmente, es trasladable al procedimiento disciplinario la doctrina constitucional sobre la imposibilidad de valorar pruebas ilícitas o, lo que es igual, obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Dichas pruebas carecen de virtualidad para enervar la presunción de inocencia. A este respecto conviene significar:

— Que las únicas pruebas que sirven para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el Expediente disciplinario y no en la llamada “información reservada”.

— Que dentro de las pruebas prohibidas ilícitas, hay que distinguir:

1. Prueba prohibida.
2. Prueba ilícita.
3. Prueba irregular.

De esta clase de pruebas tan sólo las primeras pueden producir efectos reflejos siempre que guarden conexión con la inicialmente ilícita.

Es doctrina del TC, expresamente contenida en las SSTC nº 114/84, 81/98, 49/99 y 166/99, por sólo citar algunas, que las pruebas derivadas de otras

declaradas ilícitas sólo serán inválidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de manera inescindible a las directas, esto es, si entre unas y otras existe lo que se denomina “conexión de antijuricidad” que debe anudarse al examen sobre si las necesidades esenciales de tutela judicial, de la realidad y efectividad del derecho fundamental en cuestión exigen la expulsión del acervo probatorio de cargo de aquellas pruebas derivadas de las prohibidas, en atención a la entidad objetiva de la vulneración sufrida.

d) El derecho a no declarar contra sí mismo.

e) El derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para su defensa (STC nº 83/97), de donde se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (STC nº 39/97).

En definitiva, a modo de recapitulación, de cuanto se lleva expuesto no se trata —en palabras del TC— de una aplicación mimética de los principios del proceso penal, dadas las diferencias existentes entre este proceso y los de orden disciplinario, sobre las que insistiremos más adelante al examinar la naturaleza de esta última clase de procesos, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional (STC nº 11/81 de 14 de febrero).

La subordinación jerárquica —añade el TC— y la disciplina constituyen valores primordiales (STC 21/81), razón por la cual el procedimiento disciplinario no puede por su propia naturaleza quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal (STC nº 14/99).

Ahora bien, estas limitaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos, basadas en la existencia de una relación de especial sujeción, sólo son admisibles en la medida en que resultan estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión derivada de aquella situación especial (STC nº 21/81).

En esta línea señala el TC en reiteradas Sentencias (entre las que cabe destacar la nº 21/81) que los derechos fundamentales —en particular los recogidos en el artículo 24 de la CE— han de informar todo el Ordenamiento Jurídico, incluido el régimen disciplinario militar.

Para concluir este apartado, me referiré, de una parte, a una Sentencia de la Sala Quinta del TS y, a otra de la Sala Tercera del mismo Tribunal, que abordan (con ocasión de analizar el valor de los atestados en esta clase de procedimientos) la naturaleza jurídica de estos procesos y, de otra, al derecho de defensa en los mismos.

En efecto, dice la Sala Quinta del Tribunal Supremo en su STS de 25 de marzo de 2004 que el procedimiento contencioso disciplinario es un proceso cuasi penal al que sólo son aplicables aquellos principios compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador. En parecidos términos se expresa la STS de la Sala Tercera de 21 de mayo de 1990, que dice: « ... si bien hay una inspiración genéricamente igual en todo el Derecho administrativo sancionador, sea penal o administrativo, no pueden ni mucho menos, trasvasarse sin más las técnicas y principios del uno al otro...».

f) Respecto del derecho de defensa y su contenido, ha dicho el TC lo siguiente:

«El procedimiento disciplinario ha de respetar, entre otros, el contenido básico del derecho de defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad causante de indefensión (STC 21/81). Dicho contenido básico incluye, al menos, además de la garantía que lo define, el derecho a ser informado de la acusación, el de ser presumido inocente y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa».

Ahora bien, matiza el TC, «el derecho a la asistencia de letrado y el de proponer pruebas, así como el de intervenir en ellas sólo tiene lugar desde el momento en que se imputa un hecho a una persona, es decir, desde el pliego de cargos, y ello porque, según la STC nº 111/99, no cabe calificarse como prueba la realizada antes del pliego de cargos, a falta de contradecirlas, pues no constituyen un proceso penal formal desde la primera comparecencia, desde cuyo momento se puede ejecutar el derecho de defensa». Por ello, el TC, dijo en su STC nº 14/99:

«La materialidad de esta indefensión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibra la posición del imputado».

No compartimos esta tesis y así lo hemos hecho constar en una serie de votos particulares formulados conjuntamente con el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Calvo en el ámbito de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Desde estas consideraciones, iniciaremos el análisis de las cuestiones enunciadas, concretadas en:

1. Aplicación de las garantías del artículo 24.2 de la CE a los procesos por faltas leves cuando se ventile la imposición de una sanción de arresto domiciliario.

2. La asimilación de los procedimientos disciplinarios a los procesos penales a los efectos del principio “non bis in ídem”.

### **III. APLICABILIDAD DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL ARTICULO 24.2 CE AL PROCEDIMIENTO POR FALTAS LEVES CUANDO LA SANCION A IMPONER SEA LA DE ARRESTO DOMICILIARIO**

Se trata de determinar:

1.º Si la sanción de arresto domiciliario prevista como falta leve, tanto en la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil como en la de las Fuerzas Armadas, carece o no de cobertura legal.

2.º De forma especial, si el procedimiento establecido para su imposición (que, recordemos, es el de las faltas leves y, como tal, sujeto a un régimen especial con claras limitaciones constitucionales) se ajusta o no a las exigencias constitucionales del artículo 24.2 de la CE, aplicables en los términos expuestos al ámbito disciplinario sancionador.

1.º Legalidad de la sanción de arresto domiciliario :

En el voto particular que formulé respecto a la Sentencia dictada en el Recurso nº 201/154/03, de la Sala Quinta del TS, decía sobre este particular:

«La previsión del arresto domiciliario como sanción disciplinaria, hecha en una Ley Orgánica proporcional al arresto domiciliario, la oportuna cobertura legal, ajustándose por ello a la más estricta legalidad y a su complemento de tipicidad (art. 25 de la Constitución Española), resultando a estos efectos (como señala la sentencia de la que respetuosamente discrepamos), irrelevante su conceptualización como medida restrictiva de libertad. Ahora bien, dicho lo anterior hay que profundizar más en el tema. En efecto, una cosa es que el arresto domiciliario sea legal, y otra que la forma en que se ha llevado a efecto, se ajuste o no a las previsiones legales, pues como pone de manifiesto tanto la doctrina clásica como moderna, la formalidades a la hora de la privación de libertad, resultan decisivas...».

2.º Constitucionalidad del procedimiento por faltas leves cuando la sanción a imponer es la de arresto domiciliario.

El objeto de nuestro análisis es si el procedimiento establecido por la LORDGC para las faltas leves (art. 38 de la citada Ley) se ajusta o no a las previsiones constitucionales del artículo 24.2 de nuestra Carta Magna. Para ello habremos de atenernos a la doctrina del TC.

El artículo 38 de la LORDGC, contempla un procedimiento, el de faltas leves, que limita en cierta forma las garantías constitucionales del artículo 24.2 de la CE, en razón a la levedad de las sanciones sometidas a su ámbito de aplicación. Es, pues, la levedad de las sanciones lo que en un plano teórico justificaría tales limitaciones.

Dijimos ut supra que las garantías constitucionales del artículo 24.2 CE son de aplicación al ámbito disciplinario sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto. No se trata, y en ello insistimos una vez más, de una aplicación mimética sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.

Asimismo, dijimos que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos basados, como en el caso de las Fuerzas Armadas, en la existencia de una relación especial, sólo son admisibles en la medida que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (STC nº 21/81).

A la vista de la anterior doctrina, la pregunta que hemos de hacernos es si las restricciones que el artículo 38 LORDGC comporta en la esfera de los derechos fundamentales, en este caso de naturaleza procesal, están justificados en los casos en que la sanción a imponer no es restrictiva de derechos (por ejemplo, pérdida de haberes) sino de privación de libertad, y por tanto, grave.

Pues bien, por las razones que diremos entendemos que la limitación de derechos procesales que el artículo 38 LORDGC establece es contraria a la CE, y por tanto a la doctrina del TC, cuando la sanción a imponer es la de privación de libertad. En este caso, dichas limitaciones no son admisibles, y no lo son por una serie de consideraciones, a cual más determinante:

A) La LORDGC conceptúa el arresto domiciliario como una medida meramente restrictiva de la libertad. En consonancia con tal calificación, la considera como una sanción leve y, por lo tanto, sujeta a un proceso, el de faltas leves, que no se adecua a su verdadera naturaleza.

B) En efecto, conforme a reiterada doctrina del TC (por todas, STC de 29 de marzo de 2005) el arresto domiciliario, en contra de las previsiones legales, es una medida privativa de libertad y no meramente restrictiva, como erróneamente la califica el texto legal antes referido.

C) Al constituir una verdadera privación de libertad su naturaleza jurídica, dentro del cuadro de sanciones vigentes, es la de una sanción grave y no leve.

Luego, la consecuencia lógica de todo lo expuesto es la aplicación directa de las garantías procesales previstas en el artículo 24.2 CE al procedimiento regulado en el artículo 38 de la LORDGC, cuando la sanción a imponer sea la del arresto domiciliario.

De cuanto antecede, resulta claro que el procedimiento por faltas leves del artículo 38 de la LORDGC, tratándose de la sanción de arresto domiciliario, no se acomoda a las previsiones constitucionales porque, además de las consideraciones expuestas, el expedientado no puede contar con el asesoramiento de un abogado o militar. Por otra parte, la acusación se hace de forma genérica.

Tales razonamientos nos llevan a concluir que dicho procedimiento es claramente inconstitucional y que, por lo tanto, la única forma de salvar dicha inconstitucionalidad es aplicar directamente las garantías del procedimiento común u ordinario, en suma, la doctrina del TC expuesta en la parte introductoria de este trabajo (en contra, STS Sala Quinta de 27 de septiembre de 2004).

#### **IV. CONSIDERACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES COMO PROCESOS PENALES A LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”**

Desde la STC nº 2/81 de 30 de enero, el principio “non bis in ídem” integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones.

Dicho principio implica en el orden material el derecho a no ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente prescrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa o, en el seno de un mismo procedimiento (por todas, STC nº 159/85, 94/1986, 204/96).

La garantía material de no ser sometido a “bis in ídem” tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (STC nº 154/99), en cuanto

dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializada en la imposición de una sanción no prevista legalmente. Esto, por lo que se refiere al orden material, que no agota los efectos de dicho principio.

Efectivamente, según la doctrina del TC, el principio enunciado produce un efecto más consistente en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento y si así se hiciera, se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial efectiva dispensada por la anterior decisión firme (STC nº 15/87).

Junto a esta vertiente, el TC, ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal de este principio que, de conformidad con la STC nº 78/83, se concreta en la regla de preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa en aquellos casos en los que los hechos a sancionar pudieran ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito.

De esta subordinación se deriva una triple exigencia:

1.º El necesario control a posteriori por la Autoridad Judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso.

2.º La imposibilidad de que la Administración, salvo contadas excepciones, lleve a cabo actuaciones sancionadoras en aquellos casos en los que los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta.

3.º La necesidad de respetar la cosa juzgada (STC 2/2003).

El principio “non bis in ídem” en la forma expuesta está reconocido por los Convenios Internacionales sobre derechos humanos. Así, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”.

Por otra parte, el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconoce este derecho con un contenido similar. Así, a los efectos de la aplicación de las garantías de un proceso justo (art. 6 del CEDH), el TEDH incluye dentro de los conceptos infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia, al no considerar relevante la denominación de la legislación en que se encuentra y equiparando a los efectos del artículo 4 del CEDH, el castigo en un proceso penal con el de un procedimiento y sanción administrativa (STEDH, Caso W.F. vs Austria de 30 de mayo de 2002).

Expuesta la doctrina del TC sobre el principio “non bis in ídem”, lo que habremos de analizar desde la perspectiva del procedimiento disciplinario es si la imposición de una sanción firme en vía disciplinaria impide posteriormente la incoación de un proceso penal.

En principio la respuesta debería ser negativa, pues según el TC (ATC n° 1.001/87), el efecto de cosa juzgada sólo es predicable de las resoluciones judiciales. Sin embargo, por cuanto diremos, la cuestión es matizable y lo es porque a tenor de la doctrina del TEDH y del propio TC, en ocasiones —y decimos bien, en ocasiones— algunos procedimientos sancionadores son equiparables al proceso penal. Consecuentemente, el problema se centra en determinar qué clase de procedimientos sancionadores, bien sea por su complejidad o por la gravedad de las sanciones a imponer, son equiparables a un proceso penal.

Como ha afirmado el TEDH, para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en “bis in ídem”, no basta con que las infracciones aplicadas presenten diferencias o que una de ellas represente sólo un aspecto parcial de la otra (STEDH de 23 de octubre de 1995), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio “non bis in ídem”, protegido en el artículo 4 del Protocolo, atañe a las relaciones entre los dos ilícitos aplicados, si bien este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la extiende al derecho a no ser perseguido penalmente (STEDH de 29 de mayo de 2001).

Afirma el TEDH que el artículo 4 del Protocolo no se refiere al mismo ilícito sino a ser “perseguido o sancionado penalmente de nuevo por un ilícito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado”, de modo que si bien entiendo que el mero hecho de que un solo acto constituya más de un ilícito no es contrario a este artículo, ni por ello deja de reconocer que este artículo despliega sus efectos cuando un acto ha sido perseguido o sancionado penalmente en virtud de ilícitos sólo formalmente diferentes.

El TEDH señala que “existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un ilícito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un ilícito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros”. En este sentido, puede haber otros casos en que dos ilícitos únicamente se solapen ligeramente. Así, cuando diferentes ilícitos basados en un acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales (STEDH de 29 de mayo de 2001, en el mismo sentido STEDH de 30 de mayo de 2002, ya citadas).

Por ello, y para concluir, el Tribunal que juzga de nuevo ha de analizar si las infracciones por las que fue sancionada una persona en vía administrativa y penal difieren o no en elementos esenciales. Ahora bien, para que despliegue sus efectos

de cosa juzgada, se requiere que haya existido un control judicial ulterior (STC n° 77/83 de 3 de octubre).

En conclusión, teniendo en cuenta que del valor libertad (art. 1.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) derivan límites constitucionales para todo procedimiento sancionador, no puede negarse que, en ciertos casos como los antes expuestos, la sustanciación de un procedimiento sancionador y un proceso penal por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso.

El problema es determinar qué clase de procedimientos administrativos son equiparables a un proceso penal. Según el TC, en su Sentencia de Pleno de 10 de enero de 2003, esta equiparación (difícil —añade el TC—) sólo procederá respecto de aquellos casos que tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como de la sanción que sea posible imponer, pueden equipararse a un proceso penal.

Pues bien, el procedimiento por faltas leves en el que se ha impuesto una sanción de arresto domiciliario, así como aquellos otros casos en los que la sanción sea de naturaleza análoga a la constitutiva de infracción penal, son equiparables a un proceso penal, más en concreto a un juicio de faltas.

Esta interpretación es fiel al CEDH conforme al cual lo importante a estos efectos no es la denominación de la sanción sino el concepto sustantivo de la materia.

La Sala Quinta del TS no lo considera, empero, de esta forma. Para dicho Tribunal, la sencillez del procedimiento administrativo sancionador por faltas leves impide equiparar el mismo a un proceso penal.

En mi opinión, por el contrario, un proceso por faltas leves en que se impone una sanción privativa de libertad, como es el arresto domiciliario, es equiparable a un proceso penal y, por lo tanto, produce el efecto de cosa juzgada. Entre otras razones, porque en el ámbito militar no existen faltas penales, como otrora tiempo, sino delitos y faltas disciplinarias sancionadas algunas de ellas, y esto conviene subrayarlo, con sanciones privativas de libertad, por lo que, de conformidad con la doctrina del TEDH antes citada, lo decisivo a los efectos examinados no es el nombre de la legislación, penal o administrativa, sino lo sustantivo, esto es, la imposición de una sanción grave por unos mismos hechos posteriormente juzgados en vía penal.

En estos casos, se impone la equiparación del procedimiento administrativo sancionador al proceso penal, en concreto, al del juicio de faltas, a los efectos del principio “non bis in ídem” (por todas, STEDH de 21 de febrero de 1984).

# En defensa del derecho de sufragio

Florentino EGUARAS MENDIRI

## 0. INTRODUCCION<sup>1</sup>

Se pretende en este breve estudio solventar la posible paradoja que puede crear el que ilegalizado el complejo Batasuna por el Tribunal Supremo, e impedida su participación en los comicios al Parlamento Vasco de 2005, los presuntos votos de esta formación, incrementados, hayan sido recogidos por el Partido Comunista de las Tierras Vascas.

Dentro de ello partimos del derecho de sufragio activo, y su carácter secreto, que impide una conculcación de este derecho, y por ello la dificultad de que la investigación de un partido político o agrupación electoral pueda ser basada en los votos que recibe. De aquí, el que la simple apariencia requiera un análisis más complejo de los diversos factores a considerar.

Para ello hemos procedido a un breve análisis del proceso electoral y de sus elementos, que nos sirven para contemplar en toda su amplitud el conjunto de actores y fases que interfieren en el estudio del acto básico de la democracia: la elección.

Después, nos hemos detenido en el derecho de sufragio y la normativa que afecta a los partidos políticos, Ley Orgánica de Partidos Políticos (6/2002), y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre su aplicación. Tras un análisis de los datos electorales, se ha procedido a la exposición de nuestras conclusiones, teniendo en cuenta el riesgo de decisiones precipitadas o de lo que nosotros denominamos ductilidad jurídica.

Hemos optado por reproducir la normativa legal y los textos jurisdiccionales, con el fin de facilitar y agilizar el seguimiento de nuestro análisis.

## 1. ELECCIONES, REPRESENTACION Y DEMOCRACIA

Es indudable que toda elección cumple una función legitimadora del gobernante, en tanto contempla la relación del ciudadano con aquel. Ello se logra por medio de la figura de la representación.

La representación se concibe políticamente como la participación de los ciudadanos en la esfera del gobierno (TC 25-11-98). Es la intromisión del individuo en la organización del poder, siendo en la formulación liberal la concepción del hombre como sujeto único y exclusivo interlocutor de los derechos, la base de esa participación; la imposibilidad de que existan organismos intermedios o asociaciones que desnaturalicen la individualidad del titular de los derechos subjetivos, implicaba una relación

directa entre gobierno y gobernado, que se articulaba por medio de la representación parlamentaria.

Lo característico es que el individuo o complejo social es sustituido por otro sujeto, individual o colectivo. El sustituido se hace presente. Es una evidente ficción por la que uno actúa como si fuese el otro. Esta idea de la actividad por medio de otro, implica que su razón de existencia sea eminentemente utilitarista. El último significado de actuación por el bien o interés del representado<sup>2</sup> justifica la existencia ideológica de la representación, se procede in bonam partem, pues de otra manera un régimen democrático de delegación carecería de sentido, enmascarando una detracción del poder autónomo de la sociedad a favor del gobernante.

El pluralismo es uno de los principios que preside la gama de colores que se integran en el sistema parlamentario. Este nace de la diversidad. La búsqueda de una fórmula que permita conciliar las distintas tendencias y que sea expresión del diálogo. Se procura encauzar la beligerancia en un entorno adecuado en el que la asunción de la derrota y el triunfo, dentro del foro de la discusión, sea la norma aceptada por todos. Ello significa, desde otra perspectiva, el que las minorías estén aceptadas y tengan, dentro de los mínimos de sustento de voto establecidos, posibilidad de manifestarse, no siendo infrecuente que sean ellas las que decidan, a la postre los asuntos de política general. Posibilidad motivada por el juego de los pactos y coaliciones, que sirven para la gobernabilidad de los entornos representados por el cauce parlamentario. Pero, cualquiera que sea el peso de las minorías, no sólo están representadas, sino que actúan de manera directa en el gobierno y las decisiones, con derecho participativo pleno, sin trabas y en posición de igualdad.

El parlamentarismo se une con el concepto de democracia. El criterio de la voluntad general que ha impulsado la edad contemporánea revolucionó ideológicamente las bases del poder durante el siglo XIX. Rousseau es el artífice de su impulso y concepción<sup>3</sup>, su obra, esencialmente contradictoria, plantea el principio de la libertad —malo periculosam libertatem quam quietum servitium—, y sobre él, el de la autodeterminación del pueblo, lo que conocemos como la voluntad general. Si la idea de la democracia ya se había tratado por gran número de tratadistas políticos, la combinación de la libertad y el equilibrio entre el soberano y el súbdito para garantizar aquella, es lo que en Rousseau implica la unión del pueblo en una voluntad acorde, que conforma su contrato social. Este

<sup>1</sup> El autor agradece a Marisa García de Gortazar, profesora del Departamento de Estadística de la UNED, su inestimable generosidad.

<sup>2</sup> H.F. Pitkin, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 233.

<sup>3</sup> J.J. Rousseau, *El contrato social*, EDAF, Ediciones, Madrid, 1979.



acuerdo significa que “varios hombres reunidos se consideran como un solo cuerpo, no tienen más que una sola voluntad en orden a la común conservación y al bien general”<sup>4</sup>.

Junto al criterio rousoniano, se plantea el de otro genio de la época: Montesquieu. Como indica Aranguren<sup>5</sup>, en este encontramos la moralización del poder mediante un artificio —la división de poderes—, por la que se obtiene el evitar su inmoralidad, o lo que es lo mismo, su despotismo, garantizándose la libertad. Frente a esta imposición organizada, la articulación del poder desde arriba, desde él mismo, con el equilibrio de frenos y contrapesos, Rousseau idea un tránsito de la alienación a la democracia, unifica al ciudadano y al poder, enajenando al individuo en favor de lo público.

La democracia y la representación manifiestan unos caracteres básicos que pasamos a definir:

— El derecho de votar de todos los ciudadanos<sup>6</sup>. Históricamente el sufragio se engarzó con unos requisitos del sujeto votante. El sufragio censitario o restringido era la acomodación del gobierno liberal a la representación, sólo los más capaces podían ejercer el derecho al voto. El criterio de la oligarquía o aristocracia votante fue contestado desde distintos ámbitos, hasta obtener la universalidad del voto. La incidencia de los nuevos actores sociales, con peso específico sobre los estamentos políticos, condujo al sufragio universal, relegando a la élite, que se arrogaba el poder de ser la única capaz de conducir y defender los intereses generales de todo el colectivo social.

Conviene que nos detengamos en este elemento básico del derecho electoral, cuya transcendencia alcanza en nuestro derecho un nivel constitucional. Así, el artículo 23.1 CE enuncia el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Dos manifestaciones encontramos en este precepto: el sufragio activo y el pasivo. Aquel es la capacidad electoral activa, de elegir a los representantes o manifestar la voluntad en consultas directas o referendos.

La capacidad electoral pasiva consiste en la de ser candidatos y elegidos.

El sufragio activo es universal, libre, directo, igual y secreto dentro de nuestro ordenamiento, artículo 68, 1 CE. La afirmación de la libertad de sufragio es consecuencia del derecho de expresión de la voluntad electoral de cada ciudadano, su secreto el respeto a la intimidad y libertad ideológica.

— La irrupción de los grupos sociales en el ámbito político implicó el que las expresiones plurales de la sociedad tuvieran articulación por medio de las agrupaciones políticas. Los partidos políticos son el exponente de la democracia, encauzan la represen-

tación por vías democráticas (TC 4-2-83). En definitiva, son el pluralismo. Para lograr su implantación ha sido necesaria una larga evolución que ha removido las primeras concepciones liberales, en las que la libertad y el individualismo formaban una unidad, en la que el sujeto era protegido frente a cualquier grupo. La vieja Ley Le Chapelier de 1791, en su artículo primero señalaba que “siendo una de las bases de la Constitución francesa la desaparición de todas las especies de corporaciones de un mismo estado o profesión, queda prohibido restablecerlas de hecho bajo cualquier pretexto o forma”.

A ello uniremos que España se constituye en un estado social y democrático de derecho que entre sus valores fundamentales propugna el pluralismo político (art. 1.1 CE), y que según el artículo 6,1 CE son los partidos políticos los que expresan el pluralismo político.

— Los distintos instrumentos para el acceso a las vías de representación son otra garantía de la consistencia democrática (art. 23 CE, TC 11-5-95). El ideario de métodos de garantía de provisión de los puestos de representación, justifica el sistema electoral. Los dos métodos de los sistemas electorales se mueven entre la mayoría y la proporcionalidad. Aquel niega o restringe las minorías, mientras que este da cabida a las distintas opciones políticas, según la incidencia del voto del electorado. Por medio del sistema electoral se produce la representación, en la que los pluralismos sociales se reflejan y cobran vitalidad en la esfera política. El Parlamento se constituye en un caleidoscopio de intereses y grupos de presión.

— En esa representación que por medio de la democracia se obtiene se muestra un nuevo campo, de gran transcendencia en la historia reciente, que es el de los intereses territoriales. Estos, sean regionalismos o nacionalismos, pugnan por aflorar y obtener una esfera de poder propia. La lucha entre las fuerzas centralizadoras y las centrifugas se articula, como ya precisamos, en dos vías. Una, la constitución de órganos autónomos en el territorio que se solapan con los centrales, en su esfera de afectación propia; y, dos, con un sistema representativo, que aunque central aglutine la pluralidad de inquietudes nacionalistas-regionalistas; este son las cámaras territoriales, que se ocupan de la articulación del poder en esos ámbitos. Son, de cualquier manera, el exponente de la sanidad democrática, creando cosmovisiones particulares, y accediendo a las problemáticas de los ciudadanos de manera directa y cercana, atendiendo las necesidades del colectivo social.

La relevancia de la organización territorial nacional en dos esferas, ha supuesto un supuesto un cambio espectacular, de manera “que la estructura del poder en España corresponde a la propia de los Estados federales actuales”<sup>7</sup>.

— Por último, destaquemos que se produce una simbiosis entre los representantes y los representa-

<sup>4</sup> Obra citada, pág. 157.

<sup>5</sup> José Luis L. Aranguren, *Ética y política*, Editorial Biblioteca Nueva, S.L. Madrid, 1996, pág. 93.

<sup>6</sup> D. Held, *Modelos de Democracia*, Alianza Ensayo, Madrid, 2001, pág. 142.

<sup>7</sup> Eliseo Aja, *El Estado Autonómico*, Alianza Editorial, 2ª Edición, Madrid, 2003, pág. 52.

dos. La importancia del aspecto psicológico es innegable en todos los procesos políticos. La carencia de información en muchos casos —asimetría—, o la inercia ideológica —básicamente la ignorancia institucionalizada—, en otros, produce que el representado se sienta identificado con sus representantes, obteniendo medios de control y censura, fundamentalmente por una vía informal, pero no menos efectiva, que logra un clima de opinión, que articula los cauces de fiscalización y censura. Así, la responsabilidad política se alza como medio de conexión directa entre los ciudadanos y sus parlamentarios. Estos, al menos intencionalmente, están sometidos al juicio crítico y funcional que sus actos tienen en los representados.

## 2. ELEMENTOS ELECTORALES

Dice Aranguren que “Democracia es participación activa del pueblo en el gobierno; democracia es elección o, dicho en el expresivo lenguaje político-popular, elecciones”<sup>8</sup>. En esta frase se resume la vinculación de la democracia y las elecciones, en el sentido de que la imagen teórica del principio electivo viene implícitamente asociada a la democracia. La eficacia de legitimación que las elecciones provocan en la organización del poder, el reflejo que produce de pluralismo político, es indudable. Si la elección no implica el funcionamiento democrático de un sistema político, si lleva consigo una legitimación del poder fuera de toda duda. Toda elección, en mayor o menor medida, pretende obtener legitimidad, gobierno y representación.

### a) Plenario electoral

Las elecciones no consisten exclusivamente en el acto electivo del ciudadano, aunque este constituye no sólo un elemento simbólico esencial, sino también el desarrollo final de un proceso con un complejo de etapas que se sitúa en un continuum. También son la representación de un conjunto de actos formales regulados por el derecho, pero que tienden a la materialización del acto volitivo de elegir. Es el acto de votar la simbología de la elección, y dependiendo de la configuración del proceso de elección podremos diferenciar las elecciones libres, de aquellas que se enmarcan en procedimientos de simple aquiescencia o asentimiento de regímenes con carencias democráticas.

Por ello el acto de votar es el final de un proceso de formación de la voluntad que se manifiesta en la elección, de aquí que distingamos entre elegir y votar. Ambos elementos encuadran el proceso de las elecciones. En otro caso, el procedimiento electoral sirve para legitimar el encauzamiento del voto, no una realidad subyacente volitiva

Aquí necesariamente debemos de referirnos al papel de los principales actores políticos en los sis-

temas parlamentarios: los partidos políticos. El proceso de “afirmación de los partidos políticos es paralelo al de la democratización de los sistemas políticos occidentales”<sup>9</sup>, y su existencia viabiliza la participación política dentro de las sociedades modernas, donde evidencian una íntima conexión con los movimientos sociales y los grupos de presión, que modulan la posible partidocracia a que un régimen partidista pudiera conducirnos. El fenómeno de la legalización de los partidos políticos, en nuestro derecho, incluso su acogida constitucional —art. 6 CE— es la evidencia de su manifestación y el reconocimiento institucional de su transcendencia y universalidad. La política es y “será hecha desde los partidos y por los partidos, de modo que su mera existencia se ha convertido en sinónimo de vida política”<sup>10</sup>. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de Junio, de Partidos Políticos, estos forman parte esencial de la arquitectura constitucional, aunando esfuerzos y convicciones para incidir en la dirección democrática de los asuntos públicos.

Partiendo de estos asertos, percibimos entre los elementos subjetivos de las elecciones no sólo al ci-toyen, sino a los partidos políticos, sujetos por excelencia que reciben el voto, canalizando el sistema electoral, y configurando un sistema de articulación de la misma democracia, inconcebible sin su participación actual.

La misma evolución de estos, pasando de los partidos de cuadros o notables a ser partidos de masas, para después configurarse en partidos de electores o “atrápalo todo”, y constituirse en la actualidad en partidos cartel<sup>11</sup>, es signo de la manifiesta transcendencia que ha implicado la realidad partidocrática presente. La confrontación electoral se articula por mecanismos ciertos, por los que los artífices del sistema electoral han procurado excluir la individualidad e independentismo carismal. La fórmula electoral, circunscripción, opción de listas, voto y la baja magnitud del distrito, llevan consigo la dificultad de los personalismos, o como indican Valles y Boch en relación al sistema de los comicios generales en España, “se busca reforzar la estructura de los partidos y evitar su disgregación en clanes personalistas o corrientes clientelares”<sup>12</sup> (TC 21-6-85).

A ello se une la tendencia expansiva de las cuestiones nacionales en los comicios menores, sustanciándose el debate en términos de política general, confianza o plebiscitos de lo genérico y nacional, con un “elevado grado de nacionalización del comportamiento”<sup>13</sup>. La relatividad de la elección

<sup>9</sup> Ramón Cotarelo, *Los partidos políticos*, Ed. Sistema, Madrid, 1986.

<sup>10</sup> Juan Hernández Bravo, *Curso de partidos políticos*, A.A.VV. Madrid, Ed Akal, 1997, pág. 13.

<sup>11</sup> Manuel Alcántara Saez, *Curso de partidos políticos*, A.A.VV. Madrid, Ed Akal, 1997, pág. 50.

<sup>12</sup> J. M. Valles y A. Boch, *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Editorial Ariel, 1997, Barcelona, pág. 250.

<sup>13</sup> Francesc Pallares, “Las elecciones autonómicas en España: 1980-1992”, pág. 220, en Pilar del Castillo, *Comportamiento político y electoral*, Madrid, 1995, Centro de Investigaciones Sociológicas. Esta tesis es una conclusión que se alcanza reiteradamen-

<sup>8</sup> Obra citada, pág. 114.

y la tendenciosa oferta que se le transmite al elector, determinan que su opción quede mediatizada, buscándose una adhesión al sistema más que a políticas o bandas ideológicas. De aquí el que la misma abstención se configure como una opción expresa de rechazo del derecho de voto (TC 15-11-91), utilizándose para la manifestación de su elección antisistema por colectivos formados y conscientes.

## b) Procedimiento de elección

Como ya anunciábamos el sistema electoral incluye diversas variables, aquí sólo resaltaremos la forma del voto, al ser la manifestación de voluntad del votante. La adhesión del ciudadano puede ser a una lista o a una persona, y dentro de aquella a una lista cerrada o abierta, bloqueada o no. Desde la elección suiza, panache<sup>14</sup>, hasta la lista cerrada y bloqueada, se abre un abanico de posibilidades, que determinan la banda de elección del votante. La modalidad del voto lleva consigo el umbral de opción del votante, pero su autonomía queda marcada por las estrategias de quienes concurren a la carrera electoral.

La finalidad del sistema español, pretendiendo la consolidación de las formaciones políticas implica una modalidad de voto en listas cerradas y bloqueadas, donde el votante expresa su adhesión y apoyo a un bloque ideológico/político; confirma a los mandatarios, o postula su renovación en otras opciones, pero dentro del orden y la formalidad que estas agrupaciones han preconstituido previamente, sin “ganchos carismáticos”, o personalidades que se constituyan en representantes de tendencias. Sólo los grandes líderes y sus allegados mantienen un atractivo conocido por el votante. El resto de los candidatos son el complejo real y auténtico al que se vota, aunque generalmente se les desconozca por los electores.

## c) Límites a los partidos políticos

El derecho alemán regula en su Ley Fundamental de 1949 el control de la legalidad de los partidos políticos, articulando un sistema de ilegalización de los mismos cuando fueren anticonstitucionales. El artículo 21 de esta ley atribuye al Tribunal Constitucional Federal esta facultad previo sometimiento a un proceso especial para ello.

En España no existía ni previsión constitucional ni legal equiparable, habiendo sido la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio de Partidos Políticos la que ha regulado un sistema judicial de disolución de los partidos políticos.

El artículo 9 de esta Ley dispone : “...Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

2. Un partido político será declarado ilegal<sup>15</sup> cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

a) *Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.*

b) *Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.*

c) *Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.*

3. *Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:*

a) *Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.*

b) *Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.*

c) *Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militan-*

te por los politólogos que han estudiado los comportamientos electorales en España. En la obra citada se aplica a los comicios autonómicos, locales y europeos, siendo también manifestación de ello consultas como el referéndum de 1986 sobre ingreso en la OTAN.

<sup>14</sup> Juan Fernando Badía, coord, obra citada, pág. 520.

<sup>15</sup> El redondo es nuestro.

cia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

4. Para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos.

Serán igualmente tomadas en consideración las sanciones administrativas impuestas al partido político o a sus miembros y las condenas penales que hayan recaído sobre sus dirigentes, candidatos, cargos electos o afiliados, por delitos tipificados en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal, sin que se hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión...”

La reacción tardía del legislador ante fenómenos de ataque a la democracia tiene distintas explicaciones cuya etiología nos conduce irremediamente a la difícil transición española, del sistema corporativo a la democracia. La necesidad del consenso negociador y la alta susceptibilidad del marco territorial, han provocado que la actual legislación sea un mecanismo reactivo, por tanto de difícil evaluación objetiva, al menos por quienes de forma directa podemos encontrarnos involucrados en la barbarie de

la banda terrorista ETA, a la que, a la postre, se ha intentado neutralizar con la Ley 6/02.

En esta línea se ha expresado la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 12-3-2003, a la que nos vamos a referir seguidamente, admitiendo la legalidad de la LOPP 6/2002, y precisando que el avance de la democracia ha obligado a la adopción de medidas que inicialmente no fueron previstas, así como que esta ley tiene una base fáctica específica, que no le priva de su constitucionalidad.

En estos términos se expresa la indicada doctrina constitucional. “...La maduración constitucional, tras las primeras etapas del Estado instaurado con la Constitución, ha permitido que la nueva Ley de partidos desarrolle en mayor detalle las cuestiones del régimen general de los partidos políticos referidas a su creación, organización, estructura y funcionamiento. Pero, como reconoce el Abogado del Estado, “no cabe negar, puesto que es notorio”, que la configuración de buena parte del artículo 9 “se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del procedimiento del artículo 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben...”

#### d) Aplicación de las facultades de ilegalización

Los procesos seguidos ante el Tribunal Supremo por la Sala especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han sido revisados por el Tribunal Constitucional, de aquí que las decisiones de ilegalización de los partidos políticos que hasta la fecha de escribir estas líneas se han producido, gozan de la máxima garantía que se puede otorgar en nuestro derecho, y ello en cuanto este Tribunal se constituye en el garante e interprete de la Constitución (art. 161 CE y 1.1 LOTC).

Por ello, que el examen de las sentencias dictadas sobre estos procesos sean la pauta y referencia para delimitar el campo de la actuación de los partidos políticos en el marco constitucional.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 27-3-2003 se pronunció sobre la ilegalización de Batasuna, y el Tribunal Constitucional en la suya de 16-1-2004, 5/2004, examinando el recurso sustanciado contra ella, confirmó la resolución de la Sala Especial. Previamente se había pronunciado en la de 12-3-2003, 48/2003, sobre la inconstitucionalidad de la LOPP y posteriormente han existido otras declaraciones como las de 8-5-2003, 85/2003, 27-5-2003, 99/2004, y la más reciente de 31-3-2005.

Partamos de que para el TC la Ley de Partidos respeta los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos (SSTEDH de 30 de enero de 1998, Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía; 25 de mayo de 1998, Partido Socialista contra Turquía; 8 de diciembre de 1999, Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía; 31 de julio de 2001 y 13 de febrero de 2003, partido de la Prosperidad contra Turquía; 9 de abril de 2002, Yazar

y otros contra Turquía; 10 de diciembre de 2002, DEP contra Turquía), que exige como condición de su ajuste al Convenio:

- a) La previsión por ley de los supuestos y causas de disolución.
- b) La legitimidad del fin perseguido.
- c) El carácter necesario de la disolución en una sociedad democrática.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro —STEDH, de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía.

Es desde aquí, desde donde deducimos los principios que ha sentado el TC sobre la aplicación de la Ley cuestionada. No sólo se desprenden de la sentencia 48/2003, relativa a la constitucionalidad de la Ley, sino también de la confirmatoria de la ilegalización de Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok, así como las dictadas para la extensión a formaciones y agrupaciones constituidas y presentadas a los comicios municipales y europeos de 2003.

1. El TC, siguiendo los postulados de su jurisprudencia anterior, conceptúa los partidos políticos de asociaciones cualificadas, con funciones que inciden en las actividades públicas: *“...Se trata, por tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejercen, pues, funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales; órganos que actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que los partidos han contribuido a conformar y manifestar mediante la integración de voluntades e intereses particulares en un régimen de pluralismo concurrente. Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE), de la que ha de resultar un ordenamiento integrado por normas que si en su procedimiento formal de elaboración han de ajustarse a la racionalidad objetivada del Derecho positivo, en su contenido material se determinan por el juego de las mayorías que en cada momento respalden las diferentes opciones ideológicas y políticas, conformadas y aglutinadas por los partidos a través de la concurrencia de sus programas de gobierno en los distintos procesos electorales...”*

Este carácter de asociación implica el que *“...Si no hay obstáculo constitucional alguno para la*

*existencia de la Ley de asociaciones, mal puede haberlo para la de partidos políticos...”*. Por tanto, la LOPP goza de plena eficacia y no se opone a la Constitución. Deriva de este elemento, además que: 1º, existen límites para la actuación de los partidos políticos, superpuestos a los que señala el mismo artículo 6 CE *“...La libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutaban, no puede ser para éstos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales...”*; y, 2º, el control de la actividad de los partidos políticos puede ser realizado por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sin que exista reserva material de la Constitución de atribución competencial al TC, ya que *“...Que el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del artículo 6 CE por parte de los partidos al Tribunal Constitucional (como ya recordamos en la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 11) no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí; únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario en tanto no se establezca otra cosa...”*.

2. Las causas de disolución que ha previsto la Ley se refieren a la actividad de los partidos políticos, no a sus fines o programas, son por ello las conductas las que se sancionan, no los ideales. Se mantiene en la Ley la libertad de expresión y de pensamiento, sin consagrar la denominada militancia democrática. Veámoslo: *“...la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, “conductas”, es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del artículo 6 CE, que la Ley viene a concretar...”*; y *“... En primer lugar, estos preceptos de la Ley recurrida se proyectan sobre la actividad de los partidos, no sobre sus fines. En segundo término, y sobre todo, es evidente que los principios y valores referidos por la Ley sólo pueden ser los proclamados por la Constitución, y su contenido y alcance vienen dados por el sentido que resulta de la interpretación integrada de los preceptos constitucionales positivos...”*. En definitiva *“...la alusión a los fines terroristas ha de entenderse ceñida sólo a los fines inmediatos de perturbar la paz, generalizar el miedo, etc. y no a la ideología del partido...”*.

Una consecuencia de tal postulado es que los límites de actuación de los partidos políticos son los de la misma Constitución: *“...cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales...”*. En conclusión *“... la interpretación sistemática del artículo 9, entendiendo los supuestos del apartado 3 como especificaciones del género de conductas descritas en el apartado 2, permite descartar que, al configurar aquéllos como supuestos a partir de los cuales puede llegarse a la disolución de un partido político, se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información...”*.

El examen de las conductas se manifiesta en el contexto de la actividad, siendo las conductas realizadas las que se fiscalizan, lo que supone que *“...El control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el artículo 6 CE ha de ser, por necesidad, un control a posteriori...”*.

3. La disolución de un partido no se configura como el ejercicio de un ius puniendi del Estado, ni como sanción de carácter administrativo. Esta conclusión se obtiene de que no se trata de personas físicas, propias del Derecho Penal, ni se incurre en una prohibición del principio “nom bis in idem” (doble sanción), *“...no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones calificadas por la relevancia constitucional de sus funciones...”*.

Las conductas que se enjuician requieren un elemento de gravedad, permanencia y reiteración. No basta una manifestación esporádica, oportunista o coyuntural, la disolución responde a una valoración persistente: *“...ninguna de las conductas descritas en el artículo 9 LOPP determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas “de forma reiterada y grave” como precisa el encabezamiento del artículo 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución...”*. Y *“...Se juzga, debe insistirse en ello, a partir de una trayectoria de conjunto dilatada en el tiempo y materializada, mediante la reiteración de esta concreta conducta, en la convicción, alcanzada en un proceso judicial, de que el partido que así actúa vulnera la legalidad en términos incompatibles con la continuidad de su reconocimiento como partido...”*.

4. La actividad llevada a cabo por el Tribunal sentenciador implica que los promotores del proceso *“deberán probar suficientemente que el partido afectado realiza las conductas descritas en la Ley y que lo hace en términos que demuestran que no es acreedor a la condición de partido político”*. El órgano judicial desarrolla su función de juzgar y ejecutar lo juzgado (arts. 117 CE y 1 LOPJ), y así *“Los órganos judiciales no quedan convertidos en meros ejecutores de una decisión legislativamente acordada en todos sus extremos, sino que, en ejercicio de la función jurisdiccional que la Constitución les confía, sólo reciben del legislador los márgenes normativos en los que han de fundar una decisión que sólo a ellos cumple concretar a partir de lo acreditado en un proceso con todas las garantías”*.

Elemento que cobra especial importancia si tenemos presente que el TC sólo lleva a cabo la revisión de la sentencia que dicta la Sala especial, en orden a un posible quebranto de la Constitución, sin entrar a considerar la bondad de la valoración de la prueba, salvo que se acredite el manifiesto error o irracional interpretación de la Sala a quo.

La LOPP cumple con la exigencia del juez ordinario predeterminado por la Constitución —ex art. 24—, *“...Se cumplen, pues, todas las condiciones para dar por suficientemente respetada la garantía del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, pues ya “desde nuestra STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, venimos reiterando que el mencionado derecho constitucional exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, además que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho o actuación determinantes del proceso y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional” (STC 120/2001, de 4 de junio, FJ 2)...”*.

No se conculcan las reglas de procedimiento porque la legitimación procesal se atribuya a sujetos específicos, pues *“...El hecho de que la legitimación para instar el procedimiento de disolución se confíe de forma exclusiva al Ministerio Fiscal y al Gobierno podrá haber merecido la atención de la opinión pública, como alega el recurrente, pero el recurso no ofrece razones que abunden en su inconstitucionalidad...”*.

5. La aplicación de la LOPP no menoscaba el derecho de crear partidos políticos, ya que si bien es cierto que *“El principio constitucional de libre creación de partidos políticos veda, pues, cualquier injerencia de las autoridades administrativas que lo menoscabe o elimine”*, no lo es menos que *“a la autoridad administrativa tan solo se le atribuye una actuación de constatación rigurosamente reglada, en cuanto contraída, a los aspectos formales a través de los que se manifiesta el acto de constitución (acta fundacional y documentación complementaria)”*.

Es admitido por el TC que se pueda en ejecución de sentencia conocer por la Sala que dictó la resolución de disolución, la de la nueva entidad inscrita: *“...la Ley parte de que el Ministerio del Interior carece de facultades, como es constitucionalmente adecuado, para denegar la inscripción con base en la real o supuesta continuidad o sucesión a que alude el precepto. Siendo ello así, el atribuirle legitimación para instar el referido pronunciamiento no supone apoderarlo con facultades decisorias que impliquen una injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho fundamental, pues en definitiva, la apreciación de si procede impedir, con dicha base jurídica, la creación e inscripción del nuevo partido, corresponde a la Sala que dictó sentencia de disolución en el que pudiéramos denominar proceso principal, con arreglo a los criterios que el mismo precepto enuncia...”*.

6. En un orden más específico se ha precisado que la existencia de sujetos pertenecientes a partidos políticos ilegalizados, o con antecedentes por los delitos que refiere el artículo 9 LOPP, debe examinarse a la luz de la contraposición de dos

derechos, que colisionan. Debe primar la búsqueda del fraude, y en tal sentido se entienden las facultades de continuidad de ejecución de la Sala de su sentencia: "... el dato de que, como toda trama defraudatoria, también ésta se desenvuelve en los términos de opacidad y embozo característicos de todo fraude a la ley..."

No es admisible que la asociación ilegalizada pueda constituirse nuevamente, evitando las consecuencias de su ilegalización, ni adoptando otra forma jurídica como la de agrupación, puesto que "...Un partido político de facto con el que se quieren obviar las consecuencias de la disolución de un partido al que se pretende dar continuidad de manera fraudulenta. Las agrupaciones así articuladas transgredirían la condición que les es propia como instrumento de participación política y se convertirían en elemento necesario para la comisión de un acto fraudulento..."

Los participantes de la nueva agrupación constituida con el fin de continuar la anterior pueden ser investigados sin que ello constituya una quiebra de su derecho de intimidad, siempre que haya una vinculación efectiva y no meramente accidental: "... La vinculación con el partido disuelto es, desde luego, un dato relevante, pero sólo si concurre de manera significativa en una agrupación o si, ya en términos cualitativos, se predica de quien probadamente ha desempeñado en el partido disuelto una posición especialmente relevante o hace lo propio en la plataforma arbitrada para la orquestación de todas las agrupaciones integradas en la estrategia defraudatoria que el Tribunal Supremo ha declarado probada...". Y ello implica que "... la eventualidad de que se sacrifique el ejercicio de un derecho fundamental exige aquí que se extreme el rigor del enjuiciamiento y se subordine a toda otra consideración la garantía de ese ejercicio..."

#### e) Elecciones al Parlamento Vasco del año 2005

La Ley de Elecciones al Parlamento Vasco 5/1990, de 15 de Junio, fija el número de parlamentarios en 25 por cada uno de los tres Territorios Históricos, en un total de 75 (art. 10). Convocadas las elecciones por Decreto de 21 de febrero de 2005, previa disolución del Parlamento, y convocada la Junta Electoral, esta en su reunión de 2 de marzo de 2005, punto 43, acordó no admitir la representación que pretendía obtener en el proceso electoral el partido político Batasuna. En el punto 51 se tenía por admitida la representación del Partido Comunista de las Tierras Vascas, al que posteriormente se le proclamó su candidatura.

Entre tanto, la agrupación electoral Aukera Guztiaik inició su andadura electoral, si bien se pidió ante la Sala especial del artículo 61 LOPJ, su ilegalización por continuadora de los partidos ilegalizados (Batasuna, Herri Batasuna y Euskadi Herriatarrok). La sentencia del TS de 26-3-2005 ilegalizó a la indicada agrupación, y el TC en la sentencia de 31-3-2005 confirmó este pronunciamiento, precisando que "...El ánimo defraudatorio es, por tanto evidente

y se corresponde, por lo demás, con la voluntad que en esa misma línea se ha demostrado acreditada en otros procesos electorales al os que pretendieron concurrir candidaturas articuladas por el entorno de los partidos ilegalizados para asegurarse la continuación de la presencia de estos en las instituciones..."

El periodo electoral y las opciones políticas concurrentes, aparentemente, se ajustaban a los marcos de nuestra Constitución, y realmente, desde una perspectiva estrictamente legal, se ha respetado el orden jurídico en toda su integridad, pues no ha concurrido formación política alguna que estuviese ilegalizada, o sobre la que pudiesen concurrir sospechas de encuadrarse dentro de las "conductas" previstas y reguladas en la LOPP. Hemos de recalcar este extremo, pues no son lo mismo las sospechas que las certezas, y como ya hemos precisado, para proceder dentro del derecho a un proceso de ilegalización, deben aportarse pruebas y no simples indicios, sin basamento fáctico.

### 3. LOS DATOS ELECTORALES

Llevadas a cabo las elecciones, los resultados han arrojado distintos resultados, los que han conducido a una "sensación" de fraude legal por parte del Partido Comunista de las Tierras Vascas, constituyéndose en efectivo continuador del complejo Batasuna.

a) En las elecciones del Parlamento de 2001, los porcentajes de voto arrojaron los siguientes resultados:

PNV-EA: 42,72%.  
PP-UA: 23,12%.  
PSE-EE: 22,44%.  
HB-EH: 10,12%.  
IU-EB: 5,58%.

Ello significó el siguiente reparto de escaños<sup>16</sup>:

PNV-EA: 33.  
PP-UA: 19.  
PSE-EE: 13.  
HB-EH: 7.  
IU-EB: 3.

TABLA 1. Reparto de votos y escaños en las elecciones de 2001

Partidos	Porcentaje de voto	Escaños
PNV-EA	42,72%	33
PP-UA	23,12%	19
PSE-EE	22,44%	13
HB-EH	10,12%	7
IU-EB	5,58%	3

<sup>16</sup> Datos obtenidos del Acuerdo de la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 29-5-2001 (BOPV de 4-6-2001).

b) En el proceso electoral del 2005, excluyendo a HB-EH, que se encontraba ilegalizada, los porcentajes obtenidos han sido<sup>17</sup>:

PNV-EA: 38,6%.  
 PP: 17,3%.  
 UA: 0,3%.  
 PSE-EE: 22,6%.  
 PCTV: 12,5%.  
 IU-EB: 5,4%.  
 Aralar: 2,3%.

El reparto de número de escaños ha sido en el año 2005:

PNV-EA: 29.  
 PP: 15.  
 UA: 0.  
 PSE-EE: 18.  
 PCTV: 9.  
 IU-EB: 3.  
 Aralar: 1.

TABLA 2. Reparto de votos y escaños en las elecciones de 2005

Partidos	Porcentaje de voto	Escaños
PNV-EA	38,6%	29
PP	17,3%	15
PSE-EE	22,6%	18
PCTV	12,5%	9
IU-EB:	5,4%	3
Aralar	2,3%	1
UA	0,3%	0

c) En las encuestas previas al día de las elecciones el CIS aportó una consulta sin incluir al Partido Comunista de las Tierras Vascas. Los datos son los siguientes<sup>18</sup>:

PNV-EA: 34/35, 42,5%.  
 PP: 16/17, 17,8%.  
 UA: 0.  
 PSE-EE: 19, 22,2%.  
 IU-EB: 4, 6,2%.  
 Aralar: 1, 2,7%.

TABLA 3. Reparto de votos y escaños en las elecciones de 2005 en encuesta del CIS

Partidos	Porcentaje de voto	Escaños
PNV-EA	42,5%	34/35
PP	17,8%	16/17
PSE-EE	22,2%	19
IU-EB:	6,2%	4
Aralar	2,7%	1

<sup>17</sup> Acuerdo de la Junta Electoral de 9-5-2005, (BOPV 13-5-2005).

<sup>18</sup> *El Correo*, 18-4-2005, pág. 38.

Hemos elegido esta encuesta por su relevancia a la hora de configurar el proceso electoral sin la intervención de este partido. A efectos valorativos puede indicar la ganancia/perdida de votos de los partidos concurrentes, y nos da luz sobre la verdadera relación de voto entre HB-EH y PCTV.

#### 4. VALORACIONES Y CONCLUSIONES

##### a) El derecho al voto secreto

El artículo 23.1 CE, ya lo hemos apuntado, consagra el sufragio activo, capacidad de votar, y pasivo, de ser elector. El TC ha precisado que : "...*Ciertamente la cuestión que se nos somete gira, más propiamente, en torno al artículo 23.2 CE, pero, como explícitamente se reconoce en la STC 24/1990, de 15 de febrero, existe una íntima conexión, en el caso de los cargos representativos, entre los derechos garantizados en los dos apartados del artículo 23 CE, esto es, entre el derecho de sufragio activo y el pasivo, la cual no puede desconocerse a la hora de interpretarlos, pues ambos derechos "son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (FJ 2), conforme al cual se realizan tanto las elecciones generales para las dos Cámaras de las que se componen las Cortes Generales, como, en lo que aquí interesa, las de los concejales de cada municipio. Así lo viene entendiendo una constante y uniforme doctrina constitucional que, al realizar una interpretación conjunta del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes y del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos con los requisitos que señalen las Leyes, ha afirmado que se trata de "dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político consagrados en el artículo 1 CE", que se presuponen mutuamente y aparecen "como modalidades o variantes del mismo principio de representación política" (SSTC 71/1989, de 20 de abril, FJ 3; 119/1995, de 17 de julio, FJ 2), lo que "permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran" (STC 119/1995, FJ 3)..." (TC 17-3-2003, 153/03).*

Lo reitera la sentencia 8-5-2003, 85/2003, puntualizando el alcance del derecho a la intimidad particular, dentro de la que, a diferencia del sufragio pasivo, se incluye el derecho de sufragio activo, así: "... *Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (por todas, STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5). Ahora bien, las informaciones protegidas frente a una publicidad no querida corresponden únicamente a los aspectos más básicos de la autodeterminación personal (STC*



143/1994, de 9 de mayo, FJ 6), extendiéndose la tutela del derecho a la reserva que en el marco social le es razonable exigir en atención a los criterios sociales dominantes (STC 99/1994, 11 de abril, FJ 7). Y es obvio que entre aquellos aspectos básicos no se encuentran los datos referentes a la participación de los ciudadanos en la vida política, actividad que por su propia naturaleza se desarrolla en la esfera pública de una sociedad democrática, con excepción del derecho de sufragio activo dado el carácter secreto del voto...”.

## b) Valoración de datos

Los caracteres generales que se definen de las elecciones autonómicas en España, parten de las diferentes influencias sobre la fragmentación del voto que el sistema electoral produce.

En general, las elecciones vascas se identifican con un pluripartidismo reflejo de la fragmentación, con una fuerte competitividad, y alta volatilidad de voto, que dificulta la posibilidad de obtener amplias mayorías que faciliten la gobernabilidad. Las tensiones y turbulencias del País Vasco, así como los cambios de los electores, han definido a esta Comunidad, y lo han vuelto a hacer en los comicios de 2005.

Sin embargo, la encuesta que hemos reflejado en la Tabla 3, nos muestra un pronóstico de estabilidad y una mayoría de la Coalición PNV-EA. Este resultado no ha sido el que ha advenido después de las elecciones, y claramente se aprecia que ello ha sido por causa de la intromisión de un nuevo actor en la arena electoral. El Partido Comunista de las Tierras Vascas ha absorbido el voto del espacio dejado por HB-EH, incluso ha llegado a superar a este partido.

La duda que nos surge es, precisamente, si aquello que públicamente se nos presenta como evidente, a la luz de los resultados electorales, valoraciones y comentarios, lo podemos tener por tal, o bien nos requiere una reflexión más sosegada, de la que podamos desprender otras consecuencias.

## c) Heurística y ductilidad

Consiste esta actividad en aquella que se efectúa en la investigación de los acontecimientos y fenómenos que inciden en el planteamiento jurídico de alguna cuestión, son las gestiones e investigaciones previas a la sustanciación de un proceso.

La recogida de evidencias, indicios y elementos que puedan servir para la prueba posterior, requiere una pluralidad de actividades que en distintos campos se articulan por el sujeto procesal.

El Tribunal Constitucional, en las resoluciones a las que nos hemos referido, se ha encargado de precisar que la ilegalización de un partido político delimita en muchos aspectos los derechos fundamentales, por lo que se exige a la Sala ex artículo 61 LOPJ el acreditamiento de los hechos que se persiguen. En definitiva, los simples indicios, comportamientos individuales, coyunturales o espo-

rádicos no son suficientes para sustentar la ilegalización de un partido. Recordemos que la petición de voto, la manifestación no condenatoria del terrorismo, o la coincidencia de integrantes anteriormente condenados por delitos relacionados con el terrorismo, o, por último, la integración de listas coincidentes; estas actividades no se han considerado per se suficientes para apoyar una ilegalización.

De aquí que, difícilmente, entendamos que es un argumento jurídico en el que pueda apoyarse una evidencia, con valor fáctico, el resultado de los comicios de 2005 en el País Vasco, y, finalmente, para poder concluir la continuidad del complejo Batasuna por el Partido Comunista de las Tierras Vascas.

En primer lugar, en un planteamiento basado en estos datos se trata de la investigación del sufragio activo, el que es en sí mismo un derecho secreto, que por tanto no es susceptible de ser objeto de ponderación autónoma. Salvo que se quiera violar este derecho, la investigación o los datos a computar no son los de la vertiente de los electores, los que no pueden quedar cercenados en sus derechos, ni antes ni después de las elecciones.

En segundo término, consecuencia de lo anterior y con acomodo a la Ley 6/2002, el sujeto objeto de fiscalización no es el elector, o dicho de otro modo, el sufragio activo, sino el pasivo. No se trata de que no haya derecho a votar a una opción anticonstitucional, sino de que esta pueda funcionar en el campo social, presentándose como alternativa susceptible de ser votada.

En continuidad con lo anterior, lo que se censuran son las conductas, las actividades del partido político, distantes y separadas de las de los electores: estos no pueden ser sancionados con la pérdida de su derecho de voto, ni por su vía obtener la ilegalización del partido político. La opción del elector será referente de la investigación, pero carece de entidad para apoyar una acción de ilegalización.

En definitiva, la tentación de variar el iter de la ilegalización, por medio de la censura del voto, no es factible, al carecer de sustantividad propia para cualificar la conducta de un partido o agrupación política.

La capacidad de flexibilidad del derecho, no es nueva ni escapa a una metodología interpretativa. Por el contrario está en plena y total relación con ella. La misma tópica de Cicerón o Vico son antecedentes suyos<sup>19</sup>, y nos conducen a la metamorfosis de las normas. Por así decirlo: donde no existe norma, donde han cambiado las realidades fácticas en que se aplica, donde la presión de los agentes sociales es insostenible, o donde se imponen las fuerzas económico-globales. En estas coyunturas se exige una respuesta jurídica acorde a la necesidad. Se requiere por el colectivo un avance, una improvisación, una salida de emergencia por la que se apacigüe el malestar y el peligro.

Para la aplicación de esta ductilidad del derecho es evidente que se requiere o bien la colaboración del legislador, o, y este es el caso propiamente a

<sup>19</sup> Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Ed. Taurus 1986, pág. 23.

examinar, la intervención de los actores e intérpretes jurídicos encargados de la aplicación de la norma. Son ellos, en sus distintas esferas, los que procuran dar cobijo en el ordenamiento a las nuevas soluciones requeridas por la opinión, o los grupos de presión, o el clima de tensión. Buscan con su aportación fundar en el mismo derecho una proyección de futuro por medio de la que el mismo derecho, cumpla aquella vieja idea de la dogmática de que el derecho es en sí autosuficiente para cubrir todas las necesidades que regula.

Pero esta teoría requiere un campo de maniobra elevado, para que por su ambigüedad y generalidad pueda amoldar las normas y dotarlas de su aplicación a los supuestos planteados, y este no puede ser otro que el de la esfera constitucional. Las normas constitucionales son el campo idóneo y ad hoc de la ductilidad del derecho. Los amplios marcos programáticos y de consenso en que se desenvuelven las Constituciones son los que sirven de cobijo a esta teoría interpretativa del derecho, que promueve la aceleración de las normas a casos en ellas no contemplados, pero que por las causas de oportunidad señaladas, requieren un tratamiento ajustado a las demandas del momento.

Claramente se aprecian las ventajas de la aplicación de estos criterios informativos. La denominada en la doctrina administrativista motorización legislativa<sup>20</sup> cumple una función de tecnificación del derecho, pero queda incapaz de resolver las controversias que acontecen en la praxis social. Ante ellas, se impone un criterio de apertura a la realidad, según los intereses inmediatos que están en cuestión. Ejemplos y casos existen muy variados, fundamentalmente por causa de los acontecimientos que han impuesto la universalización de las comunicaciones y el desbordamiento de las fronteras estatales. La búsqueda de soluciones unilaterales, desde la clásica doctrina estatocentrista, demuestra su ineficacia, evidenciando la inoperancia de los Estados ante los retos multinacionales<sup>21</sup>. Lógicamente los conflictos que se producen en la sociedad internacional tienen sus propios medios de resolución y no está demás recordar que el mismo Kelsen fundaba los ordenamientos estatales en la legitimación que les otorgaba la comunidad internacional<sup>22</sup>.

Pero, para lo que a nuestro estudio interesa, donde nos encontramos es ante aquellas vicisitudes que nacen de la problemática surgida ante un determinado acontecimiento, cuya solución no encaja en la norma, no en su concepción, o posible aplicación, sino porque el resultado que se desprende de la norma no se ajusta a los intereses, demandas u oportunismos sociales. Aquí el intérprete del derecho acude a la ductilidad de la Constitución. Moldea el contenido de la norma básica, para deducir una consecuencia que por querida y contemplada en el

texto supremo, implica su aplicación directa, un *intra vires* dentro de la legislación que la misma norma *normarum*, por su carácter de primacía, lleva consigo, desbancando a la posible aplicación de la ley concebida para la resolución y regulación de la materia.

Esta herramienta plantea, frente a sus bonanzas, posibles inconvenientes que no es lícito enmascarar. Nos encontramos de lleno en la polémica de las fuentes del derecho y el concepto del derecho que tantas discusiones ha fomentado durante el siglo XX entre realistas y positivistas, moral y derecho<sup>23</sup>, y por traslación en las vías de constitución del derecho por medio de los órganos encargados de su aplicación; y ello porque, evidentemente, la misma encuentra un importante eco en la labor encomendada a los Tribunales, y ahora en concreto a la Sala del artículo 61 LOPJ.

Solventemos esta cuestión partiendo de un postulado, pretendidamente superador de la polémica, que ha formulado Hart<sup>24</sup>, por el que distinto del sistema jurídico son los medios de producción o fuentes del mismo, como la ley o los Tribunales.

Admitiendo este hecho, es imposible no resaltar la extraordinaria importancia que debemos atribuir al TS, como artífice de la jurisprudencia de la LOPP, en su aplicación efectiva, y por ello mismo fijar el alcance que sus propias resoluciones tienen respecto a las prácticas futuras electorales. De aquí que la ductilidad que venimos examinando implique el riesgo del clientelismo, propio del oportunismo. Las resoluciones ad hoc presentan el problema de su adherencia al momento concreto en que se dictan —*tempus regit actum*—. Ello no es sino el reflejo de una escasa reflexión. La rapidez y celeridad no implican la carencia de serenidad jurídica. Las consecuencias jurídicas de las interpretaciones que se realizan, con sus constantes decisiones trascienden del ciclo electoral a que se refieren, alcanzando, dentro de los límites cambiantes del tiempo, un cuerpo y una solidez que no puede modificarse *per saltum* según conveniencias temporales.

Pero si el riesgo de futilidad de este criterio interpretativo no fuese importante o pudiese ser simplemente una sospecha de difícil contraste real, o cuando menos no dejase de ser un simple reparo más teórico que práctico, sí que es lícita la advertencia en contra de una movilización de los sujetos sociales, o los actores procesales, hacia una fundamentación que por vaga escape a la juridicidad, basándose en postulados y criterios etéreos, que no son sino concepciones que entran dentro de la metajuridicidad. La dificultad de controlar este tipo de argumentos resalta la censura que tradicionalmente se ha hecho de todo aquello que se relaciona con los principios generales, bien clásicos como modernos del propio ordenamiento jurídico.

Es por ello que la opinión pública, y la presión de los actores socio-políticos, y de la ciudadanía en ge-

<sup>20</sup> García de Enterría, obra citada, pág. 184.

<sup>21</sup> No olvidemos la descripción gráfica de BELL de la problemática de los estados modernos al decir " el Estado nacional ha llegado a ser demasiado pequeño para los grandes problemas de la vida, y demasiado grande para los pequeños".

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México 1993, pág. 305.

<sup>23</sup> Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 13.

<sup>24</sup> H.L.A. Hart, *El concepto del Derecho*, Ed. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edición, múltiples referencias, pág. 16.

neral, requieren el filtro de las decisiones jurídicas, mediante procedimientos que gocen de todas las garantías procesales. Ello, en nuestro caso, se traduce en que ante el riesgo de la ductilidad se imponga el rigor y la precisión, en la búsqueda de las pruebas que conduzcan a la aplicación de la LOPP, dentro de sus previsiones, sin aplicaciones que puedan incidir en un daño al sistema democrático, que supere al que se pretende evitar, como pueda ser la limitación del derecho de sufragio activo, o, a la postre, el exceso de las verdaderas conductas descritas en el artículo 9 de la Ley 6/2002.

#### d) Conclusiones

Parte del atractivo que ejerce la democracia reside en su negativa a aceptar en principio otra concepción del bien político que no sea la generada por el propio pueblo<sup>25</sup>. Ello hace a este sistema frágil. La tentación de defenderlo con armas contrarias a la misma democracia, con desconocimiento de los derechos en que se apoya, se muestra recurrente.

La sensación de impotencia o frustración debe dejar paso a la confianza en el Estado Democrático de Derecho, artículo 1.1 CE, garantizando las medidas aseguradoras de la continuidad del sistema.

Con independencia de valoraciones oportunistas, o de la legítima censura que por los beneficios electorales se hayan producido, nuestra conclusión es que la continuidad de voto del HB-EH con el PCTV no significa una prueba de que esta organización sea sucesora de aquella. Nos bastaría para ello el pensar que parte del voto obtenido por esta forma-

ción, se haya producido por un voto marginal, o relativo a una identificación con una simbología comunista. La inestabilidad de propugnar un análisis por vía de la manifestación del derecho de sufragio activo, parece inviable.

El diseño del sistema parlamentario, electoral, se mantiene y funda en garantías específicas, de las que resultan la misma legitimidad de la elección, en todas sus fases, y en el desarrollo posterior del parlamentarismo democrático. La democracia de derecho sobrepasa los voluntarismos y la extrajurisdicción.

Las razones que nos conducen a esta valoración son:

1.º Los resultados electorales del PCTV carecen de relevancia para acreditar o sustentar una ilegalización de esta formación política, por vía autónoma o de ejecución de sentencia. El mantenimiento del derecho de sufragio activo así lo confirma.

2.º Se ilegaliza a la formación política, no al votante y su voto.

3.º Las conductas descritas en la LOPP se refieren a los partidos políticos, requiriendo pruebas que acrediten unas actividades graves y constantes.

4.º Los datos se presentan como estadios previos de investigación, no resultados en sí mismos.

5.º La volatilidad de los votos en una nueva formación no conduce a concluir la continuidad de la actividad de la formación que aglutinaba la opción del electorado en la nueva receptora.

Y, 6.º. Nuestra confianza, basada en los precedentes judiciales existentes, es total en orden al respeto del Estado de Derecho, escapando de cualquier tentación de utilización ductilista del ordenamiento jurídico.

---

<sup>25</sup> Held, obra citada, pág. 333.

## Castigar la disidencia

### El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico

A Madrid, a Barcelona y a Billy Budd

Amaya OLIVAS DIAZ

#### 1. INTRODUCCION

En este artículo se pretende hacer una pequeña aproximación a las disfunciones originadas en el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al movimiento social de ocupación<sup>1</sup>. Lo definimos como *movimiento social* —en adelante, MS— desde el momento en que aquel reúne los rasgos que se consideran fundamentales para tal definición, es decir: conflicto, desafío, cambio y acción colectiva (González, 2005) y ello, desde el momento en que la práctica de la ocupación de inmuebles puede ser caracterizada, sintéticamente, como aquel conjunto de acciones no institucionales, realizadas colectivamente, cuyo objetivo principal se centra en el acceso directo a un bien urbano escaso —la vivienda y los espacios de sociabilidad— y su defensa legítima, con la intención de promover cambios (Martínez, 2002).

La aproximación mencionada se llevará a cabo desde una perspectiva jurídica que quiere ir más allá de la misma, o al menos, más allá de su forma estrictamente técnica. En este sentido, el propósito del presente trabajo no es el de analizar exhaustivamente las particularidades sustantivas y procesales de los ordenamientos civiles y penales que se ocupan de aquel, aunque sea necesario, evidentemente, incluir en el contenido del presente trabajo los indispensables elementos normativos, así como las consecuencias derivadas de su interpretación y aplicación, con el objetivo de evaluar con mayor precisión las consecuencias que se originan en este ámbito específico.

En consecuencia, y con carácter previo, pretendemos desarrollar una exposición que desborde los límites habituales en el tratamiento que la doctrina dispensa a este supuesto. Con esta exposición, aspiramos a que los lectores e interesados puedan disponer de los mínimos elementos de análisis de los objetivos y características del referido movimiento social, así como de los criterios exegéticos y las prácticas sancionadoras de que es objeto. Se hará

también una referencia a la forma en que países cercanos tratan este fenómeno, que será utilizada para la construcción de determinadas sugerencias, y se elaborará, por último, una reflexión, más teórica que práctica, acerca del modo en que el producto normativo se utiliza en ocasiones para la pretendida, y juzgamos que fallida, resolución de los conflictos de referencia. Efectivamente, la motivación profunda de este trabajo reside en la creencia de que el mencionado fenómeno puede ser algo poco conocido para la mayoría de aquellos profesionales que se dedican a la aplicación e interpretación del derecho, es decir, los jueces; pero también, asimismo, para otros sectores encargados de operar con el derecho, de una u otra manera. Y ese desconocimiento puede incidir, como ocurre con otras materias y parcelas de la realidad social en la que se trabaja, en el origen de determinados conflictos que obstaculizan e impiden la necesaria tarea de reflexión, sobre sus dimensiones materiales y formales, su legitimación social e institucional, los fines que persigue, así como sobre las consecuencias de alcance que se derivan de su actuación.

En ocasiones, esa falta de reflexión acerca de la propia tarea profesional realizada, tiene su origen en la falta de los medios adecuados para poder llevarla a cabo, y en la consecuente acumulación de trabajo. En otras ocasiones, o quizás más bien, como consecuencia de estas condiciones, o unida a las mismas, se da también el caso del profundo desconocimiento de determinadas parcelas de la realidad social que, en definitiva, constituyen una frágil referencia para el juzgador. La falta de reflexión sobre el propio trabajo desarrollado, hace que, en ocasiones, la ley se aplique a la manera de Montesquieu: el juez se convierte en la boca de la misma (Montesquieu, 1985; pág.56). Se produce una aplicación automática que impide una interpretación que vaya más allá de la interpretación literal.

En consecuencia, las más importantes previsiones del constituyente para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como la garantía de los derechos fundamentales, la protección de los sectores sociales más vulnerables, así como la interpretación conforme a los valores superiores del ordenamiento constitucional, se llenan de dificultades para su práctica y cumplimiento y, con lamentable frecuencia, se dilu-

<sup>1</sup> Utilizaremos en este trabajo el vocablo *ocupación*, y no *okupación*, dado que este último no existe como tal en el idioma castellano, aunque es este último el que, en puridad, designa al MS estudiado, distinguiéndolo además de otras actividades que, en su caso, también se subsumirían en los tipos jurídicos a que haremos referencia.

yen como elementos programáticos carentes de alcance efectivo.

Sin embargo, no puede legitimarse ni debería perpetuarse la situación descrita. El deber de conocer en toda su complejidad aquello que se juzga debería ser algo inherente al trabajo de los jueces. Quizás, me atrevería a expresar, tan importante como el necesario conocimiento del ordenamiento jurídico. Por ello, la motivación material del presente trabajo, no es otra que la de mostrar el análisis de un fenómeno que, entendemos, resulta insuficientemente conocido en toda su complejidad. Asimismo, nos referiremos al tratamiento legislativo que recibe el fenómeno de referencia; tratamiento que valoramos como deficiente y productor de consecuencias sociales contraproducentes.

Por último, cabe decir que la perspectiva material desde la que se aborda el artículo es la de considerar al MS de ocupación como un ejemplo práctico de desobediencia civil. Así, como expone el jurista italiano Giuseppe Bronzini, “la teoría política democrática radical contemporánea llega a vislumbrar en la desobediencia civil un elemento de reactivación de la política en los estados constitucionales y a identificar la relación de tensión permanente entre la legalidad formal y la sustancial, o, dicho de otra manera, entre legalidad y legitimidad...” (2003, la traducción es mía).

Este trabajo se ha construido desde una serie de reflexiones mantenidas dentro de una red social y afectiva que constituye un soporte imprescindible de mi presente. Sin ser posible nombrar a todas las personas que forman parte de aquella, quiero agradecer, al menos, las valiosas aportaciones de mis padres, Enrique y Victoria, así como las de Ana, Gemma, Jaume, Manuel, Pablo, Raúl, Rolando, y Tomi. También, y de forma especial, a Xavi, por la revisión tipográfica de este material y por toda su ayuda en la elaboración del mismo.

## 2. EL MOVIMIENTO DE OCUPACION

Por lo expuesto hasta ahora, y para una adecuada comprensión de las tesis que se irán desarrollando, será necesario realizar una aproximación material al MS de ocupación, aunque tengamos que ponderar nuestras propias limitaciones teóricas en este campo específico.

La ocupación, como movimiento social específico, surge, en el ámbito del Estado español, a finales de los años setenta; muy conectado con los intensos movimientos vecinales y urbanos de la época. Movimientos reivindicativos de un amplio catálogo de aspiraciones y mejoras, todas ellas relacionadas con un espacio urbano abandonado a la especulación más destructiva y que, sin la adecuada tutela municipal, se hallaba completamente alejado de una gestión democrática que velase, de forma efectiva, por el interés general y el aprovechamiento del espacio común. Como cualquier *acción social*, el movimiento de ocupación posee una singular historicidad: Aunque la mayor intensidad de sus acciones se experimen-

ta en el periodo 1996-1998, los efectos de las mismas y sus consecuencias jurídicas y mediáticas tienen, en la actualidad, plena vigencia.

Habida cuenta de la singularidad que el movimiento de ocupación ha ido cobrando, dentro de su carácter social, es importante incidir por ello en su etiología heterogénea. No obstante lo anterior, puede intentarse la enumeración de finalidades de este movimiento. Las finalidades u objetivos que se persiguen al realizar la entrada en inmuebles abandonados, serían las siguientes:

1. La reivindicación del *derecho a la vivienda*, contenido en el artículo 47 de la Constitución Española (CE), que expresa la declaración programática del “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Frente a esta expresión, tan cargada de retórica y constitucionalismo débil, el MS de ocupación adquiere *forma agente*: se trata de hacer efectivo este derecho, y, además, denunciar la situación de carestía que le afecta, así como la imposibilidad de amplios sectores sociales para acceder a la misma. La referencia fuerte y acusada es, obviamente, la juventud. El mercado de trabajo endurece, de forma extraordinaria, los cauces de estabilidad necesarios para afrontar la compra y el arrendamiento. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, mas allá de la juventud, amplios segmentos sociales encuentran enormes dificultades de acceso a la vivienda.

2. La denuncia de *la especulación*, que, en el mismo precepto, es señalada, tanto como dimensión implícitamente habitual del espacio urbano, como, asimismo, patología social a dificultar e impedir. En este artículo 47 CE, se establece una equivalencia entre el interés general y las políticas públicas que obstaculicen el fenómeno especulativo. Se pretende la denuncia y visibilidad de un desequilibrio alarmante, que afecta al sustrato biológico de un espacio urbano, que, sometido a un mercado exento de controles, no garantiza espacios de vida básicos y produce el desamparo y la angustia; fenómenos derivados de la sumisión de la existencia a los imperativos económicos de la valorización: Para el individuo metropolitano postmoderno, sólo el consumo y el acomodo a las relaciones funcionales sistémicas garantiza el éxito y, desde luego, la destrucción de la ciudad como espacio común. Esta ciudad productiva invisibiliza el poder (Barcellona, 1992; pág. 29 y ss.) Hay mil formas que permiten al movimiento de ocupación, activar la transparencia de las reiteradas maniobras efectuadas por concretas empresas especuladoras, que, siendo propietarias de terrenos e inmuebles, no los utilizan de forma efectiva, sino que juegan de forma ventajista con *el espacio* —la específica rentabilidad urbana de su ubicación— y *el tiempo* —su transcurso como elemento económico— para poder conseguir cuantiosas plusvalías al vender aquellos terrenos revalorizados. También, el movimiento de ocupación, persigue, con su práctica, impugnar la ausencia, por parte de las administraciones públicas, de políticas que resulten verdaderamente eficaces para limitar éste y otros fenómenos similares.

3. Activar la *participación*, como subjetividad política activa, unida a un valor democrático esencial; participación contemplada en diversos artículos de la norma fundamental, (arts. 1, 10, 20, 21, 22, 23 o 25 entre otros) en todo su contenido, de forma que se priorice la actividad de los ciudadanos como sujetos, y, en consecuencia, se potencie la utilización del espacio urbano común, como sustrato de existencia; y, en definitiva, como verdadero valor de uso. En este sentido, se trata de llevar a cabo actividades no mediadas por la exclusividad del intercambio lucrativo, sino que, por un lado, se encuentren basadas en otros tipos de intercambio —de saberes, técnicas o conocimientos—; y, por otro, practiquen una crítica a las formas de trabajo asalariado que potencien *otras formas de trabajo* posibles —como el trabajo e intercambio cooperativos—. También, y esto resulta esencial, un desarrollo de la propia existencia, para sí y para los otros, conforme a valores de independencia y responsabilidad que incidan en un funcionamiento social autónomo, de manera que la toma de decisiones sea realmente colectiva. Junto a todo ello, se incide en la producción de políticas y actividades desde parámetros de referencia moral —visibilidad de la cuestión de género, desarrollo sostenible, crítica al consumismo..., etc.

Pues bien, es importante, para comprender lo que el MS de ocupación desea conseguir teórica y prácticamente, hacer un pequeño análisis de sus *objetivos*. Referencia, de un lado, a la protección normativa que puedan recibir como movimientos sociales alternativos así como a la específica receptividad social de la productividad ética de sus fines. Al mostrar la motivación subyacente que, a grandes rasgos, sostiene al movimiento, se hacen visibles en un espacio y en un contexto determinado, determinadas contradicciones sistémicas muy intensas: esto es, se manifiestan públicamente las dificultades —metajurídicas, si se quiere— que dificultan e impiden a la ciudadanía la efectividad real de los derechos, formalmente reconocidos y garantizados por el ordenamiento.

### 2.1. La vivienda como materia improbable de un derecho social

Como se dijo, el derecho a la vivienda viene recogido en el artículo 47 de la CE, íntimamente ligado a una serie de derechos también recogidos por la norma fundamental, como la vida (art. 15), la integridad física (art. 17), la salud (art. 43), la libre elección de residencia (art. 19) o la inviolabilidad del domicilio y la intimidad en todos sus aspectos (art. 18), entre otros muchos. Según el artículo 10.2., las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades deben interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) así como los Tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Pues bien, el derecho a la vivienda también se encuentra recogido en el artículo 25 de la DUDH así como en el artículo 11.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y

se refieren a él otras Convenciones internacionales, como la de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, o la de los Derechos del niño.

En el ámbito europeo, se encuentra protegido por la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 8, entre otros), y por la Carta Social Europea (art. 31, entre otros), mientras que en el ámbito exclusivo de la Unión Europea, aparece protegido por el artículo 29 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de 1989, así como en la aprobada en Niza con el mismo nombre en diciembre del año 2000, en la que se habla de “una ayuda de vivienda” como una de las formas para combatir la exclusión y la pobreza. En este mismo sentido, el proyecto de Tratado para una Constitución Europea, contempla de forma tan débil como genérica, la “ayuda para vivienda” en el artículo 94.3.

Con estos y otros referentes normativos, entre los que destacan los informes llevados a cabo por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cabe “identificar la existencia de un amplio catálogo de obligaciones a cargo de los poderes públicos derivadas del contenido del derecho a una vivienda digna y adecuada” (Pisarello y Wilhemi, 2002). Evidentemente, ese elenco de obligaciones puede ser puesto en relación sin dificultad con lo previsto en el artículo 9.2. de la CE y otros artículos que tratan de orientar las políticas públicas hacia la consecución real de los valores de igualdad y de dignidad (art. 10). Como expone el magistrado Santiago Vidal, si bien es cierto que en todos los textos normativos que se han citado, aparece igualmente recogido y protegido el derecho a la propiedad privada (en nuestra CE, art. 33) lo cierto es que aquellos no tienen porqué ser incompatibles, dado que “solo hace falta encontrar los mecanismos idóneos de complementariedad que, especialmente en el ámbito urbano de las grandes ciudades, faciliten el ejercicio de las dos facultades. La lucha de los movimientos ciudadanos que desde hace años reclaman el derecho a exigir que la propiedad solo sea tutelada cuando desarrolle una función social (como expone la CE), contribuye a alcanzar este hito.” (2000)

Pues bien, teniendo presente lo anterior, ¿Cuál es el panorama, a grandes rasgos, de la situación de la vivienda en el Estado español? Tratando de hacer un breve resumen y teniendo en cuenta que la vivienda no se puede considerar solamente como un espacio físico habitable, sino un elemento más de una red esencial de relaciones de familiares, de amistad, barriales y de otros centros y espacios de uso y paso (Martínez, 2001) cabe comenzar diciendo que España es el país europeo donde existe una tasa más baja de oferta en alquiler —del 50% del parque en 1950, se pasó a un 20% en 1980, y a un 15% en 1991 (Fernández Durán, 1998)— y también donde existen las tasas más altas en cuanto a viviendas desocupadas —en torno a un 15,5% en 1991—. En Barcelona, por ejemplo, en 1997, había unos 70.000 inmuebles desocupados tanto de propiedad pública como privada (Datos del INE, recogidos por Herreros, 2000).

La política estatal al respecto, desde el reinicio de la democracia, fue, a grandes rasgos, la de la libera-

lización del mercado de la vivienda para reactivar una época de recesión en la promoción inmobiliaria, todavía con enormes carencias y demandas sociales, de forma que hasta la década de los ochenta el ritmo de construcción de vivienda sociales era de unas 14.000 al año. Una vez desaparecida esa necesidad las medidas políticas se caracterizaron por una reducción del gasto público al respecto mediante la eliminación casi total de las viviendas sociales favoreciendo con ayudas fiscales el mercado libre, accesible solo para sectores sociales “solventes”. En efecto, a pesar de todos los cambios institucionales y de los planes plurianuales de vivienda (81-83, 84-87) que los sucesivos gobiernos convirtieron en el principal instrumento para relanzar el sector de la construcción, lo cierto es que la vivienda pública y protegida iba perdiendo peso en el panorama inmobiliario español. En cambio, las perspectivas de negocio fácil y rápido acabaron prevaleciendo poniendo en marcha las fuertes tendencias especulativas del quinquenio 1985-1990 (González Ordovás, 2000; pág.265). Así, en el Plan de vivienda de 1992 a 1995 las viviendas protegidas Así, en el Plan de vivienda de 1992 a 1995 las viviendas protegidas descendieron de un 24% a un 19% del total de viviendas iniciadas cada año y los sucesivos planes de vivienda (1995-98 y 1998-2001) se caracterizaron por impulsar medidas de tipo liberalizador en materia urbanística, de forma que se llegó a una situación de sobreproducción a partir de 1997 (Martínez, 2002).

Y todo ello, acompañado de otras circunstancias existentes que influyen en la creciente dificultad de acceso a las viviendas, como son las de la precariedad, el paro, o la escasa inversión de recursos al respecto: Grandes segmentos de la población, y en especial, los jóvenes, no gozan de un empleo estable ni del poder adquisitivo necesario para convertirse en sujetos de dicho mercado inmobiliario y sin embargo, el gasto del Estado en vivienda o en conceptos asociados de cara a paliar la situación se mantiene escaso —siendo tan sólo del 0,8% del PNB para viviendas protegidas, frente al 2,8% de Gran Bretaña, según Asens, (1999)—. Las políticas antes mencionadas causaron por ello más perjuicios que beneficios, e incluso externalidades desde el punto de vista financiero, hasta el punto de que España fue, en la década de los noventa, el país europeo con el mayor índice de endeudamiento hipotecario.

En este contexto, la juventud formula demandas específicas de vivienda que no tienen una adecuada respuesta en las mínimas tentativas públicas para incentivar a este colectivo —como las cuentas vivienda o las ayudas para los préstamos hipotecarios para acceder a la primera de ellas— pues el acceso a las viviendas de protección oficial sigue siendo costoso, en la medida en que son pocas, alejadas del centro urbano, y con precios finales que se incrementan de forma espectacular, entre otros problemas (Martínez, 2002).

Por otro lado, el problema de la escasez se ve agravado por otros que están estrechamente relacionados con el mismo, como mencionábamos, tales como el aumento de la temporalidad en el traba-

jo, el paro, o el elevado y creciente número de ciudadanos que viven por debajo del umbral de la pobreza —unos 8 millones en aquel año— así como, en parte derivado de todo lo anterior, un porcentaje aproximado de 150.000 a 200.000 personas sin techo (Informe de Caritas de 1997) de entre los que la juventud representa un porcentaje significativo —Según *El País Cataluña* del 26 de enero de 1997, la edad media de los sin techo era de 33 años. Repárese en el hecho de la precariedad y sus múltiples dimensiones, tanto más importantes si se observa que se ha convertido en un fenómeno más importante que el mismo desempleo. Pues bien, la tasa de temporalidad no ha bajado nunca del 30%. Dicha tasa contrasta con el 13% del conjunto de la UE, donde España se sitúa a la cabeza de la temporalidad en el empleo y de la importancia de los “empleos sin perspectivas” (Comisión Europea, 2003), que no ofrecen ni seguridad en el empleo, ni acceso a la formación ni perspectiva de promoción o carrera profesional (Cano, 2004; pág.69).

Con los datos expuestos, el movimiento de ocupación teoriza y practica la reivindicación del derecho a la vivienda, pues la utilización de espacios abandonados es, en el contexto expuesto una necesidad auténtica, y con ello, se presenta públicamente como una alternativa real para solucionar el problema del acceso a aquella. Frente a lo que se argumenta en ocasiones, quizás sin la debida reflexión o debido a la singularidad del fenómeno, hay algo de extrema importancia a tener en cuenta: la práctica de la ocupación es *selectiva*, precisamente por los objetivos que sustentan sus acciones, en el sentido de que siempre accede a espacios en situación de abandono real, siendo prácticas habituales las de la previa información pertinente vía Registro de la Propiedad, o el diálogo con los vecinos del barrio —ello dirigido, además, al conocimiento de la titularidad del inmueble.

A modo de conclusión de este apartado, cabe referirse a los datos recogidos en *El País Cataluña* (15 de enero del 2005), donde se refleja cómo la preocupación por el acceso a la vivienda es considerado el segundo problema más grave de la ciudad de Barcelona para sus vecinos, —solo después de la inseguridad—, según el barómetro municipal efectuado en el pasado mes de diciembre por el Ayuntamiento de dicha ciudad.

## 2.2. Denuncia de la especulación urbanística

La especulación se encuentra constitucionalmente prevista, de forma negativa, es decir, como un fenómeno a impedir, en el señalado artículo 47 CE, que protege el derecho a la vivienda y cuyo análisis, con un mínimo rigor, escapa a las posibilidades de este artículo. Baste decir, sin embargo, que uno de los *deseos* concretos del MS de ocupación es también la denuncia de situaciones como la que se ha vivido en España desde la década de los ochenta, y persistente en la actualidad. Así, las políticas públicas ya referenciadas han sido incapaces de frenar un proceso que permitió la producción de un *boom* in-

mobiliario ocasionado aproximadamente en 1985, debido a distintos factores —introducción de capitales extranjeros en el país que no reinvirtieron en industrias, expansión del sector hipotecario en la banca privada frente a la pública, bonificaciones fiscales a la posesión de inmuebles, etc.— que se desinfló durante la década de los noventa, para volver al inicio de un ciclo similar en 1997 hasta el 2001. Etapa en la que de nuevo, se produce un brusco aumento de los precios de las viviendas, tanto nuevas como usadas, así como un incremento de las promociones residenciales en las periferias (Vergés, 2000).

Los distintos tipos de especulación no solo se producen por el hecho de la existencia de un mercado libre de la propiedad privada de las viviendas, sino que influyen de manera determinante otros factores, como la gestión pública del suelo y las posibilidades económicas reales de la población para acceder a aquel mercado. Según Martínez, siguiendo el estudio de Roch y Guerra de 1979, resulta casi imposible que no se produzcan fenómenos de especulación si no se lleva a cabo por parte de los poderes públicos un efectivo control del uso social de la propiedad y una producción de políticas capaces de permitir modificaciones reales que incidan —transformando— en las desigualdades económicas, con el objetivo de evitar que las edificaciones no se construyan exclusivamente, como en la actualidad, en función de quien las pueda pagar.

La práctica de la ocupación se dirige en este sentido a denunciar no solo la existencia de especuladores —ya sean privados o públicos, individuales o colectivos—, visibilizando la entrada y permanencia en inmuebles en situación de abandono y a la espera por parte de sus propietarios de que la revalorización del suelo les reporte grandes beneficios, sino que también trata de denunciar públicamente la pasividad de los poderes públicos ante este fenómeno. El movimiento de ocupación, junto a otros agentes sociales entre los que destacan las redes vecinales, se encarga de la construcción de alternativas que frenen los procesos mencionados, así como otros asociados, y cada vez más acentuados, como los de gentrificación —sustitución de la población autóctona existente por otra de mayor poder adquisitivo— social (González, 2005).

No se puede terminar este apartado sin traer a colación la reflexión hecha por Asens (1999) en este sentido: “[...] Según datos de la Guardia Urbana del Ayuntamiento de Barcelona en 1998, en esa ciudad había 286 jóvenes ocupando 37 inmuebles, con un total de ocupantes ilegales que ascendía a 741, mientras que el total de inmuebles ocupados ilegalmente era de 102. Todo ello, en un total de 70.000 inmuebles desocupados, de forma que las ocupaciones ilegales representaban el 0,14%, y las llevadas a cabo dentro de la práctica de la ocupación, como tal —*es decir, con las características expuestas, como integrantes de un movimiento social*— solo representaban un porcentaje del 0,04%. Trasladando los datos a Cataluña, resulta que el porcentaje es del 0,05%, sobre 314.992 inmuebles desocupados. Pues bien, ¿por qué el trato desigual entre unos y otros si la lega-

lidad es la misma? ¿Por que no se considera que el problema son los 314.992 inmuebles desocupados y no los 145 —en total— ocupados? ¿Por qué no se consideran también a los especuladores como sujeto del problema?”.

Nos encontramos aquí, frente a un potente espacio de legitimidad, del que la legalidad no sólo se aparta sino que contribuye a ocultarlo, ya que, de forma efectiva, opera ideológica y empíricamente con la arqueología liberal de la propiedad; es decir con la noción de la propiedad completamente escindida de su función social; función amparada constitucionalmente en el artículo 33.2. CE. De nuevo nos encontramos con el supuesto de cómo la legalidad puede ser contemplada, aplicada e interpretada invisibilizando el espacio de legitimidad que la sustenta constitucionalmente.

En el Estado contemporáneo, la producción está tan socializada que contribuye a la desaparición del espacio de la legitimidad. En la ideología del operador jurídico, sólo lo legal es legítimo, sin reparar en algo tan esencial como obvio: la forma de interpretar y aplicar los elementos específicamente normativos, puede llevar aparejada, la desaparición de factores esenciales que rodean al ordenamiento normativo sin formar parte explícita del mismo: Así, por ejemplo, desaparecen todas las culturas políticas transversales; asimismo, las técnicas, instituciones y tradiciones, y, en definitiva, los amplios horizontes de legitimidad dibujados con trazos muy diversos en la interpretación constitucional. Como en tantas ocasiones, nos hallamos ante la aporía de ocultarnos el mismo orden jurídico; en suma, la confusión que, entre el derecho y las normas, produce el asfixiante paradigma positivista (art. 103.1. CE).

### 2.3. La participación directa a través de la autogestión

Al igual que ocurre con el derecho a la vivienda, las políticas públicas dirigidas a lograr toda la potencialidad y plena efectividad de otros derechos, como el del trabajo, la participación, el deporte, la conservación del medio ambiente, o la protección de la juventud así como tantos otros recogidos y garantizados por la CE, devienen o resultan insuficientes. Exponer en este sentido una multitud de datos al respecto puede resultar estéril en la medida en que se puede considerar como hechos notorios aquellos como el de que la juventud cada vez tiene mayores problemas para lograr una verdadera independencia y acceso a la emancipación<sup>2</sup>. También, que la mencionada temporalidad laboral, entre otros factores y en todo caso, el ritmo de la producción, definen el tiempo vital de la ciudadanía, las subjetividades disminuidas y reducidas a su exclusiva funcionalidad económica. En definitiva, cada vez resulta más difícil encontrar espacios en los que el

<sup>2</sup> Según el informe oficial del Instituto de la Juventud del año 2004, el 52% de la juventud tiene un contrato temporal y solo uno de cada cuatro jóvenes vive con independencia económica respecto de su familia.



ocio y sus espacios puedan existir al margen de los imperativos expansivos de la monetarización y el mercado.

Por ello, nos parece que puede resultar mucho más fructífero y acorde con lo aquí pretendido exponer brevemente cual quiere ser la respuesta de la ocupación ante el panorama descrito. Baste decir, en todo caso, que un informe interno del Ayuntamiento de Barcelona, parte de cuyas conclusiones fueron publicadas en *El Periódico* de fecha 2 de marzo de 1997, censuraba “la excesiva burocratización de la programación cultural de los centros cívicos” llegando a proponer “ceder el uso temporal de grandes locales en desuso a colectivos juveniles que desarrollen programas de dinamización cultural”. En el mismo informe, se llegaba a reconocer que el principal objetivo de los *ocupas* era “disponer de locales donde desarrollar la creatividad cultural y experimentar la vida en común”.

En todo caso, creemos que resulta prioritario hacer referencia al concepto de *micropolítica* para poder profundizar en el contenido de este apartado. Pues, ciertamente, son criterios inducidos de la micropolítica, los que se hallan dentro de la orientación que siguen determinados movimientos sociales, en el que se incluye la ocupación, hacia la confluencia de distintas acciones sociales y políticas en los espacios urbanos y en los niveles de la vida cotidiana. Se trataría de acciones de individuos, así como de colectivos organizados, como medio y como fin para su propia emancipación, sin dependencia ni unificación en grandes organizaciones ni a través de mecanismos institucionales ni electorales. Una apuesta concreta, pues, por la democracia directa y participativa, al nivel más local posible y frente a las dominaciones globales (Martínez, 2001). La micropolítica se construye en el reconocimiento de los poderes que actúan en multitud de ámbitos no institucionales; poderes, en consecuencia, no sólo públicos, sino también privados que operan acortando los espacios y obstaculizando la intersubjetividad. Como oportunamente escribió Foucault (1978; pág.108), los poderes no están localizados exclusivamente en los aparatos del Estado y, en consecuencia, nada cambiará en la sociedad si no se transforman estos mecanismos de poder que funcionan de manera rutinaria, minuciosa y cotidiana.

Partiendo de la definición anterior, resulta igualmente interesante entender cuales serían las apuestas concretas que se formulan desde el movimiento de ocupación, desde dicha noción de micropolítica, y que pueden exponerse haciendo un resumen de los escogidos en un documento de reflexión teórica incluido en la propia página *web* de un centro social ocupado —y en la actualidad, desalojado—, El Laboratorio 1, en Madrid:

a) La inserción de los centros sociales ocupados en el territorio urbano y su papel como sujetos que se oponen a la especulación, a los planes urbanísticos que incluyan degradación de las periferias, o expulsión de ciudadanos que vivan en el centro de las ciudades, y la constitución de dichos centros

como formas de expresión de la denominada *cultura popular*.

b) La definición de los centros sociales como nuevas subjetividades que se relacionan con las redes ciudadanas vecinales y estudian la resolución de conflictos producidos por una economía de mercado que produce nuevas composiciones de clase.

c) La creación de dinámicas que persiguen una nueva cooperación social, de forma que se desenvuelvan iniciativas, desarrolladas en los propios centros —radios, editoriales, cooperativas de autoempleo...— que representen intentos de creación de una auto producción alternativa, autogestionada, y autofinanciada.

d) El estudio e indagación en la crisis del Estado del Bienestar planificado y sus fenómenos derivados, como el paro, el propio desmantelamiento de aquel y las distintas reformas laborales, así como la introducción en temáticas asociadas como el ingreso y noción de ciudadanía, la nueva organización del trabajo, y la posible construcción de alternativas al respecto.

Unido a lo descrito, no se puede concluir este apartado sin hacer referencia a las ideas de *participación directa* y *autogestión*, dado que se configuran como los instrumentos básicos para la búsqueda y realización de los *objetivos* expuestos. Así, es destacable la idea de que la autogestión, entre otros posibles significados, supone la organización en comunidad de la vida doméstica por parte del grupo que habita el edificio de forma que se otorga un nuevo uso al espacio y se produce una revalorización del mismo, anteriormente abandonado, proyectándose una reapropiación sobre este y también sobre el barrio donde está situado, y esto último, en el sentido de ocuparlo no con la intención de hacerse con la propiedad del mismo, sino con la finalidad de *devolverlo* a la ciudadanía. En el mismo sentido, la autogestión del inmueble supone que las decisiones se toman de forma colectiva, instaurando una soberanía decisoria que, en su caso, puede relacionarse con otras entidades —asociaciones de vecinos u organizaciones similares— que funcionan del mismo modo (Martínez, 2001).

Por último, cabe destacar la idea de apertura del centro como un espacio que se constituye como un valor de uso real para el barrio y sus distintas colectividades, de forma que se pueda utilizar como plataforma donde llevar a cabo distintas actividades en las que no medie el intercambio lucrativo —como puedan ser talleres de distinto tipo, locales para reuniones, fiestas para niños, etc.

La idea clave sería la de realizar, partiendo de lo anterior, una conexión relacionada entre esos niveles de autogestión, para la reconstrucción de un modelo de ecología urbana y política en el que la reutilización y rehabilitación de los espacios en desuso se une a la preocupación por la organización y reconstrucción social del espacio, desde la igualdad social, hasta otros fenómenos como el transporte ecológico, la alimentación —vegetarianismo o veganismo— el reciclaje de muebles o de basura...etc. (González, 2005). En conclusión, “la búsqueda de la reconstrucción de los lazos sociales que son los que

verdaderamente dan vida e identidad a los barrios” (según Iglesia, citado por Martínez, 2002).

El hecho de haber intentado a través de estos tres apartados una suerte de aproximación teórica al MS de ocupación puede ser algo aleatorio, pero se enmarca en un esfuerzo por dotar al trabajo de una cierta pauta metodológica. Como quiera que sea, y advirtiendo que los mencionados *objetivos* normalmente aparecen intercalados y unidos en su expresión en la propia práctica llevada a cabo, interesa ahora, en el siguiente apartado, llamar la atención sobre una cuestión transversal a los mismos de carácter nuclear para lo que se quiere significar aquí.

### 3. EL MOVIMIENTO DE OCUPACION COMO EXPRESION DE DESOBEDIENCIA CIVIL

*“Donde hay una necesidad, nace un derecho.  
Sal a la calle, toma lo que es tuyo.  
Cuando todo se puede decir, la forma  
de censura es el consenso”*

Hechos contra el decoro, *Línea de fuga*, 2001

Así, lo que efectivamente se quiere destacar es el hecho de que todos los *objetivos*, actividades y prácticas mencionadas tienen algo en común. Aunque pueda no ser voluntad deliberada de los sujetos ocupantes, resulta que aquellos objetivos pueden coincidir con una previsión constitucional material que, sin embargo se haya coartado y frustrado en su adecuado desarrollo normativo. Pero el mayor alcance de los objetivos referidos es el de abrir espacios prácticos que, de forma efectiva, consuman espacios de existencia y *validez empírica*, jurídicamente legitimados y garantizados por la norma fundamental. Estas actividades tienen, como hemos visto, cabida en la Constitución, en el sentido de que todos los deseos de habitar los espacios para utilizarlos como vivienda, o como espacios de ocio y de cultura, devienen llamadas de atención social sobre las posibilidades legítimas del uso de inmuebles abandonados, —normalmente insertos en dinámicas especuladoras—, produciéndose con ello *expresiones sociales efectivas* de derechos que están garantizados por la norma fundamental. No cabe olvidar que el elenco de derechos constitucionales —ya ostenten la protección reforzada de los derechos fundamentales, contemplados en el Capítulo. II / Título I CE, ya ostenten la garantía programática de los incluidos en el Capítulo. III / Título. I, CE, que supone que su garantía se concretará con la que le otorgue la ley ordinaria que los desarrolle— constituye, en todo caso, una de las referencias que debe guiar la actividad de los poderes públicos, y también la actividad de los jueces, al interpretar el ordenamiento jurídico y desarrollar la función de protección de los justiciables (ver art. 5 de la Ley Orgánica del Poder judicial, art. 9.2. de la CE, o art. 3 del CC, entre otros).

Con lo expuesto, no se trata en realidad de llevar a cabo la formulación de un criterio pseudo moral que implique tratar con más o menos bene-

volencia el fenómeno estudiado. Como decimos, si algo caracteriza al mismo es su heterogeneidad y no es honesto tratar de homogeneizar las voluntades que se agrupan en su interior. Las referidas voluntades son, y pueden ser, potencialmente diversas, lo cual forma parte de su propia riqueza. Lo que interesa recalcar es que la práctica de la ocupación supone hoy, formal y sobre todo, materialmente, que determinados derechos recogidos en la CE traten de hacerse efectivos, sin mediaciones y de forma directa; es decir, sin la necesaria intervención de ningún organismo institucional. Este último aspecto, concreta formalmente las reiteradas denuncias sobre la ineficiencia de los poderes públicos, cuando incumplen su obligación constitucional de posibilitar la existencia real de aquellos derechos; en otras palabras, desvinculándose de específicos mandatos constitucionales que les obligan de forma taxativa: así, por ejemplo, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, artículo 9.2. CE y también, con el mismo tenor literal, el artículo 47. CE.

Es decir, que, con independencia de la posición ideológica de los ocupantes, las actividades que desarrollan no se oponen a lo recogido en aquella norma (y precisamente por ello, y por otras razones, resulta esencial recordarlo: desde un punto de vista jurídico, no estamos ante un grupo delictivo, ni ante un grupo terrorista, ni ante ningún fenómeno similar), pues se trata de actividades que suponen llevar a la práctica de forma material, activa y directa, derechos que se hallan incorporados al *status* ciudadano que, de forma universal, “poseen todas las personas” (arts. 1.1, 9.2., 14, 23.2. CE). Que, evidentemente, el conflicto surge cuando esas formas de materialidad prácticas, como conductas activas, son precisamente las que el ordenamiento civil o penal, como veremos con detalle más adelante, sanciona con distintas consecuencias jurídicas, es una cuestión que no se escapa de este análisis.

Así, resulta que de lo que se parte es de un escenario en el que determinados derechos que aparecen enunciados en la Constitución, y principalmente los recogidos en el Capítulo III del Título I (es decir los derechos sociales, de carácter programático), devienen en la práctica, sobre todo para determinados sectores sociales, derechos irrealizables. Así, factores ya anunciados, como el gran déficit de espacios públicos destinados a viviendas y a lugares culturales para la juventud, las numerosas formas de trabajo indignas, la mercantilización y precariedad de los ámbitos vitales —públicos y privados— o el largo elenco de problemas económicos y sociales existentes, dificultan la materialización y adecuada visibilidad de aquellos derechos.

Y la práctica de la ocupación aparece entonces, junto con otros fenómenos sociales, como una praxis política que construye una *intervención ciudadana* ante dicha realidad, porque se parte del sentimiento y del análisis de que las instituciones políticas son deficitarias, insuficientes o, simplemente, inexistentes. Esa praxis es llevada a cabo por los ocupan-

tes, a pesar de la conciencia de la existencia de sanciones jurídicas previstas para la misma y, la posibilidad, por tanto, de su imposición. En consecuencia, reiteramos, de acuerdo a nuestra exposición antecedente, que, debido a los fines perseguidos —y también a los medios— que la sustentan, se entiende que la práctica desarrollada por este movimiento social, si bien puede no ser legal, resulta, en todo caso, legítima.

Llegados a este punto, cabe entonces decir que la práctica de la ocupación puede ser definida como una expresión de desobediencia civil. Así, practicar la efectividad de determinados derechos, en la forma descrita, puede constituir una infracción de la legalidad ordinaria, pero es realizada en base a una motivación a la que amparan determinadas consideraciones políticas y morales. La ilegalidad desobediente es una cuasi-legalidad —que se realiza apelando a valores jurídicos superiores— que se opone a una cuasi-legalidad de las mayorías —que tiene valor solo en función de la mera tramitación parlamentaria—, y que, como expone Dworkin (1993), tiende a tomarse en serio las afirmaciones sobre los derechos fundamentales, llevándolos a sus necesarias consecuencias. La desobediencia deviene social cuando se reclama el respeto a los derechos y promesas garantizados en las Constituciones contemporáneas (Bronzini, 2003).

Según la definición de desobediencia que construye Iglesias, entendemos que cabe la subsunción sin dificultad del MS de ocupación en la misma. Así, tal y como se expone a continuación, la desobediencia civil existe cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Un acto o conjunto de actos interrelacionados que representarían la violación de una norma jurídica o de una prohibición u orden de la autoridad, con pretensiones de legitimidad ante la sociedad.

b) Una enmarcación de dicho acto en un contexto normativo flexible en el que se contienen espacios abiertos a formas de confrontación con el poder, fuera de la legalidad y distintas de la violencia política.

c) Un objetivo fundamental, que se centra en construir un escenario de conflicto simbólico que permita que el enfrentamiento se produzca. Objetivo que no pasa necesariamente porque se consiga el objetivo —por ejemplo, la derogación de una ley— sino que puede pretender, simplemente, la visibilización pública del propio conflicto.

d) Una estrategia de intervención política que no responde necesariamente a un agotamiento previo de recursos, de forma que no tenga por qué recurrirse previamente a los mecanismos legales establecidos<sup>3</sup>, y ello porque, por ejemplo, se trate de demostrar argumentativamente la inoperancia de dichos

medios para la formulación y realidad de los reclamos (Iglesias, 2002).

### 3.1. La influencia de las prácticas desobedientes en lo jurídico

En este apartado se tratará de atender a los aspectos más teóricos, o, si se quiere, considerar los elementos filosóficos, que se encierran en la idea de considerar al movimiento de ocupación como un ejemplo de desobediencia civil. Evidentemente, se trata de factores de legitimidad esenciales, ya que de lo que se trata también, es de reproducir el debate abierto sobre la *capacidad de transformación* que pueden llegar a tener estas formas de expresión sobre la producción normativa. Asimismo, sobre la posibilidad de que lleguen a constituir llamadas de atención sobre determinadas situaciones en las que, como observamos, se origina una auténtica ruptura entre los ámbitos de la legalidad y la legitimidad.

Así, para los fines que se pretenden, y desde el punto de vista de lo que implica la producción de normas en un estado democrático, resulta interesante atender a lo expresado por Juan Carlos Velasco Arroyo, cuando señala que: “[...] Una adecuada descripción del complejo proceso de elaboración de las normas jurídicas en un Estado democrático no puede alcanzarse con la mera consideración de los aspectos institucionales. Dicho proceso depende en gran medida de la variedad y riqueza de otros elementos no institucionalizados de la vida ciudadana que sirven de cauce para el ejercicio de los derechos de participación. El principio de la soberanía popular —sobre el que se asienta el sistema democrático— se expresa tanto dentro como fuera de los órganos institucionales de representación”. Por tanto, lo que este autor pondera es que la soberanía popular, como principio constituyente, desborda los límites institucionales. La soberanía popular refiere una voluntad de existencia política democrática conforme a una composición en la que cuenten todas y cada una de las subjetividades. Cuando la soberanía popular se institucionaliza, se normativiza constitucionalmente. Pero, como principio constituyente, permanece, más allá de las instituciones, como elemento no normativo, sino existencial, de la voluntad de todos. En consecuencia, plenamente legítimo. Para el mismo autor precitado, la desobediencia civil constituye fundamentalmente un “legítimo instrumento de participación ciudadana”, por encima de cualquier otro tipo de reflexión.

Es también el sentido que a la desobediencia civil otorga Negri: una expresión dinámica de soberanía, de *poder constituyente* en movimiento (Negri, 1997). Desde este punto de vista, se percibe claramente la vocación radicalmente democrática del movimiento de ocupación, si se tiene en cuenta, además, la tesis expuesta acerca de una *razón práctica* que se sitúa en el límite normativo de los derechos, aspirando, sin embargo, a materializar la efectividad de estos mismos derechos, sin mediaciones institucionales, y en la referida dinámica existencial y demo-

<sup>3</sup> Como sería en el caso del fenómeno estudiado, acudir, por ejemplo, y previamente a la entrada física en el inmueble, a formas de inclusión en las listas para el acceso a viviendas de protección oficial, y solo utilizar la vía de la ocupación cuando se sepa fehacientemente que las formas oficiales para posibilitar el acceso han fracasado.

crítica de anteponer y ejercitar los objetivos de participación directa y autogestión.<sup>4</sup>

Igualmente interesantes resultan las reflexiones de autores como Rawls, Habermas o Dworkin. Para el primero, citado por Colombo, la democracia se estructura como un caso de justicia procesal imperfecta, en la que, cuando se producen leyes injustas, que sobrepasan ciertos límites, se producen las condiciones para que la desobediencia civil pueda jugar un papel corrector. Habermas llega a situarla como una expresión de madurez democrática, e incluso como un elemento legitimador en última instancia del sistema democrático. En la teoría habermasiana del “dinamismo constitucional” la desobediencia civil jugaría un papel fundamental, dado que entiende que la legitimidad política queda amenazada cuando decisiones de grandísima importancia son tomadas solo por las mayorías formales, confiadas al parecer de expertos y técnicos, fuera del control de la sociedad civil. Por último, Dworkin va más allá cuando interpreta la desobediencia civil como un instrumento de cambio constitucional con la virtualidad de actuar como un test de validez constitucional de las leyes.

Pero en todo caso, la vocación democrática de los fenómenos enmarcados dentro de la desobediencia civil —como el de la ocupación— y de la que estos autores hablan, para construir parte de su significado, como última garantía de legitimidad del sistema democrático no tiene por qué excluir la *vocación antagonista* de los mismos, como hemos querido advertir, y tal como señala Iglesias (2002): “No hay por que temer llamar a las cosas por su nombre; la vocación antagonista no excluye, ni mucho menos, la esencia democrática. Al contrario, profundiza en ella”.

La reflexión de este autor pone de manifiesto que existen otras vocaciones, junto a la democrática, visibles en los fenómenos de desobediencia civil, que también acentúan la idea de legitimidad, y cita para ello a autores como Olmo Bau, que en referencia a fenómenos enmarcados dentro de la de desobediencia civil, expresa que “[...] una crítica de la democracia liberal propias de estos movimientos, que en líneas generales abogan por procesos de descentralización y comunalización de la vida política, la institucionalización y desprofesionalización de esta, la apertura de nuevos espacios de participación ciudadana, ...la profundización, en fin, de la democracia [...]”. En la misma línea, Fernández Buey, dentro de un estudio dedicado a los nuevos movimientos sociales se refiere precisamente al fenómeno de la ocupación para reflexionar “[...] Prestar atención a los repertorios de acción colectiva de es-

<sup>4</sup> Una *razón práctica* que suministra deberes siempre tensionados hacia *lo común*; espacio que, sin embargo, puede no estar normativizado. Aquí es evidente la conexión de lo moderno con la vieja sabiduría aristotélica que no concebía una ética que no confluyese en la política: en el espacio de *lo común*. Lo común proporciona los límites de los movimientos de desobediencia, de los movimientos de ocupación. No son *marchas* o *ejercicios*, o movimientos *espasmódicos* o reactivos. Son movimientos dirigidos hacia el fin de *lo común*. Esa finalidad delimita su potencia así como la forma de sus actividades.

tos movimientos es algo fundamental para una comprensión profunda de estas dinámicas e iniciativas... Espacios en los que se dice abiertamente que no se vive en el mejor de los mundos posibles y que cabe construir, día a día, otra realidad, laboratorios, en los que intuir, con suerte practicar, otras formas de entender las relaciones interpersonales, la sexualidad, la organización, la economía, comunicación, la vida cotidiana...”.

Es esencial significar que todas estas vocaciones, a las que nos referimos al tratar de aproximarnos al movimiento de ocupación, constituyen su potencia, y con el soporte de las mismas, se puede llegar a construir un escenario de conflicto que tiene su razón de ser en lo simbólico. Efectivamente, entendemos con Iglesias (2002) que “una de las claves de la desobediencia como herramienta de intervención política es situar el conflicto en el plano simbólico. La construcción de ese escenario que permita que el enfrentamiento —entre la inferioridad objetiva y el poder de la autoridad— se produzca se dirige fundamentalmente a la visibilización pública del propio conflicto. Además, ese escenario simbólico servirá para distinguir a la desobediencia de la intervención política militar o de la práctica política clandestina. Al mismo tiempo, se configura en la actualidad como una de las posibilidades clave para la intervención democrática de las multitudes”. Para comprender el alcance del movimiento de ocupación, así como sus posibilidades políticas y jurídicas, es menester reparar en el *espacio simbólico* que contribuye a crear. El símbolo delimita un plano de *signos* que, remiten a *significados* que permiten explicitar el conflicto, sus causalidades, y que apuntan todos ellos, potencialmente, a formas fluidas de comprensión y tratamiento.

Esa intervención de la *multitud*<sup>5</sup>, puede en ocasiones provocar cambios en “lo jurídico”, adquiriendo las prácticas de desobediencia una capacidad de incidencia social y política intensa. Un ejemplo de ello fue el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Barcelona, dictado por el titular del mismo, Josep María Miquel, el día 2 de mayo del 2002, suspendiendo el desalojo del Centro Social Can Masdeu. Esta masía, abandonada desde 1961, fue ocupada hace años por ciudadanos que han ido llevando a cabo diversas tareas de rehabilitación arquitectónica, cuidado colectivo de los huertos y otras en las que pro-

<sup>5</sup> Es interesante realizar algunas precisiones sobre este concepto de *multitud* que, en la actualidad, está adquiriendo una intensa vigencia en la metodología social. En pleno siglo xvii, cuando se estaba tejiendo nuestra actual gramática constitucional, el filósofo Spinoza esboza en su *Tratado Político*, la genética de un “hombre compuesto”, adecuado para abordar “lo común”: tal es la *Multitud*: el derecho que posee el poder de la multitud se llama Estado, y es *democracia cuando se forma por toda la multitud* (Spinoza, 1986; págs. 93-94). Frente a la sobre-determinación normativa del absolutismo, para tratar a la inquietante materia social —es decir, a la noción sincrética y etérea de *pueblo*—, Spinoza invoca precisamente una *dinámica productiva de libertad* —no de sumisión ante el poder— que constituye siempre una articulación de singularidades. El *hombre compuesto* de la *praxis* política se compone de los hombres concretos y singulares. Tal es la Multitud. Frente a la idea reductiva de *pueblo*, tan habitual en la retórica constitucional, la multitud siempre articula singularidades dinámicas que, en su *praxis*, desbordan los espacios normativos.

fundizaremos al retomar este caso desde el tratamiento civil. En este apartado, lo esencial es destacar la idea de que ante la orden de desalojo penal, varios de los ocupantes se colgaron de distintas formas en la fachada del edificio, con la legítima intención de impedir el desalojo, algunos de ellos durante tres días. En este periodo fueron iluminados por la policía durante las noches, con focos y linternas, para evitar que durmieran. Los bomberos se negaron a intervenir —no estando además obligados a ello.

El informe del médico forense expresó los graves riesgos que para la salud e integridad física conllevaba para los ocupantes tanto la prolongación de esta situación como el hecho de tratar de descolgarlos por la fuerza. A la vista de lo anterior, el auto mencionado suspendió el desalojo. A pesar de los costes generados, la desobediencia había transformado el contenido de una resolución judicial, desde el espacio fuerte de una legitimidad extranormativa, pero no antijurídica. En fecha de 3 de noviembre del 2003, el Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona dicta sentencia absolutoria en relación con los acusados de Can Masdeu: la acusación particular había retirado los cargos contra aquellos el 21 de octubre del 2003.

#### **4. LA OCUPACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL**

##### **4.1. Tratamiento civil**

Aunque en el presente trabajo se va a dar importancia a la penalización que esta conducta recibe en el Código Penal de 1995 (CP), pues el mismo afecta directamente a los derechos fundamentales y enlaza además con los referentes metodológicos del artículo, es indudable que también el ordenamiento civil se convierte en referencia obligada al contemplar este fenómeno.

Así, lo que se produce jurídicamente, en el caso que estudiamos, y desde la perspectiva civil, es, en primer lugar, un conflicto entre la situación producida por el hecho de la ocupación y las consecuencias que el derecho privado asigna a la misma. Este conflicto tiene unas implicaciones que muy difícilmente se pueden dilucidar en el estrecho cauce del proceso.

La ocupación física transforma la situación fáctica y jurídica del inmueble, pues pasa de una situación de abandono a subsumirse en la esfera de la posesión civil. La posesión, regulada en los artículos 430 a 466 del Código Civil (CC), regula la situación jurídica en la que aparece una persona que se encuentra en una relación de situación fáctica con una cosa. Esta situación adquiere relevancia jurídica porque el ordenamiento civil contempla este señorío o poder de hecho desvinculado del derecho o justo título, y le otorga distintas consecuencias, en función de diversos factores, como la existencia o no de título, del tiempo de la posesión, de la forma de acceso a la misma, etc. (Díez Picazo, 1986).

No es intención de este trabajo tratar esta situación desde el prisma del derecho privado de forma rigurosa, pero entiendo que es importante señalar la transformación que se produce en la situación física del inmueble, dado que una de las bases del conflicto —aunque no la única— reside en el hecho de que los ocupantes no son propietarios, aunque sí poseedores, del inmueble al que acceden. Y ello, porque aunque el ordenamiento jurídico otorga importantes efectos a la posesión civil, el derecho de propiedad recibe indudablemente una mayor protección, también desde la propia Constitución (art. 33). Aspecto este, que, en todo caso, se abordará con más profundidad dentro del estudio del ordenamiento penal.

Con la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1 de enero del 2000 el conflicto al que aludimos suele resolverse a través del juicio verbal, de forma plenaria, y a través de una demanda interpuesta por precario, de acuerdo con el artículo 250.2. —este artículo no hace expresa alusión a los casos de ocupación, resultando harto discutible que la ocupación pueda subsumirse en la figura jurídica de precario sin mayores problemas, como veremos a continuación—. La tramitación, caracterizada por la brevedad y por la limitación en la articulación de las alegaciones que componen el contenido de la contestación a la demanda, produce dos resultados: de un lado, la pronta satisfacción del demandante —propietario— pues el desalojo suele dictarse de forma bastante breve —desde luego, significativamente antes que con la anterior ley procesal de 1881.

De otro, el más interesante por la posible carga de ilegitimidad que encierra, la imposibilidad de que el proceso se convierta en un instrumento verdaderamente capaz de atender de forma adecuada y garantista a los derechos y razones de las partes —sobre todo, las de las demandadas—. Y ello, porque estas no pueden subsumir toda la labor llevada a cabo durante el proceso de ocupación del inmueble en una excepción material con la suficiente fuerza jurídica como para contrarrestar el peso del título de la propiedad.

En este sentido, no puede dejar de hacerse referencia de nuevo al caso de la masía de Can Masdeu. Tras retirar la acusación particular, la fundación propietaria de la misma interpuso demanda en la vía civil que correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Barcelona, comenzándose con ello la tramitación de los autos 1048/03, por precario. En la vista del juicio verbal correspondiente, y tras el rechazo de las excepciones procesales presentadas, se defendieron las materiales, practicándose seguidamente diversas pruebas. Entre ellas, destacaron las testificales, en las que intervinieron el guarda de la finca, portavoces de distintas asociaciones con sede en el centro, y hasta una ex concejal del Ayuntamiento de Barcelona. Todos estos testimonios confirmaron que esta masía del siglo XVIII, incluida por su valor en el Plan Especial de protección del Patrimonio arquitectónico de Barcelona (BOP nº 141, del 13 de junio de 2000), fue absolutamente abandonada por sus propietarios hace 50 años —hasta el punto de que un dictamen técnico de

fecha 8 de noviembre de 2001, emitido por la Arquitecta Beatriz Velasco Paz, se expresaba la situación de deterioro físico global, con riesgo para las personas y cosas— y los referidos testimonios, prestados por numerosas entidades de los barrios colindantes, confirmaron asimismo la labor llevada a cabo por los ocupantes, reestructurando y realizando las obras necesarias para su mantenimiento y para posibilitar el uso colectivo y social de aquella —lo que también recoge un informe de Arquitectos sin Fronteras.

Si se tiene en cuenta que, en los casos de precario, el debate se circunscribe únicamente al título de la propiedad, a la identificación de la finca, y a la posesión sin título de los ocupantes, sin abono de renta, es fácil deducir que poco importa que la propiedad haya incumplido sus funciones sociales más elementales, como aquí ocurre. Y así, aunque haya jueces civiles que comprendan las razones de los ocupantes su sentencia será estimatoria de la demanda de los propietarios. En este sentido, en fecha de 15 de diciembre de 2004, se hace pública la sentencia de Can Masdeu. El Magistrado-Juez Antonio Nuño reconoce, de un lado, en el aspecto procesal, “las hondas razones de tipo socioeconómico” alegadas por la defensa, pero entiende que las mismas no pueden convertirse en un título “jurídico”, de forma que concluye que atendiendo al estricto “debate legal” la complejidad de las mismas no conducen a una transformación del juicio sumario en un declarativo, ordinario, donde existiría mas cabida para discutir la actuación de la propiedad (Fundamento Jurídico –FJ– primero).

Por otro lado, en lo que respecta a aspectos mas materiales, debe reconocerse un esfuerzo en la mencionada sentencia, en el sentido de demostrar un conocimiento y comprensión del movimiento bastante más intenso (FJ 3) que en otras sentencias dictadas por los juzgados civiles en casos semejantes a golpe de formulario. Igualmente interesante resulta, atendido sobre todo el objetivo de este trabajo, el hecho de que en la sentencia se haga una reflexión al respecto de la existencia de las tesis jurisprudenciales penales que abogan por la absolucón, sobre todo cuando las mismas protegen penalmente “la posesión socialmente relevante” pero el resultado de aquellas “conlleve de inmediato la reacción, si se quiere acrtica, del juzgado civil” (FJ 5). Tras reconocer los derechos sociales alegados, entiende que dado que ninguna ley “pena la propiedad ociosa” y la protección de aquellos se encuentra recogida en normativas concretas (LAU, LAR) no pueden los mismos, jurdicamente, “convertirse en título legitimador de una ocupación”, reconociendo seguidamente “los estrechos límites en que se mueve el juez civil”, sugiriendo en base a todo ello que en la ejecución de esta sentencia se alcancen acuerdos transaccionales (ex art. 19 LEC) y llegando a mencionar, *de lege ferenda*, posibles nuevos procedimientos que al menos sí tuviesen en cuenta las transformaciones que los inmuebles reciben al devenir ocupados (FJ 6). La sentencia acaba estimando la demanda de la propiedad aún reconociendo “las

consideraciones de gran hondura” de los ocupantes, por las razones legales ya expuestas.

Así las cosas, en la actualidad están interpuestas por las asociaciones que se constituyeron en defensa de Can Masdeu dos acciones procesales: una ordinaria, por enriquecimiento injusto, en la que se reclama la cantidad de 40.874, 24 euros, en concepto de los gastos que se invirtieron para las tareas de rehabilitación de la finca —acompañada de diversos peritajes que así lo avalan—, y otra acción pública de tutela administrativa ante el Ayuntamiento de Barcelona, solicitando la protección de la masía al amparo de las leyes catalanas de Patrimonio Cultural y de Urbanismo, así como, y en base a ello, la incoación del correspondiente expediente de expropiación.

#### 4.2. Tratamiento penal. El artículo 245.2. del Código Penal: Castigo de la “usurpación pacífica de inmuebles”

El día 23 de noviembre de 1995 se produjo la publicación, mediante ley orgánica, del vigente Código Penal (LO 10/1995). Un código al que gran parte de la doctrina no dudó en aplicar el calificativo de “Código de la democracia”, expresión que posteriormente se hizo de uso más que frecuente, como sin duda conocerán los lectores del presente trabajo —y no solo los profesionales o estudiosos del derecho<sup>6</sup>—. La LO 10/1995 del Código penal fue aprobada en las cortes con el respaldo de un amplio consenso parlamentario, y con la voluntad, según su exposición de motivos, de ser el reflejo de un derecho penal adecuado a la regulación jurídica del Estado de conformidad a los nuevos valores contemplados en la Constitución española de 1978.

Ello no obstante, el mencionado Código tuvo, desde su principio, una contestación jurídica, y también social, protagonizada desde diversos sectores doctrinales (Gimbernat, 1996), así como desde diversos organismos de defensa de los derechos fundamentales (Conclusiones de las Jornadas sobre el Código Penal organizadas por la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona, 1996).

Asimismo, distintas asociaciones, o colectivos, observaron que la publicación de aquel código no respondía, materialmente, a las expectativas conforme a las cuales se había diseñado. En cuanto a las razones que sustentaban estas críticas, eran, entre otras muchas, el aumento generalizado de las penas, la creación de numerosos tipos penales —muchos de los cuales cumplían con dificultades las exigencias derivadas de los principios de un derecho penal democrático— la práctica desaparición de delitos existentes en el anterior Código, la supresión de los beneficios que comportaba la

<sup>6</sup> De hecho, la referida expresión, es la utilizada en la mayoría de los temas dedicados a la preparación de las oposiciones a judicatura y fiscalía.

realización de trabajos en el ámbito penitenciario, etc. (Asens, 1999).

Probablemente, pueda sostenerse que este Código, en muchos sentidos, incumple la finalidad del Derecho penal en democracia, que, para autores como Mir Puig (1982), debe estar únicamente al servicio de un marco mínimo de convivencia, excluyendo su uso para aquellos conflictos que pueden encontrar solución por otras vías, y sobre todo, cuando se cuenta con instrumentos no jurídicos con capacidad suficiente para tutelar, de forma adecuada, multitud de supuestos que desbordan, por su naturaleza, un espacio que, como el del ámbito penal, debe ser siempre considerado con criterios restrictivos. Al menos, puede afirmarse que el CP 1995 incumplió absolutamente dicha finalidad con la regulación del *delito de usurpación* y ello, por las razones que expondremos.

Comprobamos cómo la susodicha tipificación de la ocupación pacífica de inmuebles solamente fue penalizada en dos Códigos Penales españoles. Así, en el de 1848, antes de la creación de mecanismos como el Registro de la Propiedad o la propia Ley Hipotecaria de 1861. Estos otorgaban unos instrumentos al propietario que se revelaban útiles y suficientes para defender el propio dominio de los inmuebles, como los interdictos procesales, o la inscripción de los mismos en el Registro. Por tanto, en 1848, sin la posibilidad de utilización de aquellos instrumentos, la vía penal se instauró como consecuencia directa de la realidad económica y jurídica de la España de mediados del Siglo XIX, caracterizada por la existencia de una economía social fundamentalmente agrícola, con grandes latifundios y bosques sin suficiente protección registral, pero, asimismo caracterizada por grandes oscilaciones económicas con el incremento, lento pero firme, del capital industrial. Posteriormente, sólo se volvió a penalizar la ocupación pacífica en el Código fascista del general Primo de Rivera en 1929, dentro de un catálogo de nuevos delitos contra el orden público, surgido como respuesta al clima de agitación sindical de la época (Baucells y Lladós, 1997).

Pues bien, con los únicos antecedentes anteriores, el vigente Código tipifica en el párrafo segundo del artículo 245 la acción consistente en ocupar, sin la debida autorización, un inmueble, vivienda, o edificio ajenos que no constituyan morada, así como la acción de mantenerse en aquellos contra la voluntad de su titular. El párrafo primero del mismo artículo castiga la ocupación, con violencia o intimidación en las personas, de inmuebles, y la usurpación también violenta de derechos reales inmobiliarios, delito que sí cuenta con antecedentes en los códigos penales y al que apenas nos referiremos, dado el distinto objetivo del presente trabajo. Sistemáticamente, el artículo 245 se encuentra ubicado en el Capítulo V del Título XIII del CP, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y, por tanto, puede calificarse como un delito patrimonial, con las dificultades, ciertamente conocidas, a la hora de definir la noción de patrimonio.

### A) *Particularidades técnicas más relevantes*

Se trata de un delito de los denominados *comunes*, es decir, de los que su sujeto *activo* puede ser cualquier persona, excepto, evidentemente, el propietario del inmueble atendiendo a la exigencia de “ajenidad”. El sujeto *pasivo* debe ser el titular de un derecho real que comporte la posibilidad de utilizarlo —el llamado *ius utendi*—. Y ello, porque el *bien jurídico* del delito, para la mayoría de la doctrina, es “el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación no sólo en la propiedad sino también en el ejercicio de la posesión o cualquier otro derecho real” (Brage Cendán, 2002).

Para Baucells, uno de los mayores especialistas en el delito de usurpación, el término *ocupar*, recogido en el párrafo segundo del artículo 245 engloba las acciones de *ocupar* y de *usurpar*, de forma que acoge tanto la perturbación en el uso y disfrute del bien como la desposesión a un titular de un bien inmueble o derecho real a través del apoderamiento físico. Ello, porque si se entiende que la usurpación de derechos reales es impune, como algo diferente de la ocupación, solo se estaría otorgando protección a la simple tenencia o posesión no derivada de un derecho real y se dejaría desprotegida la posesión derivada de la titularidad de un derecho real.

La *acción de ocupar* debe caracterizarse esencialmente por el elemento de *permanencia*, que la distingue de la acción de “entrar” en los delitos de allanamiento de morada —donde además, se atacan otro tipo de bienes como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio—. Para autores como Brage Cendán (2002), la permanencia debe determinarse no solo con criterios cuantitativos sino también cualitativos, es decir, no sólo atendiendo al tiempo, sino también al propósito del autor. Para el mismo, por tanto, las entradas y salidas temporales del inmueble no serían típicas al no suponer subrogación en la posición jurídica del titular.

La *entrada* debe realizarse *sin la autorización del titular*, ya sea expresa o tácita, y ya manifestada antes de la entrada, o lo que es más frecuente, después, dado que, en la mayoría de los casos, lo que se ocupa son inmuebles abandonados físicamente, y, en todo caso, vacíos. En cuanto a la *violencia o intimidación en las personas* existen dos grandes posturas doctrinales, a grandes rasgos. De un lado, los que como Manzanares Samaniego (1997) o Santiago Brage (2002), entienden que el artículo 245.2. castiga la que denominan *ocupación pacífica o impropia*, constituyendo un tipo *sui generis* y privilegiado que se distingue del recogido en el párrafo primero de aquel por realizarse con ausencia de violencia o intimidación en las personas —que si tiene cabida en el artículo 245.1.—. Sí cabría, en cambio, y al tratarse de un delito de *medios legalmente indeterminados*, la aplicación de *fuerza en las cosas* —aunque evidentemente, no es imprescindible—. Para Baucells i Lladós, por el contrario, el hecho de seguir la postura descrita implica incurrir en la prohibición de interpretación excesiva que recogen los artículo 4.1. del Código Penal y artículo 4.2. del Có-

digo Civil, con el cercenamiento de las exigencias de taxatividad de los tipo penales. Llega a esta conclusión, además, siguiendo un razonamiento que conjuga coherentemente los criterios de interpretación del artículo 3.1. del CC, atendiendo a la ausencia, tanto de antecedentes en los códigos penales españoles, como de manifestaciones de voluntad, tácitas o expresas, en los debates parlamentarios desarrollados al respecto. Alega también la infracción manifiesta en la que se incurriría con tal interpretación de los principios de intervención mínima, fragmentariedad, última ratio o proporcionalidad. Entiende, sin embargo, que la expresa limitación de la violencia a la ejercida sobre las personas excluye la existencia del delito cuando se produce sobre las cosas.

En cuanto al *objeto material* —inmuebles ajenos que no constituyan morada— coincidimos con el último autor en que el concepto de *morada* debe ser interpretado de acuerdo con el bien jurídico protegido del artículo 245.2., excluyendo una noción relacionada con la intimidad al ser este el objeto y el bien protegido en los delitos de allanamiento de morada. Esta puntualización es importante, dado que al ocuparse inmuebles que nunca han estado ocupados, o que se encuentran en situación de abandono, no pueden ser considerados como *morada*, en el sentido patrimonial del término.

La característica de *ajenidad* implica, de un lado, recordar que los bienes que no pertenecen a nadie —*res nullius*— no pueden ser objeto de este delito, y de otro, la problemática derivada, en su caso, de la producción de posibles conflictos procesales, derivada del hecho de la determinación de la jurisdicción que sea competente para resolver sobre la mencionada ajenidad. Y es que esta supone tanto el reconocimiento de la titularidad civil de los bienes como la atención a los efectos jurídicos derivados de haberse producido una *posesión de hecho*.

Así, según los artículos 3 y 4 de la LEC, si la cuestión civil prejudicial no es determinante de la culpabilidad o de la inocencia debe ser resuelta por el juez penal en el proceso penal. Si aquel, conforme al artículo 6 de la misma norma, puede resolver quien ostenta la propiedad del inmueble cuando se funda en un título auténtico o en actos indubitados de posesión, debe poder entrar también a valorar los argumentos posesorios de los ocupantes, teniendo en cuenta los importantes efectos ya mencionados que el ordenamiento civil asocia con la posesión. Como expone Baucells, en los casos en los que exista un proceso civil pendiente cuyo objeto de discusión sea la titularidad del inmueble, el proceso penal debería suspenderse, dado que de lo contrario se podrían llegar a dictar sentencias contradictorias.

Por último, haremos referencia a los *elementos subjetivos del injusto*. Siguiendo un razonamiento parecido al mantenido a propósito del elemento de violencia, y teniendo en cuenta que estamos ante delitos patrimoniales, entiende Baucells que debe exigirse la presencia de ánimo de lucro, es decir, la

persecución de una utilidad a la hora de ocupar el inmueble que pueda traducirse en la voluntad de actuar *en concepto de dueño*, y, que en el caso de no presentarse dicha utilidad, conducirá a la imposibilidad de concurrencia del delito.

A modo de resumen, cabe decir que la tesis de Baucells parte de una interpretación *literal* del artículo 245 del CP, de forma que entiende que, en realidad, el legislador *castiga la misma conducta —ocupación violenta— en sus dos apartados*. La *diferencia* entre los mismos vendría dada por el *tipo* de inmueble, de forma que el primer apartado castiga la conducta que se ejerce sobre aquellos que pueden constituir morada, y el segundo la ejercida sobre aquellos que en ningún caso reúnen tal cualidad.

### **B) Interpretación del artículo 245.2. tras la publicación del CP: Posturas doctrinales, judiciales y sociales. Compatibilidad con principios constitucionales que rigen el Derecho Penal**

Tras la breve descripción de los aspectos técnicos del delito, nos interesa poner de relieve los esfuerzos encomiables por descifrar la *misteriosa voluntad legislativa*. Efectivamente, encontramos que parte de la doctrina, tanto Fernández Albor como Lourdes de la Baza, realizaron una crítica jurídica a los proyectos de CP de 1980 —el primero— y de 1992 y 1994 —la segunda—, en la parte de los mismos que introducían la penalización de la ocupación, aludiendo en ambos casos tanto a aspectos de política penal en relación con la realidad social de aquellos momentos, como, fundamentalmente, al respeto obligado a los principios del derecho penal democrático.

En cuanto a la tramitación parlamentaria del actual código, no se encuentra ni una sola referencia al supuesto que nos ocupa en las más de mil trescientas enmiendas presentadas al entonces Proyecto de Código. Tampoco aparece ninguna intervención parlamentaria que insinuase que la voluntad del legislador fuese dirigida a criminalizar la “ocupación pacífica” (Baucells, 1997; Boletín Oficial de las Cortes Generales, 1995). Ello no obstante, hay que señalar que tras la publicación definitiva del código, la doctrina “mayoritaria” y los juzgados —de instrucción y penales— interpretaron que el artículo 245.2. suponía, efectivamente, la penalización de aquella. De hecho, que las cosas son así lo corroboran las manifestaciones posteriores dirigidas a articular formas políticas y jurídicas cuyo objetivo era bien la despenalización, bien una interpretación del tipo acorde con los principios constitucionales, como veremos.

Así, dentro de las *formas políticas*, se elaboró la *Propuesta de ley para la despenalización de inmuebles ajenos que no constituyan morada* presentada por los grupos parlamentarios Mixto e Izquierda Unida en fecha de 29 de septiembre de 1998, finalmente rechazada. Por su parte, la asociación judicial Jueces para la Democracia había



aprobado en su congreso anual de ocho de noviembre de 1996 un manifiesto solicitando igualmente la despenalización de aquella. El fiscal jefe de Cataluña, José María Mena, declaró que estas conductas merecían “escasísimo reproche social”, dictando una circular de fecha 20 de febrero de 1998, indicando la necesidad de no actuar de oficio contra la ocupación, y emitiendo posteriormente, a finales del 2002, una nota de servicio advirtiendo que, tras la entrada en vigor de la LEC, podía producirse una derogación tácita del tipo estudiado. Diversos magistrados y jueces han hecho pública su opinión contraria a la penalización introducida por el referido artículo (Santiago Vidal, 1999, por todos). En el mismo sentido se pronunciaron diversos juristas, sociólogos y politólogos —Fernando Álvarez Uría encabezó un manifiesto firmado por 60 juristas y científicos sociales, publicado en *Viento Sur* y reproducido en *El País* 8 de junio de 1996—, así como diversas Comisiones de Colegios de Abogados —la Comisión de Defensa del ICAB<sup>7</sup> entregó un informe en este sentido a todos los grupos parlamentarios en 1998.

Gran parte de la doctrina penal entiende que de acuerdo con los principios democráticos del derecho penal, la acción estudiada no debe penalizarse, dejando que el *conflicto* sea resuelto por otros mecanismos, bien administrativos (Serrano Gómez, 2003) o de otro orden (Lourdes de la Baza, 1995; Santiago Brage, 2002; Muñoz Conde, 1996; y Baucells i Lladós, 1997, entre otros).

En cuanto a las expresiones de la sociedad civil, son innumerables. Por ello, solo citaremos las más significativas, —advirtiendo que haremos referencia principalmente a Cataluña— como las del apoyo incondicional prestado por las redes vecinales, entre las que destaca, atendiendo en concreto a Cataluña, la FAVB (Federación de Asociaciones de Vecinos de Barcelona), los sindicatos CCOO, UGT, CGT, —que en 1997 se pronuncian en el mismo sentido—, partidos políticos como Els Verds, IC, ERC, y más de un centenar de entidades ciudadanas (Baucells i Lladós, 1997).

Pero resulta esencial, en todo caso, citar la *evolución jurisprudencial* que se ha producido con respecto al delito. El siete de noviembre de 1996 se dicta un Auto por el Juez Enrique Molina Villalba, titular del Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Coloma de Gramanet, que supone una auténtica *reinterpretación del tipo* de acuerdo con los principios constitucionales, y constituye el punto de partida para las posteriores sentencias absolutorias que se dictan. Paulatinamente, se va configurando una doctrina jurisprudencial que exige una serie de requisitos para la aplicación real de aquel tipo, entre los que destacan el de que la vivienda debe disponer de condiciones de habitabilidad, que la permanencia en las mismas no debe ser temporal, que la acción debe constituir una verdadera obstaculización del derecho de uso ejercido por el propietario o

inquilino legal y que su restitución sea reclamada por alguien que posea legitimación jurídica, por medio de la correspondiente denuncia o querrela.

No es posible, tampoco, dejar de hacer referencia a sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2003, que absolvió a los más de treinta implicados en el desalojo del cine Princesa, dado que igualmente incide en la reconstrucción jurídica del tipo —en este sentido, y en otros, como el de considerar que el inmueble no merece protección penal, ver STC del 21 de enero de 1998 del Juzgado penal nº 20 de Madrid, STC del 22 de diciembre de 1997 del Juzgado penal nº 17 de Barcelona, STC del 24 de febrero de 1998 de la Audiencia Provincial de Girona, etc.

Por otro lado, en este apartado se ha hecho referencia en varias ocasiones al argumento, sostenido por gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia, consistente en la *incompatibilidad* manifiesta entre la tipificación como delito de la ocupación pacífica de inmuebles y los denominados principios constitucionales y político-criminales que deben regir el derecho penal, cuestión que por su importancia discursiva, relacionada con el objeto del trabajo, debe ser examinada con mayor atención.

Efectivamente, siguiendo a Baucells, cabe resaltar que de acuerdo con la definición normativa y constitucional que del Estado se realiza en el artículo 1.1. de la CE —social, democrático, y de derecho—, la política criminal acorde con esta delimitación constitucional, debe quedar dirigida por los principios de *intervención penal mínima* y *última ratio*. De acuerdo con el primero, el derecho penal interviene sólo para la protección de aquellos bienes jurídicos que colectivamente se entienden como esenciales —la vida, la libertad, la intimidad...—, y además, no en todos los casos en los que se produzcan conductas lesivas para los mismos, sino sólo en aquellos en los que los ataques puedan calificarse de verdaderamente graves, de acuerdo con el principio de *fragmentariedad*. El segundo de los principios enunciados comporta que sólo se recurra a la vía penal cuando no sea posible la utilización de otros instrumentos, ya de carácter social —Estado social—, ya de tipo jurídico-civil, o administrativo<sup>8</sup>.

Siguiendo con el estudio de aquellos principios que deben presidir el ordenamiento penal, puede fácilmente llegarse a la conclusión de que, criminalizar una conducta como la estudiada, difícilmente puede comportar el respeto de los mismos. Ni por el bien jurídico mencionado, ni por la gravedad del ataque que la acción comporta. Además, si uno de los argumentos defensores de la penalización hasta 1995, era la lentitud e ineficacia de la vía civil para recuperar el efectivo disfrute de la propiedad (Quintero Olivares, 1996 o Manzanares Samaniego, 1997),

<sup>8</sup> En mi opinión, resulta inadmisibles la cada vez más frecuente *huida al derecho penal* que se viene produciendo no solo en el Estado español, sino también en otros países, sobre todo tras los atentados del 11 de septiembre, produciéndose una legislación que restringe derechos fundamentales, en aras de una mayor seguridad o eficacia en las políticas antiterroristas. —veáse Ramonet, 2001, comentando la *Patriot Act* norteamericana promovida por John Ashcroft.

<sup>7</sup> Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

cabe responder que hoy, dicho argumento, queda sin sentido tras la entrada en vigor de la LEC, dada la brevedad de los juicios verbales por los que se tramitan desde entonces los procesos contra los ocupantes, que se encauzan por la vía del precario. De hecho, en la práctica, una gran mayoría de los desalojos se produce por la vía de la jurisdicción civil, y cada vez menos, por la penal.

Por otro lado, la referida *fragmentariedad* encuentra su pleno sentido en los principios de *unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y proporcionalidad*. De acuerdo con los mismos, así como con el de la *exclusiva protección de los bienes jurídicos*, la criminalización de la ocupación implica la violación de aquellos principios, desde el momento en que la conducta ya aparece reconocida y protegida por otras ramas del ordenamiento jurídico; teniendo en cuenta que, además, aquella puede tener un fundamento en el reconocimiento que de la posesión, incluso la de mala fe, realiza el Código Civil, asignándole importantes efectos, hasta el punto de considerarla como una vía para la plena adquisición del dominio —siempre que transcurran considerables periodos de tiempo— (Baucells i Lladós, 1997).

Pero es el principio citado de proporcionalidad el que quizás resulte más vulnerado con la vigente legislación penal. Reflexionar a propósito de esta infracción resulta clave, pues se encuentra estrechamente relacionada con el imaginario simbólico desplegado por el movimiento de ocupación. Efectivamente, el conflicto creado por el movimiento de ocupación, implica, a través de una serie de dinámicas, la visibilización pública de carencias gravísimas, que constituyen verdaderas grietas del sistema social. Además, ponen de manifiestos las deficiencias que se encierran tras políticas pretendidamente socialdemócratas. Desde nuestro punto de vista, la voluntad del legislador fue la criminalización de estas conductas, en la medida en que éstas muestran públicamente las graves contradicciones que pueden afectar, y afectan, a un sistema que se autoatribuye criterios sociales y democráticos. Todo ello provoca la violación del principio de proporcionalidad, pero comporta otra serie de consecuencias, ligadas con cuestiones que entendemos que adquieren la mayor de las importancias, como la propia tarea legislativa, los objetivos a los que sirve, así como la distancia que media entre la misma y las verdaderas necesidades y voluntades de la sociedad civil.

Pero no adelantemos el razonamiento.

### **C) El principio de proporcionalidad: Conflicto entre la propiedad privada y el derecho a la vivienda**

El contenido del derecho a la *propiedad privada*, recogido por la CE en el artículo 33, debe delimitarse según este mismo precepto, a partir de su función social, de acuerdo con las leyes. Según lo dispuesto en el apartado segundo del referido artículo 33, la configuración concreta de aquél debe ser rea-

lizada por el legislador ordinario. Éste no tiene una libertad absoluta para esta tarea, dado que su labor debe quedar presidida por los valores constitucionales superiores, como los de libertad, justicia o igualdad (art. 1.1. CE); asimismo, por el entero contenido de la llamada *Constitución Económica*, y, en especial, por los derechos de la misma que afectan al derecho de propiedad, como el derecho a la vivienda, la prohibición de la especulación (art. 47 CE), y la conservación del patrimonio histórico (art. 46 CE), entre otros, así como, evidentemente, por la propia unidad y coherencia de la propia CE (STC 37/1987 de 26 de marzo).

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre *la función social de la propiedad*, señalándola como una parte integrante del “contenido esencial” del derecho de propiedad. Esta interpretación del juez constitucional, comporta una superación definitiva y profunda de la visión liberal y abstracta que se reflejaba en los códigos decimonónicos. El TC llega a decir que dicho contenido esencial implica la inclusión de una dimensión supraindividual o social que define el derecho, de forma que, en resumen, el mismo debe quedar regulado atendiendo a las facultades que la propiedad comporta de goce y disposición, así como a la función social de la misma (STC 37/1987); de manera que, como expone Coca Payeras (1988), una legislación que prescindiera de estos tres parámetros, de forma absoluta, podría ser tachada de inconstitucional ex artículo 53.1. CE. Una puntualización importante en este sentido es que dicha función social no debe entenderse exclusivamente referida a los intereses de terceros, o de la colectividad, sino, también, al propio uso y disfrute del sujeto que detenta el título de dominio.

Con respecto al *derecho a la vivienda*, ya tuvimos ocasión de pronunciarnos anteriormente, cuando exponíamos los objetivos inherentes a la práctica de la ocupación pacífica. En cuanto a la configuración constitucional del mismo, como un derecho de los denominados *programáticos* o *sociales*, implica que el mismo debe ser regulado por el legislador y que, de esta regulación, deriva el alcance de su protección, y por tanto, la posibilidad de su exigencia por parte de la ciudadanía, a diferencia de los denominados derechos *fundamentales*, cuya conculcación puede ser inmediatamente denunciada ante la jurisdicción. Es decir, que no cabe que los ciudadanos desarrollen pretensiones jurídicas inmediatas de vivienda, más allá del desarrollo positivo que, del mismo, haya realizado el legislador. Lo cual no conduce a legitimar cualquier actuación del ejecutivo que no tenga en cuenta que tal derecho debe, entre otros, guiar su actuación. El derecho a la vivienda debe ser uno de los que incidan en la configuración de la legislación que regula el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Y caben al respecto muchas políticas posibles. Algunas de ellas, más respetuosas que otras con dichos derechos sociales. Pero, en cualquier caso hemos de insistir en que todos los poderes públicos están obligados, por imperativo constitucional, a desarrollar

las garantías para la efectividad de determinados derechos (A tener en cuenta los artículos 9.2., 47 y 53.1. CE).

El *principio de proporcionalidad* determina, según el TC, que “toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno” (STC 85/1992, de 8 de julio).

De acuerdo con tal formulación, cabe recordar que si bien ninguno de los derechos en conflicto (art. 33 y 47 CE) son fundamentales, sí lo es el derecho a la libertad (art. 17 CE), directamente implicado, por limitación, al hacerse uso del derecho penal para proteger el de la propiedad. Cabe cuestionarse, llegados a este punto, si es proporcional, de acuerdo con la doctrina del TC, una legislación que dote al derecho de propiedad de una protección excesiva, cuando, en el caso que nos ocupa, este derecho *se ejerce de forma antisocial*, dado que se trata —ex art. 245.2. CP— de inmuebles que ni constituyen morada, ni segunda residencia, y que, en la mayoría de los casos, se trata de espacios abandonados, que suelen ser objeto de maniobras especulativas. La especulación, al ser una práctica directamente prohibida por la norma fundamental de nuestro ordenamiento, supone tanto un ejercicio abusivo del derecho, como una transgresión de la función social del mismo (Baucells, 1997).

Dado que en la actualidad el juicio verbal, por precario, otorga una rapidez procedimental al propietario en la vía civil para la defensa de su propiedad, cabe preguntarse cual es el sentido de la protección penal en la actualidad. Tampoco cabe olvidar que pese al estrecho margen, —también muy discutible, como ya vimos—, del proceso civil, el ordenamiento privado reconoce importantes efectos a la posesión, y que la razón que subyace en el mismo al reconocer que esta figura, incluso cuando es de mala fe, y sin justo título, es una forma de adquirir el dominio, no es otra que, precisamente, el abandono de la propiedad y la falta de uso por parte del propietario inicial.

Así, como expone Asens (1999), hay que recordar que una forma de extinción de los derechos reales es el desuso, según el derecho civil, pues los mismos no se crean para que se defiendan constantemente, sino para satisfacer irremediamente ciertas finalidades que pasan por su ejercicio o utilización. En este sentido, una última referencia al caso de Can Masdeu sería la constituida por el dato de que el abandono de la misma por sus propietarios llegó al extremo, además de lo ya dicho, de que en fecha 11 de febrero del 2000 aquellos formularan ante la Dirección de Actuación Urbanística una solicitud dirigida a lograr la desprotección de la masía, es decir, su retirada del Plan C, donde se incluyen los bienes con elementos de interés<sup>9</sup>. Entiendo que

es importante insistir en este abandono, por lo que luego se argumentará como propuesta, tras el estudio del derecho comparado.

Pues bien, si lo que se está protegiendo penalmente no es la morada, sino espacios que no están siendo utilizados, no cabe sino llegar a la misma conclusión que aquel autor: “En realidad, se trata de un conflicto entre un derecho no ejercido, el de propiedad, y uno ejercido con todas las consecuencias, el de vivienda —entre otros, además—. La confrontación y valoración antijurídica a la hora de examinar la antijurídica de una conducta no puede tener únicamente en cuenta los derechos abstracto, sino también en su ejercicio”.

De conformidad con lo apuntado en las anteriores líneas, cabe concluir, por tanto, que la tipificación penal de la ocupación pacífica de inmuebles es absolutamente desproporcionada, dado que protege de forma privilegiada el derecho de propiedad frente al derecho de vivienda, lo que resulta inaceptable teniendo en cuenta que el primero ya cuenta con otras formas de protección, tanto jurídicas como sociales —no cabe desconocer la importancia de los agentes sociales privados que, en muchas ocasiones, son sujetos del dominio—, y considerando además, que en el conflicto expuesto lo que se protege no es la función social de la propiedad sino, a lo sumo, una concepción estrictamente liberal de la misma que hace posible su tutela incluso cuando no se ejercen las facultades de goce o disfrute efectivo de aquella.

No puede dejar de hacerse referencia al discurso del magistrado Santiago Vidal (1999) como exponente de aquello que se ha querido poner de manifiesto en este apartado, cuando el mismo incide en el hecho de cuestionar la legitimidad de una legislación que protege lo que no es sino una actuación de desidia con respecto al propio dominio, y castiga a quien decide poner fin al estado de abandono que como consecuencia de aquella se produce en los inmuebles. El esfuerzo dedicado a tal tarea de rehabilitación y de auténtica actividad de uso del espacio no merece la reprobación social, siendo, al contrario, elogiada por gran parte de la ciudadanía —según un estudio elaborado por el Ayuntamiento de Barcelona, el 64% de los vecinos de esta ciudad comprenden este movimiento, con independencia del apoyo explícito de la FAVB, al que ya hemos aludido—. Por tanto, ¿Cómo es posible que la ley continúe criminalizando este tipo de conductas?

En nuestra opinión, la respuesta a la pregunta formulada por Vidal pasa por hacer referencia a determinadas cuestiones que se encuentran materialmente relacionadas con lo expuesto en la primera parte de este trabajo, y a las que dedicaremos las siguientes argumentaciones.

#### **D) Conclusiones del tratamiento jurídico penal y algunas reflexiones al respecto**

Atendiendo a lo expuesto, puede concluirse que hoy existen dos posturas doctrinales claramente di-

<sup>9</sup> Registro de entrada en aquella Dirección con nº 2000/0050737-9.

ferenciadas a la hora de analizar el artículo 245.2. del vigente CP.

Así, para una serie de autores, que quizás puedan enmarcarse en esa genérica *noción de uso* denominada *doctrina mayoritaria*, aquel tipo no hace sino responder a la *necesidad* del legislador de castigar la conducta estudiada, desde el momento en que aquella suscita una suerte de *alarma social*. Otros autores, en cambio, opinan que teniendo en cuenta la incompatibilidad del tipo con los principios rectores de la política criminal, o el hecho de que la referida conducta ya tenga asignadas otras sanciones por el ordenamiento —sobre todo el civil, tras la entrada en vigor de la LEC—, la intención del legislador no era explícitamente el castigo de la ocupación pacífica.

Sobre la base de lo que se acaba de exponer, los segundos abogan bien por la despenalización, o bien por la práctica judicial —en la vía penal— que interpreta el artículo 245.2. partiendo de la construcción de determinados requisitos, a los que ya nos hemos referido, sin cuya concurrencia no cabe aplicar dicho precepto, de forma que debe producirse la consiguiente absolución —este es, además, el motivo de que, en la actualidad, la mayoría de los desalojos que se están produciendo sean dictados por juzgados civiles, no penales.

El esfuerzo de esta segunda postura para tratar de conciliar lo recogido en el vigente CP y la realidad social, no puede dejar de suscitar admiración. A nuestro juicio es evidente que, en la actualidad, seguir considerando como delito a la conducta de la ocupación pacífica de inmuebles es inadmisibile, atendiendo a todos los argumentos ya expuestos, y que por tanto, sólo cabe defender su inmediata despenalización —o bien, subsidiariamente, y para el caso de que ésta no se produzca, abogar por la interpretación judicial expuesta, más respetuosa con los principios constitucionales así como con los derechos de los sujetos implicados.

Pero habiendo dicho lo anterior, entiendo que en realidad, lo que estas posturas tratan de hacer es evitar o solucionar el conflicto existente entre la legalidad vigente y la legitimidad real de la ocupación pacífica de inmuebles. A mi juicio *el legislador sí quiso, con todas sus consecuencias, criminalizar aquella*. Al igual que se produjeron, como hemos apuntado, innumerables reacciones de distintos sectores contra el castigo de aquella, no cabe desconocer que también existieron posturas contrarias que reclamaban su sanción penal. Por otro lado, y en el mismo sentido, tampoco puede dejar de hacerse una mínima referencia al hecho del gran número de desalojos *preventivos* que se siguen produciendo, al amparo, exclusivamente, de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, un precepto que recoge las llamadas medidas *innominadas*, y que el juez puede utilizar para proteger a las víctimas de los delitos.

Ocurre así, que casi con la sola presentación de la demanda y acreditación documental de la titularidad del inmueble, se dictan desalojos de manera prácticamente automática, al amparo de aquel artículo, sin tener en cuenta las alegaciones de los ocupantes, ni,

en la mayoría de los casos, otras pruebas —por ejemplo, periciales que acreditasen el verdadero estado del inmueble, o testificales para mostrar las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento, las prácticas relacionales con el entorno, etc.—, de forma que el propietario, en ningún momento cuestionado en cuanto a su propia actitud con el inmueble, queda *restaurado en su dominio* a priori, sin tener que esperar hasta el completo desarrollo del proceso penal, con los costes que ello supone y las posibilidades reales de absolución de los ocupantes.

Llegados a este punto, no parece que sea desacertado considerar que si bien las razones formales del legislador, que sustentaban la tipificación, se articulaban sobre la base de la aludida lentitud del antiguo proceso civil o en la de la siempre dudosa *alarma social*, las razones de fondo, materiales, no eran ni son otras, que el castigo de aquellas acciones que ponen de manifiesto la ineficacia de las políticas públicas, así como la evidente y reiterada protección y amparo que reciben los poderes privados, o que, facilitan la simple visibilización pública de los gravísimos problemas no resueltos por el pretendido Estado del bienestar.

No puede dejar de recordarse que la *alarma social* sería, además, posteriormente ratificada, al generar la criminalización un mayor número de desalojos —cada vez más espectaculares— y con ello, la consiguiente cadena de represión, violencia, disturbios, y el no siempre acertado tratamiento mediático, más atento a la expectación provocada por los mismos, que a una exposición rigurosa de lo acontecido.

Por otro lado, y recordando que hemos definido a la ocupación como un ejemplo real de desobediencia civil, hay que incidir en el hecho de que el conflicto generado por la criminalización adquiere la máxima intensidad desde el momento en que los sujetos que realizan el tipo se subsumen sin dificultad en el concepto acuñado por Tamarit Sumilla (1989) de *delincuentes por convicción*: Su acción, al estar sustentada en razones morales y políticas, es realizada a pesar de la conciencia de su ilegalidad (Hoerster, 1976).

Siendo evidente, tras lo expuesto, que la criminalización del movimiento no resuelve nada y al contrario, agrava el conflicto, puede resultar interesante observar qué respuestas existen en países de nuestro entorno ante el mismo tipo de conductas. Aquellas nos servirán de referente en el momento de configurar nuestras conclusiones finales, adelantando desde ahora que las sanciones —penales, pero también civiles, al menos, en la forma bajo la que hoy se tramitan—, no constituyen una forma válida de resolución de los conflictos generados. Al contrario, debe caminarsse hacia otras alternativas siempre posibles donde todos los sujetos implicados puedan ser *interlocutores reales*, considerando sus propuestas desde un plano de igualdad real. Debe pasarse así, de forma ineludible, por el reconocimiento de lo construido, teórica y prácticamente, partiendo siempre, entre otras consideraciones, de las prácticas efectuadas por aquellos agentes sociales en la transformación y utilización de los espacios vitales.

## 5. TRATAMIENTO DEL MOVIMIENTO DE OCUPACION EN DISTINTOS PAISES EUROPEOS

No cabe desconocer que sin perjuicio de antecedentes más remotos, la práctica de la ocupación de viviendas y/o de espacios se viene practicando en Italia, Holanda, Bélgica, Francia, Alemania o Inglaterra —con importantes diferencias entre sí sobre las que ahora resulta imposible profundizar— con una antigüedad muy considerable respecto a la del movimiento en el Estado español, por motivos fundamentalmente históricos y políticos, entre otros. Estudiar, aunque sea de forma breve, la forma en la que estos sistemas han tratado a este movimiento puede ser una referencia interesante y honesta a la hora de articular propuestas que se juzguen más coherentes que las actuales. Seguiremos en este punto las aportaciones de Vidal (1999).

Comenzando el recorrido por Holanda, cabe destacar que en su sistema, si bien la ocupación a priori resulta una violación de la ley penal, también se sanciona el abandono de una vivienda por tiempo superior un año. Así, el propietario que quiere recuperar un espacio ocupado debe demostrar de forma fehaciente ante los tribunales de justicia la necesidad real de dicho espacio para el desarrollo de alguna actividad lícita, así como preavisar a los ocupantes con una antelación mínima de seis meses. Este sistema produce dos resultados: de un lado, los jueces —y las autoridades municipales— llevan a cabo en muchos casos una actividad de mediación entre las dos partes en conflicto que en la mayoría de los casos finaliza de forma satisfactoria, bien mediante el pago de un precio para continuar la utilización, en muchas ocasiones simbólico, o bien mediante la legalización de la ocupación —cuando la propiedad es pública—; de otro lado, como consecuencia de lo anterior, se ha reducido significativamente el número de desalojos.

En Bélgica no existe delito de ocupación, excepto si se produce con violencia o daños innecesarios. En el plano civil el propietario siempre debe justificar la necesidad real que ostenta de la vivienda para que pueda recuperarla.

En Alemania sí existe el delito, pero de un lado, se articula bajo la necesidad de interposición de querrela —por tanto, no cabe que se inicie el proceso de oficio y es necesario su completo desarrollo antes de que pueda ser dictado, en su caso, el desalojo— y por otro lado, el hecho de que en muchas ocasiones lo ocupado sea un bien público, ha llevado a una situación, en la práctica, de legalizaciones de espacios cuando concurren una serie de requisitos —utilización real, rehabilitación de aquellos, etc.

En Dinamarca también se impone la mediación como forma de solución de conflictos, y si teóricamente la ocupación está penalizada, la enorme difusión del movimiento y la presión social han hecho que, en la práctica y desde la década de los ochenta, se haya optado por negociar los intereses enfrentados, existiendo en la actualidad existen barrios completamente ocupados desde los años 70.

En Francia la ocupación está despenalizada y el conflicto se resuelve por la vía civil, donde cabe que la adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo establecido.

El caso de Italia llama la atención por la complejidad del movimiento. Con todas las dificultades para sintetizar la experiencia, cabe decir que los denominados centros sociales autogestionados —algunos creados en los años 60 o 70— constituyen verdaderos núcleos de referencia para el vecindario. En muchos de ellos se gestionan distintos y variados servicios —incluyendo albergues a bajo precio o comedores populares, entre otros muchos—. Para hacerse una mínima idea de la dimensión del movimiento, baste señalar que solo en el casco urbano de Roma existen aproximadamente cuarenta centros sociales. Desde los noventa, se viven procesos heterogéneos pero en determinados casos la negociación con los ayuntamientos ha permitido la continuación de su actividad sin pérdida de su autonomía.

Por último, en Inglaterra ha existido un proceso de legalización de viviendas que habían sido ocupadas por familias de bajos recursos, materialmente excluidas de cualquier posibilidad real de acceso a la vivienda. La ocupación se castiga penalmente a partir de 1996, pero han surgido diversas iniciativas que parten de la experiencia acumulada, como las cooperativas para la construcción de viviendas sociales (Martínez, 2001).

Todos estos modelos, en los que además existen, conjuntamente, otras formas de solución del problema de la vivienda, como los alquileres a bajo precio, las subvenciones a estudiantes durante el periodo de su formación, o las legalizaciones de ocupaciones, demuestran que la penalización no solo no es una forma de poner fin al *conflicto*, sino una vía probable para agravarlo. La negociación y mediación en muchos casos se ha revelado útil, así como los, a nuestro juicio imprescindibles, sistemas de *inversión de carga de la prueba*, esto es, la demostraciones que deben hacer los propietarios de cara a articular la necesidad de aquel bien que, debido a su abandono, pasó a otras manos.

## 6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Por tanto, de las múltiples posibilidades que existen de cara al tratamiento normativo y judicial de un fenómeno como el expuesto, hay que concluir que las existentes en la actualidad pueden revelarse, tal vez, como aquellas que peor encaje tienen en una interpretación constitucional. En efecto, no podemos olvidar que la interpretación de la Constitución, debe poner en juego, sobre cualesquiera otros, los principios y la técnicas que favorezcan, en toda su plenitud, los valores de libertad, justicia e igualdad que, como *valores superiores*, (art. 1.1. CE), deben determinar de forma preferente la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, producir la tutela óptima de los derechos fundamentales, trátase ya de aquellos referidos al ámbito personal, como, asimismo, de los derechos políticos y sociales.

A lo largo del presente trabajo, y sobre todo, en el momento de abordar el tratamiento jurídico penal, nos hemos referido a diversos autores, movimientos y sectores sociales, así como a las conclusiones de comisiones de estudio vinculadas a distintos operadores jurídicos, que mostraron y muestran, luego de haber estudiado el conflicto generado, una posición crítica con la forma en la que el legislador utilizó la vía penal para castigar las acciones descritas. Quizás lo más relevante, y sorprendente, de estas críticas, de alcance y naturaleza diversa, es el hecho de que, en ningún caso, se tuvieron en cuenta en el momento de la producción normativa. Resulta sorprendente, en efecto, habida cuenta de que en 1995, toda la problemática social, jurídica y cultural del movimiento de ocupación, estaba plenamente vigente en nuestro país, aunque, evidentemente, era mal conocida y su tratamiento genérico por los medios de comunicación era tan sesgado como frágil. En este supuesto que nos ocupa, la diferencia con otros países europeos era más que notable.

Naturalmente, en nuestro análisis hemos ponderado, de forma muy significativa, las actuaciones jurisdiccionales porque, en las mismas, se venía a poner de manifiesto, no sólo el contraproducente tratamiento normativo de un fenómeno social relevante sino, además, las dificultades de todo género con las que el juzgador se encontraba a la hora de dictar un exclusivo tratamiento penal a *conductas sociales tan significativas como constituyentes*, cuando se las contempla desde una perspectiva político-moral. En consecuencia, podemos formular nuestras *propuestas*, siempre y cuando se tenga muy en cuenta que las mismas, no deberán contemplarse aisladas de las *conclusiones* más relevantes que pueden derivarse del estudio del movimiento social de ocupación.

Estimo que se debe proponer una *despenalización* de la ocupación pacífica. Y, con referencia precisa al artículo 245.2. CP, lo estimo con criterios absolutos, habida cuenta que, por lo que hemos expuesto, bajo ningún criterio constitucional es admisible la punibilidad de conductas pacíficas, que no resultan lesivas para el ejercicio de derechos —aunque sí, tal vez, para el ejercicio antisocial de los mismos así como para la visibilidad de los resultados inhumanos de la valorización económica del territorio y los ámbitos vitales— que, por el contrario, estas acciones vienen a demandar la *plena efectividad de derechos sociales* que afectan, insistimos, al ámbito vital de las personas. Más allá de la inefectiva sintonía del legislativo con estas evidencias sociales, entendemos, desde un criterio estrictamente jurisdiccional, que el tratamiento adecuado del artículo 245.2. CP, debe hacerse de conformidad con los reiterados principios que deben presidir las actuaciones de la jurisdicción penal —intervención penal mínima, *última ratio*, fragmentariedad, proporcionalidad, adecuada protección de los bienes jurídicos, etc. En consecuencia, y bajo el análisis minucioso de la no concurrencia de determinados requisitos, debe producirse la absolución. Sobre todo lo expuesto, hay que recordar que —permaneciendo en

el ámbito jurisdiccional estricto— con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1 de enero del 2000) a través de la demanda interpuesta por precario —con los resultados tan efectivos como insatisfactorios ya apuntados—, hacen aún más desaconsejable si cabe, la contemplación de la punibilidad para el supuesto de la ocupación pacífica —¿se ha podido producir, como estima el fiscal jefe de Cataluña, tras la entrada en vigor de la LEC, una derogación tácita del tipo estudiado?

Pero la naturaleza de mi propuesta nos invita a ir más allá; recordando algunas conclusiones que, aun permaneciendo latentes, hay que explicitar. Pensemos, por ejemplo, en la aparente insensibilidad del legislativo para tan clamoroso síntoma social. El caso que estudiamos se convierte en un ejemplo de absoluta falta de democracia deliberativa; de debate sobre el supuesto que nos ocupa. Según Habermas (1993), en el reconocimiento público de una ley es condición necesaria, aunque no suficiente, que se haya debatido social y políticamente antes de su aprobación. La democracia participativa no puede quedar reducida, según este autor, a responder preguntas, sino a incorporar opiniones de ciudadanos y grupos, desde los procesos de decisión que comportarán posteriormente decisiones definitivas.

Pero éste es *el ámbito de legitimidad* que habitualmente se invisibiliza en las posiciones normativistas y ultrapositivistas. La democracia liberal que entiende el principio democrático como un elemento exclusivamente procedimental, agota las inmensas potencialidades de ese mismo principio democrático. La democracia liberal, se establece en incompatibilidad con una interpretación productiva y amplia del derecho y de los derechos los derechos. Estamos en el terreno de la soberanía democrática y del poder de iniciativa constituyente que sólo una concepción dinámica y amplísima de un derecho, que incorpore y exija el criterio democrático, puede legitimar y actualizar. Si la potestad jurisdiccional, por ejemplo, se ejercitase conforme a la interpretación literal del artículo 117.1. CE, podría creerse que es el principio de legalidad, y no el derecho, el que vincula e inspira la labor de interpretación, aplicación y, en definitiva, creación del derecho, también conforme a supuestos sociales de innovación, disenso y ruptura.

Uno de los supuestos que fundamentaron el derecho del moderno Estado liberal, fue su configuración como legalidad, y la separación de ésta respecto a la moralidad. Su consecuente positividad, determinaba su carácter funcional y útil para los poderes públicos, así como su desvinculación de la razón o la tradición. Además, de tal forma, se convertía en un instrumento particularmente idóneo para los continuos cambios legales. Es esta concepción, liberal-positivista, la que se torna ciega respecto a las dinámicas sociales. Considera al mercado como un perfecto mecanismo de asignación de recursos escasos, pero es incapaz de activar al Estado como un mecanismo de distribución de esos mismos recursos y, en consecuencia, de creación de específicos recursos normativos, de dirección social y política.

La referida falta de democracia, es el síntoma de la crisis del Estado Liberal: “el poder constituyen-

te, la innovación discontinua, están fuera del paradigma de la *democracia liberaldemocrática*, como también lo está el problema de los presupuestos materiales de la libertad de participar en el juego democrático: la seguridad de la propia vida y de la supervivencia en el trabajo —trabajo, seguridad social, etc.— y el control de la información imprescindible para orientarse en las opciones<sup>10</sup>. La conclusión obvia de una democracia tan deficitaria, no está sólo dada por el hecho de la falta de debate, sino porque a través de la ley penal, aflora su característico enconamiento represivo: lo que se hace es castigar a los disidentes o discrepantes con elementos del sistema legal vigente, de manera que, en lugar de tomar en consideración sus reivindicaciones y emprender vías de diálogo con los mismos —en tanto que sujetos de formas alternativas de participación política y socioeconómica—, se opta por la ficción de su inexistencia por la vía, tan contundente como falsa, de su erradicación penal.

Hay que concluir que esta forma de legislar incide en la aguda crisis representativa que hoy atraviesa el orden jurídico y social. La sociedad de los ciudadanos *fragmentados*, vive un distanciamiento real y creciente del Estado y los poderes públicos. No existen cauces reales que sean capaces de tomar en consideración las propuestas y demandas de aquellos: vivimos en un mundo peligrosamente escapista, que observa indiferente la grieta que se abre entre la legalidad y la legitimidad. Pero hay ideas-fuerza de legitimidad, que tienen notables dificultades para constituirse como referencias valorativas. Estos ciudadanos discrepantes, así como sus prácticas alternativas, proclaman una razón práctica: voluntad de significaciones múltiples: dignidad, subjetividad, igualdad, cualidades existenciales, potencias humanas creativas. Todo este espacio desborda la legalidad así como la mera efectividad del poder. Y, sin embargo, aspira a ser conocido, como *práctica constituyente*<sup>11</sup>: En la catástrofe urbana, aspiramos a lo legítimo como lo intenso del anhelo de paz, del deseo, del *legi intimus* que necesita *civitas*, y derecho que la normalice más allá de sus límites normativos.

En el caso estudiado se puede afirmar que el problema más grave no es la sobreprotección del derecho de la propiedad privada, sino la criminalización de acciones que cuestionan “significaciones imaginarias centrales del sistema capitalista” (Asens, 1999). Se estigmatiza aquello que cuestiona la escala de valores o que pone en entredicho el consenso formal; que ampara decisiones que materialmente distribuyen y organizan el control social. En este sentido, el Derecho penal se aleja de lo que debe ser realmente su función auténtica y se convierte en “un instrumento de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad, de conservación de la escala social vertical y de las relaciones de subordinación y explotación de una clase sobre la otra” (Zulueta, 1997).

No obstante lo anterior, es evidente que las prácticas de desobediencia política devienen, como se ha dicho, *práctica constituyente* que históricamente se han anticipado al derecho y han prefigurado los derechos, —los derechos laborales, entre otros muchos, son un ejemplo diáfano de ello, han venido siendo el resultado de prácticas desobedientes, con altísimos costes de todo orden para sus participantes—. Pero si la democracia no quiere quedarse en pura retórica y si los actuales poderes públicos quieren servir a lo recogido en la CE de forma más efectiva que la actual, debe posibilitarse la apertura real de vías y espacios: Aquí, observamos, una vez más, la separación entre políticas simbólicas, muy fuertes y una legalidad que, aspira a formalizarlas en la dirección del proceso productivo. Evidentemente, éste proceso es el que determina el contenido de los derechos, contenido que con harta frecuencia se disocia de la política garantista que se contempla en la norma constitucional. De esta forma —como se ha reiterado a lo largo de mi exposición— se ignoran imperativos constitucionales que, según el artículo 9.2. CE, vinculan a todos los poderes públicos y que, sin embargo, se trasladan y enmascaran, en el ámbito de la específica validez empírica del orden jurídico; en definitiva de sus prácticas distorsionadas y degradadas.

La judicialización de conflictos como éste, con márgenes estrechos, donde no hay cabida para un tratamiento en profundidad de la dimensión del problema y donde los actores no están, por ello, en un plano de igualdad, no puede seguir ostentando el monopolio de una resolución más fallida que efectiva y, sobre todo, inoperante a la hora de dar un derecho adecuado y justo a un movimiento social plenamente legítimo. Deben imaginarse y llevarse a cabo otras iniciativas, donde se parta de la valoración, en su caso, de lo practicado en los espacios ocupados, donde todos los sujetos participantes en los mismos puedan referir lo actuado en ellos y donde, además, sea el propietario ausente el que dé razones de su absentismo, y no a la inversa. Seguir privilegiando el abandono de propiedades, no resuelve el creciente problema de la vivienda y se enfrenta radicalmente con una visión integradora del texto constitucional.

Por ello, hoy es necesario finalmente, reiterar, una vez más, nuestra propuesta de despenalización de la ocupación. Más allá: amparar y tutelar las expresiones de la ciudadanía es una obligación, que pasa por ser capaz, como mínimo, de reconocer aquellas e integrarlas en su complejidad. Si el cauce del proceso civil no es el adecuado para solventar estas cuestiones, deben abrirse otros caminos que sí sean capaces de producir dicho reconocimiento. Ya hemos visto cómo la negociación y la legalización de espacios —entre otros posibles sistemas—, han reducido en países cercanos los desalojos forzosos y las consecuencias agravadas —el fruto exiguo de políticas represivas— que dejan intactos los problemas más graves que siguen existiendo. El acceso a la vivienda, la especulación, la ausencia de espacios para

<sup>10</sup> Barcellona, cit.1992;129.

<sup>11</sup> Iglesias, cit.2004.

la juventud y otros sectores sociales, o la creciente dificultad de la práctica real de democracia. Esta última exigencia sintetiza todas las conclusiones: recuperar la democracia, aspirar a lo común, exige, asimismo, recuperar las formas activas, fuertes, de participación política; y, en consecuencia, de reconocernos en los otros, a través de instituciones justas. Aquí, el derecho y sus intérpretes, deben abrir espacios, que se hallan cerrados y oscurecidos, a través de multitud de herramientas, que activen y ensanchen las virtualidades constitucionales y democráticas que se encuentran latentes en la forma social.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Obras, ensayos y manuales

- Asens, J. *Ocupación, represión y movimientos sociales*. Ed. Diatriba y Traficantes de sueños. Barcelona-Madrid. 2000.
- Asens, J. *La ocupación como disensión política y existencial*. L'opinió republicana. Barcelona, ACER. 1997.
- Adell Argilés, R. y Martínez López, M. (Coordinadores). *¿Dónde están las llaves? El movimiento ocupa. Prácticas y contextos sociales*. Ed. Catarata. Madrid. 2004.
- Baucells i Lladós, J. *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1997.
- Baucells i Lladós, J. *Ocupación, represión y movimientos sociales*. Ed. Diatriba y Traficantes de sueños. Barcelona-Madrid. 2000.
- Barcellona, P., "La ciudad homologada: la pérdida del confín", en "Postmodernidad y Comunidad: el regreso de la vinculación social". Madrid, 1992. (Trotta).
- Basols Coma, M., *Génesis del Derecho Urbanístico Español (1812-1956)*. Montecorvo. Madrid. 1973.
- Bobbio, N. *La crisis de la democracia*. Barcelona. 1985.
- Borja i Sebastián, J., "Notas sobre las transformaciones territoriales e institucionales en Europa". En VV.AA., *Metrópolis, territorio y crisis*. Asamblea de Madrid. Madrid. 1985.
- Castells, M., *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos*. Alianza Universidad. Madrid. 1986.
- Coca Payeras, M. *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*. Bolonia. 1987.
- Colombo, A. *Justificación de la desobediencia civil*. Centro de estudios democráticos, Instituto de Estudios comparados en Ciencias penales y sociales. Buenos Aires. 2001.
- Congreso de Diputados, *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*. I, II, y III. Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1996.
- Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A, nº 77-6 de 6 de marzo de 1995.
- Díez Picazo, L. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Vol. II. Tecnos. Madrid. 1986.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Cap. 8. Ed. Planeta Agostini. Barcelona. 1993.
- Estébanez Álvarez, J., "Los espacios urbanos". En VV.AA., *Geografía Humana*. Cátedra. Madrid. 1988.
- Fernández Buey, F. Riechmann, J. *Redes que dan libertad*. Barcelona. Paidós. 1995.
- Fernández Durán, R. *Globalización, territorio, y población. El impacto de la "europeización" sobre el espacio español*, en J. M. Naredo, F. Parra. 1998.
- Foucault, M., *Microfísica del Poder*. La piqueta. Madrid. 1978.
- García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid. 1982.
- Gimbernat, E. *Prólogo al Código penal*. Ed. Tecnos. 1996.
- González Ordovás, M.J., *Políticas y Estrategias Urbanas. (La distribución del espacio privado y público en la ciudad)*. Ed. Fundamentos. Madrid. 2000.
- Habermas, Jürgen. *Moralidad, Ética y Política. Propuestas y críticas*. Alianza Editorial. 1993.
- Habermas, Jürgen. *La desobediencia civil*. Ed. Leviatán. Barcelona. 1983.
- Hernández Gil, A. *La función social de la posesión*. Ed. Alianza. Madrid, 1969.
- Herreros y Salas, T. *El movimiento ocupa a finales del Siglo XX. Ocupación, represión y movimientos sociales*. Ed. Diatriba y Traficantes de sueños. Barcelona-Madrid. 2000.
- Hoerster, N. *Obligación moral y obediencia jurídica*. UNAM Diálogo. 1976.

- Huerta Tocildo, S. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas. Madrid. 1980.
- Lefebvre, H., *El derecho a la ciudad...* Ed. Península. Barcelona. 1978.
- Malem Seña, J. F. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Ed. Ariel. Barcelona. 1998.
- Martínez López, M. *Ocupaciones de viviendas y de centros sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos*. Ed. Virus. 2002.
- Mir Puig, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal*. Ed. Bosch. Barcelona. 1976.
- Mir Puig, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social, democrático y de derecho*. Barcelona. 1982.
- Muñoz Conde, F. *Derecho penal, Parte especial*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1996.
- Montesquieu, "Del Espíritu de las Leyes". Tecnos. Madrid. 1985.
- Negri, A., Guattari, F. *Las verdades nómadas. Por nuevos espacios de libertad*. Ed. Gakoa. Donostia. 1996.
- Quintero Olivares, G. en AAVV. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Aranzadi. Pamplona. 1996.
- Olivas, E. (dir.) *Problemas de legitimación en el Estado social*. Ed. Trotta. Madrid. 1991.
- Rawls, J. *Teoría de la justicia*. Cap. IV. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1979.
- Riesman, D. *La muchedumbre solitaria*. Paidós. Barcelona. 1981.
- Spinoza, B., *Ética*. Alianza. Madrid. 1987.
- Spinoza, B. *Tratado Político*. Alianza. Madrid. 1986.
- Tamarit Sumalla, J. M<sup>a</sup>. *La libertad ideológica en el Derecho Penal*. P. P. U. Barcelona. 1989.
- Ugartemendia, J. I. *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1999.
- Vidal i Marsal, S. *Ocupación, represión y movimientos sociales*. Ed. Diatriba y Traficantes de sueños. Barcelona-Madrid. 2000.
- Vidal i Marsal, S. *In-Justicia*. Ed. Angle. Barcelona, 2002.

### 2. Artículos e informes

- Álvarez Uría, Fernando. Revista *Viento Sur*. 27 de Septiembre de 1996.
- Anónimo. *Cuando hablamos de metrópoli queremos decir...* Archivos CSOA El Laboratorio. 1998.
- Anónimo. "Ocupaciones, centros sociales, nuevo código. Caleidoscopio del momento actual del movimiento". Revista *Contra el Poder*, nº 1. Madrid. 1998.
- Anónimo. "Debates sobre la autonomía. ¿Que es la autonomía?" Revista *Contra el Poder*, nº 2. Madrid, 1998.
- Asamblea de Ocupas de Barcelona. *Usurpa* Nº 3. Junio 1996.
- Asamblea de Ocupas de Barcelona. "Dossier ocupa" en *La Ilettra* A. Nº 49. Febrero-Marzo 1997.
- Baza de la Fuente, L. *El delito de usurpación no violenta en los proyectos de CP de 1992 y 1994* en C. P. C. N.º 57. EDESA. 1995.
- Bergalli, R. "Estrategias de control social y reforma penal", nº 27 de la revista *Mon Juridic*.
- Basols Coma, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978". *Revista de Derecho Urbanístico* nº 83 págs. 13-42. 1985.
- Borja i Sebastián, J. "Movimientos urbanos de las clases populares: movimiento reivindicativo, movimiento democrático, dualidad de poder". *Papers*, nº3 págs. 39-61. 1974.
- Brage Cendán, S. *El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles*. "El consultor inmobiliario". Septiembre. 2002.
- Bronzini, Giuseppe. *Disobbedire, disobbedire, disobbedire*. Global Project, 1 de abril del 2004 ([www.globalproject.info/art-663.html](http://www.globalproject.info/art-663.html)).
- Cano, E., "Formas, percepciones y consecuencias de la precariedad". Revista *Mientras Tanto*, nº 93 pp 67-83. Barcelona. Invierno 2004.
- Dirección General de Seguretat Ciudadana. Generalitat de Catalunya. *Informe sobre el moviment ocupa*. Inédito.
- Fernández Albor. *La supresión del delito de usurpación en el Derecho penal español. Una predicción fallida*. en Homenaje al Prof. Alfonso Otero. Santiago de Compostela. 1981.
- González, R. "Los movimientos por la ocupación. 20 años liberando espacios de la especulación del capital". *Monográfico sobre izquierda transformadora y movimientos sociales*. Revista *Mientras Tanto*, nº 91 y 92. Barcelona. 2005.
- Gómez-Morán y Cima, M., *Sociedad sin vivienda*. Fundación Foessa. Madrid. 1972.
- Iglesias Turrión, P. "Desobediencia civil y movimiento antiglobalización. Una herramienta de intervención política". *Revista telemática de Filosofía del derecho*, nº 5. 2002.
- Iglesias Turrión, P. "Un nuevo poder en las calles. Repertorios de acción colectiva del Movimiento global en Europa: El modelo de Berlín". En *Política y Sociedad*, en prensa, 2005.
- "Informe sobre la despenalización de la ocupación pacífica de bienes inmuebles". Comisión de defensa de los derechos de la persona del Ilustre colegio de Abogados de Barcelona. 1998.



Manzanares Samaniego, J. L. "La llamada usurpación pacífica" en *Actualidad penal*, nº 40. 1997.

Martín Serrano, M., Valverde, O. "Informe de la Juventud en España, 1996". Instituto de la Juventud. Madrid. 1996.

Miranda, Irina, "Asamblea okupa en Barcelona. ¿Qué pasó en el Princesa?" Revista *Ajoblanco*, nº 91 págs. 40-49. Barcelona. 1996.

Pisarelo, G. Aparicio, M. "La prohibición de desalojo arbitrario como contenido del derecho a una vivienda digna y adecuada". *Informe del Observatorio de derechos económicos, sociales y culturales*. Barcelona. 2002.

Ramonet, I. "Adiós a las libertades". *Le monde diplomatique*. Diciembre de 2001.

Secretaría General de Juventud. Generalitat de Catalunya. *El moviment ocupa a Catalunya*. Inédito.

Vergés, R. "Vivienda: el conocimiento de la demanda o la espera de Godoy". *Análisis Local*, nº 29. 2000.

Zulueta, E. "La ocupación no es un delito". *Ni hablar*, nº 20. Madrid. 1997.

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?\*

Javier HERNANDEZ GARCIA

### 1. DECISION JUDICIAL Y CIENCIA: UNA RELACION PROBLEMÁTICA

El creciente recurso a la ciencia como instrumento de determinación de los aspectos fácticos de la decisión judicial abre numerosas perspectivas de indudable interés, pero también da lugar a una serie muy amplia de problemas de difícil solución, algunos de los cuales todavía no son percibidos como tales por los participantes en los procesos jurisdiccionales donde se revelan.

Como apunte de partida, cabe identificar como más relevantes los siguientes: primero, el que atiende a la selección de conocimientos y métodos que estén de verdad dotados de fiabilidad o validez científica; segundo, el relativo al de la selección de los expertos más adecuados para la emisión de la opinión científica en el proceso; y tercero, no por orden de importancia, el atinente a la capacidad del juez para el uso decisional de los conocimientos científicos aportados al proceso, mediante los diferentes medios que integran el llamado cuadro probatorio.

Desde una aproximación personal, considero que, en nuestro país, no existe, en términos generales, un diálogo interdisciplinar que permita a los operadores jurídicos, especialmente a los jueces, aprehender la dimensión de los problemas apuntados. Sigue observándose, como destaca Damasaka, un problema de relación entre dos culturas<sup>1</sup>. Y lo que es más grave, la ya apuntada ausencia, generalizada, de conciencia del problema. La preocupación fundamental de los jueces en relación con la prueba científica sigue centrándose, por un lado, en los aspectos procedimentales de producción del medio probatorio y, por otro, en la juridificación de la valoración del resultado científico aportado mediante la aplicación de fórmulas generales (sana crítica, libre convencimiento, prudente arbitrio) y, en

el mejor de los casos, de cánones singulares (racionalidad conclusiva, cualificación del perito, claridad expositiva, ausencia de contradicciones internas o externas) que nada tienen que ver con las condiciones exigidas por el método científico para que una conclusión o hipótesis pueda ser tenida como aproximativamente fiable o segura<sup>2</sup>. Fórmulas valorativas cuya finalidad no es otra, en muchos casos, que la de intentar legitimar comportamientos sustancialmente elusivos de los deberes judiciales de motivación justificativa de los presupuestos de la decisión. Tales comportamientos traen su origen de una visión tradicional que concibe las relaciones entre ciencia y derecho como un intercambio a distancia, con identidades y metodologías no comunicantes<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Jasanoff, S, *La scienza davanti ai giudice*, Milano, Editorial Giuffrè, 2001, págs. 99 y ss. Dicha autora, profesora de Harvard y una de las máximas especialistas en todas las cuestiones que comporta el acceso de la ciencia al proceso, cita como ejemplo de dicha *metodología valorativa evasiva*, la decisión del juez federal Marvin Shoob, en el caso Wells v. Ortho Pharmaceutical Corporation (1985) sobre una reclamación de más de cinco millones de dólares por la que se sostenía que un espermicida producido por la Ortho había causado graves malformaciones a la hija de la Sra. Wells. El juez valoró el dictamen del doctor Buehler en los siguientes términos. "Durante el containterrogatorio mantuvo el mismo parecer expresado durante su deposición. Su detallada exposición de cómo llegó a excluir otras posibles causas demostró claramente que su opinión se basaba sobre un razonamiento atento y metódico y no era fruto de una conjetura: Su conducta como testimonio fue excelente: las respuestas a todas las preguntas lo fue de modo equilibrado, traduciendo los términos y los resultados científicos a un lenguaje común y comprensible y sin muestras de prejuicio o de querer favorecer a ninguna parte". Como se puede comprobar no hay ni una sola referencia valorativa a la tecnicidad o la científicidad de las conclusiones alcanzadas por el experto.

<sup>3</sup> En nuestro País destacan, por pioneras y valiosas, las aportaciones de Igartúa Salaverría, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid., Centro de Estudios Constitucionales, 2003, págs. 164 y ss; del mismo autor, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 155 y ss, 1995. Vid. también, Ansanelli, V, "Problema di corretta utilizzazione della prova scientifica", Milano, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, diciembre, 2002, n° 4; Taruffo, M, "Il Giuduzi prognostico del giudice tra scienza e prova scientifica", Bologna, *en Sui Confini, Scritti sulla Giustizia Civile*, 2002, pág. 329 y ss; del mismo autor, "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice", Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure civile*, 2001, pág 665 a 695; "Le prove scientifiche nelle recente esperienza statutense", *Revista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, 1996, núm 1; Estella, F, *Verità.*, "Scienza e Giustizia: la frequenza Medio-Base nella successione di eventi", Milano, *Revista Italiana de Diritto e Procedure Penale*, 2002, pág. 1215 a 1247.

\* El presente trabajo sirvió de base a la intervención que bajo el mismo título se abordó en el Curso *Ciència i Dret*, organizado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, dentro del Plan de Formación para Jueces y Magistrados, los días 5, 6 y 7 de octubre de 2005, en Tarra-gona.

<sup>1</sup> Damasaka, *Evidence law adrift*, New Haven-London, 1997, págs. 33 y ss.

Para dicha concepción tradicional, pero que sigue marcando buena parte de la labor jurisdiccional, la ciencia es considerada como una institución social independiente que determina con criterios propios los conocimientos que deben considerarse válidos, lo cuales sólo pueden ser recibidos de forma acrítica. La incorporación a la decisión judicial es tratada como una operación neutral consistente en la mera atribución de valor jurídico a los datos provenientes de la ciencia oficial.

No cabe duda, sin embargo, que la aparición, por un lado, de nuevos riesgos para la salud y el equilibrio medio ambiental de enorme importancia cuantitativa y cualitativa, y, por otro, el desarrollo del conocimiento científico que acredita la concurrencia de relevantes tasas de incerteza, constituyen factores que imponen la necesidad de superar dicho paradigma relacional.

Los jueces ya no pueden despreocuparse de la búsqueda de criterios de imputación que vayan más allá de la mera relación causal cuando de lo que se trata es de decidir sobre acciones de protección de los ciudadanos ante nuevos riesgos y tampoco pueden mirar a otro lado cuando, precisamente, el objeto decisional consiste en determinar lo que puede ser tenido como ciencia, o no.

El cambio de paradigma reclama asumir que la ciencia aparece como una institución socialmente dinámica, relacionada con otras instituciones en la definición de un orden que es al mismo tiempo epistémico y social. El derecho, como sistema institucional, ya no puede concebirse como un mero receptor pasivo de la ciencia, sino como un instrumento de interacción creativa en el sentido que utiliza y modifica los conocimientos científicos según las propias exigencias, estableciendo en ocasiones con gran libertad qué puede considerarse ciencia socialmente relevante, qué expertos son creíbles y cómo deben ser interpretados los datos científicos.

Los jueces deben percibir, como precondition de su función determinativa, que los expertos que acuden al proceso no son simples portavoces de un saber cierto y neutral, unánimemente compartido, sino sujetos que constituyen parte integrante del proceso decisional científico-político<sup>4</sup>.

En situaciones de incerteza científica previa, los jueces asumen un papel fundamental de determinación y de traslación social del conocimiento científico. Las decisiones judiciales se convierten, por tanto, en instrumentos activos de democratización y de control de reglas y de actuaciones que hasta hace poco aparecían severamente vigiladas y recluidas en un espacio al que solo podía acceder una elite social conformada exclusivamente por científicos y por las empresas o grupos económicos que patrocinan las investigaciones. No puede soslayarse que a los fines del derecho, la ciencia no es otra cosa que el resultado de los testimonios presentados en el curso del proceso y que la cualidad de tal ciencia depende, en gran medida, de la habilidad y de los

recursos de las partes que solicitan dichos testimonios de expertos.

El sistema judicial, con sus modos de utilizar la ciencia para resolver los conflictos técnicos, debe servir para crear y favorecer la comprensión de la ciencia y de la tecnología por parte de la sociedad en su conjunto.

Sin excesiva conciencia del fenómeno, los tribunales han producido nuevos equilibrios entre los diversos modos de comprender los conceptos de riesgo, beneficio, seguridad y daño, por parte de los expertos y los ciudadanos. Comprender y evaluar críticamente este desarrollo abre el camino a la discusión sobre las controversias más recientes en tema de ciencia y tecnología.

El nuevo paradigma reclama, obviamente, instrumentos de desarrollo. La utilización de la ciencia en el proceso que conduce a la decisión judicial sugiere la necesidad de mejorar la selección de los peritos, de introducir específicos cursos de formación en metodología científica para los jueces y de modificar los estándares sobre los cuales se califican como válidos los elementos probatorios de naturaleza técnica.

Pero mientras ello no llegue, no podemos desconocer que la realidad genera un evidente problema de desajuste entre los medios científicos utilizados, cada vez con mayor importancia, para fijar los hechos en el proceso y el modelo de determinación judicial.

Con el riesgo que implica toda generalización, puede afirmarse que en nuestro país no se ha reducido significativamente la distancia existente entre los esquemas culturales que usa el juez para la valoración fáctica y los presupuestos metodológicos con los que se forman las pruebas en cuestión.

El juez en un buen número de supuestos donde el componente científico de la decisión cobra un peso relevante sigue enfrentándose a los mismos desde el canon cultural del hombre medio, prescindiendo, por desinterés y desresponsabilización, de instrumentos epistemológicos y metodológicos de control de las inferencias científicas. Dicha sustancial y generalizada renuncia a todo control crítico de las conclusiones periciales, a las que el juez se adecua inmotivadamente o invocando razones aparentes, tiende a convertir la prueba científica en una suerte de prueba legal, cuya fuerza acreditativa *vive* o se *configura* fuera del proceso judicial e inmune al desarrollo del debate contradictorio. Ello, desde luego, resulta incompatible con los propios fundamentos del modelo de enjuiciamiento que reclaman del juez un discurso justificativo que atribuya de manera individualizada, primero, e integrada, después, valor reconstructivo, o no, a los diferentes medios que integran el cuadro probatorio. Dicha situación puede observarse con claridad en abundantes decisiones de los tribunales superiores españoles, los cuales aplican un estándar minimalista para la valoración y el control de la racionalidad y calidad cognitiva de la decisión del juez inferior basada en conclusiones

<sup>4</sup> Jasanoff, S, op. cit., pág. 17 a 48.

periciales técnico-científicas<sup>5</sup>. Dicho estándar, tan poco exigente, genera un evidente y vertical, hacia abajo, *efecto desaliento* sobre los jueces de instancias inferiores a la hora de exteriorizar, en términos de discurso, la justificación racional de sus conclusiones fácticas.

Desresponsabilización judicial que suele, de forma común, justificarse en la idea de que el juez no está obligado a conocer la ciencia que se le aporta pues precisamente por ello, por su propia ignorancia, se justifica la necesidad de acudir al perito encargado de suministrarle el conocimiento o las máximas de experiencia que no posee. Si ello es así, se aduce, mal puede el juez que no sabe controlar la inferencia o la conclusión científica que se le aporta.

A nuestro parecer, el anterior silogismo, ni es tal, ni la conclusión, de calificarse así, es aceptable. Es cierto, como afirma Taruffo<sup>6</sup>, que el juez no tiene la necesidad de poseer todas las nociones y las técnicas que requiere el científico para producir la prueba, pero ello no puede excusarle de la obligación de incorporar a su acervo cultural los esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica, a los efectos de la determinación del hecho.

Como se refiere en la importante sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, Caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals<sup>7</sup>, el juez tiene la obligación de asegurarse que la “ciencia” que se introduce en el proceso, como base para la fijación de los hechos, responda efectivamente a cánones de validez científica, controlabilidad y refutabilidad empírica, así como a un conocimiento y aceptación difuso por parte de la comunidad de científicos. El juez debe actuar de *gatekeeper*, admitiendo sólo aquella prueba científica cuya atendibilidad resulte metodológicamente segura<sup>8</sup>. El juez ha de distinguir la *ciencia buena* de lo que la doctrina norteamericana denomina *junk science* (ciencia chatarra o basura).

¿Bajo qué criterios o presupuestos debe actuar el juez, para desempeñar adecuadamente su deber de control valorativo de las conclusiones científicas necesarias para la fijación de los hechos del proceso? ¿Qué esquemas racionales de valoración son exigibles al juez? ¿Cómo puede favorecerse su asunción? ¿Existen condiciones para que se produzca un cambio de tendencia en la praxis jurisdiccional española?

En relación con la primera de las cuestiones, parece evidente, como verdadera precondition de un modelo racional de formación y ulterior utilización de la prueba científica, que los expertos que actúen en el proceso deben disponer de la necesaria y precisa

especialidad técnica y científica. El juez debe agotar las posibilidades de control sobre las condiciones de designación y no renunciar, como apunta Ansanelli, a un *diálogo instructivo* con las partes y con los respectivos expertos que le permita conocer todos los pasos del proceso de elaboración de la conclusión científica y el concreto sentido de los términos o fórmulas utilizadas<sup>9</sup>.

En cuanto a los *ítems* de validación judicial de las conclusiones científicas aportadas por los expertos al proceso, la experiencia norteamericana, a partir del caso Daubert, ofrece una interesante y sistemática guía de actuación que ha tenido reciente reflejo en la legislación procesal.<sup>10</sup> Así, se previenen tres simples y elásticos criterios de selección: a) que la conclusión científica tenga fundamento fáctico; b) que se hayan utilizado principios y metodología fiables c) que la conclusión sea aplicable a lo sucedido de manera verificablemente correcta.

El desarrollo de estas reglas básicas permite precisar las siguientes reglas específicas:

I. Para ser calificada una determinada aserción o inferencia como conocimiento científico, debe haberse elaborado de conformidad al método científico.

II. Como presupuesto básico de la fiabilidad, una conclusión científica ha de poder someterse a test. El status científico de una teoría viene determinado, como afirma Popper<sup>11</sup>, por su sometimiento a procesos de refutabilidad y de control. En el mismo sentido, Hempel sostiene que las afirmaciones que constituyen una explicación científica deben ser susceptibles de una verificación empírica.

III. La evaluación de la fiabilidad exige también la explícita identificación de una comunidad científica relevante y una expresa definición de un particular grado de aceptación interna en la misma.

IV. La aceptación difusa puede ser un factor importante para establecer la admisibilidad de una particular prueba. Sin embargo, una técnica conocida pero que disponga de un soporte mínimo en la comunidad científica puede ser vista con escepticismo.

V. En el caso de una particular técnica científica, los tribunales deben considerar la tasa conocida o potencial de error y resistencia, y ordenar la aplicación de estándares de control de la eficacia de la técnica.

VI. Ser conscientes de que las conclusiones científicas aportadas por los expertos mediante la prueba pericial adquieren, en la mayoría de los casos, un peso especial para la decisión, pero que también pueden provocar confusión y despiste debido a las dificultades para su evaluación. Por ello, el juez

<sup>9</sup> Ansanelli, V, op. cit. pág. 1351.

<sup>10</sup> *Amendments to the Federal Rules of Evidence – Communication from the Chief Justice, The Supreme Court of the United States Transmitting Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure that have been adopted by the Court (pursuant to 28 u.s.c 2072) Washington, 2000, págs. 41 y ss.*

<sup>11</sup> Un buen resumen sobre los modelos falsacionistas en la ciencia, en Lakatos, I., *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1970, pág. 9 a 72. Vid, también, Popper K.R., *Realismo y el objetivo de la ciencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

<sup>5</sup> De particular importancia sobre la cuestión, Zubiri de Salinas, F, “¿Qué es la sana crítica? la valoración judicial del dictamen del experto” en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n° 50, julio, 2004.

<sup>6</sup> Taruffo, M, *Senso comune, esperienza*, op.cit

<sup>7</sup> 61 USLW.4805, 113S.Ct.2786 (1993).

<sup>8</sup> Taruffo, M., *Il giudizio prognostico del giudice*, op.cit. págs. 340 y ss.

debe ejercitar un control mucho mayor que respecto a otros medios probatorios.

Las anteriores reglas de conformación/corrobora- ción constituyen buenos instrumentos para que el juez pueda realizar su labor de *custodio* de tal ma- nera que sólo lleguen al proceso opiniones dotadas de suficientes fundamentos teóricos para producir resultados correctos y, en consecuencia, pueda ex- cluir del cuadro probatorio aquellas opiniones cientí- ficas *basadas en conjeturas probablemente erra- das*, en los términos utilizados por el juez Blackmun en su voto concurrente en la sentencia Daubert<sup>12</sup>.

La utilización de dichas reglas reclama una apro- ximación sincera de las dos culturas y, en con- creto, la necesidad de que el juez no perciba como ajeno a su función los problemas epistemológicos en general.

El juez, como experto cualificado de la vida social, debe ser también consciente de los rasgos esencia- les que caracterizan el paradigma y el método cien- tífico del que, aunque parezca paradójico, no está tan lejos. De manera irremediable, y muchas veces inconsciente, los jueces se enfrentan, también, a los problemas epistémicos más graves como los de la incerteza, la verosimilitud y la correspondencia sufi- cientemente aproximativa. El derecho y la ciencia, en cuanto sistemas formales de indagación, tienen en común diversas características importantes. Cada una de las tradiciones sostiene la propia capacidad para valorar la prueba y deducir de las mismas con- clusiones racionales y convincentes. La fiabilidad de los observadores o la credibilidad de sus observa- ciones constituyen un aspecto de crucial importan- cia tanto para la indagación científica como para la judicial.

El juez debe abandonar concepciones iluministas de la valoración probatoria y debe admitir, con hu- mildad intelectual, que la motivación de sus resolu- ciones exige la justificación interna y externa de sus conclusiones. En ese espacio de justificación inter- na ha de dar cuenta de los presupuestos cognitivos de los que parte renunciando a posiciones de acrí- tica supremacía y autosuficiencia en la recepción del conocimiento científico en el proceso.

En todo caso, cabe prevenir también contra el riesgo de la *maximalización* de las conclusiones científicas que suponga, validada su fiabilidad, tras- ladarlas, sin más, a la decisión fáctica. El recurso a la ciencia no resuelve todas las dificultades que na-

cen de los aspectos metajurídicos y jurídicos del ra- zonamiento decisorio y de la fijación de los hechos en el proceso. No debe olvidarse que el dato cientí- ficamente contrastado constituye uno de los elemen- tos de la decisión, puede que el más importante, pero no es el único. El juez debe atender, también, a reglas de proporcionalidad, validez procesal y, no en pocas ocasiones, a criterios o presunciones éticas o morales<sup>13</sup>. El juez no puede, bajo el falso paraguas de la tecnicidad de la conclusión pericial, huir de la construcción argumental de su decisión sobre los hechos.

¿Cómo puede favorecerse que el juez incorpore los esquemas racionales que le permitan desarrollar adecuadamente su papel de *gatekeeper* respecto a la ciencia que pretende acceder al proceso?

A mi parecer, tres son los factores que pueden propiciarlos.

El primero, que los jueces perciban, al menos, el problema y la dimensión grave del mismo.

El segundo, promover políticas y planes de forma- ción judicial especializada tanto en cuestiones epis- temológicas en general como en determinadas ma- terias técnico-científicas de singular impacto en la labor de los tribunales.

El tercero, favorecer la búsqueda de espacios de reflexión pluridisciplinar que permitan, por un lado, el descubrimiento por parte de los jueces y de los científicos de puntos de convergencia comunes y, por otro, la superación de los problemas de len- guaje.

## 2. EL ACCESO DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICO AL PROCESO

Como apuntábamos al principio de estas notas, uno de los problemas más importantes que sugiere el creciente empleo de la prueba científica para la determinación de los hechos del proceso es el rela- tivo al de la *calidad y la selección de los expertos* que han de facilitar al juez las máximas de la expe- riencia técnica-científica de las que no dispone y re- sultan necesarias para la toma de decisión.

Las reglas de selección de expertos y de acceso al proceso de la información pericial son distintas según la naturaleza del conflicto y del tipo procedi- mental en que se produzca, lo que permite destacar, como primera conclusión, una poco justificada dua- lidad de principios inspiradores.

### 2.1. El acceso al Proceso Civil

La Ley de Enjuiciamiento Civil parte, como *prin- cipio fundacional*, de una hipertrófica concepción del principio dispositivo que le lleva a suprimir, casi de manera absoluta, toda facultad inquisitiva del juez en la determinación de los hechos rele-

<sup>12</sup> La Corte afirmó enérgicamente el poder discrecional de los jueces de examinar y de valorar las pruebas de naturale- za científica. Para ello reafirma la necesidad de aplicar un doble estándar. El primero, el de la regla *Peer Review* o la necesidad de que la conclusión científica aportada por los expertos venga generalmente aceptada por la comunidad científica de que se trate. Segundo, la necesidad de que la eva- luación del dato científico por los jueces se aborde según los métodos considerados aceptables por los propios científicos. Los principios que se decantan, arriba enunciados, muestran la intención de la Corte Suprema de conjugar la tesis falsacionista de Popper por la cual solo puede considerarse ciencia al resultado de decantar las afirmaciones erróneas o falsas, con la sociología de la ciencia constructivista según la cual el conocimiento se acumula mediante la negociación del con- senso entre los miembros de la comunidad científica.

<sup>13</sup> Casos paradigmáticos son los referidos a problemas de dis- ponibilidad vital en supuestos de enfermedades irreversibles. Vid, por su particular interés, STEDH de 29 de abril de 2002, Caso Pretty,

vantes para la decisión. La nueva regulación se separa, sin excesivo fundamento, de las tendencias de derecho comparado y revela confusión entre el plano material y formal del referido principio<sup>14</sup>. En efecto, si bien de conformidad a su dimensión material parece razonable afirmar que en el proceso civil es la parte quien ostenta un poder exclusivo para reclamar la tutela jurisdiccional y fijar el objeto del juicio, mucho más discutible es que desde el plano formal-procesal del principio dispositivo se justifique que el juez también debe estar vinculado a la técnica de desenvolvimiento interno del proceso y a los instrumentos de convencimiento judicial elegidos por las partes. En efecto, un ordenamiento jurídico moderno no puede pretender que el órgano jurisdiccional se desinterese cuando de lo que se trata es de la técnica de ejercicio del poder, del desarrollo su propia función cognitiva. Como afirma Cappelletti<sup>15</sup>, el juez debe ser imparcial respecto a la acción y, por consiguiente, en relación con el derecho ejercitado y el acto de hacerlo valer, pero no respecto al proceso ni tanto menos respecto al juicio ni a la justicia de la decisión. En el mismo sentido, Chiovenda, en la relación al proyecto de Código Procesal elaborado por la comisión que el mismo presidía, apuntaba que el juez, salvo los límites expresamente establecidos en la ley, debe disponer de cuantos medios sean necesarios para clarificar la verdad de los hechos y asegurar para la causa una decisión conforme a la justicia. Como sostiene Barbosa de Moreira<sup>16</sup>, cuando el juez determina la realización de una prueba difícilmente puede prever con seguridad a cual de los litigantes le será favorable. El juez debe ser imparcial respecto a la acción y, por consiguiente, respecto al derecho ejercitado y al acto de hacerlo valer pero no respecto al proceso ni tanto menos respecto al juicio, esto es respecto a la justicia de la decisión.

La neutralidad del juez no debe impedirle desear que la sentencia sea justa, en términos distributivos, es decir que venza el litigante que lo merezca. La opción del legislador español, al excluir casi de manera total toda iniciativa probatoria del juez, se contraponen al modelo de juez activista del proceso socialmente orientado que es el que compatibiliza mejor con la propia dimensión social del Estado Constitucional. El denominado por Cappelletti *modelo de justicia de colaboración entre el juez y las partes*.

Precisada la objeción ideológica a la nueva regulación, cabe apuntar que, a mi parecer, los mecanismos de nombramiento de peritos y de introducción de sus conclusiones en el proceso quedan muy lejos de las necesidades funcionales de asegurar que

el juez contará con instrumentos eficaces para poder rechazar la *ciencia basura* y llegar a una solución técnicamente adecuada en los conflictos cuyo objeto sea, precisamente, decidir *con ciencia o decidir qué es la ciencia*.

El principio general consagrado en el artículo 336 LEC supone la privatización del proceso de selección de los peritos y la previa indeterminabilidad judicial del objeto pericial, al establecer que son las partes las que deberán aportar con los respectivos escritos de alegaciones los informes periciales, en forma de dictámenes, cuando estimen que para valorar los hechos o circunstancias en el asunto resulta necesario que el juez disponga de determinados *conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos* (art. 335 LEC).

Junto al riesgo cierto de privatización, la regulación también desincentiva el método acusatorio o adversarial de acceso al conocimiento científico en cuanto establece que la aportación con los escritos puede resultar un mecanismo suficiente de introducción del dictamen en el cuadro probatorio del que dispondrá el juez para adoptar la decisión, si bien, con carácter facultativo, puede solicitarse por las partes u ordenarse de oficio por el propio juez que el perito comparezca a la vista del juicio, donde podrá someterse a aclaraciones tanto por las partes como por el juez, siempre que no se amplíe el objeto del dictamen acordado (art. 347 LEC).

Como régimen especial se prevé, en los supuestos de insuficiencia de recursos de alguno de los litigantes o en aquellos casos en los que el demandante o demandado lo consideren conveniente o necesario para sus intereses y lo pretendan en sus escritos iniciales, que el juez designe al perito. Para ello deberá acudir a las listas *ad hoc* confeccionadas por las diferentes corporaciones o entidades análogas que agrupen a los expertos en una determinada materia. Las designaciones deben realizarse por orden correlativo a partir de la primera designación anual que deberá realizarse por sorteo. Se limita, como regla general, el número de designaciones a un solo perito (art. 339.6 LEC), sin que puedan establecerse filtros previos de competencia ni de controles sobre la relevancia especializada de la formación del perito designado.

La ley, a mi parecer, se despreocupa del necesario control eficaz de las condiciones de cualificación profesional del perito, priorizando un principio de "neutralidad" en el proceso de designación que puede llegar a contradecir, frontalmente, las propias finalidades de la prueba pericial. Y comporta, además, un riesgo esencial cual es la no protección eficaz de las partes económicamente débiles, sobre todo cuando de lo que se trata son de acciones de consumidores emprendidas contra grandes empresas o corporaciones o contra profesionales que cuentan con amplios y cualificados mecanismos de defensa y de recursos para promover dictámenes periciales.

El régimen general de la prueba pericial se extiende a la regulación relativa a la tacha de peritos judicialmente nombrados y a los deberes de las partes de proveer de los fondos necesarios para que el pe-

<sup>14</sup> Como ejemplo significativo, en EE.UU, la regla 706 de las *Rules of Evidence* del sistema federal, que permite el nombramiento de oficio de expertos, es utilizada por el 29% de los jueces y el 76% afirman su utilidad, entre otras finalidades para asegurar la imparcialidad de la decisión.

<sup>15</sup> Cappelletti, M., *Principio Dispositivo e interrogatorio della parte*, Milano, Editorial Guiffré, págs. 21 y ss

<sup>16</sup> Barbosa Moreira, J.C., "A função social do processo civil moderno e o papel do Juiz e das partes na direção e na instrução do processo", *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1986, Volume 49, págs 51 a 68.

rito pueda realizar adecuadamente el dictamen que se le encomienda.

El cuadro de la regulación de la prueba pericial se completa con algunas especialidades.

En primer término, y tal como se previene en el artículo 340 LEC, cabe acudir, por razones de especialidad, a academias e instituciones culturales y científicas para que puedan emitir dictamen.

En segundo lugar, cuando a propuesta de alguna de las partes el juez practique el reconocimiento judicial de algún lugar, objeto o persona, la Ley le faculta de manera excepcional para que de oficio ordene la presencia en el acto del reconocimiento de alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 354 LEC). Vía legal que pudiera abrir, en efecto, mejores vías cognitivas de acceso a la información científica relevante, y cuya realidad en la práctica procesal no ha sido estudiada de forma rigurosa.

En tercer lugar, y como mecanismo integrativo del cuadro probatorio, se previene, bajo la fórmula institucional de *diligencias finales*, la facultad de ordenación de nuevas pruebas sobre hechos relevantes siempre que con anterioridad las partes hubieran solicitado la práctica de medios probatorios que, no obstante, hubieran resultado ineficaces para la acreditación por causas ajenas a la voluntad y diligencia de las partes proponentes. Parece que el legislador, en el último suspiro procedimental, no quiere que el juez se desentienda de la justicia distributiva de la decisión cuando el fracaso de la actividad acreditativa no puede reprocharse a las partes.

El cuarto mecanismo viene referido al reconocimiento, en fase de audiencia preliminar (art. 429 LEC), de una facultad al juez de *excitación probatoria*, mediante la posibilidad de que aquel informe a las partes del riesgo de déficit de acreditación de algunos de los hechos controvertidos, atendiendo a las pruebas propuestas, pudiendo indicar medios de prueba concretos que resultarían convenientes, si bien su admisión y práctica queda condicionada a la asunción por las partes de dicha *sugerencia*. La complejidad y, aparente, asistematicidad de la fórmula puede, no obstante, en su supuestos probatorios complejos relacionados con litigios técnico-científicos convertirse en una vía conveniente de enriquecimiento del cuadro probatorio que reclama, obvio es decirlo, un cierto *compromiso ideológico* del juez.

La incoherencia ideológica del modelo de acceso de la pericial al proceso se patentiza respecto a procesos relativos a cuestiones de familia, patria potestad, filiación, estado civil e incapacidad. La dimensión pública de los intereses litigiosos justifica, para el legislador del año 2000, que el juez no disponga de trabas para la determinación de los hechos relevantes. De ahí que se prevea una cláusula especial (art. 339.5 LEC) por la que se establece la facultad de oficio para nombrar peritos, en relación con ese tipo de procesos. La pregunta que surge es obvia: ¿acaso en estos procesos no es exigible la misma *tasa* de imparcialidad y neutralidad judicial que para el resto de los procesos civiles declarativos o constitutivos?

¿Puede justificarse, desde elementales exigencias de racionalidad teleológica y sistemática, que dicha ratio —la preservación de la imparcialidad— sirva para cercenar facultades probatorias de oficio en el resto de los procesos civiles?

La regulación probatoria de los procesos especiales nos sirve para afirmar que el legislador se confundió, con consecuencias difícilmente reparables, al utilizar valores decisionales que nada tienen que ver con los valores que deben regir los procesos de toma de decisión.

Frente a la rigidez neoliberal de los mecanismos de acceso de la información técnica al proceso, mediante los mecanismos de designación de peritos, la Ley, sin embargo, empatiza con las finalidades de garantizar una adecuada recepción de la información relevante al regular los mecanismos de práctica probatoria. Además de las amplias potestades de aseguramiento de la práctica de los medios admitidos, se previene la facultad del juez de interrogar a las partes para la aclaración o adición de algunos extremos del objeto de prueba, que se extiende tanto a los testigos como a los peritos. Dicha posibilidad constituye, sin duda, la garantía más importante para que el juez pueda tomar una decisión cognitivamente sólida.

El sistema adversarial, integrado por la actividad indagatoria *ad clarificandum* del juez, puede servir como vía para la implementación de estándares que aseguren que sólo la *buena ciencia* puede acceder al cuadro probatorio, lo que reclama una decidida voluntad participativa del juez y, obviamente, una especial preparación del interrogatorio.

Los problemas de metodología, de lenguaje, de validación de la preparación especializada del perito, de tasas de verificación/refutación, pueden y deben, a mi parecer, ser asumidos como objetivos informativos por el juez en garantía de la función decisoria que asume.

Es obvio que ello sólo puede producirse desde la asunción cultural de sus deberes informativos, desenterrando falsos miedos sobre la infracción de principios marco como los de neutralidad e imparcialidad que el legislador ha desfigurado de forma, muy probablemente, consciente. El juez del interrogatorio no es menos imparcial porque interroga mucho ni tampoco porque el contenido de su interrogatorio tenga por objetivo validar epistémica y metodológicamente las conclusiones aportadas por el perito. Precisamente esa es la función que le incumbe. Al no hacerlo convierte la neutralidad en instrumento al servicio de los intereses de las partes, no siempre coincidentes con la mayor justicia de la decisión que se pretende.

## 2.2. El acceso al Proceso Penal

En el procedimiento criminal cabe distinguir, en cuanto a los mecanismos de nombramiento de peritos y de acceso de sus dictámenes al proceso, entre la fase previa o de investigación y la fase de enjuiciamiento o plenaria.

En la primera, el juez dispone de amplias facultades tanto para determinar la oportunidad de la diligencia pericial como para el nombramiento del perito. La ley distingue, en razón del tipo de procedimiento, el número de peritos que deben ser designados.

En el proceso por delitos de especial gravedad, aquellos cuya pena puede superar los nueve años de prisión, la Ley (art. 459 LECrim) prevé la necesidad de que al menos sean dos los peritos designados; en los demás procedimientos por delitos menos graves (art. 762 LECrim) basta la designación de un solo perito. No obstante, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha interpretado la exigencia de la doble designación no como una condición de orden público o *ad solemnitatem* para la producción del dictamen, sino como una exigencia epistémica que permite otorgar, presuntivamente, una mayor fiabilidad a las conclusiones conformes emitidas por los dos expertos designados. De ahí que en aquellos supuestos en los que se ha incumplido el requisito de la doble designación la consecuencia no sea la inutilizabilidad o la anulación de la prueba pericial, trasladándose la cuestión a un estricto problema de valoración del medio probatorio<sup>17</sup>.

El juez debe fijar el objeto de la pericia y establecer las condiciones de producción del dictamen, sin que los peritos designados puedan declinar la obligación, a salvo por causas justificadas a valorar por el propio juez de instrucción. Es obligación del juez, facilitar a los peritos los medios materiales necesarios para la realización del informe, a cuyo fin se previene en el artículo 485 LECrim que reclamará, en su caso, de las administraciones que adopten las medidas oportunas.

Las partes, tanto las acusaciones como el imputado, tienen derecho a la intervención en el desarrollo de la prueba pericial y, en particular, a contradecir las conclusiones contenidas en el dictamen, formulando todas las preguntas u observaciones que resulten pertinentes. Asimismo, la Ley les concede la facultad de proponer el nombramiento de un perito determinado para que participe con el perito designado de oficio por el juez en la elaboración de la prueba pericial. La designación de los peritos a instancia de las partes deberá realizarla, también, el juez de instrucción.

La Ley previene una suerte de formato o estructura expositiva a la que debe responder el informe: la descripción de la persona o de la cosa que sea objeto de pericia, relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado y las conclusiones que, en vista de tales datos, formulen los peritos *conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte* (art.478 LECrim).

La regulación se completa con un cuadro de incompatibilidades y causas de recusación basadas, fundamentalmente, en menoscabos de imparcialidad derivados de las relaciones previas del perito designado con las partes del procedimiento.

Junto al régimen general de la prueba pericial producida en fase instructora, la Ley previene regulaciones específicas (arts. 343, 350, 356 LECrim) en aquellos supuestos en los que el objeto de la pericia sea determinar la causa de la muerte y la naturaleza de las lesiones, en particular si en su origen cabe identificar sustancias químicas. En estos casos, la ley decimonónica pone especial énfasis en que los peritos ostenten títulos de especial cualificación<sup>18</sup>. Por último, las reformas aceleradoras de 2002 han introducido una suerte de regla de producción de prueba pericial con valor preconstituido, de escasa calidad contradictoria, en relación con informes emitidos por los gabinetes policiales especializados cuyo objeto sea la determinación analítica de sustancias tóxicas aprehendidas (arts. 788. 2º, inciso segundo, y 796.6º LECrim).

En fase de plenario o de juicio oral la pericia puede consistir en la reproducción l del dictamen elaborado por los peritos durante la fase instructora o bien puede consistir en la práctica de una nueva pericia, lo que reclamará la proposición de peritos y la previa designación por el tribunal. En todos los casos, el *adversary sistem* que rige la producción de los medios probatorios en el acto del juicio oral, reclama la oportunidad para que las partes, de forma cruzada, puedan contradecir las conclusiones de los expertos y formular las observaciones que entiendan oportunas, siempre que el tribunal no las descarte por improcedentes o inconducentes. Excepcionalmente, el tribunal conserva una limitadísima facultad de iniciativa probatoria en aquellos supuestos en los que, ante la ausencia de diligencias de prueba solicitadas por las partes, el tribunal estimare necesario la práctica de algún medio probatorio para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729.2 LECrim).

No obstante, al igual que el procedimiento civil, la clave adquisitiva del material fáctico suministrado por los expertos reside en las posibilidades que el tribunal tiene para pretender la aclaración. Ello plantea un problema de especial alcance sobre las facultades indagatorias de oficio y su compatibilidad con el principio de la imparcialidad judicial concebido como límite. A diferencia de otros ordenamientos en los que los tribunales adquieren un papel protagónico en la búsqueda de la prueba plenaria<sup>19</sup> (Alemania, Francia, Noruega, Holanda), en nuestro país dicha facultad se constriñe, como hemos indicado, a la búsqueda exclusiva de la aclaración posterior al interrogatorio de las partes<sup>20</sup>. Decisiones recientes

<sup>18</sup> Por ejemplo, el art. 356 LECrim exige como criterio general que los peritos ostenten el grado de doctor y sólo a defecto, se previene la posibilidad de designación de licenciados.

<sup>19</sup> Un buen resumen de la cuestión de las facultades indagatorias del juez en el acto del juicio, en particular en Holanda, Alemania y Noruega, en PIZZI, W, *Juicios y mentiras*, Madrid, Editorial Tecnos 2004, págs. 119 a 142.

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional. La STC 188/2000, precisa «en la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad

<sup>17</sup> SSTS 15/3/97, 23/5/2001



del Tribunal Supremo<sup>21</sup> han vuelto a incidir en la idea de la autorestricción fuerte, en el uso muy moderado de dichas facultades, bajo la invocación del riesgo de lesión del derecho al juez imparcial.

De nuevo, creo, vuelven a confundirse los planos. Una cosa es el acusatorio, con la ineludible carga de proponer las pruebas tendentes a la acreditación de los hechos de la acusación que le incumben a la parte que los afirma, y otra muy diferente es que el juez de la decisión renuncie a obtener la mayor y mejor información probatoria, siempre, claro está, que ello no suponga subrogarse en la función o en las cargas probatorias que incumben a las acusaciones.

Ante la prueba pericial científica el juez no puede mostrarse pasivo cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o las bases metodológicas de las mismas. A mi parecer, en estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada. El juez no puede permitir que la ciencia transite sin control cognitivo alguno por el proceso.

Cabe contraargumentar que el método adversarial sirve de forma suficiente para depurar la fuente probatoria de elementos distorsionadores pero ello sabemos que no siempre es así. El proceso adversarial, como proceso de partes, garantiza el sometimiento de la fuente probatoria a determinados estándares de validación, pero no permite, en todo caso, afirmar que la pasividad del juez constituye una consecuencia necesaria de su adecuado desarrollo<sup>22</sup>.

Los defensores del adversarial puro afirman que éste reclama un juez silente, encargado exclusivamente de ordenar la adecuación procedimental del debate, y suelen poner como ejemplo el modelo de adquisición probatoria norteamericano donde

---

procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la finalidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el artículo 729.2 LECrim, no puede considerarse "per se" lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propio (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria "ex officio iudicis" prevista en el artículo 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto».

<sup>21</sup> STS 23.2.2005. Ponente, Giménez García.

<sup>22</sup> En la doctrina norteamericana se han alzado algunas voces críticas contra la hipertrófica vigencia del adversarial como único método de acceso de la prueba al proceso y, por consiguiente, al cuadro probatorio del que dispone el juez para tomar una decisión. Marvin Frankel sostiene que "todos somos conscientes que el modo en el cual utilizamos muchas de las reglas y de los mecanismos del proceso acusatorio no miran a adquirir la verdad, sino sobre todo a esconderla... En las manos de las partes, el mismo proceso utiliza la verdad a modo de conveniencia o como un subproducto o una aproximación accidental", concluyendo en todo tiempo y en un notable porcentaje de las causas, verdad y victoria se han revelado como recíprocamente incompatibles", en "The Search for Truth: An Umpireal View", *University of Pennsyl-*

el juez, en efecto, se sitúa como mero árbitro del debate probatorio. Pero como expone de forma convincente Nobili<sup>23</sup>, y confirman Garapon y Papadopoulos<sup>24</sup>, no puede olvidarse la diferente perspectiva que condiciona la actuación del juez anglosajón. Este es el señor del proceso, pero no de la decisión, la cual se transfiere al jurado, en condiciones decisionales casi incontrolables, en términos cognitivos. Dicha disociación entre corte y jurado tiende a producir la neutralidad del juez angloamericano.

No es fácil afirmar que al juez del common law no le importe la justicia de la decisión que se alcance pero sí creo que puede apuntarse que le importa mucho más la equidad del proceso que desemboca en aquella.

La posición del juez continental es muy diferente. El proceso y la decisión le competen de forma primaria, aún en el proceso por jurados, donde el artículo 70 LJ le obliga, incluso, a *armar* argumentalmente la decisión del tribunal de ciudadanos, con peligrosas ampliaciones del contenido de dicho deber en la más reciente jurisprudencia<sup>25</sup>.

La indagación informativa del tribunal, sobre todo en relación a la prueba científica, siempre que no comprometa las cargas de aportación probatoria que incumbe a las acusaciones, constituye una exigencia del modelo de adquisición que deja incólume el principio-deber de imparcialidad.

### 3. CONCLUSION

Si el juez es el actor de la decisión, ya sea en el proceso penal como en el civil, resulta difícil negarle una posición activa en la búsqueda de la información relevante, sin que ello suponga, desde luego, desplazar las funciones que el principio acusatorio o dispositivo, en su caso, se encarga de distribuir entre las partes del proceso.

Como apuntábamos, la imparcialidad no se pierde porque se pretenda la mayor y mejor información del perito. La imparcialidad es un valor endo-procesal y extraprocesal cuya preservación o lesión

---

*vania Law Review* 123, 1975, pág. 1036. Otros autores insisten en la insuficiencia del modelo acusatorio, afirmando Brett que "no hay ningún motivo para presumir que la verdad emerja en un proceso de common law, porque el procedimiento acusatorio está construido para permitir a las partes ocultarla a los tribunales", en *The implications of science for the law*, MacGill Law Journal 18, 1972, pág. 187. Algunos propugnan la necesidad de atender a los modelos europeos de búsqueda de la verdad a partir de la intervención probatoria de los tribunales, Langbein, J.H., *Restraining Adversary Involvement in the Proof of facts: Lessons from Continental Civil Procedure*, Cornell Law School, 1985, pág.2; referencias en Jasonoff, op cit, pág. 87-88 y 117-118.

<sup>23</sup> Nobili, M., "Verità e Dibattimento", en *Scenari e trasformazione del Processo Penale*, Padova, Editorial, Cedam 50 a 59, 1998, donde expone el cambio normativo radical operado por el Codice di Procedura Penale de 1989, donde se excluye el examen directo del testigo y del perito por parte del juez que regía en el modelo anterior, sustituyéndolo por el método adversarial, precisando la aparición de mecanismos de *interrogatorio cruzado a tres* (juez, acusación y defensa), debido a la resistencia de muchos jueces a aceptar un método que reputan privatizador de la búsqueda de la verdad.

<sup>24</sup> Garapon, A y Papadopoulos, I., *Juger en Amérique et Juger en France*, Editorial Odile Jacob, París, págs. 96 y ss, 2003

<sup>25</sup> STS 23.12.2004, Ponente, Monterde Ferrer

depende de otros factores con mucha mayor carga de lesividad que la que se deriva de la indagación plenaria.<sup>26</sup>

Para concluir apuntar que, a mi parecer, la fundamental debilidad del modelo de acceso al conocimiento científico en el proceso reside, precisamente, en que sólo se abordan, aún de manera parcial, los aspectos procedimentalistas quedando al margen todas las cuestiones relativas al método científico de elaboración de los informes y las que atañen al valor de las conclusiones desde estándares propios de la comunidad científica que

son las únicas que pueden permitir que el juez actúe verdaderamente como *peritus peritorum* en el momento de la decisión final, donde debe hacer uso del conocimiento técnico-científico aportado por los expertos<sup>27</sup>.

Como bien destaca Ansanelli<sup>28</sup>, ello ha desembocado en una *intensa aceptación acrítica por parte del juez de los resultados ofrecidos por el experto técnico*, lo que resulta incompatible con las exigencias cognoscitivas del razonamiento probatorio que se derivan del modelo constitucional de enjuiciamiento.

---

<sup>26</sup> SSTC 188/2000, 39/2004, 41/2005.

---

<sup>27</sup> Ansanelli, op.cit, pág. 1351, “*resulta igualmente censurable el tendencial desinterés por el desenvolvimiento de la práctica pericial hasta el depósito del dictamen que se traduce frecuentemente en la adquisición sin contradicción del material probatorio que resulta decisivo para la definición de la controversia*”.

<sup>28</sup> Ansanelli, op. cit. pág. 1351.

# Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos

Marina GASCON ABELLAN

## 1. VALORACION RACIONAL, GRADO DE PROBABILIDAD Y ESTANDARES DE PRUEBA OBJETIVOS

Frente a ciertas concepciones de la prueba para las que el proceso no debe estar orientado a la verdad sino primaria y exclusivamente a la resolución del conflicto, doy aquí por supuesto que, por muchas razones, el proceso (o más en concreto la prueba) debe orientarse a averiguar la verdad. Sin embargo, el conocimiento de hechos que tiene lugar en la prueba judicial es imperfecto o relativo, lo que obedece básicamente a dos tipos de razones. De un lado, razones institucionales: la prueba judicial, en cuanto actividad encaminada a averiguar la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es una actividad libre, sino que se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y cauces institucionales que muchas veces limitan y otras claramente impiden la consecución de ese objetivo. De otro lado, razones epistemológicas: el razonamiento probatorio está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en prejuicios. Por las razones señaladas no puede suponerse que los resultados de la prueba garanticen la certeza absoluta, sino sólo un cierto “grado de certeza”, o de probabilidad, sobre la verdad del enunciado probado. En definitiva, los resultados alcanzados en la prueba de un enunciado sólo pueden expresarse en términos de probabilidad<sup>1</sup>. Lo anterior, claro está, no significa que los resultados de la prueba no puedan tratarse como verdaderos; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una prueba rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que en sentido estricto lo más que puede decirse es que la prueba concluye con una *hipótesis*, un enunciado que aceptamos como verdadero aunque no sabemos si lo es o no, y que *el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación*.

De hecho esta es la tarea a la que se enfrenta una *valoración racional*, es decir, una valoración que se desarrolla conforme al principio de libre convicción, pero interpretando ésta no como convicción libérrima sino guiada por reglas racionales: si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e infor-

maciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera. Por eso la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de *medir la probabilidad*. Y por eso el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad.

Es en este contexto de valoración racional donde adquieren sentido y relevancia los estándares de prueba (en adelante SP), que son los *criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho*; o sea, los criterios que indican *cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe*. Teniendo en cuenta que esto ocurrirá cuando el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente, la construcción de un SP implica dos cosas: a) en primer lugar implica decidir *qué grado de probabilidad o certeza se requiere* para aceptar una H como verdadera; b) en segundo lugar implica *formular objetivamente* el SP; es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido. Y conviene enfatizar este último punto: un SP debe ser formulado conforme a criterios “objetivos”, pues un SP subjetivo, por ejemplo la *intime conviction*, no es en absoluto un SP. Para que un SP tenga sentido debe poder expresarse mediante un criterio controlable.

Los SP se insertan pues en un proceso de valoración racional. Más exactamente, cumplen dos funciones. Una función *heurística* primero (en cuanto guías de una valoración racional): el SP es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa. Y una función *justificadora* después (en cuanto criterios para la motivación): el SP es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria.

## 2. NIVELES DE EXIGENCIA: EL SP COMO INDICADOR DEL GRADO DE PROBABILIDAD EXIGIBLE

La primera de las cuestiones implicadas en la construcción de un SP (*¿qué grado de probabilidad o certeza se requiere para que pueda darse por probado un hecho?*) no puede responderse de una manera concluyente, pues no sólo depende de consideraciones epistemológicas sino también, y sobre todo, de cuestiones de *policy*.

Desde una perspectiva *epistemológica* cabe decir que la racionalidad exige un *grado de probabilidad mínimo* del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional.

<sup>1</sup> He argumentado ampliamente sobre esta cuestión en *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*, Madrid, Marcia Pons., 2ª ed. 2005.

Ese grado mínimo lo constituye la *probabilidad prevalente*, que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en el proceso civil. Según el estándar de la probabilidad prevalente (en adelante SPP) una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa. En consecuencia, en el caso de que sólo exista una hipótesis sobre el hecho en cuestión, el criterio de la probabilidad prevalente se resume en la regla “más probable que no”<sup>2</sup>. Con todo, cabe decir también que cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un SP muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto. Por eso, aunque el SPP es racional, resulta más racional un SP cualificado. Otra cosa es que pueda decirse que un proceso gobernado por un SP muy exigente no tiene como objetivo primario la búsqueda de la verdad, o más precisamente, la eliminación de errores, pues conforme disminuye la posibilidad de errar al declarar probado un hecho, aumenta la posibilidad de errar al darlo por no probado.

Pero la construcción de un SP no depende sólo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de *policy*. Ello es así porque un SP establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles.

En una decisión probatoria, en efecto, hay dos errores posibles:

— *Error 1*: aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso.

— *Error 2*: no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero.

No cabe duda que una decisión jurídica basada en una tesis fáctica errónea (sea por el *Error 1* o por el *Error 2*) afecta derechos o intereses y/o defrauda expectativas legítimas. Por lo tanto, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el SP será más o menos tolerante con ese tipo de error, y en consecuencia más o menos exigente. Son, pues, posibles tres situaciones.

A) Si se considera que los derechos o intereses afectados por los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error), entonces el SP no será particularmente exigente y la probabilidad preponderante puede bastar.

B) Si se considera que los intereses afectados por el *Error 1* merecen mayor protección que los afectados por el *Error 2* (es decir, si se considera más tolerable o asumible el *Error 2* que el *Error 1*), entonces el SP será particularmente exigente. La probabilidad prevalente no bastará y el SP exigirá una probabilidad cualificada. Esta es la razón por la que en el proceso penal, donde se considera que los derechos afectados por un eventual *Error 1* (dar por verdadera o probada la hipótesis acusatoria) deben ser intensamente protegidos, se es muy poco tolerante con el *Error 1* y en consecuencia se exige un SP muy cualificado.

C) Si, por el contrario, se considera que los derechos o intereses afectados por el *Error 1* merecen menor protección que los afectados por el *Error 2* (es decir, si se considera más tolerable o asumible el *Error 1* que el *Error 2*), entonces el SP será poco exigente y podrá valer una probabilidad por debajo de la probabilidad preponderante.

En todo caso, la mayor o menor tolerancia con cada uno de los errores posibles es una cuestión de *grado*: se puede ser *bastante* tolerante con el error 1, o *poco* tolerante, o *muy poco* tolerante o *nada* tolerante. Y en consecuencia, puede haber una gradación de SP sobre un hecho, según los niveles de exigencia para dar por probado ese hecho (o de tolerancia con el *Error 1*).

En definitiva, un SP específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa.

### 3. FORMULACION DE LOS SP: ESQUEMAS DE VALORACION

Llegamos así a la segunda de las cuestiones implicadas en la construcción de un SP: la de formular el estándar; es decir, formular los criterios objetivos que nos indican cuándo puede darse por probado un (enunciado sobre un) hecho. Ahora bien, la formulación de un SP está muy vinculada a los esquemas de valoración que se manejen. Nos detendremos ahora en este punto previo.

Existen al menos dos grandes esquemas o modelos de valoración racional de la prueba que suponen una distinta formulación de los SP: a) los basados en la aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de valoración y b) los basados en esquemas de confirmación. Ambos modelos se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad: la matemática o estadística, que entiende que la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen; y la lógica o inductiva, que se predica de proposiciones, y no de sucesos, y se corresponde con el uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” algo es verdad. Es decir, dicho concepto interpreta la probabilidad como una generalización de la verdad.

<sup>2</sup> Sobre las exigencias del estándar de la probabilidad prevalente, cfr. M. Taruffo, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 52, marzo de 2005, págs. 68-69.

3.1. Quizá debido al gran desarrollo alcanzado por el cálculo matemático de probabilidades, no faltan los planteamientos que entienden que este cálculo es un buen instrumento para dar también cuenta de los procesos de razonamiento inductivo, aunque aplicando la probabilidad a enunciados en vez de a sucesos. El intento se ha realizado fundamentalmente con la aplicación del *Teorema de Bayes* a las inferencias jurídicas basadas en probabilidades subjetivas<sup>3</sup>. En su formulación más simple, el teorema afirma que la probabilidad de un evento H dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H<sup>4</sup>. Así pues, la fórmula bayesiana *permite medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva previa del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba*. Su utilidad en el proceso reside —a juicio de los bayesianistas Finkelstein y Fairley— en que permite combinar información estadística sobre un cierto suceso con información no estadística<sup>5</sup>.

En el esquema matemático en general y en el bayesianismo en particular el SP se formula con absoluta precisión, indicando *numéricamente* el grado de probabilidad que debe alcanzar la hipótesis en cuestión (por ejemplo, 0.9), por debajo del cual no se considerará justificado aceptarla como verdadera. El problema es que este modelo presenta aún serias deficiencias y dificultades para fundar una teoría general de la valoración de la prueba, y por eso ha sido objeto de numerosas críticas. Algunas de estas críticas están animadas por consideraciones *prácticas*. Por ejemplo, llaman la atención sobre lo difícil que resulta para el juzgador cuantificar su valoración subjetiva previa; o sobre el riesgo que entraña poner en manos de los jueces instrumentos estadísticos incomprensibles para ellos. Además, la fórmula bayesiana supone un cálculo matemático relativamente simple en el caso-base de tener que valorar *una sola prueba que versa directamente* sobre la hipótesis a probar, que es además una *hipótesis simple*. Pero la complicación del cálculo aumenta de manera impresionante cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la *pluralidad* de elementos de prueba relativos a una hipótesis, la *cascaed inference* (o prueba mediata) o la prueba de una hipótesis referente a un hecho complejo. Otras críticas, en cambio, *ponen en cuestión la validez epistemológica del modelo en el campo judicial*, en la medida en que conduciría a resultados contraintuitivos y resultaría dudo-

<sup>3</sup> La “probabilidad subjetiva” indica el grado de creencia personal de un *factfinder* racional sobre el acaecimiento de un suceso incierto.

$${}^4 P(H/E) = \frac{P(E/H) \cdot P(H)}{P(E/No-H)}$$

<sup>5</sup> M.O.Finkelstein y W.B.Fairley, “A Bayesian Approach to Identification Evidence”, *Harvard Law Rev.*, 83, 1970. Sobre el bayesianismo pueden verse además los trabajos del simposio “Decision and Inference in Litigation”, *Cardozo Law Rev.*, 13, 1991.

samente compatible con principios fundamentales del ordenamiento, como la presunción de inocencia<sup>6</sup>.

3.2. Pero racionalizar la valoración de la prueba no exige necesariamente la aplicación del cálculo matemático-estadístico. De hecho, la adopción de modelos matemáticos, quizás por las dificultades que presentan pero quizás también por la tradicional resistencia de los juristas a abrirse a conocimientos extrajurídicos, ha tenido escaso éxito, y los modelos de valoración racional de la prueba más aceptados (y que mayor predicamento han alcanzado) son los basados en *esquemas de confirmación*, que entienden que la *probabilidad (lógica o inductiva)* de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad se mide aquí, no en términos de frecuencia relativa, sino de “grado de creencia”, “apoyo inductivo” o “grado de confirmación” de una hipótesis respecto de una información. Por eso, para facilitar la comunicación y evitar confusiones, parece acertada la propuesta de R.D. Friedman<sup>7</sup> de reservar el término “probabilidad” para la teoría convencional de la probabilidad matemática, y hablar en su lugar de grado de confirmación o de certeza. Por lo demás, el esquema valorativo del grado de confirmación es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.

Desde luego, en los esquemas de valoración basados en la probabilidad lógica o inductiva no contamos con la seguridad que proporcionan los números, por lo que los SP, en lugar de indicar numéricamente el grado de probabilidad que debe alcanzar una hipótesis sobre un hecho, deberán indicarnos cuándo está justificado aceptar dicha H como verdadera; es decir, cuáles son los criterios que establecen cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho. Pues bien, puesto que la *probabilidad lógica o inductiva* de una H es equivalente a su *grado de confirmación* por las pruebas disponibles, cabe decir que una H podrá aceptarse como verdadera si *no ha sido refutada* por las pruebas y ha sido

<sup>6</sup> El blanco de las críticas lo constituye aquí el papel desempeñado por la *probabilidad previa* del hecho que se quiere probar. Si el valor atribuido a la misma fuera bajo, también sería bajo el resultado de la valoración final, con independencia de que la probabilidad indicada por el nuevo material probatorio fuese alta. Pero además, y conectado con ello, si la formulación de la *probabilidad previa* estuviera viciada de un error inicial, podría atentar contra principios básicos del ordenamiento, como la presunción de inocencia. En suma, el uso del teorema de Bayes produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una minusvaloración del peso que tienen las nuevas pruebas en el cálculo de la probabilidad final. Para las deficiencias del bayesianismo vid. L.H. Tribe, “Trial by Mathematics”, *Harvard Law Rev.*, 84, 1971; M.Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2004; y H.L. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

<sup>7</sup> “Assessing Evidence”, *Michigan Law Rev.*, 94, 1996, pág.1821.

confirmada por éstas en grado suficiente. Por tanto, un SP se formulará mediante reglas o criterios de aceptabilidad de las hipótesis, que descansarán en última instancia en el grado de confirmación de las mismas. Y por eso un SP específico se caracterizará por exigencias de confirmación más o menos serenas.

#### 4. FORMULACION DE LOS SP: CRITERIOS OBJETIVOS PARA FORMULAR UN SP

##### 4.1. Dificultades de formulación de SP objetivos

En el epígrafe anterior se ha dicho que la manera de formular SP objetivos dependerá del esquema de valoración (y por tanto del concepto de probabilidad) que se maneje: en los esquemas matemáticos los SP se formularán *cuantificando el grado de probabilidad exigible* para probar un hecho; en los esquemas basados en el grado de confirmación los SP se formularán *estableciendo exigencias o grados de confirmación*. Tiene sentido preguntarse ahora *con qué fórmulas concretas se pueden expresar los SP*. Pero antes, dos observaciones.

La primera es que, en realidad, el problema de encontrar fórmulas concretas para expresar un estándar no afecta a los SP basados en la probabilidad matemática, que se expresan cuantitativamente. El problema atañe sólo a los SP basados en la probabilidad lógica o inductiva; es decir, los propios de los esquemas valorativos del grado de confirmación, que sin embargo —y como hemos dicho— parecen los más apropiados para dar cuenta de la prueba judicial.

La segunda es que, en la medida en que las fórmulas posibles para expresar un SP habrán de descansar en última instancia en exigencias o grados de confirmación, la búsqueda de estas fórmulas plantea dificultades. De una parte, porque, a diferencia de lo que ocurre con la probabilidad matemática, *el grado de confirmación es difícilmente cuantificable*, y por tanto la formulación del SP conforme a criterios objetivos se hace mucho más complicada. De otra, porque las situaciones probatorias pueden ser muy complejas y diferentes, y por tanto *no valdría un criterio único para formular el SP*: habría que establecer un criterio para cada una de ellas.

Para superar la primera dificultad es necesario no dejarse abatir por el “síndrome de los números”, por el empeño de que sólo vale lo que se puede acreditar con una precisión matemática. Por el contrario, hay que afrontar esta tarea con el objetivo (modesto, si se quiere, pero más factible) de *encontrar fórmulas o criterios intersubjetivos para reconstruir la justificación de la decisión probatoria*.

La segunda dificultad, por su parte, es una dificultad “empírica”: es realmente difícil construir formulaciones de un SP para cada una de las situaciones probatorias con las que el juez puede encontrarse. No obstante, y aunque las situaciones probatorias

que pueden presentarse pueden ser muy variadas, a efectos de ilustrar cómo puede formularse un SP creo que podemos prescindir de este dato.

##### 4.2. ¿Con qué tipo de fórmulas se pueden expresar los SP?

Tomaré como referencia la prueba en el proceso penal, donde, por razones ético-políticas, la hipótesis de la culpabilidad ha de superar un SP particularmente exigente. Ahora bien, en línea de principio pueden formularse distintos SP para el proceso penal, dependiendo de lo exigente que se quiera ser para condenar; es decir, de la distribución de error por la que se haya optado, o si se quiere, de la intensidad con la que quieran protegerse los valores afectados por una eventual condena errónea.

*Formulación de estándares de prueba (según niveles de exigencia) para condenar.*

Parto de la base de que cualquier SP para condenar exige que la hipótesis de la culpabilidad (en adelante Hc) no haya sido refutada. Pero, una vez cumplido este requisito, se podrían formular SP más o menos exigentes en virtud de los distintos grados de confirmación exigidos para la Hc y de los distintos grados de confirmación tolerados para la hipótesis de la inocencia (en adelante Hi).

Para ilustrar esto podemos reconstruir los posibles grados de confirmación exigidos (para Hc) y tolerados (para Hi) asignándole el valor de 1 a la confirmación sólida, de 0,5 a la confirmación débil y de 0 a la ausencia de confirmación. Puede entenderse, a estos efectos, que hay una *confirmación sólida* cuando las pruebas, consideradas en su conjunto, sólo encuentran explicación si la hipótesis es verdadera (p(h)); o sea, cuando no son compatibles con la hipótesis contraria o sería muy difícil explicarlas si la hipótesis contraria fuera verdadera. Por el contrario, estaremos ante una *confirmación débil* cuando las pruebas puedan explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera, pero no son incompatibles con la hipótesis contraria (h(p)).

Para simplificar las situaciones podemos representar los posibles grados de confirmación de Hc y de Hi del modo siguiente:

Posibles grados de confirmación de Hc:

— Sólidamente confirmada: Hc-1.

— Débilmente confirmada: Hc-0,5.

Posibles grados de confirmación de Hi:

— Sólidamente confirmada: Hi-1.

— Débilmente confirmada: Hi-0,5.

— Ausencia de confirmación: Hi-0.

Pues bien, podemos reconstruir una escala de SP según los niveles de exigencia (o de severidad) para condenar. Los SP posibles, ordenados de menos exigente a más exigente, vienen caracterizados por el grado de confirmación exigido para Hc y por el grado de confirmación tolerado para Hi. Son los siguientes:

SP1: Hc-0,5 (exigido) y Hi-1 (tolerado).

SP2: Hc-0,5 (exigido) y Hi-0,5 (tolerado).

SP3: Hc-0,5 (exigido) y Hi-0 (tolerado).

SP4: Hc-1 (exigido) y Hi-1 (tolerado)

SP5: *Hc-1* (exigido) y *Hi-0,5* (tolerado)

SP6: *Hc-1* (exigido) y *Hi-0* (tolerado)

Creo que puede convenirse que el proceso penal exige una sólida confirmación de Hc. Por eso queda descartado el SP1, que es incluso irracional, el SP2, donde ni siquiera hay una clara prevalencia de la Hc, y el SP3, que supone que la Hc sólo está débilmente confirmada.

Sin embargo, los SP 4, 5 y 6 exigen todos una sólida confirmación para Hc, y por tanto en línea de principio podrían funcionar como estándares de prueba de Hc. La diferencia entre ellos está marcada por el distinto nivel de tolerancia a la confirmación de la Hi:

El *SP4* es *tolerante con la existencia de pruebas que confirmen (incluso sólidamente)* la Hi. Por tanto, conforme a este SP se puede condenar aunque existan pruebas que sólo puedan explicarse si Hi fuera verdadera; o sea, pruebas que no son compatibles con Hc o que sería muy difícil explicar si Hc fuera verdadera.

El *SP5* exige que no existan pruebas que confirmen sólidamente la Hi pero es tolerante con la existencia de pruebas que confirmen débilmente Hi. Por lo tanto, según este SP se puede condenar aunque existan pruebas que sean compatibles con Hi (o que se puedan explicar si Hi fuera verdadera) pero que no son incompatibles con Hc.

Finalmente, el *SP6* exige que no existan pruebas que confirmen ni sólida ni débilmente la Hi. Por tanto, conforme a este SP sólo se puede condenar cuando la Hi no goce de ningún grado de confirmación. Por el contrario, no se puede condenar si existen pruebas que apoyen o confirmen Hi aunque sea en grado mínimo; es decir, pruebas que puedan explicarse por (o sean compatibles con) la Hi.

## 5. SOBRE EL ALCANCE HEURÍSTICO Y JUSTIFICATORIO DE LOS SP

Es evidente que lo anterior no pretende ser, ni mucho menos, una propuesta elaborada de formulación de SP objetivos. Tan sólo tiene por objeto mostrar que los números no agotan la objetividad y que es posible ensayar SP objetivos en el ámbito de la probabilidad inductiva, es decir, recurriendo a los esquemas de confirmación.

De todos modos, aunque pudiéramos formular estándares de prueba con más o menos finura y precisión, conviene no exagerar ni el valor heurístico ni el valor justificatorio de un estándar. Respecto a lo primero, un SP es una *guía para la valoración racional*. Pero una guía limitada. En concreto, el valor de un SP consiste en indicarle al juez lo que debe buscar en la prueba para poder después justificar su decisión, y por tanto la dirección en que debe buscar pruebas. Por ejemplo, si en el proceso penal el SP exige la sólida confirmación de la hipótesis acusatoria, lo que le indica al juez es que no debe escrutar (o interesarse por) la existencia de pruebas que simplemente confirmen o sean compatibles con dicha hipótesis, sino de pruebas que, de ser ciertas, no podrían explicarse si la hipótesis acusatoria fuera falsa. Pero

no indica mucho más. El juez tendrá aún por delante la tarea de valorar esas pruebas y de atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción, y el SP no ayuda en este punto. Respecto a lo segundo, un SP es el *criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria*. Pero tampoco es mucho más que eso. Ello significa que la justificación de la decisión será incompleta si no se justifica la concurrencia de los elementos que componen el estándar. Así, si el estándar fuera el SP5 y la decisión fuera condenatoria, no bastaría con decir que la Hc está sólidamente confirmada y la Hi no lo está: habría que justificar aún por qué la Hc está sólidamente confirmada (es decir, por qué las pruebas de cargo, consideradas en su conjunto, no podrían explicarse si Hi fuera verdadera) y la Hi, en cambio, no. Y para ello será necesario recurrir a lo que podríamos denominar “argumentos de la confirmación”; es decir, argumentos para sostener por qué está confirmada o no una hipótesis y con qué intensidad o grado está confirmada.

Estos *argumentos de la confirmación*, que son los argumentos para acreditar el grado o solidez de la confirmación (o si se quiere, la probabilidad inductiva de una hipótesis), derivan de la propia estructura de la confirmación, entendida como el apoyo que una prueba o una información presta a una hipótesis con la que está conectada a través de una regla causal. Así, en línea de principio, y sin ninguna intención de exhaustividad, podría decirse que el grado de confirmación de una hipótesis (o la solidez de la confirmación), aumenta o disminuye en función de los siguientes elementos: el *fundamento cognoscitivo de las leyes causales* que conectan las pruebas con la hipótesis (no es lo mismo que esas leyes causales gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simples tópicos o prejuicios difundidos); la *solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas* que la confirman (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por el resultado de una prueba de ADN o por un testimonio no demasiado sólido); el *número de pasos inferenciales* que separan las pruebas de la hipótesis (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una prueba directa o por una prueba circunstancial); la *cantidad de pruebas o confirmaciones* (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas); y la *variedad de pruebas o confirmaciones*, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada sólo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos, pruebas científicas y pruebas indiciarias).

En definitiva, los *estándares de prueba* responden a la pregunta de cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho, o más precisamente, cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe, y descansarán en última instancia en exigencias o grados de confirmación. Los *argumentos de la confirmación*, en cambio, son razones para justificar la solidez o la debilidad de la confirmación

y responden, por tanto, a la pregunta de por qué una hipótesis está más o menos confirmada o resulta más o menos probable. Son también, retroactivamente, criterios a los que el juez debería atender para valorar el grado de confirmación que las pruebas atribuyen a una hipótesis. Los SP, en suma, se

insertan en un proceso de valoración racional, y por eso su papel de guías para la valoración (primero) y de esquemas para la justificación (después) será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación.



## El “caso Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos en la Argentina?

Christian COURTIS

El 3 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia argentina emitió una sentencia sorprendente, *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, en la que decide sobre la situación de alrededor de 6.000 personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires en espera de ser juzgadas penalmente. Mi intención no es la de efectuar un análisis completo de la sentencia, sino el de abordar tres temas resueltos en ella en los que aparecen novedades o bien importantes puntos de ruptura con respecto a la tradición hermenéutica previa de la Corte —y que, por ende, pueden explicar en alguna medida la sorpresa causada por el fallo<sup>1</sup>—. Esbozaré también algunas consecuencias posibles que podrían desprenderse de la decisión —aunque será el desarrollo futuro de la jurisprudencia del tribunal, y su seguimiento por parte de otros tribunales federales y locales, el que permita verificar si se trata realmente de un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte, o sólo de una fugaz *rara avis*, vistosa pero infértil.

### 1. SINTESIS DEL CASO

Ante todo, y dado lo extenso del fallo —115 hojas, incluidos el dictamen del procurador, las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt, y la disidencia total del juez Boggiano—, presentaré brevemente los hechos del caso, su tramitación y la decisión de la Corte<sup>2</sup>.

El 15 de noviembre de 2001, una organización no gubernamental (el Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires acción de *ha-*

*beas corpus*, en defensa de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires alojadas establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

De acuerdo con la presentante, la nota distintiva de las 340 comisarías que funcionan en la provincia de Buenos Aires es la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad. Pese a tener una capacidad para 3.178 detenidos, alojan 6.364, según información del mes de octubre de 2001 —según la posterior actualización, la situación empeoró—. En el conurbano bonaerense, 5.080 detenidos ocupaban 2.068 plazas. Los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano, el calor, son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos. Existe un gran riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y la incidencia de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es alta.

La acción de *habeas corpus* requería al Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires que se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal, del encierro de esas personas en las condiciones descritas, y que ordenara el cese de esa situación. Para ello, solicitó al Tribunal el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pudiera determinarse —y someterse al control del Tribunal— el modo en que la administración haga efectivo el cese de esas condiciones de detención.

La actora fundó la competencia del Tribunal de Casación a partir de dos argumentos: a) la gravedad institucional del asunto, de acuerdo a la jurisprudencia del propio tribunal; b) la necesidad de tratamiento conjunto y unitario del problema: en los casos en los que se planteó *habeas corpus* individuales ante los jueces a cargo de las detenciones, el efecto ob-

<sup>1</sup> Para ampliar, véase las diferentes posiciones de Pedro Bertolino, “Desde un *habeas corpus* correctivo hacia el proceso penal estatalmente debido”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* n° 12, Lexis-Nexis, Agosto del 2005, págs. 1184-1193; Leonardo G. Filippini, “Superpoblación carcelaria y *habeas corpus* colectivo”, en *Revista Lexis-Nexis* Buenos Aires n° 2, agosto de 2005, págs. 260-270; Marcos G. Salt, “El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial? Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* n° 12, Lexis-Nexis, agosto del 2005, págs. 1193-1202.

<sup>2</sup> El fallo puede consultarse en la página web de la Corte Suprema de Justicia: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), a través del sistema de búsqueda de jurisprudencia.

tenido fue el del traslado de internos de un lugar a otro —así, se alivió la situación de algunos, pero se agravó la de otros, mientras el problema de fondo se mantuvo.

El Tribunal de Casación se declaró incompetente para tratar la acción, por considerar que su competencia es limitada y no prorrogable, y que no está autorizada a suplir a los jueces propios de las causas individuales. Agregó también que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aun cuando estén, de manera significativa, referidos a un problema común.

La presentante impugnó la decisión a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad previstos por la Constitución de la provincia de Buenos Aires y el Código Procesal Penal local. Sostuvo que el Tribunal de Casación omitió el tratamiento de una cuestión esencial, relativa a la gravedad o interés institucional de la situación. Argumentó además que el Tribunal de Casación había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución argentina, al decir que con la acción intentada sólo se apuntaba “a cuestionar el sistema carcelario [...] en forma genérica, y no a obtener una decisión concreta en casos individuales [...] respecto a lesiones de derechos esenciales”, y resolver que debía ocurrirse individualmente ante los respectivos jueces. La actora alegó que la legitimación para interponer la acción colectiva derivaba de que su objeto no era la solución de la situación individual de una persona —caso en el que sería ubicua la acción individual—, sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado provincial de los estándares jurídicos fijados en materia penitenciaria por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Reiteró que el intento de resolución individual se veía frustrado porque la resolución individual de un caso afectaba necesariamente la situación de las demás personas que padecían la misma situación, generando además evidentes problemas de igualdad. Y agregó que también militaban a favor de una acción colectiva razones de economía procesal que la hacían preferible por sobre una multiplicidad de acciones individuales.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos. Ese tribunal sostuvo que la acción no encuadraba en los supuestos de competencia del Tribunal de Casación, y que la decisión no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales, ni la posibilidad de que los magistrados de las respectivas causas respondieran a la pretensión de la actora. Recalcó además que resultaba inadmisibles que la competencia de los tribunales se abriera como consecuencia de una conjetura del recurrente relativa a un supuesto impedimento de solución por parte de los magistrados legalmente habilitados.

Contra la decisión de la Suprema Corte provincial, la actora interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja tratada por la Corte Suprema.

Con respecto al carácter definitivo de la sentencia impugnada, el apelante afirmó que aquella impide la prosecución del procedimiento tal como se lo había planteado, esto es, como acción colectiva: sostuvo que no es posible sostener que la misma cuestión objeto de la presentación puede ser debatida —en forma dispersa— ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se hallan los detenidos por quienes se iniciara el *habeas corpus*, pues ello implicaría decir que una acción colectiva es igual a la suma de muchas acciones individuales que tramiten separadas. Señaló que el artículo 43 del texto constitucional reconoce legitimación a entidades no gubernamentales como el CELS para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que necesitan especial tutela, y que la sentencia impugnada la desconoció y cerró definitivamente la discusión sobre el tema. Agregó que una prueba de la conveniencia de encauzar la pretensión en el marco de una acción colectiva era que, pese a que se le dio intervención en el procedimiento a todos los jueces supuestamente competentes, el gravamen que se intentaba subsanar no sólo subsiste, sino que aumentó en su magnitud, no obstante haberse clausurado los calabozos de algunas comisarías y haberse trasladado a algunos reclusos de un lugar hacia otro. Para respaldar tales dichos, invocó una serie de acontecimientos ocurridos con posterioridad al dictado del resolutorio de casación en los calabozos de las comisarías del conurbano bonaerense (motines, muertes, incendios, etc.) que darían cuenta de que la situación denunciada no sólo perduraba sino empeoraba.

El 9 de febrero de 2004, el Procurador General de la Nación consideró que el recurso era formalmente admisible, y que debía hacerse lugar al recurso y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

En la causa, ocho organizaciones nacionales e internacionales presentaron memoriales *amici curiae*. Antes de resolver, la Corte Suprema convocó a las partes a dos audiencias públicas, realizadas el 1.º de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005. El Ministerio de Justicia de la Provincia presentó un informe del que surgió la existencia de un incremento importante en el número de detenidos en espera de juicio en la jurisdicción, agravado —a juicio de la autoridad provincial— por el abuso en la utilización de la prisión preventiva por parte de los jueces locales. Reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses, que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos, y los inconvenientes para solucionar de manera definitiva la situación en el corto plazo en virtud de la profundidad y los alcances de la crisis económica que afectó al Estado Nacional y al provincial.

A su vez, la parte actora actualizó los datos referidos a la situación denunciada: en los tres años transcurridos desde la interposición de la acción, el cuadro no sólo no se solucionó, sino que se agravó.

La cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial aumentó de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicó un incremento del 31% en el término de tres años. Según datos suministrados por el propio servicio penitenciario de la provincia, pese a haberse construido en ese lapso 6.810 plazas carcelarias, continuaban detenidas en comisarías 5.441 personas a julio del 2004. Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, se indicó que, a septiembre de 2004, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7.700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso —según otras mediciones— al 50% de superpoblación.

La presentante señaló que las medidas llevadas a cabo por la provincia no habían tenido como resultado una variación sustancial de la situación. Sostuvo también que, pese a que la autoridad provincial considera que el hacinamiento padecido por los presos obedece a la escasez de espacio —motivo por el cual la solución al problema se reduciría a la construcción de nuevos lugares de detención— era necesario tomar en cuenta el aumento de la tasa de prisonización provocado por las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales provinciales, dispuestas en los últimos seis años: estas medidas constituirían las variables fundamentales del incremento de los niveles de privación de la libertad y de las condiciones en que ésta se cumplen en dependencias policiales y penitenciarias. Entre ellas se encuentran: a) la restricción al máximo los supuestos de libertad durante la sustanciación del proceso, con la consecuente inversión del principio de excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, y b) la limitación del acceso a regímenes de ejecución de penas alternativos al encierro carcelario a supuestos cada vez más específicos. “Las decisiones de política criminal en la provincia de Buenos Aires (estuvieron) orientadas a promover, sin que la ilegalidad de las privaciones de la libertad actuara como límite, más privación de libertad tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, más presos detenidos por lapsos cada vez más prolongados”. Entre las medidas que dieron lugar a este cuadro se mencionaron las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por leyes que modificaron la regulación en materia de excarcelación y de ejecución penal. Estas reformas legislativas tuvieron también el efecto de incrementar el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años: del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003. De todos modos, se recalcó que la situación más grave de aumento de detenidos se vincula con detenciones durante el curso de los respectivos procesos, puesto que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

Un año y tres meses después de la emisión del dictamen del Procurador, el 3 de mayo de 2005, la Corte dictó sentencia haciendo lugar a la acción de

*habeas corpus* interpuesta por el CELS. El voto mayoritario —conformado por los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni— consideró admisible el recurso y decidió sobre el fondo de la cuestión. La jueza Argibay coincidió en lo fundamental con la mayoría, aunque formuló algunas salvedades en su disidencia parcial. También el juez Fayt disintió parcialmente: hizo lugar al recurso, pero decidió devolver la causa a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que ésta resolviera. La disidencia total del juez Boggiano rechazó la queja, por entender que la petición excedía las facultades jurisdiccionales de la Corte.

Sustancialmente, la mayoría de la Corte da por probados los hechos alegados, y considera que la situación presentada constituye una violación a las normas constitucionales y a las normas de instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables. La mayoría hace hincapié en los estándares aplicables al caso, y señala que parte de la situación de superpoblación carcelaria, a su vez causante de la situación de alojamiento de detenidos en espera de ser juzgados en comisarías, se debe a la modificación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación y de las normas que disciplinan el régimen penitenciario —por lo que, presumiblemente, esas normas incumplirían con los estándares constitucionales e internacionales relevantes—. Afirma además que es especialmente intolerable que menores y enfermos estén detenidos en comisarías. Dado que la situación es fruto de la actividad simultánea de los tres poderes del Estado provincial, la parte resolutive de la sentencia es particularmente compleja:

1. Declara que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

2. Dispone que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

3. Instruye a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

4. Ordena al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispon-

gan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Ordena también que se informe en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.

5. Dispone que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

6. Exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

7. Encomienda al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo de la que deberán participar la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de su integración con otros sectores de la sociedad civil. Se debe informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

Hasta aquí mi intento de síntesis. Como dije, no pretendo agotar el contenido de la sentencia, sino centrarme en algunas cuestiones que me parecen particularmente relevantes. Dejo de lado la discusión de algunos otros puntos importantes, que también requerirían un análisis pormenorizado: entre ellos, la consideración por parte de la Corte de un piso legislativo marcado por la legislación dictada por el Congreso Federal para evaluar la legislación local, y la avocación de la Corte sobre el fondo de la cuestión. Paso a presentar los temas que quiero debatir.

## 2. LA LEGITIMACION DE LA ORGANIZACION PRESENTANTE Y EL CARACTER COLECTIVO DEL REMEDIO: ¿CONSOLIDACION DEFINITIVA DE LA TEMATICA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS ANTE LA CORTE?

La *efectividad* de un recurso judicial está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de tutela del derecho afectado —es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho de que se trate—. Sin embargo, nuestra herencia procesal carga con ciertos problemas relativos a esa adecuación.

Las acciones judiciales de la tradición procesal civil, penal y de la tradición procesal constitucional vinculada al sistema de control judicial difuso se han desarrollado históricamente a partir de un modelo-tipo de afectaciones o violaciones: las afectaciones de alcance individual, que permiten una reparación individual. Este tipo de acciones responde en gran medida a un modelo de relaciones bilaterales (acreedor/deudor, damnificado/responsable del daño, Estado/imputado, etcétera), en cuya construcción es evidente la influencia del paradigma individualista

del derecho decimonónico<sup>3</sup>. Los presupuestos que subyacen a estas acciones son la individualidad del sujeto reclamante, y la divisibilidad del daño, de modo que la legitimación está pautada por el carácter individual de la afectación —o, dicho de otro modo, por la individualidad del interés protegido.

Sin embargo, este modelo de relaciones no agota las posibilidades de afectación de derechos o de bienes jurídicamente relevantes: si la protección de derechos o bienes se limita exclusivamente a las acciones judiciales inspiradas en él, aparecen fallos que es necesario afrontar<sup>4</sup>. Aunque puede encontrarse antecedentes de un tratamiento procesal que se hace cargo de alguna de estas fallos en ramas del derecho tales como el derecho del trabajo, sectores relativamente novedosos del derecho, como el derecho ambiental y el derecho del consumo, han venido a identificarlas con mayor claridad. Otros fenómenos exteriorizados en las sociedades industriales contemporáneas, como la contratación masiva y la producción masiva de daños por accidentes o defectos provocados por productos elaborados han hecho visibles las limitaciones de un modelo que tiene como eje las relaciones bilaterales entre sujetos. Lo mismo sucede con las medidas que afectan a colectivos de personas situados en la misma condición de vulnerabilidad frente a un servicio o sistema único: es el caso que nos ocupa —es decir, el del sistema penitenciario<sup>5</sup>— y el de las personas internadas en hospitales psiquiátricos y otras instituciones de encierro. El modelo de tutela individual falla, por ejemplo, cuando los bienes a tutelar no son individuales, sino colectivos; también cuando el titular del derecho afectado o su ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos; de igual modo, la exigencia de que el perjuicio o el interés tutelado sea individual limita las posibilidades de tutela frente a actos u omisiones lesivos que tengan alcance colectivo, o que requieran necesariamente un remedio colectivo. En todos estos casos, la tutela efectiva requiere el diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación o el alcance apropiado del remedio<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de direito”, en José Eduardo Faria (editor), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, San Pablo, 1994, págs. 114-138.

<sup>4</sup> Ver, en general, Antônio Vasconcelos Hermann e Benjamin, “A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Aparentamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, en Edis Milaré (coordinador), *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1995, págs. 79-98; Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998. He analizado algunas formas de violación de derechos humanos bajo esta óptica en Christian Courtis, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, en prensa.

<sup>5</sup> Al respecto, ver Alberto Bovino, “Control judicial de la ejecución penal y derechos humanos”, en *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 137-139.

<sup>6</sup> En términos de la doctrina procesal contemporánea, los “elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva [son] la legitimidad para obrar, el objeto del proceso y la cosa juzgada”. V. Antonio Gidi, “El concepto de acción colectiva”,

Una vez identificados estos problemas, se hace visible su pertinencia para reevaluar la noción de tutela efectiva de derechos fundamentales. En efecto, las situaciones típicas en las que el tradicional modelo de acción judicial —que supone el carácter individual del titular, del bien y del remedio— es insuficiente, también se verifican en casos de violación a derechos fundamentales. Es interesante remarcar que los derechos potencialmente afectados no son reducibles a una ninguna tipología tradicional o de “generaciones” de derechos humanos: todo derecho —llámese civil, político, económico, social o cultural— es susceptible de afectaciones colectivas de diverso tipo.

Una de las hipótesis que plantea la necesidad de tutela judicial colectiva la constituyen los casos de *afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo*. Este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo —o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la *intercomunicabilidad de resultados* de la decisión judicial adoptada. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual— de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda o afecte a otros en la misma situación<sup>7</sup>.

El modelo procesal clásico falla aquí porque, de habilitarse a individuos a reclamar por la afectación del derecho que les corresponde, el remedio solicitado tendrá efectos —beneficiosos o perjudiciales— *ultra vires*. Dada la particular relación entre los miembros de la clase o grupo afectado —aunque cada uno tiene derechos individuales afectados, el remedio involucra al colectivo entero—, a efectos procesales es posible conceptualizar la situación como de afec-

tación de los derechos del colectivo o grupo, dado que la acción que proponga cualquiera de sus miembros o aquel a quien se invista de la representación del grupo —como una organización de la sociedad civil, el defensor del pueblo o el ministerio público— tendrá, de ser considerada procedente, efectos grupales. Esto significa que, de no establecerse un mecanismo que permita articular, a partir de algún reclamo, un remedio colectivo, el recurso no será adecuado para confrontar la violación, y por ende no será efectivo. El supuesto cobra especial importancia cuando se requiera un remedio para impedir la continuación o la repetición de la violación.

¿Qué tipo de situaciones requieren remedios necesariamente colectivos? A guisa de ejemplo, mencionaré dos criterios útiles para identificarlas: la *indivisibilidad del remedio*, y las *razones de escala*.

Por *indivisibilidad del remedio* me refiero a aquellas medidas que, por no permitir su distribución en partes, beneficia colectivamente a un grupo. Por ejemplo, la clausura de un pabellón carcelario, la habilitación de un servicio médico, la construcción de rampas de acceso para personas con discapacidad motora a un edificio, el retiro de un producto del mercado, la interrupción de la realización de una obra, etcétera.

Por *razones de escala* entiendo la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de la afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones *ad hoc* a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva. Son ejemplos de este supuesto la necesidad de puesta en marcha o de modificación de un servicio público, sistema, plan, programa o proceso destinado a un colectivo o grupo de destinatarios: servicios médicos, servicios educativos, servicios de transporte, servicios de transporte, servicios policiales, servicio penitenciario, procesos electorales, etcétera.

Hasta aquí he señalado criterios que pueden justificar la *procedencia* de una acción colectiva. Es necesario, sin embargo, distinguir ese problema de uno distinto, que es el de la *legitimación* para plantear una acción colectiva. Una cosa es justificar la viabilidad de una acción colectiva; cosa distinta es justificar quién puede o debe plantearla. Mientras en el primer caso, la justificación versa sobre la relación entre el tipo de bien o interés tutelado, el carácter de su afectación y el remedio necesario para repararla, en el segundo caso, se trata de la relación entre la afectación y quien la articule ante los tribunales. Dado que —por definición— el planteo de una acción colectiva supone un reclamo por una afectación que excede lo individual, la relación entre afectación y legitimado es una relación de *representación* —sea del bien colectivo, que no tiene titular individual, sea del derecho o interés del grupo, sea del derecho o interés individual de los otros miembros del colectivo afectado. El problema ha recibido en distintos ordenamientos jurídicos respuestas distintas: en algunos ordenamientos, quien representa al bien o al grupo es un funcionario

---

en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, pág. 15.

<sup>7</sup> El supuesto coincide en gran medida con el descrito en el apartado b) (2) de la Regla Federal 23 de los Estados Unidos de América, reglamentaria de las acciones de clase o de grupo (*class actions*): “Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...): (2) la parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiada una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como una unidad”. Ver comentario de Antonio Gidi, “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, pág. 14; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, en *Justicia* 94, N° 1 (1994), Barcelona, págs. 88-90. Sobre las acciones de clase en el derecho estadounidense, puede verse Stephen C. Yeazell, “Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action”, *77 Columbia Law Review* 866 (1977); “From Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation” *27 UCLA Law Review* 514 (1980) y “From Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation”, *27 UCLA Law Review* 1067 (1980).

público —como el Defensor del Pueblo (es el caso de varios países centroamericanos) o el Ministerio Público (es el caso brasileño)—; en otros es una asociación con alguna calificación especial (es el caso de muchas leyes de defensa del consumidor); en otros, es un miembro del grupo que se auto-instituye como representante (es el caso de las *class actions* estadounidenses); en otros, es cualquier habitante o ciudadano (es el caso de la acción popular colombiana).

En la Argentina, la temática de las acciones y remedios colectivos se instaló con la incorporación del amparo colectivo al artículo 43 de la Constitución, en la reforma de 1994. Lo particular de la evolución jurisprudencial en esta materia es que se ha producido a partir de la interpretación directa de la cláusula constitucional, sin que medie reglamentación legal. Esto ha traído ventajas —entre, ellas, la relativa flexibilidad con la que los tribunales han tratado los reclamos colectivos— y desventajas —entre ellas, la falta de criterios uniformes para decidir los casos planteados—. Las desventajas se deben en gran medida al hecho de que la cláusula constitucional define únicamente la materia susceptible de tutela colectiva —discriminación, derecho al medio ambiente, derechos de usuarios y consumidores, defensa de la competencia y “derechos de incidencia colectiva en general”— y los legitimados para interponer acciones colectivas —el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa del derecho bajo tutela—. Dado lo escueto de la cláusula y la relativa novedad de la temática de las acciones colectivas, han surgido dificultades interpretativas relacionadas con el sentido del término “afectado”, y con la extensión de la expresión “derechos de incidencia colectiva en general” —que es el que abre a otros casos no explicitados la procedencia de acciones colectivas. Otros inconvenientes se relacionan con la falta de determinación de criterios para resolver la prevalencia de acciones individuales o colectivas cuando haya en juego tanto intereses individuales como colectivos, y la falta de determinación de los efectos de la sentencia de amparo colectivo —en especial, la posible excepción al principio de relatividad de la sentencia.

Pese a estas dificultades, la jurisprudencia nacional ha avanzado en la cuestión. Varios casos importantes se han referido a afectaciones al derecho a la salud. En el caso *Viceconte*<sup>8</sup>, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo colectivo interpuesta por una vecina de la localidad de Azul. El tribunal consideró que la interrupción de la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, para cuya producción el Estado había dedicado recursos y fijado un cronograma, violaba el derecho a la salud del grupo potencialmente afectado por la enfermedad —la fiebre hemorrágica argentina, que tiene incidencia sobre un área donde viven unas tres millones y medio de per-

sonas—. No era inconcebible que la actora reclamara la vacuna para ella misma el caso hubiera involucrado la discusión sobre el alcance del derecho individual a la salud. Pero no fue ese el planteo efectuado: la discusión se dirigió no a la entrega individual de dosis de la vacuna, sino al prerrequisito para esa entrega individual, que es el aseguramiento de la producción de la vacuna para la población en riesgo. La razón para el tratamiento colectivo de la cuestión consiste en las *necesidades de escala* de la producción de la vacuna, cuya elaboración, por razones de costo-beneficio, supone una población destinataria plural. La orden judicial que emana de la acción de amparo es la de asegurar la producción de la vacuna para todo el grupo afectado, y no sólo para la actora —se produce *intercomunicabilidad de resultados* a todo el resto del grupo o clase.

La Corte Suprema argentina ha tenido la oportunidad de resolver varios casos con algunas similitudes. En el caso *Asociación Benghalensis*<sup>9</sup>, la Corte confirmó una sentencia que hacía lugar a una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley. A diferencia de muchos otros casos en los que un actor individual reclama la provisión de medicamentos para satisfacer su derecho a la atención médica, en *Asociación Benghalensis* un grupo de organizaciones no gubernamentales denunció el incumplimiento del Estado de la ley que pone a su cargo la responsabilidad de proveer medicamentos relativos al tratamiento del VIH/SIDA en los centros de salud de todo el país. El sentido del fallo reconoce a la asociación calidad de representante de la clase o grupo de personas afectadas de VIH/SIDA, para reclamar por la totalidad del incumplimiento de la obligación estatal —y no por el efecto de ese incumplimiento sobre algunos individuos—. Las razones de escala son similares a las del caso *Viceconte*: el cumplimiento de la entrega en casos individuales está supeditado al cumplimiento total de la obligación —de lo contrario, no habrá dosis individuales de medicación que puedan ser entregadas para satisfacer el derecho individual a recibir tratamiento—. Los beneficiarios del remedio judicial son *todos los miembros de la clase* que requieran tratamiento, es decir, el resultado de la orden judicial se intercomunica al grupo entero. La Corte confirmó esta línea de interpretación en un segundo caso, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*<sup>10</sup>, en el que una asociación pedía la anulación de una Resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad. El remedio se extendió a todos los beneficiarios

<sup>8</sup> CNac. en lo Contencioso-administrativo Fed., Sala IV, *Viceconte, Mariela c/Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, de 2 de junio de 1998.

<sup>9</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/amparo ley 16.986*, dictamen del Procurador General de la Nación de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

<sup>10</sup> CSJN, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud -Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, del 18 de diciembre de 2003.

del Programa Médico Obligatorio que padeciesen de esclerosis múltiple.

El primer caso colectivo vinculado con cuestiones penitenciarias resuelto por la Corte fue *Mignone*<sup>11</sup>. El caso involucraba la discusión de los derechos electorales de los detenidos sin condena. A través de una acción de amparo colectivo, una organización no gubernamental demandó la declaración de inconstitucionalidad de una norma del código electoral que prohibía votar a las personas detenidas sin condena en establecimientos penitenciarios federales (una población de unas 5.000 personas). El argumento central empleado fue que las razones por las cuales el Estado puede excluir el derecho de voto se limitan a las taxativamente establecidas en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no incluyen la detención preventiva.

Sintéticamente, la Corte acogió el amparo, declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada y dispuso que el Estado tenía la obligación de implementar medidas para garantizar el derecho a votar de las personas detenidas en el servicio penitenciario federal, emplazando al Estado nacional a adoptar en un término de seis meses “las medidas conducentes a que los detenidos sin condena puedan votar”.

En lo que interesa al argumento que venimos desarrollando aquí, el remedio requerido —la declaración de inconstitucionalidad de la norma, y la correlativa orden de adoptar medidas para garantizar el voto de los detenidos sin condena— supone la reorganización del proceso electoral a efectos de incluir una clase o grupo entero anteriormente excluido. Si bien no hubieran sido impensables acciones individuales que exigieran el reestablecimiento del derecho de voto sólo para quien reclamara, parece evidente que razones de escala hacían conveniente un tratamiento conjunto y uniforme que involucrara a la clase entera, y no respuestas aisladas y potencialmente contradictorias. El remedio adecuado era, por ende, necesariamente colectivo.

*Verbitsky* se sitúa en esta misma línea. Veamos cómo juegan en él los dos problemas que he planteado.

En cuanto a la *procedencia* de la acción colectiva —calificado por la presentante como “*habeas corpus* correctivo de alcance colectivo”—, la actora aborda explícitamente su justificación desde su primera presentación. La justificación de la elección de una acción colectiva se fundó en la naturaleza general y sistémica del problema —esto es, en la necesidad de un remedio colectivo integral, que tomara en consideración la situación de la clase o grupo entero<sup>12</sup>—. La preferencia de una acción colectiva por sobre las acciones individuales se sustenta en la insuficiencia de los remedios individuales: al interponer *habeas corpus* individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. La jus-

tificación de la actora parece involucrar tanto razones de *indivisibilidad del remedio* —el único remedio viable es el colectivo: los individuales no solucionan el problema— como razones de *escala* —la solución requiere una planificación colectiva y unitaria.

En cuanto a la *legitimación*, la actora invoca simplemente el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución argentina, y señala que es una asociación cuyo objeto es la protección de los derechos humanos. Al tratarse de una violación colectiva de derechos humanos, la norma del artículo 43 párrafo segundo —aplicada por analogía al *habeas corpus*— le otorgaría legitimación para la presentación de acciones de tutela inmediata.

El planteo fue rechazado —ignorado, para ser más preciso— tanto por la Cámara de Casación Penal como por la Suprema Corte provinciales. La presentante alegó ante la Corte Suprema que ese rechazo le causó un agravio constitucional, ya que afectó su derecho a accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución argentina. El Procurador General dictaminó a favor de la procedencia de la queja por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de accionar colectivamente<sup>13</sup>.

La mayoría de la Corte —y, sobre este punto, también las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt— concedió la razón a la actora. La Corte afirmó:

*“Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”.*

*“Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)”<sup>14</sup>.*

<sup>11</sup> CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo*, del 9 de abril de 2002.

<sup>12</sup> Ver, al respecto, el apartado 4 de este trabajo.

<sup>13</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, Dictamen del Procurador General de la Nación, del 9 de febrero de 2004, considerando IV. El Procurador afirma que “reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva”.

<sup>14</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto de la mayoría de la Corte, considerandos 16 y 17. En el mismo sen-

Como puede verse, la mayoría de la Corte no aborda realmente el problema, y de hecho argumenta sobre una cuestión distinta —si, por analogía, puede extenderse la legitimación y la afectación de derechos de incidencia colectiva como requisito para interponer el amparo colectivo al *habeas corpus*—. Para responder esto, había que responder antes que se trataba de una cuestión de afectación de derechos de incidencia colectiva —por requerirse necesariamente un remedio colectivo para dar solución a la violación— y que la actora estaba legitimada para presentar un amparo colectivo en el caso<sup>15</sup>. La Corte elide las premisas: evita dar razones que justifiquen la necesidad de tramitar colectivamente la acción, y contesta otra cuestión —sobre la que en realidad, no existía agravio—... En todo caso, parece que la Corte aceptara implícitamente los argumentos de la presentante. Lo mismo sucede con la legitimación de la actora —hubiera sido fácil citar, en este caso, los precedentes de *Asociación Benghalensis*, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta* y el propio *Mignone*—. La importancia del tema hubiera requerido un tratamiento más prolijo.

En fin, la importancia del caso en relación con la cuestión de la legitimación y del carácter colectivo de la acción yace más bien en el hecho de su aceptación, más que en las (muy escasas) razones dadas para justificarla. Más allá del importante paso dado, la Corte ha quedado en deuda en materia argumentativa: aún falta una teoría jurisprudencial consistente que permita evaluar la procedencia de acciones colectivas. En cuanto a la legitimación, la aplicación de la cláusula del artículo 43 segundo párrafo ha sido relativamente mecánica: parecería que basta con ser una asociación con fines relacionados con la protección de los derechos en juego para ser aceptada como legitimada en casos en los que se alegue afectación de derechos de incidencia colectiva. Cabe preguntarse, sin embargo, si las cosas son tan sencillas. ¿Qué pasaría en caso de múltiples presentantes? ¿Se legitimará al primero en el tiempo, o existen otros criterios para determinar un mejor derecho de representación del grupo? ¿O debería acumularse todas las presentaciones que traten sobre la misma situación y consolidarse un litisconsorcio activo? ¿Qué pasaría en caso de reclamos contradictorios? ¿Qué pasaría en caso de concurrencia de casos individuales y casos colectivos? Todavía existen pocas certezas sobre estas preguntas.

---

tido, disidencia parcial del juez Fayt, considerandos 14, 15 y 16, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere —entre otros— a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

<sup>15</sup> Cabría decir que el problema de la analogía entre amparo colectivo y *habeas corpus* en materia de legitimación es menor, porque la legitimación para interponer el *habeas corpus* en el régimen legal vigente es más amplia que la legitimación para el amparo colectivo: cualquiera puede interponer un *habeas corpus* a favor de un detenido. Cfr. Ley 23.098, artículo 5: “La denuncia de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los artículos 3 y 4 o por cualquier otra en su favor” (el énfasis es mío).

### 3. LA INVOCACION DE ESTANDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO CRITERIO DECISORIO: ¿CRITERIO VINCULANTE O MERA CITA DECORATIVA?

Un segundo tema que me interesa tratar es el de la profusión de citas de estándares del derecho internacional de los derechos humanos —y aún de precedentes extranjeros— que efectúa el fallo. Trataré primero de desentrañar y ordenar algunas de estas citas, para después analizar su (posible) sentido. El carácter de las citas no es homogéneo: la larga lista está compuesta por instrumentos, documentos y decisiones de muy variado origen. Veamos:

— Referencias directas al texto de tratados y declaraciones internacionales con jerarquía constitucional<sup>16</sup>: así, la sentencia cita —en relación con el derecho al tratamiento humano y al respeto a la dignidad de las personas privadas de libertad, a la función resocializadora de la pena, y a la prohibición de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes— cláusulas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes.

— Referencias a un tratado internacional ratificado por la Argentina pero que no cuenta con jerarquía constitucional, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Cruelles Inhumanos y Degradantes.

— Referencias a normas de *soft law* (derecho-modelo o derecho interpretativo no obligatorio): entre ellas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos; los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

— Referencias a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*, conocido como “Panchito López”, de 2 de septiembre de 2004).

— Referencias a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002).

---

<sup>16</sup> El artículo 75 inc. 22 de la Constitución argentina concede jerarquía constitucional a los una serie de instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal como del regional. Los demás tratados tienen jerarquía inferior a la Constitución pero superior a la ley.



— Referencias a Observaciones Generales de un órgano de supervisión de un pacto internacional con jerarquía constitucional: las Observaciones Números 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

— Referencias a Observaciones Finales a los informes estatales del gobierno argentino formuladas por órganos de supervisión de pacto internacional con jerarquía constitucional: las observaciones finales del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes al cuarto informe argentino y las del Comité de los Derechos del Niño al segundo informe argentino.

La Corte cita además:

— Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos: los fallos *Peers c. Grecia*, de 19 de abril de 2001; *Price v. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001; y *Kalashnikov c. Rusia*, de 15 de julio de 2002.

— Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos: fallos *Wolff c. McDonnell*, *Bell c. Wolfish*, *Rhodes c. Chapman*, *Hutto c. Finney*, *Wilson c. Seiter*, que interpretan la VIII enmienda de la Constitución estadounidense (prohibición de penas crueles y desacostumbradas).

Creo que la pregunta fundamental frente a la extensión de las menciones a instrumentos y documentos internacionales es: ¿cuál es el carácter en el que la Corte trae a colación todo este material? ¿Se trata de otorgarles algún valor normativo, o constituyen simplemente una cita ornamental, que agrega una pátina de ilustración a la sentencia, como lo haría la referencia a un fragmento de Borges, de Shakespeare o de Kant?

Tengo la sospecha de que la respuesta correcta es la primera, aunque el voto de la mayoría no explique demasiado los eslabones de su argumentación. Mirada bajo su mejor luz, semejante catarata de menciones parecería significar que la Corte se está tomando en serio la jerarquía constitucional y suprallegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que cuando deba enfrentar una situación de hecho en la que son aplicables simultáneamente normas constitucionales, normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas de otros tratados internacionales, el tribunal tendrá en vista todos los estándares en juego e intentará armonizarlos. Me parece posible interpretar el esfuerzo de identificar y citar instrumentos y opiniones de todo tipo aplicables al caso en cuestión, como una búsqueda de sustento más sólido del fuerte activismo manifestado en la decisión. Si esto es así, tal vez signifique que, para la Corte, la interpretación de cláusulas constitucionales de conformidad con los estándares que surgen de instrumentos internacionales y de otros documentos derivados de ellos constituye un factor de justificación suplementario de su proceder.

Comenzaría por decir que el conjunto citado padece de cierto desorden, y que la yuxtaposición de piezas de origen tan variado no ayuda demasiado a entender qué valor concede el tribunal a unas y a otras. En todo caso, tal vez sea posible recon-

ducir la profusión de citas a algunos principios básicos. Una clave para dar cierta unidad a las menciones podría darla el empleo que hace la Corte de la expresión “estándares internacionales”, en los considerandos 57 y 58 —en materia de prisión preventiva— y 60 y 61 —en materia de regulaciones penitenciarias—. Después de volcar sin demasiada elaboración el aluvión de citas a instrumentos y documentos de origen internacional, la Corte parece sintetizar lo dicho antes, y hace referencia a la incompatibilidad de la legislación bonaerense en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria con los “estándares internacionales”. Parece razonable interpretar que por “estándares internacionales”, la Corte se refiere a la síntesis de los criterios explayados en sus considerandos previos, en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria, respectivamente.

Quisiera ensayar, entonces, un intento de reconstrucción de lo que creo es el argumento implícito en las menciones al derecho internacional del voto de la mayoría del tribunal. La construcción requeriría acudir a algunos precedentes de la Corte no mencionados en el caso, pero que pueden dar sentido a la actitud de acumular tantas menciones de origen internacional. Me parece que el argumento puede ser ordenado del siguiente modo:

a) Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos —tanto los de jerarquía constitucional como los de jerarquía suprallegal— forman parte del derecho interno, y son directamente aplicables por los jueces locales<sup>17</sup>. En el caso, la Corte cita cláusulas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura e, indirectamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador.

b) Cuando los tratados internacionales versen sobre materias contenidas en la parte dogmática de la Constitución —en materia de derechos constitucionales o fundamentales, por ejemplo—, los jueces locales deben armonizar la interpretación de las cláusulas del texto constitucional con las de los tratados internacionales aplicables. Esto puede suponer la ampliación del contenido de un derecho de origen constitucional, dado que en los tratados internacionales hay ejemplos de regulación más detallada, más completa o más protectora de los mismos derechos que en el texto constitucional.

<sup>17</sup> Esta premisa tiene un aspecto suplementario, que la Corte sí hace explícito: de violar lo establecido por los tratados, amén de incurrir en violaciones constitucionales, el Estado incurre en responsabilidad internacional. Los jueces deben evitar que eso ocurra, y eso los obliga a revisar las posibles violaciones a normas internacionales que se hagan patentes en los casos que les toca resolver. (cfr. argumento del considerando 13, en relación con la procedencia del recurso extraordinario, y punto resolutivo 4).

c) La interpretación del alcance de los tratados internacionales requiere acudir a los estándares interpretativos generados en sede internacional<sup>18</sup>.

d) Los estándares interpretativos de los tratados internacionales tienen, a su vez, varias fuentes. Para interpretar las obligaciones que emanan de un tratado internacional, es necesario acudir a todo el material relevante y eso incluye las diversas fuentes que han dotado de sentido al texto de un tratado.

e) Entre esas fuentes pueden encontrarse:

e.1) *Instrumentos interpretativos* (instrumentos internacionales de *soft law*) que especifican el contenido de cláusulas insertas en tratados internacionales obligatorios para la Argentina<sup>19</sup>. Entre los instrumentos interpretativos no obligatorios, pero que funcionarían como estándar interpretativo del alcance de cláusulas contenidas en tratados internacionales, la Corte cita las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

e.2) *Interpretaciones de carácter general* formuladas por órganos creados por tratados internacionales de derechos humanos. En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el ejemplo más relevante es el de las Observaciones Generales o Comentarios Generales elaborados por los respectivos Comités de supervisión de los tratados de derechos humanos de ese sistema. La Corte cita, a este respecto, las Observaciones números 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el Sistema Interamericano, un ejemplo de este supuesto es el de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte cita, a este respec-

to, la Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e.3) *Recomendaciones u observaciones finales*, efectuadas por los Comités de supervisión de los tratados del Sistema Universal en el ejercicio de su función de evaluación de los Informes periódicos que los Estados parte están obligados a presentar. Uno podría distinguir dos niveles distintos de remisión al contenido de las recomendaciones u observaciones finales: primero, recomendaciones u observaciones finales referidas a un informe periódico presentado por la Argentina. Es este caso, las recomendaciones u observaciones finales constituyen la evaluación de una situación fáctica o normativa directamente concerniente al país. Segundo, recomendaciones u observaciones finales efectuadas por un Comité ante el Informe de un país diverso. En el primer caso, si las recomendaciones se refieren a la situación bajo análisis, revelan en forma directa la opinión del órgano internacional sobre esa situación. En el segundo caso, para invocar una recomendación u observación final dirigida a un informe de otro Estado parte, es necesario demostrar que existe analogía entre la situación evaluada por el Comité y la situación frente a la que se pretende hacer valer la recomendación u observación. En *Verbitsky*, la Corte cita dos ejemplos del primer caso: las observaciones finales del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes al cuarto Informe periódico, y las del Comité de los Derechos del Niño al segundo Informe periódico que el Estado argentino presentó ante esos Comités.

e.4) *Jurisprudencia* emanada de órganos internacionales, en ejercicio de funciones contenciosas. Es decir, la aplicación de las cláusulas de un tratado internacional a una situación de hecho concreta por parte de su órgano de adjudicación. Este es el sentido de la cita de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Puede considerarse equivalente la cita a decisiones de los Comités del Sistema Universal habilitados para recibir peticiones individuales —es el caso del Comité de Derechos Humanos, del Comité contra la Tortura, del Comité contra la Discriminación Racial y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer—. En este sentido, la Corte cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*.

e.5) Cuando se trata de *sentencias de tribunales de sistemas de los que la Argentina no hace parte*, como las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, el sentido que puede tener tal cita es el de la existencia de una importante semejanza de la cláusula interpretada por el tribunal de marras, y la cláusula de un tratado internacional obligatorio —o del texto constitucional— aplicable al caso. Es decir, su peso interpretativo es indirecto, y viene dado por la analogía entre la cláusula interpretada y la aplicable al caso. La Corte cita aquí tres casos de la Corte Europea de Derechos Humanos, los casos *Peers c. Grecia*, *Price v. Reino Unido* y *Kalashnikov c. Rusia*. En estos casos estaban en juego violaciones al artículo 3 del Convenio Europeo sobre Dere-

<sup>18</sup> Cfr., por ejemplo, la doctrina establecida desde el precedente *Giroldi*: “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22 2° párrafo), [significa] (...) tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2 ley 23.054)”. Cfr. CSJN, *Giroldi, H. s/recurso de casación*, 7 de abril de 1995. Ver comentarios de Martín Abregú, “Introducción”, y de Guillermo R. Moncayo, “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, págs. 20 y 92-95, respectivamente.

<sup>19</sup> Ver Alan E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, octubre de 1999, págs. 901-913; Anthony D’amato, “Soft Law”, en Anthony D’amato y Kirsten Engel (eds.), *International Environmental Law Anthology*, Anderson Publishing, Cincinnati, Ohio, 1995, Cap. 5, págs. 55-60.

chos Humanos, referido la prohibición de tortura y de tratos y castigos inhumanos o degradantes. La analogía puede valer en relación a los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1 de la Convención contra la Tortura, de los que Argentina sí es parte, y que cuentan con jerarquía constitucional.

e.6) Fuera ya de los materiales provenientes del derecho internacional, las citas de *jurisprudencia extranjera* —como las referencias a las sentencias de la Corte Suprema estadounidense, o al Tribunal Constitucional español o alemán— tienen sentido en la medida en que la cláusula que ellas interpretan tenga una semejanza importante con la cláusula constitucional o la cláusula de un tratado de derechos humanos obligatorio aplicable por nuestros tribunales. La ya clásica costumbre de citar precedentes de la Corte Suprema estadounidense se explica por el hecho de que la Constitución estadounidense ha constituido la principal fuente de inspiración del texto constitucional de 1853/1860. Para el tema que nos interesa, la jurisprudencia extranjera puede constituir una guía indirecta cuando las cláusulas de derechos constitucionales o fundamentales interpretadas tengan una importante semejanza con cláusulas del texto constitucional argentino, o con cláusulas de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional o suprallegal. En el caso comentado, la Corte cita las sentencias *Wolff c. McDonnell*, *Bell c. Wolfish*, *Rhodes c. Chapman*, *Hutto c. Finney*, *Wilson c. Seiter* de la Corte Suprema estadounidense, que interpretan la VIII enmienda de la Constitución estadounidense (prohibición de penas o castigos crueles y desacostumbrados). La analogía se justificaría porque la cláusula estadounidense tiene una lejana semejanza con segmentos del artículo 18 de la Constitución argentina<sup>20</sup>, y una semejanza más cercana con los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1 de la Convención contra la Tortura, de los que Argentina sí es parte, y que cuentan con jerarquía constitucional.

Dicho esto, habría que señalar que la sola cita de unos y otros documentos no equivale a la tarea de elaborar un estándar inteligible a partir de esos materiales. Esto requeriría un esfuerzo de síntesis suplementario —operación que la Corte no ha efectuado cabalmente en este caso—. La necesidad de

<sup>20</sup> En lo que aquí interesa, la Enmienda VIII de la Constitución estadounidense establece que no se infligirá “penas [o bien “castigos”] crueles y desacostumbradas” (“*nor cruel and unusual punishments inflicted*”). La cláusula tiene un lejano parentesco con la prohibición del tormento y los azotes, y con el mandato de que las cárceles sean “sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” del artículo 18 de la Constitución argentina. La (prácticamente ignorada) responsabilidad de los jueces que autoricen “toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar” a los detenidos en cárceles más allá de lo que la seguridad exija podría ser entendida como un estándar más específico de la noción de “castigo cruel”. Sobre la responsabilidad de jueces, legisladores y doctrinarios por la falta de efectividad de esta cláusula constitucional, ver Alberto Bovino, “Control judicial de la ejecución penal y derechos humanos”, en *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 117-139.

armonización y síntesis de materiales de origen internacional en cada caso impone una tarea intelectual exigente, y requiere tener en vista los documentos relevantes, y no una selección caprichosa de alguno o algunos. Cabe además señalar que, cuando el material empleado presenta tensiones o incoherencias —entre sí, o con las cláusulas constitucionales en juego— el tribunal debe llevar a cabo una tarea de articulación de ese material, que necesariamente requerirá privilegiar alguno sobre otro. En este sentido, hay que subrayar que, de acuerdo al propio régimen de interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos —a partir del denominado principio *pro homine* o *pro hominis*—, el tribunal debe privilegiar, entre las soluciones posibles, la más favorable a la persona humana<sup>21</sup>.

#### 4. EL DISEÑO DEL REMEDIO ORDENADO JUDICIALMENTE: ¿NUEVOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LOS PODERES POLITICOS?

Una tercera cuestión que llama la atención en el fallo está dada por la aceptación de la Corte del pedido de la presentante, en el sentido de encomendar al Poder Ejecutivo provincial el establecimiento de una mesa de diálogo de la que participarán la accionante y las organizaciones presentadas como *amici curiae* —sin perjuicio de su integración con otros sectores de la sociedad civil—. La Corte ordena además al Gobierno provincial informarle de los avances logrados cada sesenta días<sup>22</sup>.

El fundamento de este novedoso mecanismo aparece en el considerando 26, que paso a transcribir:

*“Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión.*

*Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide se establezcan instancias de ejecución en las*

<sup>21</sup> Ver, al respecto, Susana Albanese, “La primacía de la cláusula más favorable a la persona”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, págs. 163-171.

<sup>22</sup> Cfr. CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, punto resolutivo 8.

que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas.

Efectivamente, las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.

En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables<sup>23</sup>.

Vale la pena detenerse en este considerando, y ofrecer algunos elementos de análisis para facilitar su comprensión. La Corte ha penetrado, tal vez sin advertirlo plenamente, en el terreno de lo que en la tradición del movimiento de los derechos civiles estadounidense se denomina *litigio complejo* (*complex litigation*) o *litigio de reforma estructural* (*structural reform*)<sup>24</sup>. Aquí es necesario formular algunas precisiones que permitan entender más claramente las cuestiones en juego.

Primero, bajo estas denominaciones se designa al litigio que puede caracterizarse por: a) *la multiplicidad de actores e intereses en juego*; b) *el carácter estructural de la violación bajo análisis*; c) *la necesidad de diseño de un remedio que requiere planificación e implementación de largo alcance*. Cuando —como en este caso— se suma el hecho de que la demandada es una autoridad estatal, hay un cuarto factor en juego, que es d) *la necesidad de respeto de la división de poderes*. Podría decirse que el litigio complejo o de reforma estructural está dirigido a obtener la revisión judicial de una violación de gran escala, que involucra una situación colectiva, y que requiere una solución que no se agota en una orden única, sino que exige ponderación de múltiples factores, especificación de las medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual, y evaluación de la implementación. En la tradición estadounidense, el litigio complejo o de reforma estructural se ha empleado en áreas tales como la desegregación racial del sistema educativo, la reforma de institucio-

nes psiquiátricas y penitenciarias, las acciones para combatir la discriminación estructural de género, el cumplimiento del mandato de accesibilidad de edificios y servicios previamente inaccesibles para personas con discapacidad, etcétera. En América Latina, el tribunal que más ha avanzado en este sentido es la Corte Constitucional colombiana, que ha desarrollado para analizar situaciones de violaciones de carácter estructural o sistémico la noción de “estado de cosas inconstitucional”. Ese tribunal ha empleado esta novedosa noción en casos relativos al desplazados por conflictos armados, y al sistema carcelario, entre otros<sup>25</sup>.

Sin pretender agotar el tema, sería importante marcar aquí algunos de los ejes que caracterizan la actuación judicial en este terreno. Primero, es necesario subrayar que bajo todo litigio complejo o de reforma estructural se pretende enjuiciar una situación —normativa o fáctica— bajo un *parámetro jurídico*. Es decir, el litigio complejo o de reforma estructural no pretende la evaluación de la conveniencia o bondad de una política pública —o de su ausencia— por parte de los jueces, sino la determinación de que una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico<sup>26</sup>. En este sentido, y con las particularidades del caso —que, en la Argentina, están dadas fundamentalmente por la escasa tradición en materia de acciones colectivas— la adjudicación en este tipo de litigio se enmarca perfectamente en la función tradicional asignada a los jueces: resolver controversias sobre una base legal.

Segundo, una de las particularidades del litigio complejo o de reforma estructural es que la actuación judicial no concluye con la declaración de que la situación cuestionada viola un derecho o un parámetro legal. Este es un primer paso necesario, pero el peso de este tipo de litigio radica fun-

<sup>23</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto de la mayoría, consid. 26.

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, Owen Fiss, “The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review* 1 (1979) (también en Owen Fiss, *The Law As It Could Be*, New York University Press, Nueva York, 2003); Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976); Charles Sabel y William H. Simon, “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, 117 *Harvard Law Review* 1015 (2004).

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-153 de 1998, del 28 de abril de 1998, relativa a la situación carcelaria, donde la propia Corte, a través de la ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, caracteriza la noción: “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural —es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”. Sobre la situación carcelaria, ver también Sentencia T-847 de 2000. Sobre la situación de los desplazados internos, ver Sentencia T-025 de 2004, del 6 de febrero de 2004. La Corte ha empleado la noción en otras situaciones: protección de la vida de los defensores de derechos humanos (Sentencia T-590 de 1998), mora habitual e ineficiencia administrativa de la Caja Nacional de Previsión en resolver peticiones (Sentencias T-439 de 1998 y T-068 de 1998), falta de convocatoria a concurso en la carrera notarial (Sentencia SU-250 de 1998).

<sup>26</sup> Sobre el punto, en referencia al tratamiento judicial de violaciones colectivas a derechos sociales, ver nuestras reflexiones en Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 248-254, apartado “Balance provisorio: las políticas sociales frente a la justicia”.

damentalmente en la etapa de ejecución de la sentencia. Esta etapa —a diferencia del litigio bilateral tradicional— incluye el *diseño concreto de las medidas a adoptar*, el cronograma de cumplimiento, y el seguimiento de ese cumplimiento. Aquí es donde juegan factores relacionados con la división de poderes. La discusión central planteada al respecto es la del alcance de las facultades de la judicatura en el diseño concreto de un remedio para el caso. Uno de los puntos discutidos es la capacidad del Poder Judicial para establecer una solución detallada que tenga en consideración todos los factores en juego, y para llevarla a cabo. Al Poder Judicial le corresponde establecer las pautas a las que debe ajustarse la situación para respetar los derechos y principios en juego. La Administración debe articular la actividad destinada a superar la violación denunciada con el cumplimiento de otros deberes a su cargo. El hecho de que la solución destinada a superar una violación de carácter estructural involucre distintas autoridades, y la consideración de factores presupuestarios, de planificación e implementación gradual, que en muchos casos requieren correcciones coyunturales, se aleja del tipo de decisión más o menos sencilla habitualmente adoptada por el Poder Judicial.

A esto se suman consideraciones relativas a la legitimidad del Poder Judicial para adoptar decisiones detalladas de política pública. Se ha señalado, entre otros, dos ejes para evaluar el grado de activismo del Poder Judicial: uno alude a la distinción entre decisiones sobre el *contenido de una política* y decisiones sobre las *reglas del procedimiento democrático* —es decir, si las decisiones judiciales elaboran políticas sustantivas, o se ocupan sólo de la preservación de las reglas del procedimiento democrático—. El otro alude a la *especificidad de la política establecida*, es decir, al grado en el que el tribunal decide los detalles de la política establecida por una sentencia, en lugar de dejar la regulación de esos detalles librada a la discrecionalidad de otros organismos gubernamentales<sup>27</sup>.

Consideraciones de este tipo han motivado una tendencia a la *procedimentalización* del período de ejecución de la sentencia en las causas de litigio complejo o de reforma estructural: parte de este período consiste, justamente —una vez declarada la violación y las pautas a las cuales debe ajustarse la situación bajo cuestión—, en el establecimiento de una forma de diálogo entre los actores involucrados, bajo la supervisión judicial, para permitir la discusión y la propuesta concreta de medidas: de un plan o progra-

ma integral para superar la violación verificada judicialmente<sup>28</sup>. A su vez, establecidos acuerdos sobre prioridades, cronogramas y pasos concretos a ser adoptados, la actuación judicial consiste en la homologación de esos acuerdos y —a instancia de los peticionantes— en la supervisión de su cumplimiento, y en la imposición de sanciones a los responsables en caso de incumplimiento.

No pretendo con estos breves apuntes agotar un tema apasionante y complejo. Pero creo que lo dicho basta para entender de mejor modo la novedosa decisión de la Corte al respecto. Veamos.

En cuanto al encuadramiento del caso como ejemplo de litigio complejo o de reforma estructural, bastaría con revisar los criterios que he enunciado para llegar a una conclusión afirmativa. Se trata de un problema con una *multiplicidad de actores*: por empezar, los más de 6.000 detenidos en comisarías<sup>29</sup>; el organismo de derechos humanos que los representa colectivamente ante la justicia; la administración penitenciaria provincial; la justicia provincial; la legislatura provincial. Parece claro también que cada uno de estos actores tiene intereses diversos, con variedad de convergencias y divergencias. El considerando citado refleja claramente este aspecto: en primer lugar, considera razonable la tesis de la presentante, en el sentido de que “*se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas*”. En sentido similar, el voto de la mayoría acepta que “*es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado*”.

En cuanto al *carácter estructural o sistémico* de la violación denunciada, tampoco cabe mayor duda: se trata de un problema que involucra la organización completa del sistema penitenciario provincial, y que afecta individualmente los derechos de todos los detenidos en comisarías a la espera de juicio. Mante-

<sup>28</sup> Sabel y Simon ilustran esta tendencia con numerosos casos referidos al litigio complejo en materia de instituciones escolares, psiquiátricas y penitenciarias, prácticas de abuso policial, y políticas de vivienda. Ver Charles Sabel y William H. Simon, “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, 117 *Harvard Law Review* 1015 (2004), págs. 1022-1054. De acuerdo con estos autores, los rasgos de la fase remedial que caracterizan a ese giro procedimental son: a) la negociación entre las partes interesadas, b) su carácter continuo y evolutivo —de modo que las soluciones a las que se arrije son provisionales, y sujetas a reevaluación y modificación—, y c) la transparencia del proceso. *Id.*, págs. 1067-1072.

<sup>29</sup> Que, dicho sea de paso, tienen particulares dificultades de expresión y organización colectiva, dada su dispersión geográfica, las restricciones jurídicas y fácticas que pesan sobre su derecho a asociarse y a manifestarse políticamente, y el hecho de que se trata de un colectivo permanente, pero cuya composición particular es provisoria e inestable. Difícilmente alguien pretenda definir su identidad a partir de su condición de detenido sin condena en comisarías. La constitución de un grupo a partir de un rasgo o condición que define positivamente su identidad —el género, el origen étnico o nacional, la preferencia sexual, la condición de trabajador de un sector productivo, la ideología política— y una cierta estabilidad de esa condición parecen ser funcionales a sus posibilidades de organización: ninguno de los dos elementos se da en el caso de los detenidos sin condena en comisarías.

<sup>27</sup> Ver Bradley C. Canon, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism”, en Stephen C. Halpern y Charles M. Lamb (comps.), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, Lexington, 1982, págs. 385-419, y “Defining the Dimensions of Judicial Activism”, en *Judicature* 66, No. 6 (Diciembre-Enero 1983), 236-246. Comento ese esquema de análisis en Christian Courtis, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2004, págs. 305-329.

ner el *status quo* no sólo prolongaría el problema, sino que lo agravaría, dada la tasa creciente de persecución penal y las restricciones a la excarcelación y al empleo de formas de cumplimiento de la pena alternativas a la privación de libertad. Las soluciones meramente individuales o parciales sólo recargan el problema sobre el resto del sistema. La Corte califica expresamente a la situación como “*genérica, colectiva y estructural*”<sup>30</sup>. La consideración del carácter estructural o sistémico del problema está implícita además en la aceptación de la tramitación del caso como acción colectiva, es decir, como litigio que incluye y pretende dar solución a la situación de todos los afectados.

Tampoco parece existir mayor inconveniente en reconocer que el *remedio requerido* para solucionar la violación difícilmente pueda implementarse de manera inmediata, y que requiere tener en cuenta una gran cantidad de factores y variables. Establecidos los objetivos —eliminar la detención en comisarías de personas en espera de juicio—, es necesario planificar medidas —legislativas, administrativas, judiciales— para concretar ese objetivo, establecer criterios de priorización, adoptar decisiones sobre cuáles serán los lugares alternativos de detención, fijar un cronograma para llevar a cabo aquellas medidas. La Corte parece asumir también el argumento de la actora, en el sentido de que es “*impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo*”.

En cuanto a la *necesidad de respeto de la división de poderes*, la cuestión se manifiesta particularmente en el caso, dado el hecho —reflejado también en la complejidad del decisorio de la Corte— de que el remedio requiere de la participación de los tres poderes provinciales: de la revisión de leyes y de la previsión presupuestaria por parte del Legislativo, de la adopción de medidas por parte del Ministerio de Justicia y de la administración penitenciaria local, y de la actuación del Poder Judicial provincial. La Corte también parece hacerse cargo de este argumento —sugerido por la ONG presentante—: “*no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión*”.

Por último, la orientación *procedimental* de la decisión de la Corte a este respecto aparece claramente reflejada en los términos que fundan su directiva al Gobierno provincial: “*instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas*”; “*las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso*”, “*es prudente implementar*

*un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires*”; “*se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables*”.

Resta por saber cuán seriamente se toma la Provincia tanto el procedimiento de diálogo encomendado, como la obligación de informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados. Y cuán estrictamente asumirá la Corte su función de supervisora del proceso de diálogo, de los eventuales acuerdos a los que se arriben, y del proceso de su implementación. En todo caso, la novedad es bienvenida.

## 5. (BREVES) CONCLUSIONES

Para no extenderme más, ofrezco a modo de sumario algunas conclusiones sobre las tres cuestiones que he abordado:

a) Sobre la legitimación de la presentante y el carácter colectivo de la acción, el avance representado por el caso radica más en el hecho de su procedencia, que en los motivos que la Corte ha dado para aceptarla. Es posible reconstruir algunas de estas razones —como guía de acción para casos futuros— de la transcripción de los argumentos de la presentante —que la Corte parece aceptar sin mayor elaboración— y del dictamen del Procurador General de la Nación, más que de los argumentos aportados por la sentencia. Entre esas razones cobra especial relevancia la de la necesidad de un remedio colectivo ante la afectación masiva de derechos individuales a partir de una situación común. La Corte —sin decirlo claramente— parece perfilar éste como uno de los significados posibles de la expresión “derechos de incidencia colectiva” del artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución argentina.

b) En cuanto a la invocación de estándares internacionales, parece que la Corte va consolidando la tendencia de prestar mayor atención a la necesidad de interpretación integrada de cláusulas del texto constitucional, cláusulas de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, y documentos interpretativos de esos instrumentos, producidos en sede internacional. La profusión de citas de origen internacional en el caso es una buena muestra de esto. Cabe reiterar de todos modos que esa profusión de citas padece de cierto desorden, y que —para integrar claramente el estándar aplicable a los casos bajo examen— sería necesaria una ulterior tarea de elaboración de esa pluralidad de materiales traídos a colación.

<sup>30</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto de la mayoría, consid. 23.

c) En lo que toca al remedio de carácter procedimental dispuesto por la Corte —consistente no en diseñar las medidas de cumplimiento, sino en encomendar el establecimiento de un procedimiento de diálogo entre distintos actores públicos y privados para hacerlo, y constituirse en supervisora del funcionamiento y resultados de ese mecanismo— cabe resaltar la trascendencia de la decisión, que introdu-

ce al tribunal en el terreno de los remedios característicos del litigio complejo o litigio de reforma estructural. Como he dicho antes, el caso no se agota en la importante sentencia emitida: su real dimensión sólo podrá evaluarse a partir del funcionamiento de ese mecanismo de diálogo, y de la concreta adopción de las medidas destinadas a superar el oprobioso problema tratado en la litis.

# APUNTES\*

## • ¿'Guerra' al terrorismo o al derecho?

Ya en prensa el número anterior de esta revista, se tuvo noticia del asesinato policial del joven brasileño Jean Charles de Menezes, en Londres. Suceso tremendo que fue seguido de intervenciones como la de Blair y, entre nosotros, la del presidente del Consejo General del Poder Judicial, justificando o comprendiendo la escalofriante acción. Ninguna de las dos brilló, ciertamente, por la *finezza*, y ambas tienen indudable valor de síntoma. De fiel indicador de la pendiente de degradación de la cultura civil en la que estamos embarcados. Desde que el 11-S se convirtió en fuente de *terrible derecho*, precisamente, por obra de Bush, enemigo declarado de éste, que no ha dejado de padecer por su causa, a partir del momento de su peculiar inicial acceso al poder.

La propensión de declarar *la guerra* a fenómenos con capacidad de inducir "alarma social", no es nueva, sólo evoluciona a tenor de las particularidades del momento histórico. Y ocurre que el nuestro ha sido fértil en manifestaciones de esa inclinación, bajo fórmulas que son una versión extrema y armada de las políticas de "ley y orden", generalmente connotadas por poner la primera, instrumentalmente, al servicio de alguna clase de desorden, cuya verdadera naturaleza y raíces sociales se ocultan.

Se trata de políticas que, en esta hora del mundo, han desbordado ampliamente las fronteras de los estados nacionales para proyectarse en el ámbito transnacional. En el periodo que interesa, puede verse un primer antecedente en la guerra del Golfo, como supuestamente librada por el derecho, en una grosera manipulación de la Carta de la ONU. Y otro bien expresivo en la "guerra humanitaria", con los *bombardeos pro-derechos humanos*, a cargo de la OTAN, aún más al margen de ese texto.

La guerra de Afganistan fue ya directamente, en el discurso de sus responsables, una benéfica operación de *policía* antiterrorista. Aunque, en realidad, un ciego acto de propaganda por el terror y de venganza, rico en víctimas civiles, y con franca continuidad en la de Irak, nuevo episodio de la misma "guerra infinita" contra "el mal", a la que no podrá negarse una virtud: ilustrar sin pizca de retórica sobre cómo un uso bestial de la fuerza, al margen de cualquier perspectiva de principios, es el camino de regreso más rápido al *bellum omnium*, el todos contra todos.

Está fuera de duda que el neoyorquino 11-S, el madrileño 14-M y el londinense 7-J tienen todas las connotaciones del crimen atentatorio contra la humanidad. Pero pretender que nos sitúan en un

escenario de *guerra* es algo que sólo puede hacerse al precio de perder de vista cuáles son los verdaderos rasgos estructurales de ésta como fenómeno; y de ignorar los caracterizadores de esa clase de acciones masivamente criminales. Supone, por tanto, cerrar los ojos, precisamente, a aquellos elementos de inexcusable consideración para entender algo de lo que actualmente sucede y reaccionar frente a ello sin que hacerlo implique una forma de suicidio de nuestros estados, como (siempre precarios) estados de derecho.

En efecto, en los actos terroristas contemplados no hay estados que se enfrenten, ni enemigos fácilmente identificables, a los que pueda atribuirse la calidad de beligerantes. Hay conductas de código penal, cierto que con particularidades morfológicas que las singularizan, por razón de la autoría, del *modus operandi* y de la magnitud de las consecuencias. Por tanto, crímenes gravísimos, que demandan reacciones policiales y una policía con capacidad para moverse con eficacia en el mismo espacio en que se mueven los delincuentes; pero no, obviamente, a diferencia de éstos, en un desierto de reglas.

El planteamiento es de principio, pero no sólo, porque lo que separa el "espíritu de frontera" del constitucionalismo de derechos no es un ejercicio de narcisismo debido a juristas ensimismados, sino la evidencia de que *así*, es decir, con la razón del revólver como argumento, no era posible seguir.

En el discurso del trío de las Azores, como en las aludidas afirmaciones de Blair y en las del presidente del CGPJ, de parecido tenor, late un gastado discurso, que se funda en la mistificación consistente en negar toda posible eficacia al respeto de normas que se han demostrado fundamentales para la convivencia; y en presumir una exclusiva virtualidad positiva, sin costes, a la derogación de éstas, presentándolas socialmente como un engorro.

En este peculiar modo de (no) ver las cosas, los tiros a la cabeza de un ciudadano previamente reducido constituyen una aséptica "muerte". Precio inevitable, en cuanto impuesto por la *necesidad policial* que debe prevalecer en este tipo de situaciones. De donde resulta que disparar de esa forma es "proteger a la gente", mientras oponerse a semejante clase de desmanes sería trabajar por la indefensión social frente al terrorismo difuso.

En vista del tenor del razonamiento se hace inevitable una pregunta: ¿Habrà algún límite? ¿Y quién será el encargado de señalarlo y hacerlo respetar? Pues bien, la respuesta estaría dada en los mismos hechos, que para los epígonos del paradigma bélico adquieren omnipotente fuerza normativa: si los criminales hablan de guerra para legitimar sus horrores, es que hay que hacerla. Y situados aquí, no rige otro criterio que el de "lo que haga falta"; que, es obvio, sólo puede conocerlo quien se empeña en

\* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro.



esa lucha en primera persona. Alguien que, curiosamente, pues es lo que sostienen sus apologetas, no estaría vinculado ni siquiera por las Convenciones de Ginebra, que impiden hacer con los prisioneros lo que la policía hace hoy con el detenido en una calle de Londres.

Un notable jurista ilustrado hispano, Manuel de Lardizábal y Uribe, reaccionaba con escándalo, en 1782, contra la afirmación de Pedro Castro de que “la sospecha justa es [ya en sí misma] punible”. No hay que preguntarse por lo que opinaría hoy, en vista de la entusiasta recuperación de este autor oscuro en sus siniestros argumentos. Porque de esto se trata. Y es que, en efecto, todo está inventado, y lo que se hace, con actuaciones y discursos tan patéticos como los de referencia, es recuperar lo peor de lo peor, de lo más sombrío del desván de la historia: las mil y una maneras de tomarse *la justicia* por la mano; de hacer picadillo al imputado para que confiese; de distribuir culpabilidades, que son condenas, por la simple sospecha; de criminalizar a todo el que invoque derechos frente a esa clase de prácticas aberrantes, ahora rehabilitadas por supuestas *razones* de oportunidad.

#### • **EITS y el delito de genocidio: ¿puntos de conexión o causas de exculpación?**

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 237/2005, de 26 de septiembre, es un paso adelante de notable relevancia en la implantación en nuestro ámbito jurisdiccional del principio de justicia universal con respecto a los delitos de genocidio y terrorismo. Y, en otro orden de cosas, supone un buen ejemplo práctico de cómo las normas que desarrollan los derechos fundamentales de configuración legal no deben ser interpretadas con criterios rigoristas, restrictivos ni formales que comporten un menoscabo sustancial de las garantías constitucionales.

El asunto parte de una denuncia formulada por Rigoberta Menchú ante el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional (AN). La denunciante narró en su escrito una serie de hechos presuntamente perpetrados en Guatemala entre los años 1978 y 1986, atribuidos a personas que desempeñaban en ese periodo cargos civiles y militares; y consistentes en el exterminio del pueblo maya con el pretexto de haber favorecido la insurgencia o revolución, y en el asesinato de numerosas personas a las que se consideraba simpatizantes con las acciones revolucionarias.

El juez admitió a trámite la denuncia y las querrelas interpuestas, pero el Fiscal recurrió en apelación ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, al entender que los tribunales españoles carecían de competencia para conocer unos presuntos hechos que habían tenido lugar en Guatemala, circunstancia que los excluía del marco de aplicación del artículo 23.4 LOPJ. La AN dictó un auto el 13 de diciembre de 2002 estimando el recurso de apelación y acordó que “no procedía el ejercicio *en este*

*momento* de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el instructor archivar las diligencias previas”.

Denunciantes y querellantes recurrieron en casa- ción ante el Tribunal Supremo (TS) y el Pleno de la Sala Segunda dictó sentencia el 25 de febrero de 2005 en la que sólo estimó la competencia de la AN para conocer los presuntos delitos cometidos contra ciudadanos españoles. Para llegar a tal conclusión el TS hace una interpretación restrictiva del artículo 23.4 LOPJ, precepto que pone en relación con los artículos 6 y 8 del Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, y con el artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

Al aplicar el artículo 23.4 de LOPJ (precepto que atribuye la competencia a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean tipificables como delitos de genocidio o de terrorismo), el TS considera que una previsión tan general como la contenida en esa norma suscita ciertos interrogantes, puesto que no puede ser interpretada de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor y víctima. Señala también el TS que en nuestro Derecho no está establecido el principio de oportunidad, debiéndose además analizar si la regla de jurisdicción universal puede ser aplicada sin tener en consideración otros principios de Derecho internacional público. Y añade que la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que corresponden a aquélla, que en muchos aspectos viene determinada por la de otros Estados, de modo que no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a lugares no sometidos a ninguna soberanía estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano.

Según el TS, la extensión extraterritorial de la jurisdicción se justifica, en relación con los principios real o de protección y de personalidad activa y pasiva, por la existencia de intereses particulares de cada Estado, pero cuando se trata de basar la extraterritorialidad de la jurisdicción en bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de Derecho internacional público. No existe objeción a la jurisdicción universal —dice el TS— cuando proviene de una fuente reconocida del Derecho internacional, especialmente un Tratado aceptado por los Estados parte, pero si sólo se reconoce en el Derecho interno, su alcance está limitado por otros principios cuando no existe *un punto de conexión* directo con intereses nacionales, dado que tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocupar

se unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo.

Siete magistrados de los quince que componían la Sala formularon un voto particular, en el que, además de otros argumentos, replicaron que a la persecución del genocidio se aplica el principio de justicia universal como principio de *ius cogens* del Derecho internacional, por lo que no cabe apreciar en el ejercicio de esta jurisdicción en los términos del artículo 23.4 LOPJ contradicción alguna con otros principios del Derecho internacional.

Por lo cual, sigue diciendo el voto particular, la exigencia de un *vínculo o conexión* entre los hechos y un valor o interés del Estado que ejerce jurisdicción puede constituir un razonable criterio de autorrestricción para evitar la proliferación de procesos por delitos totalmente extraños o alejados, pero siempre como criterio de exclusión del exceso o abuso de derecho, no como medio de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla a partir de la aplicación del principio de personalidad pasiva, que no existe en nuestro Ordenamiento, o de defensa, que se recoge separadamente en el artículo 23.3 LOPJ. El enunciado criterio de razonabilidad puede permitir denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción con el fin de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y la ineffectividad de la intervención, pero, al entender ese *nexo común* de modo tan restrictivo como lo hace la mayoría del Tribunal, se suprime en la práctica su ejercicio.

Según el voto particular, debió estimarse el recurso, casando el auto recurrido y confirmando el inicialmente dictado por el Juez Central de Instrucción.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 237/2005, discrepa sustancialmente de la tesis mayoritaria del TS y acaba estimando el recurso de amparo por haber sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los denunciados y querrelantes, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

El TC comienza su sentencia resaltando que el texto del artículo 23.4 LOPJ otorga un alcance muy amplio al principio de justicia universal, al configurarlo a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución (en este caso genocidio y terrorismo). Y advierte de las consecuencias que una interpretación restrictiva puede tener para el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Señala el TC que la interpretación del TS es en extremo rigorista y carente de sostén argumental cuando infiere del silencio del Convenio sobre el genocidio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial una prohibición a los Estados parte de que en sus legislaciones otras herramientas de persecución del delito. Y sobre este particular el TC advierte que lo que el artículo 6 del Convenio determina es una *obligación de mínimos* que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. Pero deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer otros mecanismos de persecución del genocidio. La falta de autorización que el TS halla en el Convenio

sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene, remarca el TC, con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de ese crimen de Derecho internacional.

También discrepa el TC de la configuración y el contenido que le otorga el TS a la costumbre internacional cuando se trata de exigir determinados "*vínculos de conexión*" (como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales) como criterios restrictivos del ámbito de aplicación del artículo 23.4 LOPJ. El TC cuestiona de forma especial la selección de normas y de jurisprudencia internacional que hace el voto mayoritario de la sentencia del TS para integrar la regla vigente en la costumbre internacional y le atribuye a este respecto la no inclusión de referencias internacionales significativamente contrarias a la orientación y a la línea interpretativa que postula.

El TC acaba concluyendo que la interpretación mayoritaria del TS, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el artículo 23.4 LOPJ, y que más bien habría de ser calificada como *reducción teleológica* (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una *derogación de facto* del artículo 23.4 LOPJ.

A tenor de los argumentos del TC que acabamos de reseñar, parece obvio que el TS ha optado en su resolución por una interpretación restrictiva y rigorista de una norma que le permitía y reclamaba una exégesis más acorde con las garantías que la Constitución impone para el acceso de los ciudadanos a la jurisdicción. De modo que entre dos orientaciones hermenéuticas plausibles eligió aquella que cercenaba en mayor medida la efectividad de un derecho fundamental, acudiendo para ello a una selección de normas y sentencias del marco supraestatal que apoyaban su tesis reduccionista de los valores constitucionales, al mismo tiempo que excluía importantes ejemplos en el derecho comparado que le facilitaban acoger la tesis más garantista de los derechos fundamentales. Enfatizó así y exacerbó de forma desmesurada la operatividad de algunos *vínculos o puntos de conexión* que comprimían y estrechaban palmariamente la literalidad del texto del artículo 23.4 LOPJ, a pesar de que con ello se volatilizaban en la práctica las pocas posibilidades que había de enjuiciar las gravísimas conductas denunciadas ante el Juzgado Central de Instrucción.

La línea interpretativa acogida por el TS tenía por tanto en el presente caso una singular trascendencia, en cuanto suponía una limitación *de facto* a la expansión, vigencia y tutela en el ámbito internacional de los derechos fundamentales de la persona. Pues no debe olvidarse que con la punición de los delitos de genocidio y terrorismo se están protegiendo preventivamente bienes jurídicos tan esenciales como la vida y la dignidad de millones de personas frente a conductas crueles, vejatorias e inhumanas de sujetos y grupos que vulneran de forma salvaje las reglas más elementales de la convivencia social y de la vida política. Ante lo cual, quedan difuminados los argumentos pragmáticos relacionados con la posible proliferación de procesos en nuestro ámbito jurisdiccional, eventualidad que siempre podría ser amortiguada con medidas procesales de carácter interno e incluso supraestatal.

En un momento en que se clama por un constitucionalismo supranacional que supere las limitaciones de los caducos Estados, y en que todo tiende hacia un Estado internacional de derecho que compense la opresión que la globalización económica está desencadenando sobre algunos derechos fundamentales personales y sociales, parece imprescindible aprovechar cualquier resquicio normativo para implantar una jurisdicción sin límites de fronteras que tutele y universalice de forma efectiva la aplicación de los derechos humanos que ya aparecen reconocidos en conocidos textos internacionales. A este respecto, no deja de generar cierto desasosiego y desesperanza la línea mayoritaria seguida por la sentencia del TS. Si bien en el presente caso ha tenido una ponderada y ajustada respuesta en la resolución del TC, que constituye un loable ejemplo del buen uso de la técnica jurídica al servicio de los valores superiores que han de primar en toda interpretación de las normas sustantivas y procesales.

#### • Guantánamo(s) de nunca acabar

En el capítulo del incontenible avance hacia la prehistoria de los derechos en el que estamos embarcados, Guantánamo ocupa un lugar de privilegio que sigue dando que hablar. Aunque no tanto como debiera ni tanto como producirá en ese orden el día en que todo se sepa, que, como suele ocurrir, también ha de llegar. Día en que se sabrá, entre otras muchas cosas de escalofrío, que *guantánamos*, al contrario de lo que sucede con las madres, hay muchos más de uno diseminados por el mundo.

Inicialmente, la base yanqui se convirtió en lugar de almacenamiento de supuestos implicados en actos o estrategias de terrorismo islámico. En un espacio peculiar, ubicado, ya no en el Caribe pintoresco, sino en un aberrante vacío de juridicidad, que conferiría a sus forzados habitantes la condición de verdaderos sujetos *sin atributos* en ese terreno. Alguien habló de una suerte de limbo, para denotar lo que, dicho con más precisión, era sólo un infierno. Un infierno entero y verdadero, inagotable fuente de horrores.

La singular política *deslocalizadora*, pasado el primer momento de asombro, dio paso a una batalla legal contra el odioso fenómeno, animada por la pretensión de que ese territorio de infamia volviera a colocarse bajo el *imperio* (desazonante vocablo en este contexto) de algún ordenamiento, por precario que fuese.

La extenuante campaña así comenzada produjo el efecto de que, en julio de 2004, el Tribunal Supremo de los EE UU reconociera a los recluidos en Guantánamo la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios, otorgándoles, así, cierto derecho, siquiera provisional y procesal, a la existencia, frente a la decisión presidencial de someterlos al *juicio* de comisiones militares. En tal marco, la prensa de estos días aporta un curioso titular: “El Senado de EE UU recorta los derechos de los presos de Guantánamo”, que, por lo visto, tienen algo que recortar.

En tan peculiar contexto, la misma institución ha conocido un debate estupefaciente: el dirigido a prohibir la tortura en las cárceles del país, en virtud de una propuesta incluida como enmienda a la ley del presupuesto de Defensa. Ésta, menos mal, ha sido aprobada, pero ha topado con la oposición de algún senador que, aunque —obviamente— estaría contra la tortura, entiende que es necesaria para “luchar contra el terrorismo”. Y que, en esta lucha, no se puede conceder a los culpables el derecho a denunciar ante el juez a los soldados. Naturalmente, Bush está en ello y dispuesto a vetar esa ley, en el supuesto de que la enmienda se mantenga.

El conflicto así provocado ha venido a conocer estos días una nueva incidencia, al difundirse la noticia de que el sistema penitenciario de los EE UU ha incrementado sus recursos con la apertura de diversos centros secretos en el exterior (Afganistán, Tailandia, este de Europa), destinados al *tratamiento* de la misma clase de detenidos. A los que, como también ha sido noticia, se traslada en vuelos cubiertos por la misma reserva a países en los que la tortura puede ser practicada sin engorrosos problemas legales.

Todo cuando se sabe también que en Irak sí ha habido realmente armas espantosas (si es que existe alguna que no lo sea): las llevadas por el propio Bush para hacer verdad sus anteriores afirmaciones.

A la vista de semejante cúmulo de datos nadie se extrañará del desafecto de este último por el Estatuto de Roma y el Tribunal Penal Internacional. Los propios jueces nacionales deben estar atentos: en cualquier momento podrían ser objeto de una ofensiva por tierra, mar y aire. Porque el que no está con Bush, ya se sabe...

#### • La fortaleza europea ya no es una metáfora

Hasta hace muy poco hablar de “la fortaleza europea” para referirse al reducto de bienestar, insultante en el atormentado contexto internacional, constituido por los países centrales de este continente, equivalía a hacer uso de una imagen más o menos

literaria. Pero ahora, tras los terribles incidentes de Melilla del pasado verano, la expresión ha salido del evanescente terreno de la metáfora dotándose de una estremecedora eficacia descriptiva. Porque, en realidad, para los desesperanzados subsaharianos vagabundos del hambre, la tétrica alambrada erizada de cuchillas y púas se interponía ante ellos como verdadero muro almenado, deparándoles un maltrato (adicional) de una crueldad digna del profundo medioevo. Y como en éste, privados “del pan y la sal”, ayunos de derechos, podían ser devueltos, como cosas, al infierno de procedencia.

Vale —y es mucho valer— que los países *asaltados* desconozcan sus responsabilidades históricas en la génesis del drama africano; valga asimismo que permanezcan insensibles ante las dentelladas de las cuchillas y las púas en la piel de los que han decidido que más dentelladas da el hambre y la vida sin dignidad, y sigan elevando metro a metro las barreras. Pero ¿es tan difícil caer en la cuenta de que los que hoy son unos pocos cientos llegarán más bien pronto a ser millones? ¿De que habrá un día no lejano en que faltarán empalizadas para contener tanta desesperación?

Puede aceptarse —experiencia enseña— que las consideraciones morales importen un pimiento. Pero lo cierto es que concurren abrumadores elementos de juicio de orden pragmático que avalan la hipótesis de que la situación en curso, abandonada como está a su propia infernal dinámica, es el camino más corto hacia la catástrofe irreversible.

#### • Por encima del bien y del mal

La nada edificante *guerra de tribunales* que, en recurrentes escaramuzas, transcurre desde hace años entre el Constitucional y el Supremo, se ha cobrado una víctima: el principio de responsabilidad. En efecto, acogiendo un sorprendente proyecto de autoblindaje nacido de los propios medios del TC, el legislador ha decidido situar a los miembros de esta instancia por encima del bien y del mal.

Con esta medida, el panorama de la responsabilidad judicial alcanza una singularidad sin equivalente en cualquiera de los ordenamientos de nuestro ámbito de cultura jurídica. En efecto, pues mientras el juez ordinario responde civilmente por toda clase de culpa, incluida, la levísima, tan abierta a manipulaciones; los integrantes de esa alta instancia, es, obviamente, una hipótesis, no podrían prevaricar ni aunque quisieran.

Peculiar estatuto el de este órgano, que puede reclutar a su personal de apoyo al margen de las reglas generales en materia de concursos; que goza del privilegio de ejercer el control *jurisdiccional* de sus propios actos y de la posibilidad de no darse por aludido ante una razonable objeción de parcialidad, prescindiendo de motivar la decisión... Y que ahora refuerza su *status* con una prerrogativa que sería más propia del monarca absoluto. *Poder*, podrá, en el sentido de “ir pudiendo” (como el que fumaba en el autobús). Pero no es buen magisterio el que emana de la “casa del herrero”.

