

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

P. Andrés Ibáñez, Claudio Movilla: diez años de ausencia. **J. R. De Prada Solaesa**, Violencia sexual contra las mujeres en la guerra de Bosnia Herzegovina. **C. Jiménez Villarejo**, La tortura, grave amenaza para la democracia. **E. Rodríguez Achútegui**, Crisis económica y crisis de la legalidad. **J. L. Ramírez Ortiz-X. Varela Castejón**, Doce tesis en materia de detención policial. **R. Alexy**, Mi filosofía del derecho. **E. Garzón Valdés**, Mi itinerario iusfilosófico. **R. García Albero**, Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad. **J. Sauquillo**, Tocqueville y Beaumont: un descubrimiento judicial de la democracia. **G. Doménech Pascual**, Retribuciones judiciales variables. **E. Alt**, La calidad de la resolución judicial. **R. Sarazá Jimena**, Sudáfrica: derechos fundamentales, 'apartheid' y relaciones entre particulares. **G. López Lone**, Situación de la justicia en Honduras. **J. F. Coáguila Valdivia**, Jueces y literatura.

En este número: Alt, Eric, magistrado en el gabinete técnico del Tribunal de Casación francés y vicepresidente de MEDEL.
Alexy, Robert, catedrático de Derecho Público y de Filosofía del Derecho en la Universidad Christian-Albrechts de Kiel (Alemania).
Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado, Sala Segunda, Tribunal Supremo.
Goaguila Valdivia, Jaime Francisco, juez provisional civil (Perú).
De Prada Solaesa, José Ricardo, magistrado, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.
Doménech Pascual, Gabriel, profesor de Derecho Administrativo, CEU, Valencia.
García Albero, Ramón, catedrático de Derecho Penal, Universidad de Lleida.
Garzón Valdés, Ernesto, ha sido profesor en el Instituto de Politología de la Universidad de Maguncia (Alemania).
Jiménez Villarejo, Carlos, fiscal jubilado, fue jefe de la Fiscalía Anticorrupción.
López Lone, Guillermo, juez, de la asociación Jueces por la Democracia (Honduras).
Ramírez Ortiz, José Luis, magistrado en Granollers (Barcelona).
Rodríguez Achútegui, Edmundo, magistrado, Juzgado de lo Mercantil nº 1, Bilbao.
Sarazá Jimena, Rafael, magistrado, Audiencia Provincial de Madrid.
Sauquillo, Julián, profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma (Madrid).
Varela Castejón, Xermán, magistrado en Figueres (Girona).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, Roser BACH I FABREGO, Ramón SÁEZ VAL-CÁRCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID.

E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones Maxipack S.L. Av. del Sistema Solar nº 3 A. Parque Tecnológico.

28830 San Fernando de Henares. Madrid.

Tel 91 677 53 60

Fax 91 674 93 00

Email: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números).

Europa: 30 €

Resto: 36 €

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Impresión Amoretti, S.L.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Claudio Movilla: diez años de ausencia</i> , Perfecto Andrés Ibáñez	3
— <i>Violencia sexual contra las mujeres en la guerra de Bosnia Herzegovina</i> , José Ricardo de Prada Solaesa	7
— <i>La tortura, grave amenaza para la democracia</i> , Carlos Jiménez Villarejo	22
— <i>Crisis económica y crisis de la legalidad</i> , Edmundo Rodríguez Achútegui	27
— <i>Doce tesis en materia de detención policial preprocesal</i> , José Luis Ramírez Ortiz y Xermán Varela Castejón	31
Estudios	
— <i>Mi filosofía del derecho</i> , Robert Alexy	49
— <i>Mi itinerario iusfilosófico</i> , Ernesto Garzón Valdés	52
— <i>¿'Nullum crimen sine lex certa'? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad</i> , Ramón García Alberó	57
— <i>Un descubrimiento judicial de la democracia: El viaje de Tocqueville y Beaumont a América (1831-1832)</i> , Julián Sauquillio	92
— <i>Retribuciones judiciales variables: ¿Estímulo del rendimiento o incentivo perverso?</i> , Gabriel Doménech Pascual	104
Espacio MEDEL	
— <i>La calidad de la resolución judicial</i> , Eric Alt	121
Internacional	
— <i>Sudáfrica: derechos fundamentales, 'apartheid' y relaciones entre particulares</i> , Rafael Sarazá Jimena	127
— <i>Situación de la justicia en Honduras</i> , Guillermo López Lone	136
— <i>Jueces y literatura. A propósito de un libro de Aristóteles España</i> , Jaime Francisco Coágula Valdivia	144
Apuntes	
— <i>CGPJ: Por fin un acierto en la política de nombramientos</i>	149
— <i>El Consejo en la conjura de los necios</i>	149
— <i>¡Ay Dios mío!</i>	150
— <i>Madurar es lo que importa</i>	151
— <i>Políticos, periodistas y pensamiento patibulario</i>	152
Extractos/abstracts	

Claudio Movilla: diez años de ausencia*

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

El papel del derecho y de los juristas no ha sido especialmente brillante en su relación con quienes —Vázquez Montalbán dijo bien— son los «peatones de la historia». Los derechos naturales, luego derechos humanos, hoy derechos fundamentales hallaron enormes dificultades para el primer reconocimiento legal. Y una vez obtenido, éste fue, hasta época reciente, sólo formal y hartamente precario. Además, donde hubieran alcanzado algún grado de consagración, siempre surgirían problemas para la eficaz asunción de los mismos por la justicia, dada la —cualquiera diría— irresistible inclinación de los jueces a operar reductivamente con ellos.

En general, la imaginación jurídica ha trabajado por tradición al servicio de la propiedad y de las posiciones dominantes en el *statu quo*. Así se explica que los más hayan tenido y tengan dificultades para ver algo suyo en el derecho. La legalidad y las instituciones del bien llamado Estado monoclasa estuvieron en manos de un solo y privilegiado sector social y fueron casi mecánica función de sus intereses, haciendo verdad la conocida lapidaria sentencia de Marx y Engels en el *Manifiesto Comunista*. Lentamente, merced al sufragio universal, el pluralismo fue accediendo muy trabajosamente a los parlamentos y, con ello —y a impulsos de los movimientos de masas— algunos valores progresivos entraron con timidez en la legislación. Todavía con mayor lentitud, el pluralismo adquirió algún, limitadísimo, eco en la institución judicial.

Esta última ha traído consigo hasta nosotros un relevante arrastre del Estado monoclasa; rasgo caracterizador, más bien lastre de difícil superación. Me refiero a cierta clónica homogeneidad político-cultural como factor de cohesión, patente, en general en la clase de los juristas, históricos *funcionarios* de la propiedad y del poder. Pero más advertible en el juez y el fiscal tradicionales: tan iguales entre sí, como identificados con el grupo detentador de una y otra, hasta constituir un cuerpo cerrado, separado de la sociedad, pero muy permeable a las sugerencias de la política en acto.

Como resultado, el derecho ha jugado un papel preferentemente político-instrumental. Y los jueces y fiscales, por razón de organización y de cultura, no lo han sido de los derechos; a veces ni siquiera del derecho, sino, más precisamente, del poder y —¡ay!— de cualquier poder.

En tal contexto, los hoy derechos fundamentales fueron una pura referencia retórica, exterior y ajena a la legalidad positiva y a su proyección social. Y, con ello, el orden jurídico pudo autoatribuirse un carácter sólo *técnico*, que *justificaría* el mantenimiento de sus prácticas al margen de los principios supuestamente inspiradores, confinados en el impreciso horizonte de la axiología.

A este esquema responde el modo de ser tradicional del orden jurídico propio del Estado liberal y el *modus operandi* de sus actores judiciales. Que es lo que favoreció la dócil y funcional integración de éstos en las diversas experiencias autoritarias. Entre otras, la española de la dictadura franquista.

* Texto de la intervención del autor en los actos de presentación del libro *Claudio Movilla. Un xuíz na sociedade civil*, publicado también en castellano por Ir Indo Edicións (Vigo, 2007), que tuvieron lugar en el Castillo de Castro Caldelas (Ourense), el Ateneo de Santander y el Colegio de Abogados de Sevilla.

Las constituciones de la segunda posguerra (en España la Constitución de 1978) consagraron un «nunca más» de derecho frente a las eventuales degradaciones de la política, al erigir a los derechos fundamentales en límite de derecho positivo del máximo rango, no sólo para la política sino también en relación con el derecho mismo (Ferrajoli). Es cómo aquéllos pasaron de la retórica al vértice del ordenamiento y adquirieron la textura de verdaderas normas, jurídicamente supraordenadas a todas las demás.

Pero la razón jurídica reaccionaria suscitó una nueva astucia, que es un replanteamiento «a la baja» del nuevo perfil del orden jurídico, con el falaz argumento de que, una vez que los derechos están *dentro*, su aplicación debería ser ya cuestión *técnica* y de *técnicos*. Y es que el Estado constitucional de derecho tiene, como no podía ser menos, su propia «razón de Estado».

Pero la Constitución no es un punto de llegada. Por referirme al caso de España, es cierto que con ella pasó la época de «no dormir». Pero su vigencia efectiva y el desarrollo de todas sus potencialidades reclama la presencia y el compromiso activo de juristas dispuestos a «no dormirse».

Bajo el franquismo, hablar del derecho era hacerlo de los *no-derechos* de la inmensa mayoría. Esta concepción degradada del orden jurídico tuvo *sus* jueces y fiscales (la mayor parte); pero, afortunadamente, no ocupó todo el campo de la cultura jurídica. Porque hubo algunos jueces, fiscales y secretarios judiciales, que, a contracorriente, entendieron que el derecho no debía ser un desalmado instrumento de poder; y que toda la dignidad de la jurisdicción radicaba en ser garantía de los derechos humanos. Y vieron claro que esto no sería posible sin Estado de derecho e independencia judicial; que es lo que hacía legítimo, obligado más bien, para el jurista *como jurista*, luchar por ello.

Alguien diría que es hora de hablar de Claudio Movilla. Pero en realidad lo estoy haciendo desde el principio. Claudio Movilla fue paradigma del jurista constitucional en sentido fuerte: cuando la Constitución estaba aún demasiado lejos y esa inteligencia del derecho y de los derechos era objeto de persecución penal. Y luego, con la Constitución, oponiéndose a las retrolecturas de los *tecno-juristas* orgánicos de diversa procedencia.

En 1967, la revista *Destino*, en una sección titulada «Noticias con acento», dio cuenta de que un fiscal de Santander, Claudio Movilla, había sido duramente sancionado por colaborar con un texto, «Reflexiones sobre democracia y opinión», en el libro de varios autores, *Sociología para la convivencia* (Editorial ZYX, Madrid). Para algunos, entre los que me cuento, la noticia llevaba consigo la evidencia reconfortante de la posibilidad de otra manera de entender el derecho, de otro modo de practicarlo, incluso en aquel marco no fácil.

En mi caso, el encuentro con el Claudio Movilla de carne y hueso se produjo algunos años más tarde, en Justicia Democrática, donde tenía un papel relevante, como ser humano de extraordinaria calidad y calidez, por su bien ganado prestigio de intelectual *engagé* y de jurista comprometido, que no obstante la grave sanción padecida, persistía en su actitud. Tanto que en 1974 sería de nuevo sancionado, ahora, por cuestionar públicamente el privilegio impunita del fuero policial.

También en esta segunda ocasión demostraría la firmeza de sus convicciones. Sin buscar el retiro en un ejercicio convencional de la profesión; ni recluirse en la vida privada; ni optar por el cómodo «hacer carrera», tan practicado. Antes bien, continuó manifestándose como el mismo, nada complaciente, creador de cultura democrática.

La mejor prueba de ello está en su labor periodística de 30 años, los que van desde un primer artículo, «Extremismo y opción política» (1968), al último, «¿Quién judicializa la política?» (1998).

Su presencia en el movimiento asociativo judicial fue decisiva. Primero en Justicia Democrática, asociación clandestina volcada en la defensa de posiciones que hoy son constitucionales. Luego, al comienzo de la transición, trabajando por la creación

de un nuevo marco asociativo, abierto y plural, frustrado por el ominoso acuerdo de la derecha transfranquista, judicial y política, que se concretó en la fijación de un mínimo de adherentes (el 15% del escalafón), para acceder formalmente al asociacionismo y al Consejo, con el único objeto de excluir de ambos a los procedentes de Justicia Democrática. A pesar de todo, Claudio Movilla lideraría el grupo de los que nos afanamos en abrir la entonces naciente Asociación Profesional de la Magistratura a la democracia participativa y al pluralismo, conscientes de la necesidad de contar con un espacio común de reflexión y debate sobre los asuntos de la jurisdicción. Empeño vano que acabó en la expulsión, en un lúgubre, oprobioso IV Congreso de la APM, convocado *ad hoc*; razón del nacimiento de Jueces para la Democracia como movimiento independiente, al margen de aquélla, hace ahora veinticinco años.

Claudio Movilla. Un xuíz na sociedade civil, es el título del libro, un sencillo apunte foto-biográfico, editado por Ir Indo Edicións, en una colección que agrupa a los más diversos exponentes de la sociedad gallega en un largo periodo. Es un título que sintetiza su actitud, primero como fiscal más tarde como juez, siempre con ciudadanía militante. Cuando reinaba el cínico *apoliticismo*, aún hoy tan lamentablemente actual, que no es más que la adhesión encubierta a una opción política, generalmente la propia del poder en acto.

Pero la actitud de Claudio Movilla estuvo presidida por una clara conciencia del límite. Pues su *política* fue sólo la de los derechos fundamentales, sin vinculaciones ni finalidades partidistas. Por eso, hombre que no ocultó nunca su condición de político-culturalmente *situado*, practicó una independencia insobornable. Bien puesta de manifiesto en la crítica al modo de ejercicio del poder de los próximos siempre que resultase necesaria; sin refugiarse en el penoso silencio de cierta izquierda jurídica y judicial frente a fenómenos como la corrupción o la *ley Corcuera*. Y en su posición, también crítica, ante el Consejo General del Poder Judicial, que, por eso, le hizo objeto de una vergonzosa moción de censura; a la que objetó que nunca había creído que la condición de presidente de una Audiencia Territorial le impusiera un «plus de silencio».

Claudio Movilla fue un intelectual brillante, un jurista de lujo y un analista acerado. Cualidades éstas sustentadas por una excepcional humanidad, puesta de manifiesto en el modo de aproximación profesional a los más diversos problemas; y también en la distancia corta: en la relación con los compañeros, con los funcionarios, con los profesionales, con la gente...

Fue un hombre de bien y una bella persona. Un hombre de paz tranquilo y sosegado, capaz de guardar la calma incluso en situaciones de altísima tensión. De ello dio la mejor muestra durante su estancia en Santander, como presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Jacques Vèrges, en *Estrategia judicial de los procesos políticos* (Anagrama, Barcelona, 1970), operó con la distinción de procesos «de connivencia» y procesos «de ruptura». En éstos, el imputado no se defiende *en el* proceso sino que actúa contra él, en y fuera del mismo, para hacerlo saltar. Y opera, en particular, contra los jueces, con el instrumento de la provocación, tratando de arrastrarlos a su terreno.

En la experiencia histórica los procesos de ruptura solían ser protagonizados por sujetos antisistema. Curiosamente, ahora tenemos la evidencia de que también los promueven —como así ha ocurrido entre nosotros, en momentos todavía próximos y aún hoy— personajes con responsabilidades institucionales, incluso antes de haber cesado en su ejercicio.

Santander en los primeros 90, con el caso *Hormaechea*, fue escenario de un paradigmático proceso «de ruptura», que tuvo como objetivo el Tribunal Superior de Justicia y, en especial a su presidente, Claudio Movilla. En él se hizo uso de todos los torpes recursos de la táctica antiinstitucional, incluidos el manejo de una prensa servil y la más sórdida estrategia *ad hominem*, urdida a base de falsedades.

En semejante situación, ciertamente límite, brillaron en Claudio Movilla su bien probado estoicismo y la discreción. Había postulado un modelo fuerte de juez y supo

encarnarlo con eficacia, manteniéndose firme en la altura moral, en la independencia, en la asunción y la práctica de los valores constitucionales de la jurisdicción.

Y debió hacerlo esencialmente solo (con el fundamental apoyo de Elisa, su esposa). A esa soledad contribuyó su discreción y su resistencia al victimismo. Pero creo que también el tradicional pudor anticorporativo de Jueces para la Democracia. Una actitud asociativa que fue la misma mantenida en supuestos como los de la juez Huerta (en el caso *Linaza*), el juez Manglano (en el caso *Naseiro*), la juez Carmena (injustamente vilipendiada por Asunción); y reiterada con Claudio Movilla en este asunto. Una actitud que goza de indudable fundamento, porque las actuaciones judiciales correctas se defienden por sí mismas y las que no lo fueran resultan indefendibles; pero que en los supuestos del primer género comporta un cierto coeficiente de objetiva injusticia.

La intensidad de ésta en el caso *Hormaechea* se hace más patente aún a distancia de años, al manejar el abundante material de hemeroteca generado. En algunos supuestos —*Alerta* y *El Mundo*— especialmente odioso por la clara incorporación de ambos medios a la campaña difamadora administrada por el singular inculpaado. (Uno y otro llevaron la insidia hasta imputar manejos de dinero negro —falsos de toda falsedad— a Pilar Polanco, hermana de Elisa, precisamente el mismo día en que, víctima del cáncer, agonizaba en Santander. Tanto es así que la *noticia* y la información de su muerte compartieron actualidad).

Los rasgos de la personalidad de Claudio Movilla y su perfil profesional y civil, son los que hicieron que Ir Indo Edicións decidiera incluirle en su colección de fotobiografías «Galegos na historia», que agrupa a personajes ilustres de esa pertenencia, de Valle Inclán a Castelao, pasando por Curros Enríquez, Cunqueiro y Neira Vilas.

En este caso, con una significativa peculiaridad no exenta de simbolismo: por vez primera, la edición original en gallego ha ido acompañada de otra en castellano, la lengua de la cultura de la España común y la América hispana. Y es que Claudio Movilla amó profundamente a *sus tierras*: fue un gallego apasionado y en tal sentido patriota de su patria chica, pero que sintió y trabajó como propios todos los escenarios de su intensa peripecia vital. Nada que ver, pues, con ese patriotismo pequeñoburgés, intrumental y disociador, nacionalista a *lo Ferrusola*, empeñado en el patético esfuerzo de elevar el campanario de la aldea a categoría política. Que debe al franquismo y a la corta mirada histórica y teórica de cierta izquierda un injustificado marchamo de progresismo. El suyo fue en este campo un sentimiento de honda raíz, de afectos profundos, pero de valores fuertes y universales. De amplio aliento, integrador, de machadiana impronta, incompatible con la idea de frontera entre seres humanos.

Lo he citado en alguna otra ocasión y quiero hacerlo de nuevo al concluir esta evocación, porque es sumamente expresivo y hace justicia a Claudio Movilla: «Non foi xuíz estrela... pero, co seu magisterio profesional e humano, súmase a constelación de bos e xenerosos que nos mantén cun certo grao de esperanza» (Xosé A. Garciño).

Violencia sexual contra las mujeres en la guerra de Bosnia Herzegovina

José Ricardo DE PRADA SOLAESA

UNA GUERRA EN EL CORAZÓN DE EUROPA EN LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XX

La última guerra de Bosnia Herzegovina (1992-1995), especialmente la que se libró entre los serbobosnios (ortodoxos) y bosniacos (musulmanes), tuvo un grado de crueldad inusitada, desconocida en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. A las más de cien mil víctimas mortales¹, perfectamente contabilizadas hasta este momento, de las que once mil sus cadáveres permanecen todavía desaparecidos, centenares de miles de heridos, víctimas que en su mayoría fueron civiles, más de dos millones de desplazados entre internos y refugiados en el extranjero, destrucción material e institucional por doquier, se unieron los más execrables episodios de violencia sexual contra mujeres y niñas que golpearon, con una intensidad como muy pocas veces lo había hecho antes otros episodios de guerra, en las mentes de los ciudadanos ajenos al conflicto.

La guerra se estaba llevando a cabo al finalizar el siglo xx, en las proximidades del corazón de Europa. Se producía entre ciudadanos europeos pertenecientes a la república socialista más transparente, políticamente reconocida y que mejor imagen había sabido adquirir y mantener entre los Estados occidentales, que respetaban, en algunos casos incluso con admiración, que hubiera sabido mantener su estatus de país no alineado. Era previsiblemente el Estado socialista al que menos debía afectar la terminación de la guerra fría y más fácil tendría su futuro de integración en las estructuras europeas, que le esperaban con los brazos abiertos. Por ello, la guerra surgió inopinadamente y sorprendió a todos. La causa inmediata fue la torpe e insensata fragmentación del Estado yugoslavo. Había sido llevada a cabo como una explosión incontrolada sobre bases políticas muy frágiles y poco desarrolladas, pero ideológico-nacionalistas muy fuertes e irrefrenables, con una descomunal imprevisión y descontrol de las posibles consecuencias futuras. Sin embargo, había sido, cuando no promovida, jaleada irresponsablemente desde algunos países europeos vecinos, que llevados más por razones de pura conveniencia política y económica, bajo las expectativas de ver incrementado su ámbito de influencia y sus beneficios, prefirieron dar apoyo a un más que dudoso ejercicio del derecho de autodeterminación, en vez de optar por la búsqueda de soluciones que garantizaran una gestión razonable y pacífica de las profundas diferencias interétnicas históricamente existentes en aquella parte de los Balcanes desde la Edad Media y que tanta sangre ya había derramado en el pasado².

Las particulares características de la guerra, la singularidad étnica de los contendientes, la desigualdad entre las partes, una de ellas abiertamente apoyada financiera y militarmente por la vecina Serbia, y el propio desarrollo de la guerra hicieron que rápidamente occidente tomara partido y se convirtiera de alguna manera en una guerra simbólica de una época, en algunos aspectos parecido a como lo fue la guerra civil española en la suya. Era una guerra que ponía fin a un siglo de la misma

¹ Cifra más fiable hasta el momento procedente del trabajo de investigación llevado a cabo por el *Research and Documentation Center Sarajevo*, presentado en Sarajevo en junio de 2007. Se puede consultar en: <http://www.idc.org.ba/presentation/index.htm>

² Es ya un tópico la conocida frase de Winston Churchill que «los Balcanes producían más historia de la que eran capaces de digerir».

manera que éste había comenzado. Traía la incertidumbre de ser, más que una pasajera pesadilla, un pésimo presagio para el nuevo milenio³. Por esas y otras razones se convirtió sin duda alguna en un acontecimiento mediático de primera magnitud⁴. Fue una de las primeras guerras televisadas. Indudablemente más próxima humana y geográficamente que otras. Sus imágenes fueron retransmitidas prácticamente en directo y se colaron en las mentes de los ciudadanos del mundo occidental, todavía no saturados por esta clase de realismo informativo. Ya no relataban las tradicionales hazañas bélicas entre tropas beligerantes a las que estábamos acostumbrados, sino el sufrimiento de una población civil perseguida y asediada en ciudades como Sarajevo o desplazada por la fuerza de sus tradicionales lugares de vida a través de los medios más violentos imaginables, por su condición de musulmanes.

LA POBLACIÓN CIVIL EN LAS GUERRAS ACTUALES. LA GUERRA TAMBIÉN DISCRIMINA A LAS MUJERES

Aquella guerra sirvió para mostrar al mundo algo que, no por tópico, deja de ser menos cierto, que en las guerras, especialmente en las actuales, la mayor parte de las víctimas son civiles. También, que la razón no estriba exclusivamente en la capacidad destructiva indiscriminada del armamento que se utiliza, sino que en muchos casos es por razones puramente tácticas. De ordinario, la población civil se convierte en un objetivo prioritario de la guerra. Mujeres de todas las edades, niños, ancianos y hombres no combatientes, como integrantes de la población civil son frecuente objeto de ataques indiscriminados, sistemáticos, o generalizados, con finalidades que van desde la destrucción total o parcial de grupos étnicos, persecución, desplazamiento forzoso de poblaciones, limpieza étnica o terror de la población civil, la finalidad de obtener ventajas militares desmoralizando al enemigo.

Sin embargo, mujeres y niñas son frecuentemente seleccionadas para ser objeto de una violencia adicional, una específica violencia en función de su género, que se manifiesta sobre todo en las agresiones sexuales, en las violaciones más o menos masivas y en la esclavitud sexual. Las destinatarias y objeto de estas formas de violencia sexual, fuera de los casos donde se ejerce en el interior de las prisiones o lugares de detención, son siempre mujeres, y ciertas prácticas, tales como el embarazo forzado o su terminación forzada, o incluso la esclavitud sexual, etc., se refieren siempre, sin excepción, a mujeres y niñas.

No resultaban nada novedosas en aquel momento las agresiones sexuales y de otro tipo dirigidas específicamente contra la población femenina en el curso de la guerra. Han sido algo común y conocido prácticamente desde los inicios de la historia de la humanidad en todas sus guerras. Habitualmente, y hasta tiempos recientes, no se las reconocía una finalidad específica, ni se las dotaba de un singular valor táctico. Simplemente, las violaciones de mujeres y niñas y otras formas de violencia sexual formaban parte del comportamiento normal y generalizado consustancial a la rapiña de la guerra. Al menos, no se era consciente de que con ello se estuviera buscando también otras finalidades ulteriores o añadidas.

Sin embargo, la realidad actual nos demuestra que el ataque sexual a mujeres y niñas cada vez más se está convirtiendo en parte de la estrategia de la guerra, con indudable valor táctico, con una finalidad específica de humillación, sometimiento, desmoralización y causación de terror en la población civil. La guerra se convierte, por ello, en desproporcional y asimétrica en relación con las mujeres. Como integrantes de la

³ Robinson, Mary. En *Les clés du XXIe siècle* Seuil. Editions UNESCO. Pág. 350.

⁴ Sirva de ejemplo el seguimiento informativo de esta guerra con corresponsales de guerra permanentes *in situ*, llevada a cabo por el diario *El País*, que constituye, según fuentes de dicho periódico, la más amplia y continua secuencia de noticias diarias publicadas nunca por este diario sobre un mismo suceso.

población civil, lo mismo que los hombres, resultan víctimas de la guerra. En cuanto específicos objetivos de guerra resultan doblemente victimizadas, sufriendo, por la forma de la agresión, en muchos casos, secuelas físicas y sobre todo psíquicas mucho más profundas y duraderas, que probablemente nunca podrán ser superadas y que les acompañará el resto de sus vidas, sin que además, en muchos casos, ni los procesos de paz ni de gestión del postconflicto ni los sistemas de reparación o restitución de los daños físicos, psíquicos y sociales, ni siquiera los procedimientos de justicia, tengan en cuenta, presten atención suficiente, ni en definitiva den una respuesta mínimamente equilibrada a esta situación. Las mujeres víctimas de la guerra, después de finalizar ésta, frecuentemente entran y se instalan en la marginación social, que además con el paso del tiempo se acrecienta y profundiza por la imposibilidad de superación personal de las secuelas que el conflicto ha dejado en ellas.

LO QUE OCURRIÓ DURANTE LA GUERRA

En la guerra de Bosnia Herzegovina, probablemente no por primera vez en la historia, pero sí de una manera muy patente y con una dureza inusitada, se pudo comprobar hasta que punto fueron eficaces ciertas estrategias dirigidas contra sectores concretos de la población civil, en concreto la aniquilación selectiva de grupos humanos, entre ellos de refugiados, la persecución, el secuestro colectivo, la violación, la tortura, y en algunos casos no irrelevantes la esclavitud sexual de mujeres y niñas. Existe una general coincidencia en que si por algo se caracterizó esta guerra fue por la utilización de las agresiones sexuales contra mujeres y niñas, especialmente las violaciones, de forma masiva, como arma o instrumento de guerra de singular eficacia, ideado y ejecutado, además de cómo forma de expolio, agresión, humillación y menosprecio de la población musulmana, con la finalidad inmediata de causar terror entre la población civil, dentro de una estrategia global de ataque sistemático y generalizado contra la población, y el objetivo mediato de lograr la homogeneización étnica (la llamada limpieza étnica) de ciertos territorios, aproximadamente la mitad geográfica, de Bosnia Herzegovina, que habría de quedar bajo su dominio, una vez que la parte serbio-bosnia, apoyada por el ejército y el Estado de Yugoslavia, lo convirtió en el principal de la guerra, una vez que tuvieron la certeza de la irreversibilidad de la independencia de Bosnia Herzegovina, apoyada por la Comunidad Internacional, y, en definitiva, de la consolidación del proceso de fragmentación de Yugoslavia y la muerte del sueño que permanecía en algunas mentes de la Gran Serbia unida como dueña y señora de los Balcanes occidentales. Finalmente, como último recurso, se trataba de castigar y vengar, además de llevar a cabo la expulsión de, sobre todo, la población musulmana, sin importar que fuera mayoritaria incluso en algunos lugares, y eliminar su presencia física de ciertas zonas que ellos consideraban como históricamente pertenecientes desde tiempos ancestrales a la etnia serbia, aunque en realidad todos eran conscientes que allí habían estado conviviendo no durante decenios sino durante siglos todas las etnias —ortodoxos, católicos y musulmanes— mezcladas en distintas proporciones. El patrón de conducta seguido en casi todos los casos, y que se repitió desde el inicio de la guerra por muchas partes de lo que hoy constituye la República Srpska, fue tan cruel y humillante como sencillo y efectivo en sus resultados. Consistió en aterrorizar a la población civil no serbia residente en aquellos lugares, mayoritariamente campesinos mediante su secuestro, la ejecución, la tortura, la violación de mujeres y niñas, la esclavitud sexual y la deportación de poblaciones rurales enteras⁵. Los Comités locales, militares y paramilitares serbobosnios

⁵ La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1034 (1995) expresa su condena en los términos más fuertes posibles por las violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos cometidos por las fuerzas militares de Serbobosnia y paramilitares en las áreas de Srebrenica, Zepa, Banja Luka y Sanki Most descritas en el informe del Secretario General y que muestran un claro

y yugoslavos, etc., en algunos momentos vecinos de las mismas aldeas que habían convivido pacíficamente durante años realizaban razzias en pequeños poblados en los que secuestraban a la totalidad de la población civil, hombres, mujeres, ancianos, niños, sin importar la edad, saqueando las casas, para después prenderlas fuego. En muchas ocasiones eran ya inmediatamente seleccionados algunas decenas de hombres e incluso adolescentes, que después de su público maltrato, eran rápidamente ejecutados de diversas maneras para hacer seguidamente desaparecer sus cadáveres en fosas colectivas ocultas para evitar dejar pruebas que pudieran servir a los investigadores del Tribunal Penal que ya en aquel momento se había constituido en la Haya. Todavía hoy, casi quince años después de los hechos, siguen apareciendo casi a diario fosas con decenas de cadáveres con muestras de haber sido ejecutados con las manos atadas con cuerdas de plástico. El resto de la población musulmana secuestrada era confinada durante semanas en campos de detención improvisados —colegios, polideportivos, parques de bomberos y otros lugares públicos— sin mínimas condiciones de vida, hasta que por fin eran trasladados a otros lugares de la ex Yugoslavia, especialmente a Macedonia. Durante ese tiempo, se escogían a mujeres que serían sistemáticamente violadas durante días, semanas o incluso meses por grupos de soldados, cuando no, sometidas a comercio y esclavitud sexual.

Esta forma de actuar se reprodujo una y otra vez a lo largo de todo el tiempo que duró la guerra, siendo especialmente atroces en los primeros meses de la misma, singularmente los episodios de ataques generalizados y sistemáticos contra la libertad sexual de las mujeres ocurridos en la zona de Foča, Visegrad, etc., territorios que hoy pertenecen a la República Sprska. La casa Karaman, el Centro deportivo, la casa de los Partisanos en Foča, Viliana Vlas Spa en Visegrad, etc., son tristes lugares que permanecen y permanecerán por generaciones en el recuerdo colectivo, por ser donde se llevaron a cabo cientos de violaciones de mujeres y niñas, permaneciendo decenas de ellas sometidas durante días e incluso meses a comercio y esclavitud sexual y donde en muchos casos nacieron sus hijos concebidos forzosamente.

LA RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Aunque estos hechos trataron de mantenerse ocultos a la Comunidad Internacional, ésta a través de los informes que fueron emitidos por ONGs y Organismos Internacionales fue plenamente consciente de su producción, prácticamente desde sus inicios. Es de sobra conocido que la respuesta institucional de la Comunidad Internacional, aunque existente, debido a muchas conocidas razones, no fue todo lo sólida y contundente que era de esperar y que la situación sin duda requería. Sin embargo, sí tomó conocimiento de la gravedad y magnitud del problema y dejó constancia de ello en multitud de documentos procedentes de los distintos órganos de naciones, Consejo de Europa, etc., que vieron la luz durante el tiempo que duró la guerra y que coinciden en señalar la existencia de patrones de conducta generalizados consistentes en las violaciones y agresiones sexuales de mujeres y niñas a modo de arma o instrumento de guerra dentro de un contexto global de limpieza étnica. Una de las respuestas de la Comunidad Internacional ante estos hechos, que trascendía la mera condena y el rechazo testimonial, y que pretendía demostrar su implicación activa en la situación fue la creación, por primera vez desde los Tribunales de Nuremberg y Tokio después de la II Guerra Mundial, de un Tribunal *ad hoc* para perseguir tan atroces conductas, manifestando con ello claramente su voluntad de que los autores de lo que estaba ocurriendo y de lo que todo el mundo era testigo no quedarán de ninguna forma irremisiblemente impunes como había ocurrido en otros momentos. De esta

patrón de conducta de ejecuciones sumarias, violaciones, expulsiones en masa, detenciones arbitrarias, trabajos forzados, y desapariciones de personas a gran escala.

manera, por primera vez en la historia los esfuerzos internacionales para perseguir (investigar y enjuiciar) los crímenes de guerra cometidos, en este caso en la antigua Yugoslavia, comenzaron incluso antes de que se produjera el fin de las hostilidades. Este Tribunal, lo mismo que el de Ruanda, constituido meses después ante una situación de guerra con muchas semejanzas, fue establecido directamente por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, dentro del Capítulo VII de la Carta de San Francisco⁶, como una actuación en pos de la paz y seguridad, en sustitución de otras posibilidades que, aunque permitidas por dicho Capítulo, hubieran implicado una mayor injerencia humanitaria y probablemente eficacia, pero también más dificultosas al no existir en aquel momento ni una verdadera experiencia previa ni una base doctrinal sólida para la justificación de la actuación de posibilidades más agresivas. Por ello se pensó en la creación de un Tribunal que, sobre la base de la responsabilidad penal individual, tuviese como finalidad perseguir penalmente a los máximos responsables de las terribles violaciones de derechos humanos de la población civil que se estaban produciendo. Sorprendentemente, ante estas situaciones, aparecía el discurso novedoso de la utilidad de la justicia —la persecución de los crímenes de guerra y contra la humanidad— y la no impunidad como instrumentos idóneos para la preservación o restablecimiento de la paz y seguridad, en vez del contrario, de posibilidad de subalternización⁷ del respeto de los derechos humanos individuales en pos de la paz y seguridad que, como expresión de la jerarquía en las preocupaciones y valores de los Estados, había representado el orden internacional emergente de la Segunda Guerra Mundial y con respecto al que, la misma Carta de Naciones Unidas, no obstante haber supuesto una innovación revolucionaria, al conferir a los derechos humanos una dimensión constitucional en el orden internacional en ella instituido⁸, dio en realidad una acogida muy limitada al alcance de los derechos humanos en relación con el principio internacional de «no intervención» y respeto por la «soberanía territorial de los Estados» como pilares básicos del orden internacional establecido por la Carta.

El que la base jurídica de estos Tribunales *ad hoc* no fuera un tratado internacional les ha hecho fuente de muchas críticas, incluidas las realizadas ante el propio TPAY en uno de los primeros asuntos que se planteó bajo su jurisdicción y que de haber sido admitidas hubieran podido provocar su suicidio, lo que finalmente no ocurrió⁹. Las fuertes controversias jurídicas¹⁰, tanto en cuanto a su discutible origen, su legitimidad de actuación, etc., no han impedido que estos Tribunales hayan dispuesto de una especial posición de fuerza en el contexto internacional y en teoría de una potencial gran eficacia, entre otras razones, por la obligación jurídica que tienen los Estados de aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad (art. 25 de la Carta).

RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS

Además de la Resolución n.º 827 de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por la que decidió de forma unánime la creación de un Tribunal de carácter permanente con la finalidad de perseguir las más graves violaciones del derecho internacional humanitario (Convenciones de Ginebra, Leyes y costumbres de guerra, Genocidio y Crímenes contra la humanidad) ocurridas en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 01-01-1991, existen una abundancia de otros

⁶ Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26 de junio 1945 entrada en vigor: 24 de octubre de 1945, de conformidad con el artículo 110.

⁷ Pureza, Jose Manuel. *Derechos Humanos y Cultura de Paz: Dangerous Liaisons?*, en Gómez Isa, Felipe (director); Pureza, Jose Manuel. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. HumanitarianNet. Bilbao, 2003, pág. 827-828.

⁸ Carrillo Salcedo, JA: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*. Madrid, 2001, pág 35.

⁹ Asunto Tadic.

¹⁰ Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007.

documentos procedentes de los diversos órganos de Naciones Unidas en los que se expresa la preocupación de la Comunidad Internacional por lo que estaba ocurriendo y patentizan, ya desde muy al principio de la guerra, las gravísimas violaciones del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos que se estaban cometiendo por las fuerzas militares serbobosnias y paramilitares en prácticamente todas las partes del territorio de Bosnia Herzegovina ocupada por las fuerzas militares serbobosnias y se hacen eco de la existencia de claros patrones de conducta, consistentes en ejecuciones sumarias, violaciones de mujeres y niñas, expulsiones en masa, detenciones arbitrarias, trabajos forzados, y desapariciones de personas a gran escala. Entre ellas, caben destacar varias resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Resolución 780 (1992) de 06-10-1992, por la que se establece la creación de una Comisión de Expertos para que analice la situación y las prácticas de limpieza étnica, que existía constancia se estaba produciendo; Resolución 798 de 1992, en la que el Consejo de Seguridad expresa su espanto por los resultados de la masiva, organizada y sistemática detención y violación de mujeres musulmanas en Bosnia Herzegovina; Resolución 808 (1993) de 22.02.1993 por la que, el Consejo de Seguridad, ante los alarmantes informes procedentes de ONGs y del Consejo de Europa, acuerda la creación de una importantísima Comisión de investigación en cuyo trabajo, lo mismo que hizo la Comisión de Expertos, recopiló abundante información *in situ*, y emitió informes determinantes de la Resolución 827 (1993) de 25-05-1993, por la que se crea el Tribunal *ad hoc*; Resolución 1034 (1995) de 21-12-1995, de especialísimo interés son sus informes periódicos, elaborados tanto por el enviado especial de Naciones Unidas durante la guerra, Tadeusz Mazowiecki, como por la Comisión de Expertos creada. Se deben destacar igualmente las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, especialmente las Resoluciones 1993/8 de 23 de febrero de 1993, 77/1994 de 9-04-1994 tituladas: «Violaciones y abusos sobre las mujeres en las áreas de conflicto armado en la antigua Yugoslavia». Las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: la 47/121 de 18 de diciembre en la que la Asamblea declara que las aborrecibles prácticas de «limpieza étnica» constituyen una forma de genocidio; las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas tituladas «Violaciones y abusos sobre las mujeres en las áreas de conflicto armado en la antigua Yugoslavia», en concreto la 48/143 de 20-12-1993 y otras, en las que se expresa en todas ellas la convicción por parte de todos los Órganos de Naciones Unidas, sin distinción, de que se tratan de odiosas prácticas que constituyen una deliberada arma de guerra como instrumento para la obtención de una finalidad de «limpieza étnica». También es de destacar el informe de la Comisión de investigación del Consejo de Europa en el tratamiento de mujeres musulmanas en la antigua Yugoslavia (conocido como informe Warburton)¹¹.

LAS CIFRAS

Resulta prácticamente imposible cuantificar siquiera por aproximación el número de mujeres sexualmente agredidas de una u otra forma durante la guerra. Una característica de esta clase de agresiones que las diferencian ostensiblemente de otros resultados de la guerra y que contribuye decisivamente a la dificultad en su superación, es la tendencia a ser mantenidas ocultas o, al menos, a su no denuncia, en unos casos para evitar la reestigmatización que se produce con el recuerdo y la necesidad de prestar testimonio en diversas instancias judiciales y, en otros, para evitar consecuencias sociales indeseadas, dado el objetivo trato desigual que por parte de la sociedad se da a estas víctimas. Se manejan cifras de mujeres violadas que oscilan entre las 20.000 y las 60.000. Los informes del enviado especial de Naciones Unidas durante

¹¹ En esta Comisión, por parte española participó la abogada Francisca Sauquillo Pérez del Arco.

la guerra, Tadeusz Mazowiecki, se refieren a un número de unas 12.000 víctimas. El informe del Grupo de Investigación del Consejo de Europa (Informe Warburton), aunque maneja una orquilla de entre 10.000-60.000, considera como cifra razonable la de alrededor de 20.000. Existen algunas investigaciones de ONGs más o menos fiables en cuanto a sus resultados y técnicas de investigación. Por ejemplo, Fadila Memisevic, del Centro de Investigación para Crímenes de Guerra y Genocidio de Zenica, refiere haber entrevistado o recibido declaraciones ella misma de más de 10.000 mujeres víctimas de violaciones durante la guerra.

EL PAPEL DE LAS MUJERES EN EL PROCESO DE PAZ Y EN EL POSTCONFLICTO

Tras tres años y medio (44 meses) de destrucción humana y material, la guerra llegó a su fin con los Acuerdos de Dayton, como generalmente se conocen los acuerdos de paz alcanzados entre todas las partes en conflicto en la base aérea de Wright-Patterson, en Dayton (Ohio, Estados Unidos). La conferencia que dio lugar a los mismos tuvo lugar entre el 1 y el 21 de noviembre de 1995. Los principales participantes fueron el presidente serbio Slobodan Milosević, el croata Franjo Tudjman, el bosnio Alija Izetbegovic, el negociador estadounidense Richard Holbrooke y el general, también estadounidense, Wesley Clark. El acuerdo formal se firmó en París (Francia) el 14 de diciembre del mismo año.

La guerra no tuvo la misma virulencia e intensidad en todo momento. Después de la inicial escalada, bajó ostensiblemente de intensidad en los años sucesivos, produciéndose un efecto de cronificación de la contienda con varios intentos de acuerdos de paz infructuosos, hasta que, no obstante todas las atrocidades que se habían cometido hasta el momento y de las que estaba siendo plenamente consciente la Comunidad Internacional, fueron sin duda los acontecimientos de Srebrenica de julio de 1995, los que finalmente llevaron a que se dieran las condiciones de saturación de la barbarie que hicieran posible que todas las partes en conflicto sintieran la necesidad imperiosa de poner fin a la guerra. En ellos murieron más de 8.000 musulmanes, en su mayoría hombres, de entre las más de 20.000 personas, muchas de ellas familias enteras, que se habían refugiado, huidos de todas partes de Bosnia acosados por la limpieza étnica del ejército y paramilitares serbiobosnios, en la «Zona Segura» marcada por Naciones Unidas bajo teórica protección de sus soldados. Este terrible episodio de la guerra ha sido recientemente calificado como genocidio por el Tribunal Internacional de Justicia de Naciones Unidas, en la Sentencia de 26 de febrero de 2007. La iniciativa para llegar a los acuerdos, una vez más, ante la falta de capacidad política y diplomática de Europa, la asumió los Estados Unidos. Con su intermediación se consiguió, entonces, elaborar un complejísimo proyecto de paz que abarcaba multitud de aspectos desde los más puramente técnicos, a políticos y jurídicos de un reparto geográfico del territorio, trazando las líneas de separación entre Estados y también dentro de Bosnia Herzegovina, donde deberían convivir para el futuro las tres etnias en conflicto, para lo que se utilizaron los medios tecnológicos más modernos. Desde el punto de vista político-constitucional se creó la complejísima estructura institucional y jurídica del nuevo Estado Bosnia Herzegovina que tendría que permitir, además del objetivo inmediato de obtener la paz, organizar la convivencia, en su interior, de las tres comunidades técnico-religiosas de una forma suficientemente estable, además de crear el entramado político, institucional, económico y social que hiciera de Bosnia Herzegovina un Estado europeo viable, como sustrato necesario de una paz estable y duradera, en el que se hubieran rendido de forma suficiente cuentas a nivel personal y colectivo sobre los crímenes contra la población, con el retorno de los ciudadanos desplazados a los lugares de donde tuvieron que huir por la fuerza como consecuencia de la limpieza étnica y en lo posible la recuperación de la normalidad.

Todos estos ambiciosos, pero necesarios, fines están lejos de haberse conseguido. La paz, en el sentido de la antítesis de la guerra, se ha conseguido y es cierto que los peligros de un retorno inminente a una guerra, no obstante las fortísimas tensiones políticas existentes, incrementadas en los últimos tiempos, desde tiempo antes de las elecciones de octubre de 2006, culminando con la reciente independencia de Kosovo, no se perciben como verdaderamente cercanos. Son innegables los avances producidos, especialmente en la reconstrucción y modernización del entramado institucional, y hasta cierto punto, del económico, gracias a las importantísimas aportaciones de la cooperación internacional, pero no puede decirse que existan las bases mínimas para un clima de mutua lealtad y confianza política que permita hacer viable un Estado pluriétnico dividido materialmente en dos. La justicia llega con cuentagotas y no produce el deseado efecto catártico y las víctimas de la guerra, especialmente las mujeres, víctimas directas en algunos casos y en otros por haber perdido a sus maridos, cada día se sienten más olvidadas y existe, quizá, una sensación general de ocasión perdida. Dayton llegó hasta donde llegó y nadie se imagina en que puede consistir un postdayton que les lleve a lo que casi todos desearían, un Estado europeo y estable, en que se respeten los derechos humanos de forma general. Una gran parte de la sensación de la ocasión perdida tiene que ver con el papel que se ha dado a la mujer tras la guerra. Se ha llamado reiteradamente la atención^{12,13} sobre el hecho de que aún a pesar de que fue éste el primer acuerdo de paz alcanzado y firmado inmediatamente, apenas dos meses después, de la Declaración y Plataforma de acción de Beijing¹⁴, que había subrayado la necesidad de inclusión de mujeres en la negociación de los Acuerdos de Paz, sin embargo se orillaron dichas recomendaciones y no se supo reconocer la importancia crucial que tuvieron las mujeres durante este conflicto, como principales víctimas de la guerra, ni el papel que debían tener en el postconflicto, hasta el punto de que ninguna mujer participó en la gestación de aquellos. Tampoco hubo ninguna mujer bosnia presente en su firma en París. La única firma de mujer correspondió a una persona ajena a la guerra, Pauline Neville-Jones, jefa de la delegación británica en la negociación.

Las mismas voces críticas señalan que por ello no sorprende el olvido que se produjo en dichos Acuerdos, de los derechos de la mujer, de sus necesidades y de sus experiencias traumáticas, lo que sin duda ha ido en franco detrimento de la gestión adecuada del postconflicto. Es de destacar, que el texto de los Acuerdos no menciona ninguna medida concreta para la inclusión de las mujeres en igualdad con los hombres en las más altas instancias de poder y de decisión política, como tampoco medidas proactivas para asegurar su presencia en las listas electorales. El resultado, de hecho, fue que cuando terminó la contienda bélica la participación de la mujer descendió a niveles más bajos incluso de los que tenía antes de la guerra, con una muy escasa presencia en los puestos y niveles más altos de decisión política. Los Acuerdos de Dayton no hacen mención de los hechos ni contemplan ninguna política ni medida especial en relación con las situaciones de violencia sexual extrema que se produjeron contra las mujeres durante la guerra, como tampoco medidas específicas, ni tan siquiera las más primarias y elementales, en relación con las víctimas mujeres. Es más, los Acuerdos en ningún momento utilizan la palabra «violación», lo que resulta extraordinariamente chocante dada la atención internacional que este aspecto del conflicto había tenido, puesto de manifiesto en distintos documentos de Naciones Unidas y la extraordinaria importancia que, en aquellos momentos, estaba teniendo para la propia Declaración de Beijing y la Plataforma de acción los hechos que simultáneamente se estaban pro-

¹² Currier, Erin. *Women and Conflict Resolution: Feminism, Peace-Building, and Politics in the European Union*. Presented at «When Women Gain, So Does the World», IWPR's Eighth International Women's Policy Research Conference, June 2005.

¹³ Dolgopoi, Ustina. A feminist appraisal of the Dayton Peace Accords. 19 *Adelaide Law Review* 59.

¹⁴ La Declaración de Beijing y Plataforma de acción fue aprobada en septiembre de 1995 en la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la mujer, votada y ratificada por 189 países. Esta declaración llama a las mujeres a ser una fuerza fundamental en la dirección, resolución de conflictos y promoción de una paz duradera en todos los niveles.

duciendo en las guerras de los Balcanes, hasta el punto de que se dedicaron varios párrafos a las formas de violencia sexual, terror y limpieza étnica.

También es de resaltar, que la Sección de los Acuerdos de Dayton que se dedica a los refugiados, tampoco contiene ninguna específica provisión en relación con las mujeres, en particular en relación con el aseguramiento del derecho de retorno y las condiciones imprescindibles que se han de dar para la efectividad del mismo, tema éste especialmente delicado y sensible, habida cuenta que ni se garantiza suficientemente su seguridad, la no presencia de los responsables de los hechos, ni las condiciones de vida desde todos los puntos de vista: económicos, laborales, asistenciales, de alojamiento, de servicios, etc., sin previsión concreta que asegure una presencia de mujeres entre los nueve miembros de la Comisión para Refugiados y Personas desplazadas.

Como se ha señalado, los Acuerdos de Dayton se limitaron a ser un diálogo entre hombres y sobre todo con una finalidad puramente militar. La mujeres y las cuestiones de género, no obstante haber sido esenciales tanto en el desarrollo de la guerra como en la atención de la Comunidad Internacional como en las respuestas dadas, incluida la creación del Tribunal, nunca fueron una prioridad política en el proceso de paz y finalmente fueron ignoradas y marginadas en los Acuerdos de paz. Los objetivos prioritarios fueron esencialmente militares: distribución de territorios, fronteras y la finalización del conflicto. Otros que pretendían la estabilización y la reconstrucción y el desarrollo social se hicieron con una lógica masculina sin tener en cuenta ni el papel de doble víctima de la guerra jugado por las mujeres bosnias en el pasado ni su posible futuro papel a jugar en el futuro. Con ello podemos decir que sin duda se perdió una valiosísima oportunidad para modelar un futuro en beneficio de todos los ciudadanos sin exclusión de sexos y para una paz duradera y sostenible, en el que el desarrollo social equilibrado cobra singular importancia, siendo para ello esencial que las mujeres en general y en particular las víctimas directas de la guerra fueran adecuadamente tenidas en cuenta, todo ello de acuerdo con el espíritu que parecía alentar las acciones de Naciones Unidas y la extraordinaria importancia que en aquellos momentos estaba teniendo, tanto la dinámica previa, como la propia Declaración de Beijing.

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS RESPONSABLES DE ESTA CLASE DE HECHOS

Hasta aquellos momentos el Derecho de Guerra o Internacional Humanitario se había ocupado de esta clase de conductas como delitos, estableciendo, a través de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos de 1977, una cierta protección penal contra esta clase de hechos, aunque bajo unos postulados que, sin duda hoy, nos resultan insuficientes al considerar que lo que había que proteger en estos casos era fundamentalmente el honor o la dignidad de las mujeres. Sobre este tema volveremos después.

En realidad fueron los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda los que dignificaron el estado de cosas. En los artículos 2,3, y 4 del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia se establece el contenido de cada uno de los crímenes sobre los cuales extiende su competencia la Corte. El artículo 2 hace referencia a las infracciones graves de la Convenciones de Ginebra de 1949. Los actos de violencia sexual contra las mujeres no aparecen mencionados de forma expresa como infracciones graves, sin embargo en opinión de los tratadistas¹⁵ podrían englobarse de forma colateral dentro de los apartados b) y c) de este artículo, es decir «la

¹⁵ Zorrilla, Maider. *La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia Sexual. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto. Bilbao, 2005. pág. 45.

tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos» y «causar graves sufrimientos intencionalmente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud». El artículo 3 se refiere a las violaciones de las leyes o las prácticas de guerra y el artículo 4 al genocidio.

Ambos Tribunales *ad hoc* han tenido ocasión de pronunciarse en diversas resoluciones sobre la calificación jurídica que pueden merecer los actos de violencia sexual contra las mujeres, particularmente las violaciones, en función de la intencionalidad de los sujetos, contexto y circunstancias de su comisión.

En la Sentencia Akayesu de 2 de septiembre de 1998, por vez primera en la historia el Tribunal de Ruanda concluye que violación y otras formas de violencia sexual fueron usadas como instrumento de Genocidio, y como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, como un crimen contra la humanidad.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Celebici de 16 de noviembre de 1998, entre especialmente interesantes consideraciones en relación con el tema de la responsabilidad del mando, se pronuncia sobre la causación de torturas en mujeres privadas de libertad a través de su violación.

En el caso Furundzija de 10 de diciembre de 1998 el Tribunal declara que la violación de una única víctima es ya en sí misma (además de ser en este caso también un medio para la tortura) una seria violación del Derecho Internacional Humanitario. Como aspecto destacable es el rechazo del argumento de falta de imparcialidad de una juez mujer (jueza Florence Mumba) por el hecho de haber tenido militancia en la defensa de los derechos de la mujer (entre otros como miembro de la UN Commission on the Status of Women de UN (CSW).

En el asunto Kunarac *et al.* (IT-96-23&23/1), sentencia de 22 de febrero de 2001, el Tribunal se ocupa de forma novedosa sobre la esclavitud sexual. Kunarac fue condenado por los hechos ocurridos en «Foča» por violación de las leyes y usos de la guerra (tortura y violación), en la primera condena de violación como crimen de guerra, así como crímenes contra la humanidad (tortura, violación y reducción a la servidumbre). Kovac fue condenado igualmente por violación de las leyes y usos de la guerra (violación y atentados contra la dignidad de la persona), así como crímenes contra la humanidad (violación y reducción a la servidumbre). Vukovic fue condenado igualmente por violación de las leyes y usos de la guerra (tortura y violación), y crímenes contra la humanidad (tortura y violación).

Junto con los Tribunales *ad hoc* en estos momentos se llevan a cabo persecuciones por estos delitos en los Tribunales locales, singularmente en la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia Herzegovina. En los dos años de actividad de este Tribunal se han dictado importantes sentencias en relación con los episodios de violaciones sistemáticas acaecidos en Foča y en otros lugares, singularmente en algunos asuntos transferidos desde el Tribunal *ad hoc*, tales como en los casos Stankovic, Jankovic, donde se han producido condenas por crímenes contra la humanidad.

Sin embargo, es necesario decir, que la justicia es sentida de forma ambivalente por las víctimas, que la perciben como tardía, en muchos casos lejana y muy escasa en cifras y número de personas juzgadas, además de que apenas retribuye ni restaura la gravedad de los hechos ni de las heridas, sobre todo emocionales, sufridas. Participar en los procesos no obstante las medidas de protección adoptadas significa un gran esfuerzo y posiblemente una retraumatización, además de que en muchos casos sienten que no se garantiza en suficiente medida el anonimato. La mayoría de las víctimas que se han prestado a declarar como testigos han tenido que declarar una y otra vez y su identidad de una u otra forma ha sido desvelada.

No obstante, aparte de su voluntad de obtener justicia muchas víctimas son conscientes de la necesidad de que sus agresores que permanecen en muchos casos ejerciendo las mismas funciones policiales o como funcionarios públicos sean apartados

de sus cargos y de aquellos lugares como única forma de lograr un retorno a aquellos lugares que tuvieron que abandonar forzosamente.

Como última reflexión en torno al valor reparador moral de la justicia, cabe decir, que en muchos, en demasiados casos, las mujeres doblemente víctimas de la guerra no han visto suficientemente reconocida su situación y que todos los esfuerzos por obtener justicia y reparación pesa sobre ellas como un factor que incluso en muchos casos acrecienta y profundiza el dolor pasado, sin que por otra parte existan muchas razones para pensar que la situación vaya a cambiar para mejor de forma radical en el futuro, por lo que en gran medida las mujeres adoptan una posición pasiva, tratan de sobrevivir, en muchos casos en la marginación, guardando para sí, enquistadas, unas vivencias que no conseguirán superar y que pesarán sin duda en la memoria colectiva de esta sociedad por generaciones. Ello puede ser, sin duda, un factor por resolver que pase factura en el futuro, cuando la sociedad bosnia piensa que estará lista para una reconciliación más profunda.

RECIENTES RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS

El impacto sobre las mujeres producido por aquella guerra, la proliferación en todos los conflictos de agresiones sexuales contra mujeres más o menos generalizadas y el compromiso de Naciones Unidas de dar una perspectiva de género a los temas más importantes, ha traído consigo que periódicamente el tema haya estado presente en la agenda internacional.

Muy importante y significativa al respecto ha sido la Resolución del Consejo de Seguridad 1325 (2000)^{16, 17, 18}, sobre «Mujeres, Paz y Seguridad», que establece compromisos para dar una perspectiva de género a las operaciones de solución de conflictos y procesos de paz, propiciando la adecuada intervención activa de mujeres en dichas situaciones, además de para que se tenga especialmente en cuenta su protección y necesidades específicas¹⁹.

Con ella, directamente entronca, ocho años después, la recientísima Resolución 1820 de 19 de junio de 2008, aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el curso del «debate abierto» sobre «Mujeres, Paz y Seguridad», que fue presidido por la Secretaria de Estado norteamericana Condoleezza Rice. La propuesta de Resolución contó con el apoyo de varios miembros del Consejo de Seguridad (Bélgica, Burkina Faso, Croacia, Costa Rica, Estados Unidos, Francia, Italia, Panamá, Reino Unido y Sudáfrica), y de otros 32 Estados.

Su aporte más novedoso es dar, en esta ocasión, un paso más que el mero reconocimiento del fenómeno. Ha venido a considerar que la violencia sexual contra mujeres y niñas, en determinadas ocasiones en situaciones de conflicto, puede afectar a la Paz y Seguridad internacional. Se refiere especialmente a cuando es utilizada como una táctica de guerra deliberadamente dirigida contra civiles o como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, en cuanto que puede exacerbar significativamente situaciones de conflicto armado e impedir la restauración de la paz y seguridad internacional. Señala la Resolución que, en estos casos, las acciones efectivas para prevenir y responder a tales actos de violencia sexual pueden contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad. Por ello, el Consejo expresa su disposición para adoptar en estos casos, cuando fuera necesario, y dentro de su

¹⁶ Adoptada el 31 de octubre de 2000 en la 4213 reunión. Recoge los compromisos adoptados en relación con mujeres y conflictos armados en la Declaración y Plataforma de Beijing (A/52/231) y el documento final de la 33 Sesión especial de la Asamblea General de Naciones Unidas «Mujeres 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz para el Siglo XXI» (A/S-23/10/Rev.1).

¹⁷ Ver el análisis para ACNUR de Jackie Kirk y Suzanne Taylor sobre esta Resolución en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5287.pdf>

¹⁸ Texto anotado en español en http://womenwarpeace.org/docs/Annotated_1325_SP.pdf

¹⁹ <http://daccess-ods.un.org/TMP/8809623.html>

agenda, las medidas necesarias que hemos de entender que son las previstas en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, en concreto embargos o sanciones económicas e incluso acciones armadas previstos en el artículo 41 y 42²⁰.

Reconoce el Consejo de Seguridad que, durante los conflictos, las mujeres y niñas, además de sufrir las mismas consecuencias negativas que el resto de civiles, están particularmente afectadas por el uso contra ellas de la violencia sexual, incluida la utilizada «*como táctica de guerra para humillar, dominar, inducir miedo, dispersar y/o reubicar por la fuerza a miembros civiles de una comunidad o grupo étnico*». Estas prácticas pueden constituir un Crimen de Guerra, un Crimen contra la humanidad o de Genocidio y, por ello, deberán ser excluidas de las amnistías que se establezcan al final de los conflictos. Lógicamente, en estos casos, el Consejo de Seguridad tiene la potestad de remitir la situación al Fiscal del Tribunal Penal Internacional a tenor de lo previsto en el artículo 13.b del Estatuto de Roma.

En el texto, igualmente, se encomienda al Secretario General de Naciones Unidas la preparación, en el plazo de un año, de un informe a fin de recabar la información sobre esta clase de prácticas en el mundo. Ban Ki-Moon, por su parte, se ha comprometido a nombrar inmediatamente un enviado especial dedicado en exclusiva a procurar el fin de la violencia sexual contra mujeres.

La Resolución ha sido en general calificada como un «acto histórico». Sin embargo, no faltan voces críticas que la tachan de insuficiente, de no aportar nada nuevo y que su valor, en la práctica, es puramente simbólico.

Para la correcta valoración de la Resolución es necesario tener en cuenta que, en el conjunto del sistema de Naciones Unidas, cada órgano tiene su propio poder y el del Consejo de Seguridad es particularmente importante. Por otra parte, no parece irrelevante que se abran las puertas a las medidas para preservar la Paz y Seguridad previstas en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, lo que se puede traducir en la adopción por el Consejo de Seguridad de embargos o sanciones económicas, e incluso acciones armadas, como también en que remita la situación al Fiscal para activar la competencia del Tribunal Penal Internacional o como criterio a tener en cuenta por el propio Consejo de Seguridad a la hora de la posibilidad de actuar las potestades de suspensión de la investigación o enjuiciamiento de situaciones previstas en el artículo 16 del Estatuto.

Sin embargo, en mi opinión, su valor primordial es la profundización en la labor iniciada ya desde mediados de la década de los noventa por Naciones Unidas, de dar una perspectiva de género, reconociendo la posición especialmente vulnerable en que las tácticas de guerra ponen a las mujeres en los conflictos armados.

El consenso internacional obtenido, después de lograr remover la actitud renuente de China y Rusia, debería tener como corolario la tipificación expresa de estas conductas en los instrumentos internacionales de protección penal de los derechos humanos. Sin embargo, hoy por hoy, la regulación que contienen es, en algunos casos, insuficiente y, en otros, inadmisiblemente anacrónica, tal como ocurre con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales que constituyen la parte más sustancial del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho de Guerra, en cuanto a la protección de las personas no combatientes.

²⁰ *Artículo 41* El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Artículo 42 Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el *Artículo 41* pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LAS CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949 Y SU NECESARIA ACTUALIZACIÓN. SITUACIÓN EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Resulta cierto que, en la actualidad, el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²¹ establece expresamente como Crímenes de Guerra, referidos tanto a conductas realizadas en conflictos internacionales como no internacionales, el «*cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra*»^{22,23}. Sin embargo, éstos últimos (los cuatro Convenios de Ginebra de 1949) y los dos Protocolos Adicionales de 1977²⁴, que constituyen el núcleo duro, referencia explícita y obligada del resto de la regulación en materia de DIH, además de ser los 4 Convenios casi los únicos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario universalmente ratificados por todos los Estados de la Tierra²⁵, regulan la violencia sexual durante las acciones de guerra, de manera insatisfactoria, en la forma como se sintetiza a continuación:

- Ninguno de los cuatro Convenios incluye expresamente entre las «*infracciones graves*» los actos de violencia sexual, ni siquiera los realizados de forma masiva o sistemática (art. 50 del Convenio I, art. 51 del Convenio II, art. 130 del Convenio III, art. 147 del Convenio IV). Es necesario tener en cuenta que el artículo 85 del Protocolo Adicional I sigue la técnica de calificar como crimen de guerra, sólo a las «*infracciones graves*» de los Convenios y de los Protocolos. Tampoco los artículos 11 y 85 del referido protocolo, que ampliaron el listado de las «*infracciones graves*», entre «*las nuevas acciones*» calificadas como «*graves*» se incluye la violencia sexual.

- Es necesario tener en cuenta que la jurisdicción universal que se reconoce en las cuatro Convenciones se refiere exclusivamente a las infracciones calificadas como «*graves*» (art. 49 del Convenio I, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III, art. 146 del Convenio IV).

²¹ Zorrilla, Maider. *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao 2005.

²² Aunque el Estatuto del Tribunal Penal Internacional no ha sido universalmente aceptado, sin embargo, creemos que resulta poco discutible la general consideración de la violación y demás actos de violencia sexual descritos, utilizados a modo de arma de guerra, como un crimen de guerra, formando parte, por tanto, del Derecho Internacional Humanitario de carácter consuetudinario y del *ius cogens* internacional. Al respecto, ver recopilación de normas de DIH consuetudinario realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja. (ICRC -. Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rule, comentarios a la Rule 156, pág 584).

²³ Ni el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ni el de Ruanda contemplan tampoco las agresiones sexuales como crímenes de guerra. Sin embargo, sí contemplan la violación como uno de los *delitos subyacentes* sobre los que se construyen los crímenes contra la humanidad, en los artículos 5 y 3, respectivamente de ambos Estatutos.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, se ha pronunciado normalmente en el sentido de considerar estas formas de violencia sexual acaecidas durante la guerra como crímenes contra la humanidad, sin embargo, sí ha considerado en alguna de sus resoluciones la violación de mujeres como crimen de guerra en por ejemplo el asunto Kunarac *et al.* (IT-96-23&23/1) referida a los episodios de «Foča».

²⁴

- Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

- Convenio II de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar.

- Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra.

- Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

- Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

- Protocolo Adicional II de 8 de junio de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional.

²⁵ No ocurre lo mismo con sus Protocolos adicionales no ratificados todavía por numerosos estados.

Las cuatro Convenciones, en realidad, se limitan a recoger lo que era la visión del tema y general opinión en la época con la terminología al uso, más como un acto ilícito o indebido como práctica de guerra que como delito específico merecedor de su consideración como «crimen de guerra»²⁶. Así, el común artículo 12 a las Convenciones I y II establece que «se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo». El Convenio III (art. 14) añade además que las mujeres «en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciben los hombres». El Convenio IV (art. 28) establece que «las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado al pudor».

Por su parte, el Protocolo Adicional I (arts. 75 y 76) y el Protocolo Adicional II (art. 4) prohíben «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor» y establece que «las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor».

En mi opinión, una simple lectura de los artículos mencionados nos muestra que tanto por la falta de una protección penal específica (no figura como «*infracción grave*», y por tanto no susceptible de ser considerada, en principio, como crimen de guerra), como por el tratamiento y las referencias legales generales que se contienen tanto en relación con la violación como a la violencia sexual en general por los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales, que la protección contra los actos de guerra contrarios a la libertad sexual especialmente de las mujeres no es sólo insatisfactoria, por pobre y anticuada en cuanto a su contenido y terminología (liga los actos de violencia sexual contra las mujeres a los trasnochados conceptos de «honor», al «pudor» y al respeto especial hacia las mujeres, que son los bienes jurídicos o aspectos a proteger), sino también ha devenido en netamente insuficiente, en cuanto que de ninguna manera se refiere a la realidad del fenómeno de la violencia sexual como arma de guerra.

En el momento presente resulta incuestionable que el uso de la violencia sexual durante un conflicto armado, tanto la realizada de forma generalizada o sistemática o con específicos fines militares o de otro tipo, como incluso la realizada de forma individualizada, como práctica de guerra, constituye un grave crimen que debe estar tipificado de forma clara y explícita como un específico «crimen de guerra», con diversa graduación de la gravedad según las situaciones, en los instrumentos internacionales que disciplinan el derecho de guerra, sin necesidad de llegar a tal consideración a través del derecho internacional consuetudinario o interpretaciones jurisprudenciales. Por ello, su inclusión explícita dentro del conjunto de normas que conforman el núcleo duro del DIH convencional es particularmente oportuna y sería un paso enormemente positivo con un incuestionable valor simbólico, que ayudaría sin duda a patentizar el doble papel que frecuentemente juegan las mujeres en los conflictos armados, víctimas en la misma medida que lo es cualquier otra clase de población civil, pero también como objeto específico de violencia sexual.

La celebración del 60 aniversario de las Convenciones de Ginebra de 1949 sería por ello una excelente ocasión para promover la modificación de su contenido por medio de un nuevo Protocolo adicional referido a la específica protección de la mujer y otras víctimas de la guerra merecedoras de una especial protección.

²⁶ No surgen en realidad dudas sobre la prohibición de la violación de mujeres y niñas como botín de guerra en el DIH consuetudinario. Al respecto se citan como referencias el artículo 44 del Código Lieber de 1863, las contenidas de forma indirecta (referidas a la protección del honor y de los derechos familiares) en el artículo 46 de las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907, Artículo II (1) C (considerándolo como crimen contra la humanidad) de la Ley de Control Aliado n.º 10 de 20.12.1945. Ver Zorrilla, Maider. Obra citada, pág. 18.

Merece por último destacar que, desde el punto de vista del derecho penal interno español, la regulación actual contenida en el Título XXIV del Libro II, referidos a los delitos contra la comunidad internacional y Capítulo III, de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sigue en la materia a los Convenios de Ginebra de 1949, y no contiene ninguna mención expresa dentro de esta clase de delitos a la violación o violencia sexual²⁷, ni tampoco la situación ha cambiado en la modificación última operada para la adaptación de este Título al Estatuto del TPI, que, no obstante considerar, como se ha señalado, en su artículo 8, a diversos actos de violencia sexual realizados tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales como Crímenes de Guerra, de ello no se ha hecho eco el legislador español reciente, lo que sin duda constituye un olvido inadmisibles en estos momentos, que debería ser solventado cuanto antes, adaptando nuestro CP a la legalidad internacional en esta materia.

²⁷ La única mención es la que se contiene en el último párrafo del n.º 3 del artículo 612: «...viole la prescripciones... sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en Tratados internacionales en los que España fuere parte».

La tortura, grave amenaza para la democracia

Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO

«Con la violencia, la tortura y el terror ejercido contra ellas y, a veces, incluso, contra sus seres más queridos, buscaban hacer del valiente, en el sentido más humano, un cobarde aterrorizado; en hacer del más generoso, un egoísta que solo pensase en librarse de su tragedia personal; en hacer del fraternal y solidario con sus compañeros de lucha, un traidor que les denunciase, que les vendiese; en suma lograr que la persona digna y ejemplar se convirtiese en un ser indigno y humillado»

(Miguel Núñez, *La Revolución y el Deseo*, Ediciones Península, 2002)

Como ya es sabido, la gravedad y la extensión del terrorismo ha generado en los últimos años no sólo un debate sino, lo que es peor, una pretensión legitimadora de la tortura que obliga a redefinir su rechazo más absoluto, en cuanto radicalmente incompatible con los valores democráticos y el Estado de derecho.

Continúan manteniendo plena vigencia las palabras del profesor Tomás y Valiente. Decía en 1969, en el prólogo a la obra de Beccaría, *De los delitos y las penas*: «Por otra parte, ¿no es hoy la tortura un recurso empleado por la policía de «Estados civilizados» y occidentales o libres, aunque naturalmente no se reconozca así ante la opinión pública?». Palabras que reiteraba en 1971 cuando afirmaba que «en el mundo actual se tortura» y no sólo en los estados totalitarios o a los prisioneros de guerra, también en los Estados democráticos, «anteponiendo el interés o razón de Estado a las garantías o derechos individuales de los ciudadanos»¹.

La gravedad del problema estriba en que cuarenta años después, la tortura sigue vigente en unos términos que no podían imaginarse cuando hace veinticinco años se aprobó por la comunidad internacional la Convención contra la misma. Lo resumió perfectamente Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía, cuando afirmó, «Ha ocurrido lo impensable: «un presidente de EE.UU. ha defendido el uso de la tortura, ha recurrido a tecnicismos a la hora de interpretar los Convenios de Ginebra y ha ignorado el Convenio sobre la Tortura, que prohíbe utilizarla en ninguna circunstancia». Así ocurrió en agosto de 2002, cuando el Departamento de Justicia de EE.UU. elaboró un dictamen que constituía «una defensa aplastante para justificar incluso las tácticas más crueles. Ese dictamen, que después de filtrarse se convertiría en el tristemente conocido «memorándum de la tortura», lo redactó en gran parte John Yoo, un joven profesor de Derecho de Berkeley al servicio de la Oficina de Asesoría Jurídica» de dicho Departamento para su aplicación por la CIA y el Ejército a los prisioneros de Afganistán e Irak². Manual que fue reelaborado en febrero de 2005, siendo Ministro de Justicia Alberto R. Gonzales, y mantenido en secreto, que autorizaba a «dolorosas tácticas de tortura física y psicológica, como golpearles en la cabeza, sumergirles al borde del ahogo o someterles a muy bajas temperaturas» u «obligarles a escuchar estrepitosa música rock para no permitirles dormir durante días y noches y esposarles durante horas en incómodas posiciones». Dictámenes que, según *The New York Times*, «constituyen el legado oculto del segundo mandato del presidente Bush»³.

¹ F. Tomás y Valiente: *La tortura en España*. Ariel, Barcelona, 1973.

² *The New York Times*, 4 de octubre de 2007, «EE.UU. respaldó en secreto el uso de duras técnicas de interrogatorio» (Scout Shane, David Johnston y James Risen).

³ Idem.

En todo caso, el terrorismo, por más «criminal e injustificable» que sea, solo puede y debe combatirse desde el derecho, con los instrumentos propios del Estado de derecho y desde leyes que, caso de privar de aquellos derechos a los detenidos por las Fuerzas de Seguridad, lo hagan de forma limitada y temporal y bajo un permanente y efectivo control judicial. Cualquier otra solución degrada y pervierte la democracia y genera toda clase de arbitrariedades, abusos y violaciones de los derechos humanos. Es lo que el Congreso de Diputados calificó como «fortaleza del Estado de Derecho en la lucha contra el terrorismo» en la moción aprobada el 20 de mayo de 2005.

Pero el terrorismo, particularmente a partir del 11 de septiembre de 2001, ha adquirido unas nuevas dimensiones por su globalidad —creando un clima generalizado de inseguridad— y su «invisibilidad» ya que esa forma de terrorismo carece de referencias concretas y, es, por su propia naturaleza, difuso por las grandes dificultades en la identificación de sus autores intelectuales y materiales y en la localización de su organización y de sus estructuras. El origen de esta situación es, sin duda, complejo.

Una pobreza generalizada, profundas desigualdades sociales, inmigraciones masivas, ausencia de oportunidades para las nuevas generaciones, conflictos territoriales, identitarios o económicos, armados y regímenes dictatoriales en países empobrecidos, son factores que amenazan las democracias occidentales⁴. El contexto mundial marcado por esa forma de terrorismo —que España sufrió el 11 de marzo de 2004 por el atentado de Al-Qaeda en Madrid— ha constituido un factor de inseguridad global y ha favorecido que EE.UU. plantee la lucha contra el mismo desde presupuestos completamente antidemocráticos sacrificando la libertad en aras de una supuesta seguridad como la que representa, entre otras medidas, la Patriot Act. Se proclama como necesaria y justificada la arbitrariedad de los poderes públicos y se discute el valor de las garantías y derechos individuales como sustrato fundamental de la convivencia. El binomio libertad-seguridad, característico de los Estados modernos, ha entrado en crisis. Pero, en todo caso, el terrorismo por muy execrable que sea, no puede conducirnos, sin afrontar sus causas sociales y políticas, a la destrucción o debilitamiento del Estado democrático. Los ciudadanos deben ser protegidos frente al mismo pero sobre principios inamovibles, como «el principio de la inviolabilidad de la dignidad humana», «la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales» y el «respeto del Estado de derecho»⁵. Sin embargo, EE.UU. y el Reino Unido, con el apoyo del Gobierno español de Aznar, emprendieron una nueva «era bélica», que tuvo su máxima expresión en la invasión de Irak⁶. La guerra contra el terror se convierte así en el instrumento que pretende hacer el mundo más seguro para la globalización. La guerra, ahora, también se puede globalizar sin esfuerzo, ya que la asimetría entre las fuerzas perjudica siempre a los pobres. Hoy la guerra se ha convertido en una situación generalizada y permanente. No se trata de guerras aisladas sino como manifiestan Hardt/Negri de «un estado de guerra general y global que erosiona la distinción entre la guerra y la paz, de manera que no podemos imaginar una paz verdadera, ni albergar una esperanza de paz»⁷.

⁴ Los gobiernos despiadadamente represivos de Corea del Norte, Birmania y Turkmenistán. Las dictaduras de Arabia Saudita y Siria. El retroceso de China, Rusia y Egipto que están dificultando sistemáticamente la labor de las organizaciones no gubernamentales. Irán y Etiopía están silenciando las voces disidentes. Robert Mugabe prefiere llevar a Zimbabwe a la ruina que tolerar una oposición política. La guerra civil revive en Sri Lanka y se intensifica en Afganistán y Somalia, a la vez que continúa el conflicto en Colombia. Israel realiza ataques indiscriminados en el Líbano y Gaza y lanzó bombas de racimo sobre el sur del Líbano durante su guerra contra Hizbulá. Por su parte, Hizbulá atacó ciudades israelíes sin hacer distinción entre poblaciones militares o civiles. Human Rights Watch, enero 2007.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200(INI)) Estrasburgo. 14 febrero de 2007. Apartados D y H.

⁶ Michael Hardt, Antonio Negri. *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, DeBolsillo, Barcelona, 2006, pág. 24.

⁷ Ana Isabel Pérez Cepeda. El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal. Ponencia presentada en el VI Memorial Octavi Pellisa, «Derechos humanos en peligro y democracias imperfectas» 19-20 Mayo 2006. Organizado por el Centre de Treball y Documentació. Barcelona.

Era bélica que se ha reflejado en el comportamiento de los Estados democráticos que se corresponde a la difuminación del Estado en lo económico y social y a lo que se ha llamado «el fortalecimiento y glorificación del Estado penal»⁸.

En esa dirección, debemos situar la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de Febrero de 2007, sobre «transporte y detención ilegal de presos», que responde perfectamente al planteamiento formulado por Negri como el socavamiento de las instituciones del Derecho y la Justicia⁹ y el profesor J. R. Capella cuando se refiere a la «barbarización» de la humanidad¹⁰ que se caracteriza, entre otros muchos elementos, por el rechazo o violación por los EE.UU. de los tratados internacionales y la justificación de la tortura como método de investigación. En efecto, el Parlamento Europeo ha descrito la tolerancia, cuando no la complicidad, de Estados europeos, incluido España, formalmente democráticos, en el «transporte y detención ilegal de presos», en el mantenimiento de «cárceles secretas» y en la práctica de la tortura, siempre fuera de todo control judicial. Hasta el momento no conocemos el resultado de las investigaciones practicadas por los Estados implicados y concretamente por la Fiscalía de la Audiencia Nacional. Concurren serios motivos para el escepticismo. Todo ello es la expresión de la universalización del «estado de excepción» en cuanto los Gobiernos europeos han «cerrado los ojos o admitido (1.245) vuelos operados por la CIA que han sobrevolado el espacio europeo aéreo» con los fines expresados.

Es en este contexto donde debe analizarse el marco normativo y la respuesta legal y judicial frente al terrorismo internacional y de ETA en cuanto contiene elementos propios de lo que ha dado en llamarse, frente al Derecho penal común para todos los ciudadanos, el «Derecho penal del enemigo» como sujeto que debe combatirse sin «ataduras democráticas» para la mayor eficacia de la represión. Sujetos que así quedan constituidos en no-personas ante los que cabe cualquier respuesta tanto preventiva como represiva. El Derecho es más que una garantía del ciudadano y un límite del poder una «simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema en el que lo que le interesa es el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico»¹¹.

Ante este estado de cosas, organizaciones tan prestigiosas como la Comisión Internacional de Juristas han respondido en la línea ya fijada por Amnistía Internacional y Humans Rights Watch. Y, confirmando las palabras del profesor Stiglitz, formuló la Declaración de Berlín sobre «la defensa de los derechos humanos y el estado de derecho en la lucha contra el terrorismo» el 28 de agosto de 2004. En la misma, se afirman como principios incontestables del Estado de derecho, entre otros, los siguientes: 5 «Normas Perentorias: Los Estados deben observar en todo momento y en toda circunstancia la prohibición contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los actos en contravención de ésta y otras normas perentorias del Derecho Internacional de los derechos humanos... no pueden nunca ser justificados...» y 6 «Privación de libertad: Los Estados no pueden mantener detenida a una persona secretamente o incomunicada y deben mantener un registro de todos los detenidos. Deben proporcionar a todas las personas privadas de libertad, donde quieran que se encuentren detenidas, un acceso rápido a sus abogados, a los miembros de su familia y al personal médico». La realidad es que estas mínimas exigencias aún no están presentes en la legislación procesal española. La preocupación del CIJ estaba y sigue estando justificada.

Por una parte, en la Memoria del Fiscal General del Estado de este año siguen figurando procedimientos penales incoados por el delito de tortura (art. 174 Código Penal), exactamente 35, y como es ya una práctica habitual de dicha Autoridad del Estado

⁸ Loïc Wacquant. *Las cárceles de la miseria*. Alianza, Madrid, 2000.

⁹ Negri, obra citada, pág. 543

¹⁰ J.R.Capella, *Entrada en la barbarie*. Trotta, Madrid, 2007, pág. 214.

¹¹ Guillermo Portilla Contreras. «Los excesos del formalismo jurídico neo-funcionalista en el normativismo del Derecho Penal», citado en la nota 60 de la obra de Ana Isabel Pérez Cepeda.

no consta ninguna información complementaria sobre el origen de dichos procedimientos, denunciados y denunciados y estado de tramitación de los mismos, para conocer realmente el alcance y la trascendencia de que en nuestro Estado democrático, como se refleja habitualmente todos los años, sigan produciéndose actuaciones judiciales por el delito de tortura.

En otro orden de cosas, resulta vergonzoso que el Estado español y las autoridades autonómicas competentes continúen sin desarrollar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura que entró en vigor el 22 de junio de 2006. No se ha dado ni un solo paso para implementar y desarrollar lo que es una obligación derivada de un Tratado Internacional. Y, por tanto, continúan ausentes las normas y las instituciones que desarrollen dicho Protocolo, no se han constituido los Mecanismos Nacionales de Prevención, y, en consecuencia, no se practica la visita periódica a los Centros de detención con el fin de prevenir los malos tratos y la tortura.

Pero resulta aún más preocupante que la Unión Europea haya aprobado un Reglamento «sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penales crueles, inhumanos o degradantes»¹². Ciertamente, dicha norma permite conocer que Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una Resolución el 25 de abril de 2001, confirmada por otras posteriores en la que se hacía un llamamiento a los Estados Miembros para que tomaran las medidas apropiadas «para prevenir y prohibir entre otras cosas la exportación de materiales diseñados específicamente para infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». Pero ello no ha sido obstáculo para la admisión del comercio y particularmente la exportación desde la Unión Europea de determinados materiales o productos «que puedan ser utilizados para infligir torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes». El único criterio que limitaría la exportación de dichos materiales, sería que «su uso sea intrínsecamente cruel, inhumano o degradante, que se trate de materiales» cuyos efectos médicos no se conozcan plenamente y de aquellos otros cuyo uso en la práctica haya revelado un riesgo importante de abusos o lesiones innecesarias¹³.

Estamos, pues, ante una disposición Comunitaria que en nombre de la promoción del respeto a la vida humana y los derechos humanos y del «propósito de proteger la moral pública», regula nada más y nada menos que el comercio de la tortura naturalmente hacia países terceros de la Unión Europea, es decir, allí donde el control del uso de materiales es prácticamente imposible o inexistente. La consecuencia de todo ello es que para comerciar o exportar dichos productos basta «una licencia de exportación» que corresponde a cada Estado por una determinada autoridad. Por tanto, según el Reglamento, solamente queda prohibida «toda exportación de los productos cuyo único uso práctico es aplicar la pena de muerte, infligir torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» que se describen en el Anexo II del Reglamento y que, en cuanto se refiere a la práctica de la tortura, solamente comprende los «cinturones de electrochoque, diseñados para inmovilizar a seres humanos mediante la administración de descargas eléctricas de una tensión en circuito abierto superior a

¹² Reglamento (CE) N° 1236/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005, entró en vigor el 30 de julio de 2006.

¹³ La autoridad competente para otorgar dichas licencias en España es la Secretaría General de Comercio Exterior del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Paseo de la Castellana 162, 28046, Madrid. Teléfono 915 83 52 84.

Los productos que pueden ser objeto de exportación, una vez obtenida la licencia, son los siguientes: «Sillas de sujeción y planchas de inmovilización. Esposas para tobillos, cadenas colectivas, grilletes, esposas y grilletes de muñeca individuales. Esposas para pulgares y empulgueras, incluidas las esposas dentadas en pulgares. Dispositivos portátiles para provocar descargas eléctricas incluidos entre otros picanas, escudos eléctricos, armas aturdidoras y pistolas que disparan dardos eléctricos de una tensión en circuito abierto superior a 10.000 voltios. Dispositivos portátiles para su uso de material antidisturbios o para su defensa mediante la administración o diseminación de una sustancia química incapacitante. Vanillilamida del ácido pelargónico y oleoresina cápsicum».

10.000 voltios». Pese a la gravedad y la trascendencia de esta disposición, el Gobierno aún no ha regulado su aplicación en España.

La referida Norma exige una activa movilización de todas las organizaciones defensoras de los derechos humanos y contra la tortura para exigir el conocimiento de las licencias que se otorgan, de las empresas a las que se conceden y de los Estados importadores con el fin de conocer con absoluta exactitud quiénes están beneficiándose de dicho negocio, evidentemente ilícito, y el uso y abuso que de dichos productos llegue a hacerse en determinados Estados, particularmente los gobernados por regímenes dictatoriales. Es la condición necesaria para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.2 del Reglamento que obliga a rechazar la concesión de la licencia cuando haya indicios de que los productos enumerados puedan ser utilizados para la práctica de la tortura y la imposición de penas corporales.

Ante este preocupante panorama que expresa una evidente tolerancia y complacencia con la tortura, impulsada, como hemos visto, por la política norteamericana de la Administración Bush, resulta indispensable mantener una actitud de alerta y de vigilancia frente a esa práctica tan degradante y tan destructora del ser humano, exigiendo el pleno cumplimiento y respeto de la Convención.

novedad estrotta

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho

PAUL RICOEUR

Lo justo II. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN y RAFAEL ESCUDERO ALDAY (eds.)

Derecho y memoria histórica

JOSÉ RUBIO CARRACEDO

Teoría crítica de la ciudadanía democrática

PEDRO M. SASIA y CRISTINA DE LA CRUZ

Banca ética y ciudadanía

JOSÉ LUIS SERRANO

Principios de derecho ambiental y ecología jurídica

RUDOLF VON JHERING

Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico

MAURO BARBERIS

Ética para juristas

DANILO ZOLO

La justicia de los vencedores
De Nuremberg a Bagdad

THOMAS LUCKMANN

Conocimiento y sociedad. Ensayos sobre acción, religión y comunicación

JOSÉ LUIS GORDILLO

Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría

JACQUES DERRIDA

El animal que luego estoy sí(gui)endo

RAFAEL DEL ÁGUILA (ed.)

Manual de ciencia política (5ª ed.)

HANS Kelsen

La paz por medio del derecho (2ª ed.)

GUSTAVO ZAGREBELSKY

El derecho dúctil (8ª ed.)

JÜRGEN HABERMAS

Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso (5ª ed.)

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 03 61
Ferraz 55. 28008 Madrid
editorial@trotta.es - www.trotta.es

Crisis económica y crisis de la legalidad

Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

1. Las crisis económicas, aunque algunos las traten como «desaceleraciones acentuadas», acarrear consecuencias que también se dejan sentir en el ordenamiento jurídico. La coyuntura actual, objetivamente desfavorable, propicia reacciones que afectan a las normas y, en algunos casos, la pretensión de influir en la respuesta judicial a los conflictos que genera.

Desde esas posiciones se elude el debate acerca de la escasa o nula regulación de los mercados, sobre la que muchos habían advertido hace tiempo, centrando la polémica en cómo afrontar las consecuencias que sus deficiencias provocan. Las llamadas a la moderación salarial, la pretensión de resolver por causas objetivas a un coste mínimo empresas ineficientes, la búsqueda de culpables en factores como la emigración o los altos costes de los sistemas públicos de Seguridad Social, sanidad o enseñanza, son ejemplos de debates interesados, que rehuyen deliberadamente el análisis crítico respecto a los orígenes de la situación actual.

Merece particular atención la situación de la banca, que con su decisión de poner fin a la concesión de crédito es uno de los causantes de la actual crisis. Recordemos que ha sido este sector, precisamente, el que ha propiciado el inicio de las turbulencias financieras, pues no dudó en explotar productos de dudosa seriedad. La crisis de las *subprime* norteamericanas es ejemplo de especulación. Como el filántropo multimillonario Warren Buffet ha dicho, han sido auténticas «*armas financieras de destrucción masiva*».

2. Es precisamente la incapacidad del sistema financiero de autorregularse una de las causas de estos cíclicos momentos de crisis, que las empresas tienen serias dificultades en afrontar entre otras cosas porque algunos de sus altos directivos se han asegurado unos desproporcionados ingresos, primas, retribuciones en especie y millonarias cláusulas indemnizatorias, en claro perjuicio de la solvencia y beneficios sociales.

Resulta escandaloso que se haya permitido a algunos directivos de grandes empresas, encumbrados por lo abultado de la cuenta de resultados, un conjunto de prestaciones que han consumido una parte ingente de lo que naturalmente hubiera debido destinarse a reservas, dividendo o inversión, con el objeto de mejorar la solvencia y recursos de estas sociedades cuando llegaran, como finalmente han llegado, momentos de crisis.

Ante ésta la reacción previsible consiste en llamar a la moderación salarial, la pretensión de reducir plantilla a bajo costo a través de los instrumentos legales que lo propician, o las peticiones de amparo al sector público para disminuir costes, sin que al tiempo se ofrezca un sacrificio paralelo de estos mismos directivos, que se aseguraron en su momento una posición privilegiada.

El esfuerzo por reducir costes (o plantillas), no determina a las empresas a litigar en los tribunales para obtener la nulidad de esas cláusulas de altos directivos, que afectan al justo equilibrio de las prestaciones, pues por mucho que el ingenio, experiencia y capacidad de un directivo hayan de ser valorados, las contraprestaciones ofrecidas parecen, a todas luces, desproporcionadas.

3. Pero además las desigualdades sociales se acentúan, haciendo principales paganos de la crisis a los ciudadanos más desfavorecidos o con menores recursos para afrontarlas. En España el legislador ha permanecido impasible ante la aparición

de garantías hipotecarias que se extienden a 25, 30, 40 ó 50 años. Merced a esa tolerancia hoy existe una dependencia casi perpetua de los ciudadanos que, atraídos por el supuesto enriquecimiento que suponía la titularidad jurídica —que no económica— del inmueble, y obligados al tiempo por el elevado precio para acceder a su primera vivienda, han sucumbido a la firma de garantías que en ocasiones alcanzan la esperanza de vida en el momento en que se signaron.

Incluso se facilitan, regulándolas legalmente, formas contractuales que extienden la obligación a los herederos del prestatario, asegurando un suculento bocado a la banca, que garantiza de manera prácticamente vitalicia la vinculación del cliente a su negocio. Es el caso de La Ley 41/2007, de reforma de la Ley Hipotecaria, ejemplo de cómo responde el legislador en dirección opuesta a una mayor protección de la parte contractualmente más desprotegida. En esta reforma se regula la «hipoteca inversa», un producto que según la Exposición de Motivos pretende la «*satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida*». Este, según la ley, es uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados.

La decisión legislativa encierra una enorme carga ideológica. La lectura que se concluye de la norma es que el Estado Social no tiene que garantizar unas pensiones dignas, o unos servicios públicos que aseguren las mayores necesidades en salud, cultura u ocio de las personas de mayor edad. Basta con que se facilite, con este producto financiero, la realización del patrimonio familiar sin necesidad de enajenar la vivienda propia. Con la hipoteca inversa los mayores de 65 años o dependientes, propietarios hipotecantes, realizan disposiciones periódicas o una sola, con algún límite en función del valor de tasación del inmueble. Satisfecha la prestación periódica o dispuesto el límite máximo se siguen devengando intereses hasta su fallecimiento, momento en que los herederos han de abonar la totalidad de lo dispuesto y sus intereses, pues de lo contrario se ejecutará la garantía hipotecaria.

En definitiva, se hace descansar en el esfuerzo familiar de los herederos el abono de este crédito, con la garantía del patrimonio inmobiliario del causante, aligerando así al Estado ante la insuficiencia de las pensiones y prestaciones públicas a las que estaría obligado. Ese gran problema socioeconómico que supone el incremento de las necesidades de renta, en palabras del legislador, no se afronta con el reparto de la riqueza que suponen la garantía de un sistema público de pensiones suficientes o con la mejora del sistema público de salud, unos adecuados servicios sociales o prestaciones suficientes al dependiente. Se tira del ahorro familiar facilitando al tiempo un sustancioso negocio a las entidades financieras. Si las hipotecas ya eran, antes de la reforma, prácticamente vitalicias, ahora superan incluso la esperanza de vida del prestatario.

El legislador decimonónico, ante situaciones semejantes, como los arrendamientos vitalicios, reaccionó con sensibilidad social y sentido de la justicia, de forma bien diferente. El artículo 1.583 del Código Civil declaró la nulidad de semejantes pactos. Las Cortes actuales, sin embargo, asisten complacientes a prácticas bancarias que, además de abusivas, porque en definitiva suponen una vinculación casi vitalicia con el prestamista, han contribuido al espejismo de una valoración irreal de la propiedad inmobiliaria. Esa indiferencia debería cambiar sustancialmente, imponiendo alguna limitación temporal a las obligaciones hipotecarias, puesto que la regulación existente, disciplinada por el Banco de España, se refiere a riesgos financieros y no ha impedido tales abusos.

4. Otra reacción previsible, pero no por ello menos injusta, es la respuesta que en situaciones de crisis se pretende frente al fenómeno de la emigración. La propuesta en la Unión Europea de Proyecto de Directiva Comunitaria sobre la Retención y Expulsión de Personas Extranjeras, Sarkozy a la cabeza, respira cierto tufo xenófobo. Se trata de buscar un chivo expiatorio con un mensaje que lamentablemente

tiene su caldo populista, reclamando «*contratos de integración*» de contenido discutible y exigibilidad cuestionable, señalando como culpable a quienes son víctimas de la crisis mundial del reparto de riqueza.

Sin querer simplificar la complejidad del problema, la emigración ha supuesto un fenómeno con aspectos positivos de índole cultural, social, e incluso desde la lógica del mercado, pues ha permitido la garantía del sistema de Seguridad Social, asegurar un nivel de natalidad adecuado o la incorporación de nuevos consumidores al sistema económico. Olvidando lo aportado en esos tiempos de crecimiento, al llegar la crisis la reacción es negativa, recuperando criticables conceptos como «*retención*» para justificar la privación de libertad (¿no era eso la detención?) durante semanas, a quien pretende entrar irregularmente en la Unión Europea.

5. En España la crisis económica es sinónimo de crisis inmobiliaria. La pasividad, cuando no complicidad, de autoridades municipales y responsables de la gestión urbanística, ha propiciado un crecimiento insostenible en lo urbanístico y empresarial. Además de los aspectos corruptores que ha desatado, numerosas empresas han surgido o se han desarrollado utilizando el crédito ajeno para multiplicar sus cuentas de resultados.

Ahora que la banca ha cerrado el grifo del crédito, es necesario el ajuste. El número de procedimientos concursales aumenta y en ocasiones se plantean con pretensiones manifiestamente reprochables: se persigue un despido barato y rápido. Veinte días de salario por año trabajado con tope de una anualidad, alegando causas objetivas por remisión al Estatuto de los Trabajadores, y a sanear las cuentas sociales. Frente a esa pretensión habrá que propiciar, por evidentes razones de justicia, un reparto más equilibrado de los sacrificios.

En ese sentido hay actuaciones judiciales que van abriendo camino. La Sentencia de 12 de septiembre de 2006, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha admitido la legalidad de acuerdos entre la representación de los trabajadores y la administración concursal, incluso con la oposición del concursado, que superan la limitación del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que el artículo 64.7 de la Ley Concursal, especial respecto del Estatuto, lo autoriza. Un claro aviso a navegantes que pretendan utilizar el proceso como fórmula para obtener un reajuste de plantillas de escaso coste.

Por otro lado frente a las decisiones de deslocalización de empresas que utilizan la vía del concurso, se están produciendo decisiones judiciales que ponen el acento en asegurar que han de asumirse los costes que acarrea semejante decisión empresarial. Es ejemplar al respecto el reciente auto de 18 de mayo de 2008, en el asunto CAYDETEL, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. Se trataba de un expediente de extinción colectiva de relaciones laborales que era preciso abordar ante la liquidación de la sociedad. En este caso se ordena indemnizar a la plantilla afectada con un importe semejante al despido improcedente, dadas las circunstancias concurrentes, que consistían en que el accionista único, un grupo multinacional, había «precipitado» la insolvencia al interesarle trasladar la producción a un país con menores costes salariales y sociales.

6. Un último ejemplo del reflejo de la crisis económica en el ordenamiento jurídico es el paupérrimo tratamiento legal de las insolvencias de las personas físicas, absolutamente inútil —incluso negativo— en la relativamente reciente Ley 22/2003, Concursal, sin que se hayan buscado otras respuestas específicas para este peculiar deudor, al que, sin embargo, cotidianamente llueven ofertas de créditos inmediatos y facilidades de gasto desde los mismos acreedores que luego se ceban en su patrimonio. Todavía nos queda en España mucho camino que recorrer para evitar estas prácticas y para dar una respuesta racional a las situaciones de sobreendeudamiento, que precisan de un tratamiento específico e innovador respecto del actual estado de cosas.

Podrían aprovecharse algunas lecciones que nos dan otros países de la Unión Europea, que regulan mejor el tratamiento de este peculiar y desprotegido deudor, optando por sistemas de tutela que garanticen una segunda oportunidad y el cumplimiento ordenado de las obligaciones adquiridas o de la parte que se pueda atender. Una correcta orientación legislativa habría de otorgar facultades al juez para imponer convenios que garanticen alguna posibilidad de superar la situación de insolvencia, evitando que la especulación sea la única guía de los acreedores que sólo persiguen la liquidación inmediata de su patrimonio.

7. El Premio Nobel de Economía Amartya Kumar Sen, estudioso de las hambrunas, los mecanismos subyacentes a la pobreza y la economía del bienestar, pidió hace tiempo un «*capitalismo decente*». Ciertamente el sistema de economía de libre mercado debería incrementar la regulación de los mercados y, en particular, del muy refractario sector financiero. Es la ley la que puede poner límites a algunas prácticas abusivas, que quedarían atajadas con soluciones nada complejas y de escaso coste. En otro caso, el desmedido afán de lucro y la especulación de algunos seguirán propiciando una regresiva respuesta del ordenamiento jurídico ante situaciones de crisis como la actual.

Doce tesis en materia de detención policial preprocesal

José Luis RAMÍREZ ORTIZ
Xermán VARELA CASTEJÓN

PLANTEAMIENTO

Mediante el presente trabajo analizaremos los supuestos de privaciones de libertad que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden practicar en el desempeño de sus funciones de prevención e investigación de infracciones penales, antes de la intervención de los órganos judiciales. Es evidente que se trata de una cuestión compleja, no exenta de múltiples matices, y difícilmente condensable en el marco de una exposición corta. Pese a ello, hemos intentado hacer un esfuerzo de síntesis con la finalidad de ofrecer lo que consideramos el esqueleto básico en la materia. Si así logramos, al menos, generar un debate que permita la posterior obtención de conclusiones con objeto de elaborar un futuro catálogo de buenas prácticas en este campo, habremos conseguido nuestro modesto propósito. En esta dirección, como nuestra meta es eminentemente práctica, para facilitar la discusión hemos considerado conveniente articular la exposición mediante la formulación de doce hipótesis que irán seguidas de una breve explicación.

Anticipamos ahora dos de los efectos derivados de la aplicación de la interpretación que ofrecemos. En primer lugar, la reducción drástica del número de detenciones policiales. Ello provocará, en segundo término, y aunque pueda parecer paradójico, un incremento de la seguridad ciudadana pues, en términos de costes de oportunidad, habrán más funcionarios policiales disponibles para dedicarse a tareas efectivas de prevención e investigación de delitos, al disminuir las necesidades directas de efectivos inherentes a toda detención. La cifra estadística de 40.712 detenciones practicadas por los Mossos d'Esquadra en Cataluña en el año 2006¹ es suficientemente elocuente.

Y ya, sin más preámbulos, entramos en materia.

1. El derecho fundamental afectado por la privación de libertad es la libertad ambulatoria

1.1. El valor jurídico que protege el artículo 17 CE es la libertad física, entendida como mera libertad deambulatoria o de movimientos². Esta definición abstracta de valor se traduce, cuando se trata de enunciar una fórmula para su tutela, como la «libertad de abandonar el lugar donde se encuentre el sujeto»³, formulación que estimamos primordial para la comprensión de las hipótesis de privaciones de libertad de origen policial.

1.2. Por tanto, quedan fuera del ámbito de protección de la norma todos aquellos aspectos del derecho a la libertad no vinculados con la libertad física o deambulatoria. Del mismo modo, el derecho a no ser privado de la posibilidad de moverse no

¹ Policía de la Generalitat: *Balance estadístico del año 2006*. www.gencat.net/mossos/cme/contingutpdf/Memoria2006.pdf

² Díez Picazo, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

³ Muñoz Sánchez, Juan: *Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

comprende necesariamente el derecho a circular por todas partes, pues, pese a su proximidad conceptual, la CE ha regulado este último derecho en el artículo 19 como el derecho a la libre circulación y residencia, sujetándolo a un régimen jurídico distinto.

2. La privación de libertad puede afectar al derecho fundamental a la seguridad individual

2.1. El artículo 17.1 CE equipara la libertad y la seguridad. Ahora bien, como el CGPJ indicó en su informe al anteproyecto de la LOPSC⁴, la seguridad de que habla el precepto no es la seguridad ciudadana a que se refiere el artículo 104, sino la seguridad como garantía de la libertad personal.

2.2. Por tanto, debe distinguirse entre seguridad ciudadana, entendida como orden público, que tiene el valor propio de un interés constitucional legítimo, y seguridad individual, que constituye un derecho fundamental, y que equivale, como el TC ha dicho, a la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados. De ahí que la seguridad ciudadana no pueda limitar la libertad individual del mismo modo en que un derecho fundamental limita a otro, porque no es un derecho fundamental.

2.3. Por ello, la seguridad individual está directamente en función del modo como los cuerpos policiales desarrollen el cometido que les asigna el artículo 104 CE⁵. De lo que se sigue que cuando la policía, en el ejercicio de las funciones de su cargo, priva injustificadamente de libertad a una persona, no sólo vulnera su derecho a la libertad, sino que también compromete su derecho a la seguridad individual.

3. La detención preventiva practicada por las FCSE es una especie del género privación de libertad, caracterizada por afectar a la persona de quien se sospecha ha cometido un delito. Las FCSE pueden practicar privaciones de libertad distintas a la detención preventiva

3.1. La redacción del artículo 17 CE ofrece un primer interrogante: ¿Privación de libertad y detención preventiva significan lo mismo o, por el contrario, la segunda es una especie del género connotado por la primera?

En nuestra opinión, el término «privación de libertad» constituye el género del que la «detención preventiva» sería la especie. Y ello, por dos motivos básicos:

a) El propio precepto indica que «*nadie puede ser privado de libertad... sino en los casos y en la forma previstos en la ley*». Si dicho precepto permite la regulación por ley de los supuestos de privación de libertad, el legislador puede establecer hipótesis normativas distintas a la detención preventiva.

b) En su significado primario, la detención preventiva es la privación de libertad de quien se sospecha que ha cometido una infracción penal, circunstancia que, por su especial significación, llevó al constituyente a consignar en los apartados segundo y tercero del artículo 17 los derechos básicos de la persona preventivamente detenida. Pero ello no implica ni que no quepan otras hipótesis de privación de libertad, ni que a esas hipótesis necesariamente no les sean aplicables todos o algunos de los derechos contemplados para la detención preventiva.

3.2. Sobreviene así un segundo interrogante, ¿en el marco de sus funciones constitucionales, las FCSE sólo disponen de la detención preventiva como instrumento, o pueden practicar otras privaciones de libertad distintas?

⁴ Consejo General del Poder Judicial: *Informe de 20-12-1990, al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*.

⁵ Andrés Ibáñez, Perfecto: «Viaje a la prehistoria de las garantías: la “modernización” de la Ley Corcuera», *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 13.

El Tribunal Constitucional, en la conocida sentencia 98/1986, de 10 de julio, afirmó de modo terminante que no pueden «*encontrarse situaciones intermedias entre la detención y la libertad*». Dicha afirmación no puede, sin embargo, ser descontextualizada, por lo que conviene recordar que se formuló en el ámbito de un proceso de amparo en materia de *habeas corpus*. De ahí que, a nuestro juicio, lo que se quiso afirmar es que, a los efectos de dicho procedimiento, no ha de existir ninguna situación fáctica de privación de libertad que quede exenta de protección constitucional, pues conceptualmente no puede existir situación intermedia alguna entre aquélla en la que un sujeto puede alejarse de un lugar determinado y aquélla otra en la que esto no es posible.

Por tanto, no queda excluida la posibilidad de que las FCSE puedan practicar privaciones de libertad distintas a la detención preventiva, como de hecho viene sucediendo pese a la resistencia jurisprudencial a admitirlo. Cuestión distinta es la conveniencia de que tales supuestos debieran regularse con todas las garantías, como tendremos ocasión de examinar posteriormente.

3.3. En lo sucesivo, por razones terminológicas, denominaremos *detención preventiva* a la situación fáctica de privación de la libertad ambulatoria de una persona practicada por las FCSE en el marco de las funciones de investigación de delitos, empleando el término de *otras privaciones de libertad* para calificar otros supuestos de privaciones de la libertad ambulatoria adoptadas por las FCSE. Son los casos de cacheos, requerimientos para la identificación y controles en las vías públicas, a que nos referiremos al final de la exposición.

4. Como regla, sólo la autoridad judicial puede privar de libertad

4.1. Según Gimeno Sendra⁶, la CE consagra un principio inequívoco de monopolio jurisdiccional en materia de imposición de penas privativas de libertad que deriva de los artículos 117.3 y 25.3.

4.2. Dicho monopolio, podemos añadir, ha de extenderse, igualmente, a todas las privaciones de libertad, esto es, no sólo las adoptadas definitivamente sino también con carácter cautelar. Y ello, en atención a la función primordial atribuida al Poder Judicial de «garantía de los derechos», fruto de la independencia e imparcialidad consustanciales sólo a este poder del Estado. Más concretamente, esa exclusividad jurisdiccional, se predica, por lo general, de la jurisdicción penal. En este ámbito, el principio de legalidad (material, art. 1 CP, y formal, art. 1 LECR), nos permite afirmar que, como regla, *la restricción del derecho a la libertad del ciudadano sólo puede ser adoptada por el Juez penal, y ello, exclusivamente, como consecuencia de la fundada sospecha de la comisión de un delito y a través del proceso preestablecido*.

5. Las detenciones preventivas policiales son detenciones «a prevención» de la autoridad judicial, por lo que su legitimidad descansa en su carácter instrumental del proceso penal

5.1. Una excepción aparente al referido monopolio jurisdiccional la constituyen los supuestos de detención policial regulados en los artículos 489 y ss. de la LECR. Sin embargo, cuando los agentes policiales practican una detención bajo la cobertura de dichos preceptos, no lo hacen en ejecución de una supuesta potestad administrativa, sino en su calidad de *agentes de la Policía judicial*, como consecuencia de la comisión de un hecho punible y en función de la instauración de un ulterior proceso penal. En

⁶ Gimeno Sendra, Vicente: *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, 1985, págs 28 y ss.

consecuencia, la Policía judicial actúa como órgano auxiliar de la jurisdicción penal, por lo que las diligencias que realiza lo son «a prevención» hasta tanto el Juez Instructor asuma la dirección del proceso.

5.2. Ello permite sostener que las detenciones que la policía practica lo son también, en el sentido expresado, «a prevención» de la autoridad judicial, de ahí su naturaleza de diligencia provisionalísima y medial, de lo que se sigue que la medida de la legitimidad de la detención policial vendrá dada por su instrumentalidad respecto del proceso penal. De ahí, también, que el principio de legalidad procesal resulte *sólo en apariencia* derogado.

6. La policía sólo debe detener «a prevención» a las personas sorprendidas en flagrante delito, intentado o consumado, y a las personas sospechosas de cometer un delito, cuando exista un fin legítimo que justifique la detención. Es desproporcionada la detención por faltas

6.1. Del tenor literal del artículo 492 LECR, se sigue que las FCSE tienen obligación de detener a las personas que se encuentren en los supuestos fácticos previstos en la norma. El automatismo producto de la obligatoriedad tiene la virtualidad de resolver *ex lege* el problema de los criterios. Sin embargo, en el caso de la detención policial, entendemos que no pueden desvincularse los supuestos en los que cabe la detención de los fines legítimos de la misma, pues podría darse el caso de que, procediendo la subsunción, careciera de objeto la privación de libertad (v. gr: cuando la persona a detener, pese a haber cometido un delito flagrante, ofreciera absolutas garantías de comparecer ante el Juez). Por tanto, una lectura constitucional del precepto pasa por entender que el deber de detener no surge de la mera constatación de un hecho que tenga acomodo en la norma, sino de la paralela verificación de que concurren los fines legítimos que pudieran justificar la privación de libertad. Esta interpretación tiene, además, aval en la redacción del artículo 553 LECR.

6.2. Del contenido de los artículos 490, 492, 495, y 553 LECR (que exigen una nueva redacción dadas las incongruencias y reiteraciones superfluas que en ellos se observa) se deduce, a los efectos que nos ocupan, que las FCSE pueden detener a las siguientes personas:

a) Personas que intentaran cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. Este enunciado sólo puede ser interpretado en el entendido de que alude a los supuestos de flagrante tentativa de delito, por lo que resulta superfluo.

b) Personas sorprendidas en flagrante delito. Como recuerda la STC 314/1993, ni la «urgencia de la intervención policial», ni el «conocimiento fundado», ni la «constancia» de la perpetración del delito justifican la detención por este motivo. El delincuente ha de ser «sorprendido» y, además, por los agentes policiales que proceden a su detención. A este respecto, Andrés Ibáñez⁷ recuerda que «de Aguilera de Paz a Carnelutti, delito flagrante lo es el *resplandeciente y mientras se ve, o sea, para el que lo ve cometer*», por lo que se trata de una categoría conceptual de pacífica inteligencia a todo lo largo y ancho de la doctrina y la jurisprudencia. No es, por tanto, tampoco admisible una hermenéutica del concepto en los términos contenidos en el artículo 795.1 regla primera LECR, que otorga la consideración de delito flagrante, a los efectos de la aplicabilidad de los trámites del Juicio Rápido para la investigación y enjuiciamiento de los hechos, a supuestos tales como al hecho de sorprender al delincuente, no ya cometiendo el hecho, sino también inmediatamente tras su comisión, con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él, pues en estos casos la confirmación probatoria se produce a través de la denominada prueba por presunciones o indiciaria, lo que es obviamente incompatible con el carácter *testimonial* del delito flagrante.

⁷ Andrés Ibáñez, Perfecto: obra citada.

c) Personas sospechosas de la comisión de un delito. Como se desprende del texto legal, en estos casos, será preciso: a) Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito; y, b) Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. Es evidente que en una fase tan preliminar de la investigación no resulta exigible un nivel indiciario tan sólido como el que, en su caso, justificaría el dictado de auto de procesamiento, o la adopción de la prisión preventiva. Sin embargo, ello no debe conducir necesariamente a relajar las exigencias, que dependerán de las circunstancias concretas de cada caso.

d) Personas que intentaran cometer, que fueran sorprendidas cometiendo o de las que se sospeche que han cometido una falta. Conviene recordar, en primer término, que las faltas intentadas sólo son punibles cuando se trate de infracciones contra las personas o contra el patrimonio (art. 15.2 CP). En segundo lugar, la regla general es que no se podrá detener por falta, a no ser que el sospechoso no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle (art. 496 LECR). El sintagma «*domicilio conocido*» ha de ser interpretado de forma finalista, por lo que si no existe riesgo de ilocalización posterior por parte del Juzgado, aunque no exista domicilio conocido, ha de descartarse la detención (v. gr: se trata de persona cuyo paradero habitual se conoce aunque carezca de domicilio por vivir en la calle). Por otra parte, ponderando la escasa entidad de las infracciones leves, no parece proporcionado el recurso a la detención policial tampoco en los supuestos de eventual ilocalización, pues, teniendo en cuenta las penas que conminan las faltas, podría ocurrir que la detención implicara un perjuicio mayor que el daño supuestamente causado por su ejecución, pues no es inconcebible sostener que para el sospechoso sea más beneficioso abonar la multa prevista en el tipo que sufrir la privación de libertad. Desde esta perspectiva, la detención tendría una naturaleza punitiva no sólo incompatible con el artículo 25.3 CE, sino también con el derecho a la presunción de inocencia.

De ahí que sea suficiente con proceder conforme dispone el artículo 493 LECR (tomar «nota del nombre, apellidos, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona» que «será oportunamente entregada al Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa»). En esta dirección, en caso de imposibilidad de identificación, siempre podrá procederse conforme dispone el artículo 20.2 LOPSC. Asimismo, la instauración de los denominados Juicios de Faltas Rápidos, haría innecesaria la privación de libertad que contempla el artículo 20.2 LOPSC o la detención, en caso de negativa al acompañamiento, más allá del tiempo preciso para identificar al autor y citarlo a juicio, pues, como es sabido, la vista podría celebrarse en ausencia de la persona denunciada siempre y cuando conste debidamente citada a la misma, citación que la reforma operada por la Ley 38/2002 encomienda a las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por último, de tener lugar la hipotética detención, siempre habría de abonarse en caso de recaer sentencia de condena, lo que no es praxis frecuente.

7. La detención preventiva es exclusivamente instrumental del proceso penal. La persona investigada no es un instrumento del proceso

7.1. En sentido puramente sociológico es indudable que, con independencia de las funciones legalmente previstas, la detención policial vinculada con el proceso penal desempeña o puede desempeñar de hecho una *función* de inmediata preservación del orden público, pues mediante la misma se restablece el *statu quo* perturbado y apacigua el contexto social en el que se producen los hechos. Bajo el mismo prisma, la posibilidad de la detención produce o puede producir un efecto disuasorio o preventivo de carácter general. Igualmente, el poder de detener concita o puede concitar el respeto a la policía apuntalando el principio de autoridad.

7.2. Siendo esto así, la naturaleza puramente gubernativa, en sentido radical, de tal *función* es indiscutible. Ahora bien, del análisis de la normativa legal no se desprende que el desempeño de dicha *función* sea la meta perseguida por los preceptos reguladores de la detención preventiva, de ahí que su *finalidad* haya de ser necesariamente otra.

a) La lectura del artículo 496 LECR parece dar a entender que la detención preventiva persigue exclusivamente conjurar el riesgo de que el sospechoso se sustraiga a la acción de la justicia, por lo que se trata de asegurar la puesta a disposición judicial. De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 exigía que la puesta a disposición fuese inmediata, al establecerse sanciones para la autoridad policial que demorase la entrega innecesariamente más de 24 horas. En este contexto, ha de interpretarse el referido plazo atendiendo a la distancia que había de recorrerse con el detenido para su presentación ante el Juez y los medios de transporte existentes en la época.

La citada norma, no obstante, no puede dissociarse del sistema diseñado por la LECR, que sigue formalmente vigente pese su desajuste con la práctica policial-judicial. De la lectura conjunta de los artículos 282, 284, 286 y 295 LECR, se desprende que, constatada la comisión de un hecho punible, excepcionalmente y de no poder intervenir directamente el Juez, la policía asumía la práctica de las diligencias precisas hasta el momento en que la autoridad judicial pudiese hacerse cargo de las mismas. Diligencias cuya práctica, en cualquier caso, no podía prolongarse más de 24 horas. Entre las mismas, se contemplaban las actuaciones precisas para la comprobación del delito, descubrimiento de los delincuentes y para la recogida de los efectos, instrumentos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro. Es indudable que una de esas diligencias podía ser precisamente la detención del sospechoso, pero no lo es menos que la misma no podía desvincularse de la necesidad de puesta a disposición judicial, ni cumplir otros fines que dicho aseguramiento, dada la inexistente atribución a la policía de una función de investigación autónoma. De ahí que cupiera no detener, pese a no haberse concluido aún las diligencias a prevención, si no existiera riesgo de huida.

b) Explica Asencio Mellado⁸ que de la situación expuesta se pasa a otra distinta en la práctica en la que la policía judicial se independiza en su función investigadora. La redacción del artículo 17.2 CE se inserta en este contexto, no sólo al ampliar el plazo máximo de detención de 24 a 72 horas, tal y como hizo en 1945 el Fuero de los Españoles en su artículo 18, sino al introducir un plazo relativo con la fórmula de que «*no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*». Evidentemente, los medios de transporte existentes en el año 1978 no hubieran justificado el plazo de 24 horas. Por el contrario, hubieran exigido la puesta a disposición inmediata. Por tanto, tal ampliación del plazo constituye el reconocimiento expreso de que se atribuye a la policía una función autónoma de investigación, lo que permite ampliar el plazo de puesta a disposición hasta un máximo de 72 horas, y deja en cuestión el contenido de los artículos 284, 286 y 295 LECR. Evidentemente, no se «*presenta*» ya el Juez en el lugar de los hechos a formar el sumario provocando con ello el cese de las diligencias a prevención policiales. Por el contrario, es la propia policía quien se desplaza al Juzgado presentando el atestado, generalmente con la persona detenida.

Esta situación, según el citado autor, se encuentra, además, en directa relación con un nuevo entendimiento del proceso que ha experimentado un nuevo impulso tras la reforma operada por la ley 38/2002, al introducir los denominados Juicios Rápidos, en los que surge la impresión de que la detención se articula como presupuesto casi ineludible para el correcto funcionamiento del nuevo sistema procedimental, como resulta del artículo 796 LECR que parece identificar el plazo de investigación policial

⁸ Asencio Mellado, José María, «La libertad de movimientos como derecho fundamental». *Manuales de formación continuada* n.º 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

con el de detención, como si se tratara de la misma cosa. La ley, por tanto, no califica la detención como obligatoria, pero, en realidad, parece venir a considerarla imprescindible, dada la necesaria disponibilidad del imputado para llevar a término las diligencias urgentes.

c) Bajo estas premisas, sobreviene la siguiente duda: ¿La CE confiere a la detención una *finalidad* añadida al mero aseguramiento de la puesta a disposición judicial permitiendo la misma para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos? ¿Coexisten en nuestro ordenamiento otras *finalidades* para la detención?

Distinguiremos los dos supuestos de detención objeto de nuestro marco de análisis, y, dado que a lo largo de la exposición, hemos destacado como nota esencial de la detención su carácter instrumental del proceso penal, los relacionaremos con el artículo 13 LECR.

7.3. Personas sospechosas sorprendidas en caso de flagrante delito, sea intentado o consumado.

a) Esclarecimiento de los hechos.—Si, por definición, el delito flagrante es el delito testimonial, presenciado por los propios agentes que practicaron la detención, no se entiende qué tipo de averiguaciones hayan de realizarse para el esclarecimiento de los hechos que permitan demorar la puesta a disposición judicial. Compartimos la afirmación de que es consustancial a la propia naturaleza de la intervención policial que los rasgos concretos de lo sucedido y su calificación jurídica provisional, sean objeto de delimitación gradual, no pudiendo ser, en la mayor parte de los casos, conocidos en su integridad por el funcionario policial cuando ha de intervenir, por lo que basta que se calibren a simple vista y por las apariencias externas la gravedad de la acción y las sospechas provisionales de la participación del sospechoso en la misma. Igualmente lo es que, durante la confección de las diligencias policiales, se irá produciendo la progresiva concreción de la situación fáctica y jurídica que motivará la incoación de diligencias judiciales. Ahora bien, es indudable que la detención no constituye en sí un instrumento o técnica de descubrimiento de hechos, y que, por tanto, la presencia o ausencia del sospechoso en dependencias policiales es, o debiera ser, heurísticamente intrascendente (los agentes policiales pueden seguir practicando diligencias independientemente de la presencia o ausencia de la persona sospechosa). Por tanto, el esclarecimiento de los hechos no puede justificar este concreto tipo de detención.

Se podría objetar que resultará en todo caso preciso recibir declaración en sede policial al sospechoso. Pero ciertamente, la válida imputación no la formaliza ni la traslada la policía, sino el Juez en la comparecencia del artículo 775 LECR. Es más, en una visión no inquisitiva del proceso, el interrogatorio del imputado, y, con mayor razón del sospechoso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino sólo para oponerse a la imputación o hacer posible al acusado su propia defensa. Por tanto, tampoco la necesidad de práctica de dicha diligencia justifica la detención.

b) Identificación del delincuente.—Si el artículo 20 LOPSC permite no sólo la identificación en el acto, sino también el requerimiento al sospechoso para acompañamiento a diligencias policiales a los solos efectos identificativos, no resultaría, en principio, precisa la detención preventiva. Cabría objetar los casos de negativa al acompañamiento a dependencias policiales, si bien en esta hipótesis, dado que de ello podría inferirse un evidente riesgo de sustracción a la acción de la justicia, procedería la detención preventiva, pero ya amparada en la necesidad de puesta a disposición judicial.

c) Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer y recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación.—La naturaleza «a prevención» de la detención preventiva exigiría la realización de un pronóstico del que cupiera concluir que la libertad del detenido podría hacer peligrar la obtención de fuentes de prueba relevantes. Dicho pronóstico no podría efectuarse sobre la base de una mera conjetura

vinculada a un peligro abstracto. Por el contrario, resultaría precisa la presencia de datos reveladores de la existencia del peligro concreto. Por tanto, y salvo que el riesgo pudiera provenir del propio afectado, no resultaría justificada la detención por este solo motivo. En este sentido, invocando, además, los principios rectores de la prisión provisional, dada la proximidad morfológica entre ambas instituciones, el principio de necesidad exigiría que no hubiera otra alternativa menos gravosa para la consecución del fin perseguido, de tal modo que siendo plausible el cacheo superficial, quedaría descartada la detención.

d) Proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas.– Es imposible soslayar el entronque de este supuesto con el de la orden de protección regulada en el artículo 544 ter. LECR. Ahora bien, ha de tenerse presente nuevamente el principio de necesidad antes referido, de tal forma que siendo tarea de las FCSE «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» (art. 1.1 LOPSC), en principio siempre cabría afirmar la existencia de alternativas menos gravosas para la consecución del fin perseguido (protección policial sobre la víctima, al menos hasta la correspondiente decisión judicial), máxime cuando, precisamente por no haberse aún sometido el asunto al Juez, una decisión de estas características desconocería forzosamente la presunción de inocencia.

e) Con ello, concluimos el itinerario trazado, regresando al verdadero riesgo a conjurar: la sustracción del sospechoso a la acción de la justicia. Por tanto, valorados la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pueda imponerse, y los datos identificativos del delincuente (obtenidos del mismo, o a través del procedimiento previsto en el art. 20 LOPSC), si de ello cabe extraer un pronóstico razonable de que, caso de no producirse la privación de libertad, el sospechoso resultará ilocalizable, habrá de practicarse la detención, debiendo descartarse en el contrario. En definitiva, se trata de asegurar la puesta a disposición judicial para que sea efectivo el traslado de la imputación judicial. Dicho aseguramiento es congruente con la verdadera finalidad de la detención preventiva como medio exclusivamente instrumental del proceso, lo que no equivale a convertir al sospechoso en instrumento del proceso a través de su automática detención. Por tanto, cuando se afirma la naturaleza instrumental de la detención, se quiere decir exclusivamente que la misma se justifica en la medida en que impida el riesgo de parálisis de la causa en atención a la ilocalización de la persona investigada.

f) Por último, y respecto del grado de confirmación indiciaria del sustrato fáctico que permitirá a la autoridad policial efectuar la inferencia de la existencia del ilícito, de la participación del detenido en el mismo y de la concurrencia de los *motivos* justificativos de la detención, creemos acertada la formulación de Jorge Barreiro⁹, expresiva de que en este ámbito la interpretación ha de ser teleológica, vinculando la entidad y solidez de los indicios exigibles con la naturaleza de la institución procesal a aplicar, dada la heterogénea dimensión y gravedad de sus efectos. Así, si los efectos y consecuencias del auto de prisión son mucho más gravosos para el imputado que los del acuerdo policial de la detención, lógicamente han de requerirse también unos indicios de mayor entidad en el primer caso que en el segundo. De ahí que el nivel de exigencia sea naturalmente inferior, lo que no equivale en modo alguno a soslayar la exigencia. Se trata, pues, de una cuestión de grado de confirmación de hipótesis.

7.4. Personas sospechosas de la comisión de un delito. Lo argumentado en el caso anterior, cobra plena vigencia aquí, por lo que puede darse por reproducido su contenido con algunas salvedades:

a) Esclarecimiento de los hechos.– Si en el caso anterior indicamos que la detención no venía justificada por la necesidad de esclarecimiento de los hechos, dado el

⁹ Jorge Barreiro, Alberto: «La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15/2003 y doctrina del Tribunal Constitucional)», *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 51.

carácter flagrante de éstos, en el presente caso, *a fortiori*, ha de ser descartada, en la medida en que para su práctica el propio artículo 492 LECR exige que la autoridad policial tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito así como de que la persona a quien se intente detener tuvo participación en el mismo. Por tanto, si se tienen tales motivos racionalmente bastantes, es que habrá existido ese previo esclarecimiento fáctico.

b) Inaplazabilidad de la actuación policial.– Si la actuación policial lo es, como venimos afirmando, «a prevención» de la autoridad judicial, la detención, amparada en este supuesto, sólo puede entenderse justificada cuando la urgencia de la situación impida que la Policía pueda poner los hechos en conocimiento del Juez, de modo que éste se encuentre en disposición de ordenar directa e inmediatamente la detención al amparo de los artículos 486 y 494 LECR. En relación con el último precepto citado, parece conveniente la supresión de la referencia *a prevención con las autoridades y agentes de la Policía Judicial*, pues el Juez no ordena la detención «a prevención» de la policía, sino sobre la base de la reserva jurisdiccional que en materia de privación de libertad establecen los artículos 117.3 y 25.3, ambos de la CE. Dicho en otros términos: la detención policial constituye jurídicamente la excepción a la regla del monopolio jurisdiccional en la materia. Si la estadística invierte la situación, ello es un signo más de que en puridad el Juez tiene un papel pasivo en la investigación y de que ha dejado de ser el director del proceso, lo que cuestiona el mantenimiento del actual modelo de instrucción penal.

Dos ejemplos pueden aclarar la situación. En la práctica se observan numerosas detenciones policiales amparadas en este supuesto en las que no sólo no se advierte la situación de urgencia que justifique la intervención policial directa, sino en las que, de seguro, de ser remitidas las diligencias policiales al Juzgado comunicando la existencia de los indicios que avalan la participación del sospechoso en el hecho investigado e incluso, (¿por qué no?), sugiriendo al propio órgano judicial la conveniencia de la detención, muy probablemente el Juez, con prudente criterio, acordaría previamente la citación del sospechoso para recibirle declaración como imputado en lugar de su inmediata detención. Así, puede ocurrir, en primer lugar, que la policía conozca la identidad del sospechoso y su ubicación. De no concurrir motivos de urgencia que hagan inaplazable la actuación policial, al ser imposible esperar a la decisión judicial sin que se cause un notable perjuicio a la investigación, no se explica la razón habilitante de la intervención policial si lo es «a prevención». En segundo lugar, no es infrecuente encontrarse con atestados que contengan el siguiente contenido: *«Las gestiones encaminadas para la localización y detención del Sr. X han sido, al cierre de las presentes diligencias, negativas. Por todo lo expuesto en las presentes diligencias policiales, y dado que, a criterio del instructor (del atestado), existen indicios suficientes para considerar al Sr. X como autor de los hechos, y ya que esta persona no ha podido ser localizada, desde esta instrucción (policial), se ha dado de alta una orden policial de detención, a fin de que cuando se localice al Sr. X, sea detenido y oído en declaración en relación con los hechos a que se refieren estas diligencias»*. En este segundo supuesto, con mayor razón, la urgencia de la decisión policial es más difícilmente visible.

En el fondo, lo que sucede es que la declaración en sede policial de la persona investigada, y generalmente detenida, se ha convertido en la regla, como diligencia *sine qua non* del atestado. Ello es otro signo de que la autoridad policial es la verdadera fuerza motriz y orientadora de la instrucción, lo que también tiene indudables efectos reflejos, pues cuando la excepción jurídica se convierte en la regla fáctica, se corre el riesgo de que el uso genere la convicción judicial de su bondad. De ahí a considerar como prueba de cargo la confesión del sospechoso prestada en dependencias policiales, aun cuando las condiciones *situacionales* en las que se hubiera prestado no fueran las más apropiadas desde el prisma del proceso debido, no hay más que un paso.

8. La detención preventiva sólo podrá durar el tiempo estrictamente necesario para que se produzca la puesta a disposición judicial

8.1. Los artículos 17.2 CE y 496 LECR presentan una evidente antinomia que ha provocado un intenso debate doctrinal. En cualquier caso, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo (SSTC 288/2000 ó 224/2002 entre muchas otras), parten de la existencia de un plazo relativo (el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos), y de un límite absoluto (72 horas), sin que hayan afrontado de modo directo la cuestión.

8.2. Si hemos afirmado, por el contrario, que la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos no constituyen *per se* motivo de detención, al ser precisamente la presencia de hechos con apariencia delictiva el presupuesto que pudiera justificar la detención (la intervención policial ha de producirse «*porque haya pasado o esté pasando algo*», y no «*para ver qué pasa*»¹⁰), se suscita la cuestión de la duración de la detención una vez practicada, interrogante al que sólo cabe una respuesta: el estrictamente necesario para que se produzca la puesta a disposición. Por tanto, un tiempo no necesariamente coincidente con el preciso para la conclusión de las diligencias policiales de investigación, cuyo ritmo puede ser perfectamente distinto, bastando la confección de un atestado mínimo que permita el traslado de la imputación, sin perjuicio, como es natural, de la remisión de los atestados ampliatorios que resulten pertinentes en el curso de la instrucción. De ahí que difícilmente sea sostenible la necesidad del plazo de 72 horas cuando de lo que se trata es de la conducción de la persona detenida a las dependencias judiciales, por lo que estimamos más que suficiente, como regla, el plazo de 24 horas.

8.3. A las anteriores afirmaciones se podría oponer el argumento de que, en atención a la naturaleza del hecho, el Juez podría no estar en condiciones de decidir sobre la puesta en libertad o prisión provisional, pero es indudable que las acusaciones disponen del plazo que la LECR otorga al Juez para decidir, 72 horas (art. 499 LECR), a fin de instar la práctica de las diligencias conducentes al efecto, quedando en tanto la persona, ahora sí, imputada, detenida pero bajo salvaguarda judicial.

9. Las decisiones policiales en materia de detención han de explicitarse motivadamente en los atestados

9.1. La motivación de las decisiones que impliquen el ejercicio de un poder es consustancial al Estado democrático de derecho. Esta motivación, como es tópico afirmar, al exteriorizar el fundamento de la decisión, permite comprobar su razonabilidad y grado de ajuste con el ordenamiento jurídico, y por ello, un ulterior control no sólo por parte de los órganos del Estado, sino también por los propios ciudadanos, afectados directamente o no por la decisión. El artículo 54 de la LRJAP y PAC, establece que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. Por tanto, si la Administración actúa con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103 CE), debe aplicar dicha norma, y siendo indudable que la detención limita un derecho fundamental, han de motivarse las decisiones que lo restringen.

9.2. En consecuencia, los atestados deben reflejar de modo específico, y sería conveniente su inclusión en diligencia *ad hoc*, no sólo el hecho de la detención, sino el supuesto legal que la fundamenta y la finalidad concreta que se persigue con la medida, no de modo estereotipado, sino razonablemente fundado (lo que no excluye la mención sucinta). Del mismo modo, deben expresarse las razones por las que, una vez producido el acto de la detención, se estima imprescindible el mantenimiento de la

¹⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto: obra citada.

privación de libertad hasta la puesta a disposición judicial, pues puede acontecer que en el curso de la detención decaigan los motivos que la justificaron (constancia fehaciente de arraigo personal del detenido), aunque ello sería poco probable teniendo en cuenta la inmediatez con que habría de producirse la puesta a disposición judicial.

Esta obligación permitiría, en todo caso, perfilar con meridiana claridad si efectivamente se ha producido una detención «a prevención», o, por el contrario, se trata de una detención inicialmente practicada o posteriormente mantenida, por puras razones de orden público.

10. Las otras privaciones de libertad: el sometimiento a las diligencias policiales de identificación, cacheos y controles constituye una privación de libertad distinta a la detención preventiva que presenta un relevante déficit regulativo contrario al derecho a la seguridad individual (art. 17.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)

10.1. De la doctrina del TS y TC¹¹ se extrae la siguiente conclusión: Las hipótesis de requerimientos para la práctica de identificaciones, cacheos superficiales y controles policiales en la vía pública o establecimientos abiertos al público, no afectan al derecho fundamental a la libertad, siempre y cuando estas «inmovilizaciones» de personas, sean momentáneas, proporcionadas, necesarias e instrumentales para tareas de prevención o indagación de infracciones penales. Constituyen, en definitiva, un «sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía» al que una persona puede verse obligada «incluso en el curso de controles preventivos» (SSTC 107/1985 y 22/1988).

10.2. Por el contrario, al analizar el supuesto contemplado en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana, el TC afirmó que nos encontrábamos ante un supuesto de privación de libertad.

Dicho artículo prevé el requerimiento policial al ciudadano para su acompañamiento a dependencias policiales con objeto de proceder a su identificación, cuando se trate de persona no identificada de la que razonable y fundadamente pueda presumirse que se encuentre en disposición actual de cometer un ilícito penal o que haya incurrido ya en infracción penal o administrativa, concurriendo, además, la circunstancia de que la identificación no pueda lograrse por otro medio que no sea la conducción a dependencias policiales.

En este caso, el TC ha sostenido que la medida supone «*por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer un tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de una persona, instrumental de prevención o indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad*», aun cuando el afectado prestara el consentimiento a su práctica (STC 341/1993). En este sentido, se razona que dado que la desatención al requerimiento puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas (arts. 20.4 y 26.h) LOPSC), pese a que la actitud del requerido que acata la orden policial expresa una voluntad, no se trata necesariamente de una voluntad libre, pues «*no cabe hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 CE cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención*». Concluye, por ello, el Alto Tribunal, que en este caso nos encontramos ante una modalidad autónoma de privación de libertad, en la que al privado de libertad han de reconocerse algunos de los derechos del artículo 17 CE. En concreto, 1.– El derecho a ser informado de la razón de la privación de libertad y de los derechos que como

¹¹ ATS Sala II 1055/1996, de 3 de junio, FJ 2º, ATS Sala II 1179/1996, de 4 de junio FJ 5º, STS Sala II 525/2000, de 31 de marzo, STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3º, STC 22/1988, de 18 de febrero, FJ 1º, STC 341/1993, de 18 de noviembre, FFJJ 4º a 6º.

privado de libertad le asisten; 2.– El derecho a no declarar, salvo respecto de aquellos extremos precisos para su identificación; y, 3.– El derecho a que las diligencias de identificación no se prolonguen más allá del tiempo imprescindible.

10.3. El examen de los supuestos contemplados en la legislación vigente (fundamentalmente, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y seguridad vial y el Reglamento General de Circulación) revela cómo se imbrican, con redacción ambigua, actuaciones relativas a la prevención e investigación de delitos, con actuaciones referentes a la prevención e indagación de infracciones administrativas (la lectura de los arts. 19 y especialmente del 20 LOPSC es altamente recomendable, pues la misma no despeja la duda sobre si se trata de actuaciones que sólo pueden practicarse en el marco de las funciones de investigación de hechos delictivos, o también para la prevención no sólo de delito sino igualmente de infracciones administrativas) lo que, si se parte de la presunción de la racionalidad del legislador, nos induce a pensar que no se trata de un efecto casual, sino deliberadamente perseguido, que permite a los cuerpos policiales, consciente o inconscientemente, enmascarar la naturaleza de su actuación, sustrayéndose al control judicial.

10.4. La clarificación del debate pasa, a nuestro juicio, por partir de las siguientes premisas:

a) Pese a la racionalidad de posiciones doctrinales que parten de la premisa contraria (véase Portilla Contreras¹²), entendemos que la voluntad del afectado no puede admitirse empíricamente como factor decisorio para afirmar la inexistencia de una privación de libertad cuando no existan alternativas seguras al acatamiento de la orden policial. Por tanto, existiendo un alto grado de incertidumbre sobre las consecuencias derivadas de la negativa al sometimiento a la medida de que se trate, es cuestionable que en el momento de recibir la orden el sujeto tenga *libertad para abandonar el lugar en el que se encuentra*.

b) La existencia o no de afectación al derecho a la libertad no puede depender de la legitimidad del acto. En este sentido, genera también incertidumbre la afirmación de que pese a que el artículo 17 CE otorga al ciudadano *la libertad de abandonar el lugar donde se encuentre el sujeto*, el sometimiento a un cacheo en la vía pública no afecta al derecho siempre y cuando sea momentáneo, proporcionado, necesario e instrumental para tareas de prevención o indagación de infracciones penales o administrativas. ¿Y si el cacheo no reuniera las referidas condiciones? ¿Constituiría entonces una privación de libertad? ¿No es contrario al paradigma interpretativo en materia de derechos constitucionales sostener que la existencia o no de afectación al derecho depende de la legitimidad del acto? Esto es, una detención no deja de ser tal, ni de afectar al derecho a la libertad por el hecho de ser legítima. Cuestión distinta es que en la ponderación de valores en conflicto, se estime legítimo el sacrificio de la libertad.

c) La escasa duración de la *inmovilización* tampoco puede servir por sí sola de criterio diferencial, pues o el sujeto puede alejarse del lugar o no puede alejarse del mismo, si bien puede servir para descartar los supuestos de bagatela. A estos efectos, basta con afirmar, para descartar los supuestos que necesariamente han de quedar fuera del ámbito de protección por su nimiedad, que para que podamos hablar de privación de libertad la duración ha de ser lo suficientemente larga para que el sujeto pasivo de la misma, en ese espacio de tiempo, pudiera haber abandonado el lugar, como afirma Schmidhäuser¹³.

d) Será, por tanto, la conjunción de los factores de voluntad condicionada y temporalidad en el sentido antes indicado, la que permita concluir que existirá una privación

¹² Portilla Contreras, Guillermo: «La lógica del sospechoso», *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 12. «Identificaciones, controles, cacheos policiales y otros “entretenimientos” de la libertad», en la misma revista, nº 26

¹³ Citado por De Hoyos Sancho, Montserrat: *La detención por delito*, Aranzadi, Navarra, 1998.

de libertad siempre y cuando el sujeto conminado para someterse a la medida de que se trate carezca de alternativas jurídicamente seguras al acatamiento de la orden, y por ello haya de permanecer en el lugar de que se trate por un tiempo lo suficientemente largo para que el mismo sujeto, en ese espacio de tiempo, pudiera haber abandonado el lugar. La privación de libertad, además, será ilegítima, cuando, bien la decisión de adopción, bien la ejecución de la decisión, no se ajusten a la legalidad vigente.

e) Ello remite al verdadero problema: hay que convenir en que nos encontramos entonces ante una situación altamente anómala pues tenemos una pluralidad de supuestos de privación de libertad dispersos en la LOPSC, LOFCSE, y LTSV, cuya regulación actual vulnera el derecho a la seguridad individual y el principio de seguridad jurídica (salvo el caso examinado en el art. 20.2, ya analizado por la STC 314/1993). En este sentido, surgen interrogantes tales como, ¿cuáles de la pluralidad de supuestos previstos en dichos textos legales constituyen situaciones de privación de libertad y cuáles no? ¿Qué finalidad legítima persiguen los actos que constituyan privaciones de libertad, la investigación de delitos o también la prevención de los mismos y de puras infracciones administrativas? ¿Cómo se aplican? ¿Qué derechos asisten a los privados de libertad en cada caso?). Además, persiste otra duda: ¿qué pasaría si el afectado se niega a cooperar? Puesto que ya está privado de libertad, ¿cabría emplear la fuerza indispensable o habría que convertir esa inicial privación de libertad en detención? ¿En qué casos cabe dicha transmutación?

10.5. Son numerosos los interrogantes, por lo que, constatado el déficit regulativo actual, consideramos indispensable el adecuado desarrollo legal de las hipótesis normativas y de su régimen jurídico mediante LO (art. 81 CE), para su inserción en dos textos separados: los supuestos vinculados con el proceso penal deberían ubicarse en su sede natural, esto es, la LECR, y los desvinculados del mismo en la LOPSC. Y ello, con objeto de evitar el riesgo ya aludido de encubrimientos de actuaciones puramente gubernativas bajo el pretexto de actuaciones de investigación de ilícitos penales. En cuanto al tenor de las regulaciones, ofrecemos dos propuestas para la reflexión:

a) En cuanto a los derechos reconocidos a los sujetos afectados en los diversos supuestos de privación de libertad: 1.– El derecho a no declarar debe ser incondicional, pues lo contrario *cosífica* a la persona privada de libertad y genera la tentación de recurrir a técnicas abusivas para obtener información de la misma. No compartimos por ello la tesis del TC de que en el supuesto del artículo 20.2 LOPSC, haya de excluirse este derecho. 2.– Siempre y cuando en los supuestos a regular una persona privada de libertad haya de acudir o permanecer un tiempo, por corto que sea, en dependencias policiales, el derecho a la asistencia letrada ha de resultar inexcusable. Díez Picazo, en este sentido, aclara que la previsión del artículo 17 CE es distinta a la que hace el artículo 24 CE como garantía del proceso penal, por lo que una y otra garantía de asistencia letrada (una, al detenido, y, otra, al imputado o acusado) cumplen funciones diferentes. En el caso del artículo 17 CE, el objeto primario de la asistencia letrada es garantizar que el detenido no sea objeto de abusos, no preparar una defensa futura. No compartimos, tampoco, la tesis del TC de que en el supuesto del artículo 20.2 LOPSC haya de excluirse este derecho. 3.– El derecho al procedimiento de *habeas corpus*, no debe ofrecer ninguna duda en ninguno de los casos a regular.

b) En cuanto a la previa intervención judicial, tal y como sucede en algunos supuestos contemplados en el derecho comparado¹⁴, cabría plantearse la posibilidad de que para establecer controles en las vías públicas, con objeto de proceder a la identificación, cacheo de personas y registros de vehículos, a salvo de fundadas razones de urgencias que lo impidieran, resultara precisa la obtención de previa resolución judicial autorizante.

¹⁴ De Hoyos Sánchez, Monserrat: obra citada.

Se podrá decir que con ello se corre el riesgo de incurrir en un vicio reglamentista, pero consideramos preferible asumir tal riesgo que tolerar la actual situación de incertidumbre, que estimamos incompatible no sólo con el principio de seguridad jurídica sino también con el derecho fundamental a la seguridad individual, pues, como ha dicho la STC 15/1986, dicho derecho, con fórmula obligadamente esquemática, equivale a «*certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*».

11. Los Juzgados de Guardia tienen el inexcusable deber de recibir a las personas detenidas que les sean presentadas dentro de su horario de apertura

11.1. Cambiamos ahora de perspectiva. Se trata de analizar la corrección de la actuación de los órganos judiciales en materia de detención policial. Ha de recordarse, en este sentido, que de los artículos 497 y 499 LECR se desprende que el Juez, tras practicar, en su caso, las primeras diligencias, deberá elevar la detención a prisión o decretar la libertad del detenido en el plazo de 72 horas a contar desde que aquél le hubiese sido entregado.

De la lectura de los citados preceptos y de la doctrina en materia de detención policial hasta ahora expuesta puede decantarse el principio de que, por analogía con las hipótesis de detención policial, se establecen dos plazos para que el Juez reciba declaración al detenido y adopte la correspondiente decisión en materia de situación personal. Uno, absoluto, de 72 horas, y otro, relativo, consistente en el tiempo imprescindible, plazos que han de computarse desde la puesta a disposición judicial (en la terminología en que se expresa el art. 17.1 CE) o desde la entrega del detenido al Juez (en la terminología de la LECR, véanse los arts. 496 a 500).

11.2. Ello remite a otro problema: ¿cuándo se entiende producida la puesta a disposición judicial? En esta dirección, se ofrecen dos opciones: bien considerar que tiene lugar mediante la comunicación al Juzgado, por cualquier medio del que quede constancia suficiente, de que se han concluido las diligencias policiales, desplazando al Juez la decisión sobre el momento temporal en el que haya de producirse la *entrega material* del detenido, bien entender que se produce mediante la *entrega física* del detenido en dependencias judiciales.

Existen sólidos argumentos que militan a favor de la primera tesis. Así, si la puesta a disposición judicial tiene un concreto objeto, la audiencia de la persona detenida, si esta no es inmediatamente posible, no existe puesta a disposición. Desde otra óptica, de admitirse la posibilidad de puesta a disposición puramente formal, se correría el riesgo de consagrar extensiones indebidas del plazo máximo de detención policial de 72 horas, pues de hecho, el detenido seguiría encontrándose bajo la custodia de la misma autoridad que lo detuvo más allá del citado plazo e incluso con la posibilidad de su prolongación hasta 72 horas más (arts. 497 y 499 LECR). Por último, una interpretación sistemática exige esta intelección, pues si la garantía institucional que implica el proceso de *habeas corpus* tiene por objeto la presentación del detenido ante el Juez, ello es signo de que puesta a disposición y entrega física son términos equivalentes.

En la misma dirección se pronuncia de modo unánime la jurisprudencia constitucional, con la salvedad de la STC 21/1997, de 10 de febrero, en cuyo FJ4º se dice que: «...*el sentido y la finalidad de esta exigencia constitucional no requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el Juez —aunque ello debe constituir la forma normal, por implicar una mayor garantía del detenido—, sino que la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las 72 horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención, y quede bajo el control y decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el artículo 17.1 reconoce*».

Sin embargo, no puede soslayarse la excepcionalidad del caso examinado por el Alto Tribunal¹⁵. La propia Sentencia así lo reconoce cuando señala que la presencia física del detenido ante el Juez debe constituir la forma normal, *por implicar una mayor garantía*, de lo que cabe concluir que el Alto Tribunal parte de la «concepción material» que venimos postulando.

En apoyo de lo expuesto, cabe citar, además, la Decisión del TEDH de 12.1.99, caso Rigopoulos contra España, en la que, en relación con el mismo caso, declaró la inadmisibilidad de la demanda, interpuesta por uno de los tripulantes, en la que se alegaba la violación del artículo 5.3. CEDH («*Toda persona detenida preventivamente deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento*»). El Tribunal consideró que si bien, a primera vista, el plazo de 16 días que duró la privación de libertad hasta la entrega física del detenido al Juez no parecía acorde con la noción de «conducido sin dilación» enunciada en el artículo 5.3 del Convenio, cabía que circunstancias absolutamente excepcionales pudieran justificar un retraso de dicha naturaleza, lo que había de ser examinado en cada caso, alcanzando la conclusión de que en el supuesto enjuiciado, valorando las circunstancias concurrentes, no podía considerarse sobrepasado el marco temporal contenido en el artículo 5.3. del Convenio.

11.3. Ello nos lleva a analizar la posibilidad que asiste al Juez de rehusar con causa legítima la puesta a disposición, impidiendo que la misma tenga lugar, lo que nos remite al examen de los horarios de apertura de los Juzgados de Guardia y a la regularidad de los denominados protocolos expresos o tácitos en materia de conducciones policiales y turnos de detenidos.

11.4. En tres interesantes resoluciones¹⁶ dictadas al resolver por vía de amparo recursos deducidos frente a autos de denegación de incoación del procedimiento de *habeas corpus*, el Alto Tribunal ha asentado el principio de que la existencia de dichos protocolos «*no puede justificar un alargamiento desproporcionado del período de detención, una vez declarada la conclusión de las investigaciones policiales*». Se trataba, en síntesis, de supuestos en los que, por no entrar en el correspondiente turno tras la conclusión de las diligencias policiales (generalmente, un único turno de mañana, a las 9:00), el detenido permanecía privado de libertad hasta el día siguiente a las 9:00 horas. El Alto Tribunal no ha afrontado todavía, por el contrario, la compatibilidad entre los artículos 17.2 CE y 184.1 LOPJ («*Todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales*»), de una parte, y las disposiciones del Reglamento 1/2005 reguladoras del servicio de guardia de los órganos jurisdiccionales en materia de horarios de apertura de los órganos judiciales.

En el fondo, se trata de encarar la cuestión de qué sucede en el espacio de tiempo que media entre la conclusión de las actuaciones policiales, expresada usualmente mediante una diligencia de «cierre» del atestado, y la entrada del detenido en la sala o despacho judicial en el que ha de prestar declaración. Dicho en otras palabras: ¿cómo se distribuyen los riesgos derivados de la prolongación de la custodia policial sobre el detenido una vez han concluido las diligencias policiales? Y, ¿qué sucede con el derecho fundamental en juego?¹⁷.

¹⁵ (Abordaje en alta mar, previa autorización judicial, de un buque por parte del Servicio de Vigilancia Aduanera en fecha 23.1.95, en el que se ocuparon 2.000 kg. de cocaína, y se detuvo a la tripulación, con la particularidad de que tres días después, ante la circunstancia de que el buque había de ser conducido a las Islas Canarias, donde aún tardaría unos días en llegar, el Juez Central de Instrucción, tras los trámites oportunos, dictó auto de prisión provisional, atendida la imposibilidad de entrega física de los detenidos en el plazo legal).

¹⁶ SSTC 288/2000, 224/2002 y 165/2007.

¹⁷ Instrucción 12/2007 de la Secretaría del Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FCSE para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial. La regla segunda recuerda que cuando, finalizadas las diligencias, concurren circunstancias que exijan —sin agotar el plazo de 72 horas— retrasar el momento de poner físicamente al detenido a disposición del Juez, se obrará siempre bajo las instrucciones de éste, haciéndolas constar por diligencia, al igual que

11.5. A nuestro juicio, del examen de la normativa vigente, praxis judicial, y del aserto jurisprudencial de que no cabe justificación en estos casos para que se produzcan alargamientos desproporcionados del período de detención, se extraen las siguientes consecuencias:

a) Una vez concluidas las diligencias policiales, el detenido tiene derecho a ser puesto inmediatamente a disposición judicial.

b) Sólo circunstancias muy justificadas pueden justificar el rechazo del sistema judicial a dicha puesta a disposición, siempre y cuando ello no suponga la vulneración del límite máximo de 72 horas establecido en el artículo 17.2 CE.

c) Entre estas circunstancias se encuentran los horarios de apertura de los Juzgados de Guardia. En este sentido, del Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales resultan, a los efectos que nos ocupan, tres tipologías de prestación del servicio de guardia: a) Partidos judiciales con treinta y tres o más Juzgados de Instrucción. En estos casos, el servicio da comienzo a las 9:00 horas de cada día, prolongándose de modo ininterrumpido durante 24 horas; b) Juzgados únicos. El servicio de guardia será permanente y se prestará durante la jornada diaria de trabajo; y, c) Demás Juzgados. El servicio se presta con periodicidad semanal, en régimen de jornada partida, de 9 a 14 horas en horario de mañana y de 17 a 20 horas en sesión de tarde, de lunes a sábado, prestándose el servicio en domingos y festivos de 10 a 14 horas.

Por tanto, dado que el servicio de guardia tiene, entre otros objetos, «*la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial*» (art. 42 Reglamento 1/2005), el detenido tiene derecho, como mínimo, a ser puesto a disposición judicial dentro del período de guardia de cada Juzgado.

d) Los protocolos en materia de conducción de detenidos tienen como objeto establecer la conveniente coordinación de la actuación de las FCSE y los Juzgados de Guardia, pero la existencia de turnos de conducciones no permite rehusar la puesta a disposición judicial de una persona detenida que, por las razones que fueren, quedare fuera del turno correspondiente, pues, en palabras del propio Fiscal ante el Tribunal Constitucional en una de las SSTC citadas: «*La única causa que pudo justificar que se demorara la puesta a disposición judicial del detenido es que la organización del servicio del Juzgado de Guardia y la de las conducciones de detenidos desde las dependencias policiales hasta el Juzgado de Guardia determinaran que los traslados de detenidos se hicieran antes de las 14:00 horas de cada día, por lo que, concluido el atestado a esa hora, la conducción del detenido tenía que efectuarse al día siguiente. Pero aun dando por supuesto que ello sea cierto, no se puede considerar que como consecuencia de dicha organización de los servicios del Juzgado de Guardia y de las conducciones policiales, se pueda justificar la prolongación de una detención preventiva, porque tal limitación no se contempla ni en el artículo 17 CE ni en la legislación dictada en su desarrollo*».

11.6. Para cerrar este apartado, dejamos señalado que con independencia de la adscripción a una u otra opción interpretativa (puesta a disposición material o puesta a disposición formal —de hecho, también existen argumentos en apoyo de esta segunda tesis como el cuestionamiento técnico del aserto de que el sistema pueda *rechazar* la puesta a disposición judicial, objeción que jamás se plantearía en la denominada tesis formal—), lo relevante es la inexcusable obligación que pesa sobre el órgano jurisdiccional de recibir a las personas detenidas siempre y cuando sean presentadas dentro del horario de apertura del Juzgado de Guardia, pues resultaría paradójico exigir a las FCSE agilidad en la actuación para reducir el período temporal de privación de libertad, para tolerar extensiones injustificables del plazo

cualquier otra eventualidad, de tal forma que siempre quede constancia detallada del uso del tiempo en el que el detenido ha estado bajo custodia policial.

de detención imputables exclusivamente a los órganos judiciales encargados, por definición, de velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales.

12. El procedimiento de *habeas corpus* es el pilar esencial de la regularidad de un sistema jurídico que admite detenciones preventivas

12.1. Concluimos la presente exposición afirmando la decisiva importancia del procedimiento de *habeas corpus* para el correcto funcionamiento del sistema.

12.2. Si hemos afirmado, entre otras cosas: a) Que los supuestos de sometimiento a diligencias policiales de identificación, cacheos superficiales y controles en las vías públicas constituyen supuestos de privación de libertad; b) Que la detención preventiva sólo puede tener como objeto legítimo la puesta a disposición judicial; c) Que dicha puesta a disposición no justifica por lo general extensiones del plazo de detención preventiva superiores a las 24 horas; y, d) Que existe un deber judicial de admitir la puesta a disposición dentro de los horarios de apertura de los Juzgados, el remedio más eficaz para poner coto a eventuales infracciones de dichos principios protegiendo de raíz, al mismo tiempo, el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, es precisamente el procedimiento de *habeas corpus*, pues otras opciones como el recurso a la vía penal frente a los posibles responsables de ilícitas privaciones de libertad, actúan a posteriori, por lo que si bien pueden reparar el daño causado, carecen en sí mismas de eficacia protectora inmediata del derecho.

12.3. Por el contrario, en la práctica se constata la infrautilización del procedimiento, no tanto por ausencia de peticiones, sino por la viciosa práctica judicial de la inadmisión *a limine* del procedimiento, en flagrante e incomprensible vulneración de la consolidada y archiconocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular.

12.4. Dejamos tan sólo apuntada aquí la cuestión —que desarrollaremos en otro trabajo—, reiterando, una vez más, su importancia como válvula de seguridad del sistema de protección de la libertad individual, como recuerda la exposición de motivos de la LO 6/1984, esa *gran desconocida*.

Mi filosofía del derecho*

Robert ALEXY

En el centro de mi filosofía del Derecho está la tesis de que el Derecho tiene una doble naturaleza. Incluye necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como también una ideal o crítica. El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al orden y en la eficacia social; el ideal, en el de la corrección moral. Quien define el Derecho exclusivamente a través de la legalidad conforme al orden y la eficacia social, defiende un concepto de Derecho positivista. Tan pronto como se añade la corrección moral como un tercer elemento necesario, el cuadro fundamental se modifica: lo que resulta es un concepto de Derecho no positivista. La tesis de la doble naturaleza implica así la del no positivismo.

La tesis de la doble naturaleza del Derecho es en cuanto tal indeterminada y formal. Sólo llega a tener contenido concreto y estructura clara cuando se desarrolla en un sistema. La idea que funciona como clave de bóveda de ese sistema es la de la institucionalización de la razón. Su forma política es el constitucionalismo democrático. El sistema se puede llevar a cabo en tres pasos.

I. CORRECCIÓN Y DISCURSO

1. La pretensión de corrección

Al comienzo se sitúa la tesis de que el Derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección. Hay dos puntos que deben ponerse de relieve. El primero es la necesidad de vincular esa pretensión con el Derecho. Esa necesidad se muestra en el carácter absurdo de un artículo constitucional ficticio como:

X es una república soberana, federal e injusta.

Lo absurdo resulta de la contradicción entre el contenido de ese artículo y la pretensión de corrección que se erige con él que, esencialmente, es una pretensión de justicia. El segundo punto se refiere al contenido de la pretensión de corrección. Esta pretensión se refiere no sólo a que el Derecho positivo, es decir, el Derecho legislado y eficaz, sea obedecido, sino también a que el Derecho mismo y su interpretación sean moralmente correctos.

2. Teoría del discurso

Se podría objetar que la pretensión de corrección, en tanto que se refiere a la moral, es sólo la expresión de una ilusión. Los juicios sobre ello, sobre lo que es

* Este texto y el que le sigue, de Ernesto Garzón Valdés, son la respuesta de cada uno de ellos a la *laudatio* pronunciada por el profesor Manuel Atienza con motivo del otorgamiento del grado de doctores *honoris causa* (también concedido a los profesores Eugenio Bulygin y Elías Díaz) por la Universidad de Alicante, el día 30 de mayo de 2008. *Jueces para la Democracia. Información y debate* quiere dejar constancia de su agradecimiento al profesor Atienza y a la cátedra de Filosofía del Derecho de esa Universidad por haberle cedido la primicia de esta publicación.

justo e injusto, son subjetivos, relativos, y los resultados de esos juicios, simples decisiones. A esta objeción irracionalista opongo la teoría del discurso. La teoría del discurso hace valer que entre la demostrabilidad y la arbitrariedad hay una tercera vía, la razonabilidad. Razonable es quien somete sus juicios morales a una argumentación racional.

He tratado de definir el concepto de argumentación práctica racional por medio de un sistema de 28 reglas y formas. El sistema de las reglas del discurso pone de manifiesto, por cierto, no sólo la posibilidad, sino también los límites de la racionalidad práctica. El discurso no es un procedimiento que en cada caso lleve precisamente a un resultado. Hay ciertamente resultados que son discursivamente necesarios, entre ellos, el núcleo de los derechos humanos y el principio de la democracia; sin embargo, en numerosos casos pueden defenderse al final de un discurso afirmaciones incompatibles, sin haber infringido las reglas del discurso. Las afirmaciones concurrentes son, a causa de su compatibilidad con las reglas del discurso, discursivamente posibles. Pero un desacuerdo posible discursivamente es un desacuerdo razonable. Esto puede designarse como «Problema del conocimiento».

II. POSITIVIDAD

El problema del conocimiento obliga por ello a abandonar el primer nivel que se define únicamente a través del ideal de la corrección y del discurso y pasar a un segundo nivel, al del procedimiento regulado por el Derecho positivo que garantiza la realización y la imposición de las decisiones. Es el paso que se da con la positividad definida a través de la legalidad y la eficacia. La tesis de la doble naturaleza conduce así en primer lugar a la idealidad en forma de corrección y de discurso y luego a la facticidad en forma de legalidad y eficacia.

III. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RAZÓN

Uno podría pensar que con el paso del discurso a la positividad se habría dado también, al mismo tiempo, el paso al positivismo jurídico. Esto sería, sin embargo, un error. La tesis de la doble naturaleza exige un tercer paso que lleva a una institucionalización de la razón y que es la expresión del no positivismo.

1. Límites extremos

La institucionalización de la razón es un proceso complejo. Se pueden distinguir cuatro aspectos. El primero es el del límite extremo de todo Derecho. Aquí se trata de refutar la afirmación de Kelsen de que «por lo tanto, cualquier contenido que se quiera puede ser Derecho» y de sustituirla por la fórmula de Radbruch, que se puede reducir a la forma abreviada de *La injusticia extrema no es Derecho*.

La fuerza de la positividad, según esa fórmula, no puede traspasar el límite de la extrema injusticia.

2. Constitucionalismo democrático

El límite extremo de todo Derecho es una condición necesaria, pero de ninguna manera suficiente, de la institucionalización de la razón. La completa realización de esta idea sólo es posible en la forma política del constitucionalismo democrático. La teoría del discurso lleva al constitucionalismo democrático, porque plantea dos

exigencias fundamentales en cuanto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: los derechos humanos y la democracia. La teoría del discurso exige los derechos humanos y, por ello, fundamentales porque las ideas de libertad y de igualdad están necesariamente vinculadas al concepto del discurso. Exige la democracia, porque tan sólo a través de la institucionalización de la democracia deliberativa es posible realizar —en la medida en que ello sea posible— la idea del discurso. Para poner los derechos humanos y la democracia en una correcta relación es finalmente necesario una jurisdicción constitucional que se entienda como la representación argumentativa de los ciudadanos.

3. Argumentación jurídica

La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica.

En el centro de la teoría de la argumentación jurídica está la tesis del caso especial. La tesis del caso especial dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. La tesis del caso especial expresa una conexión necesaria entre el Derecho y la moral porque el discurso práctico general incluye esencialmente al discurso moral. La peculiaridad del discurso jurídico consiste en su vinculación a la ley, los precedentes y la dogmática. En el contexto de esa vinculación y para su fundamentación son, sin embargo, indispensables argumentos morales, si es que la pretensión de corrección debe ser satisfecha.

4. Derechos fundamentales como principios

Un elemento central tanto de la teoría de la argumentación jurídica como también de la teoría de los derechos fundamentales es la teoría de los principios, sin la cual el sistema del constitucionalismo democrático permanece incompleto. La base de la teoría de los principios es la distinción, dentro de la teoría de la norma, entre las reglas y los principios. Las reglas son normas que mandan, prohíben o permiten algo de manera definitiva. Su forma de aplicación es la subsunción. Los principios, por el contrario, son mandatos de optimización. Exigen que sea realizado algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Su forma de aplicación es la ponderación.

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, la teoría de los principios es necesaria para edificar una teoría de la ponderación como forma racional de la argumentación. Lo que está aquí en el centro es la fórmula del peso. Desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de los principios es necesaria para plasmar la conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. A partir de esta doble base es posible una teoría del espacio libre del legislador que permite una razonable separación de competencias entre el tribunal constitucional y el parlamento. Así se reúnen los elementos fundamentales del sistema del constitucionalismo democrático. Si es posible conciliar lo ideal con lo real, ello se logra sólo a través de este intento de institucionalizar la razón.

Mi itinerario iusfilosófico

Ernesto GARZÓN VALDÉS

Sé que no siempre es fácil explicar por qué hemos hecho lo que hicimos. Cuando intentamos dar una explicación de nuestro comportamiento pasado corremos el doble peligro de caer bajo la tentación de la autoindulgencia o de sufrir los extravíos del olvido. Trataré de evitar las trampas de la no siempre controlable vanidad y de la escurridiza memoria y esbozaré algunas explicaciones en un foro cuya benevolencia desde ya descuento. Cuando ello sea oportuno, formularé alguna moraleja intelectual a partir de las cuestiones que a continuación enuncio.

1. En mi larga vida, he tratado de mantener una clara conciencia de los límites de mi capacidad intelectual. Esta actitud crítica surgió ya en mis años de doctorando en Madrid. Uno de mis maestros de aquel tiempo, Xavier Zubiri, me dijo una tarde mirándome fijamente: «Sólo si uno tiene algo realmente original que comunicar, vale la pena darlo a la imprenta. Las librerías están llenas de libros inútiles por reiterativos». Durante décadas seguí estrictamente el consejo de Zubiri: sólo publiqué lo absolutamente necesario para iniciar y continuar una carrera universitaria. Ello me libró, quizás, de los peligros de la arrogancia juvenil pero me privó también de la posibilidad de apreciar la dimensión de mis errores y el alcance de algún eventual acierto. Moraleja: Un exceso de prudencia editorial cierra las puertas a la crítica y hasta puede conducir a una poco fecunda timidez intelectual.

2. Nunca intenté formular grandes sistemas en el campo del derecho, la ética y la politología. Especialmente en el ámbito de la ética es peligroso pretender originalidad. Hans Kelsen acuñó la expresión «sistema estático» para referirse al sistema de la ética. Tenía razón: la tarea del filósofo de la moral consiste primariamente en inferir racionalmente consecuencias normativas a partir de un reducido número de axiomas. Aquí no caben intervenciones de la voluntad humana como en el caso de la legislación y de la actividad judicial o política. Por ello, no tiene tampoco cabida el historicismo en la moral y hay que andar con cuidado cuando se quiere establecer restricciones histórico-geográficas a los derechos humanos. Thomas Hobbes lo sabía: las llamadas leyes morales son «dictados de la razón, sólo conclusiones o teoremas». Me gusta la comparación del filósofo de la moral con el geómetra. Ella estimula la modestia y nos advierte frente al peligro de imponer el dominio de la voluntad sobre la razón, que tanto temía Leibniz. Moraleja: En cuestiones de filosofía moral conviene no sucumbir a la tentación del despotismo de una supuesta voluntad creadora.

3. Pensé, pues, que en mi caso lo mejor que podía hacer era proponer algunas clarificaciones conceptuales que pudieran provocar, quizás, discusiones razonables. Toda propuesta tiene un carácter cuasinormativo: trata de influir en el destinatario de forma tal que ella o él adopte el punto de vista propuesto. Pero es sólo un intento de aproximarse a la solución de un problema que consideramos relevante o intrigante. Las propuestas no son ni verdaderas ni falsas; pueden tan sólo ser plausibles o implausibles. Y es obvio que todo juicio de plausibilidad implica una buena dosis de subjetividad. Por ello, su pretensión de aceptabilidad es algo precaria. Depende, en no poca medida, de hasta qué punto la o el destinatario de una propuesta que consideramos plausible está dispuesta/o a otorgar plausibilidad a los presupuestos conceptuales a partir de los cuales deducimos nuestras propuestas y la fuerza de nuestros argu-

mentos. Tomando en cuenta una bien conocida distinción de J. L. Austin, podríamos decir que las propuestas poseen un sentido ilocucionario pero no siempre es posible otorgarles un sentido perlocucionario. Una cosa es proponer y otra convencer. No estoy seguro de que mis propuestas hayan sido felices en sentido perlocucionario. En todo caso, el proponer encierra algo de cortesía intelectual: la última palabra de aceptación o rechazo la tiene la o el destinatario. Moraleja: Es mejor proponer que imponer. La aceptación de una propuesta implica compartir razones: tiende a la creación de un marco argumentativo estable; la imposición no se basta a sí misma, no pierde nunca su desigual unilateralidad y mantiene, por ello, una siempre inquietante inestabilidad.

4. La elección de los temas de mis propuestas dependió, en cierto modo, de los desafíos que tuve que enfrentar para asumir aquello que Jorge Luis Borges llamaba el «destino sudamericano». En 1974, la expulsión de mi país por «inútil», por «prescindible», según el léxico oficial de aquellos años de terror e intolerancia, me obligó a exiliarme en Alemania y, desde el punto de vista académico, a pasar de una facultad de derecho a un instituto de ciencias políticas. Ello implicó un cambio de los temas de consideración prioritaria. Pero, quizás, la razón más importante para la elección de mis propuestas conceptuales fue un fuerte deseo de lograr una aproximación fecunda a cuestiones de mi ambiente político y social. Me cuesta entender actitudes filosóficas radicalmente distantes de la realidad que a uno le toca vivir. Creo que esto vale con tanta más razón cuando se trata de filosofías que, como las del derecho, la moral o la política, tienen una marcada vertiente práctico-social. Moraleja: El filósofo que no desee quedar encerrado en la blanca torre de tan mala fama, tendrá que descender a la realidad de su vecino y «facer una prosa» que éste comprenda y le ayude a orientarse en esa enigmática experiencia que llamamos vida. Y cuando no pueda hacerlo, lo mejor es callar. Así lo supieron Aristóteles, Gonzalo de Berceo y Wittgenstein.

5. Si algo he aprendido de mis lecturas de los grandes filósofos es que la filosofía no es la exposición oscura de problemas que pueden ser formulados claramente. Hay que tomar en serio la claridad y la coherencia. Claridad no es trivialidad. Quienes confunden oscuridad con profundidad posiblemente olvidan que la solución de un problema tiene fatalmente un cierto matiz de simplicidad. A ellos conviene recordarles la sabia reflexión de Nelson Goodman:

«Todo esfuerzo en la filosofía por convertir lo oscuro en algo obvio es probablemente poco atractivo, pues el castigo del fracaso es la confusión y la recompensa del éxito la banalidad. Una respuesta, una vez obtenida, es aburrida y el único interés que queda consiste en seguir esforzándose para volver aburrido lo que todavía es suficientemente oscuro como para ser intrigante.»¹

Quizás algunas de mis propuestas pueden parecer banales. Sé también que el recurso a expresiones literarias puede no haber satisfecho a todos. Así, por ejemplo, la expresión «coto vedado», tomada del título de un libro autobiográfico de Juan Goytisolo centrado en la revelación de su intimidad, resulta a veces irritante; en cambio, la referencia a las «manos sucias y Mozart», inspirada en un cuento de Manuel Vincent, goza de una cierta aceptación. A pesar de todo, sigo creyendo que incorporar al no pocas veces árido lenguaje jurídico expresiones literarias alivia el espíritu y hasta puede estimular la lectura de las fuentes invocadas. Moraleja: No despreciar la ayuda del poeta: las creaciones intelectuales no surgen ni se mantienen aisladas; todas ellas se integran en lo que llamamos cultura. Esto vale también para el caso del derecho.

¹ Nelson Goodman, *Fact, Fiction and Forecast*, Indianapolis/Nueva York: The Bobbs-Merrill Company 1955, pág. XV.

6. He procurado que mis propuestas fueran formuladas desde una perspectiva que quisiera fuera considerada como analítica si es que por ella ha de entenderse —como decía Georg Henrik von Wright— una preocupación por

«Luchar en contra de toda forma de efectos de obscurecimiento de las palabras en la mente de las personas ...»²

Cuando esta lucha se realiza en América Latina o en Europa con la mirada puesta en ese continente, no hay que olvidar que allí pasa justamente lo opuesto a lo que, según Philip Pettit, sucedía en los países de residencia de los filósofos analíticos durante buena parte del siglo xx:

«La mayoría de los filósofos analíticos vivía en un mundo en donde valores tales como libertad, igualdad y democracia mantenían un dominio indiscutible.»³

El mundo latinoamericano es muy diferente: presenta el mayor grado de injusticia social del mundo y una muy débil vigencia de los marcos normativos que regulan el comportamiento de gobernantes y gobernados.

La Corte Constitucional de Colombia ha acuñado la expresión «estado de cosas inconstitucional» para referirse a las violaciones de los derechos fundamentales en ese país. Tengo la impresión de que esta designación vale para todo el continente y que la tarea más urgente desde el punto de vista jurídico-político es lograr que las constituciones sean tomadas en serio y abstenerse durante un siglo de reformarlas.

La desconfianza ante las instituciones tiene en América Latina una tradición secular. En muchas partes de nuestro continente sigue siendo cierta la observación formulada en 1888 por el fino intelectual peruano Manuel González Prada:

«Hay un hecho revelador: reina mayor bienestar en las comarcas más distantes de las grandes haciendas, se disfruta de más orden y tranquilidad en los pueblos menos frecuentados por las autoridades.»⁴

Que la ausencia del poder estatal pueda ser garantía de paz social, es algo que sin duda sorprendería a no pocos teóricos y filósofos del hemisferio norte pero no a quien esté familiarizado con nuestra precariedad institucional.

Esta insuficiencia estructural trae como consecuencia la necesidad de una especie de traducción adaptativa de los temas que filósofos del derecho trabajan en Europa o en los Estados Unidos.

Si esto es así, pienso que no es muy aventurado sugerir que la tarea de un filósofo del derecho latinoamericano tiene que asumir una tarea doblemente complicada: por una parte, no puede dejar de tomar en cuenta, entre otros, los problemas universales de esta disciplina; por otra, tiene que tratar de desgarrar el velo de la retórica y esquivar la trampa de la ciega imitación de modas filosóficas. Contamos ya con buenos ejemplos al respecto pero no es poco lo que queda por hacer. Moraleja: No hay que propiciar el rechazo cerril del pensamiento ajeno ni estimular su frívola recepción acrítica.

7. Quizás Zubiri no tenía toda la razón. Especialmente en el campo de la ética, la política y el derecho, suele no ser inútil reiterar lo ya conocido. Por el contrario, a menudo es aconsejable y hasta necesario reiterar o reformular los llamados «lugares comunes». Actualizar viejas reflexiones puede ser una vía eficiente para despertar

² Georg Henrik von Wright, «Analytic Philosophy. A Historico-Critical Survey» del mismo autor, *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden/New York/Köln, 1993, págs. 24-52, pág. 50.

³ Philip Pettit, «The contribution of analytical philosophy» en Robert E. Goodin y Philip Pettit (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell 1993, págs. 7-38, pág. 10.

⁴ Manuel González Prada, «Nuestros indios» en Manuel González Prada, *Páginas libres. Horas de lucha*, Caracas: Ayacucho 1987, págs. 332-343, pág. 343.

y agudizar la percepción de los problemas y buscar las soluciones adecuadas. Hay perennes discusiones acerca de la naturaleza de la moral, del concepto de derecho o de las reglas del juego social. Y los más estimulantes argumentos suelen ser reformulaciones de antiguos pensamientos. Me doy por satisfecho si he logrado ser un pasable reformulador. No mucho más pedía Goethe cuando aconsejaba repensar lo ya pensado. Moraleja: No toda reiteración es vana ni toda innovación fecunda.

Para terminar, permítaseme formular tres breves consideraciones (esta vez sin moraleja), con las que llegaré al, desde Moisés, atractivo número diez.

8. La primera de ella se refiere a una agradable sorpresa que tuve hace ya decenios cuando en el campus de esta universidad vi una placa recordatoria de Jorge Juan, el marino científico compañero de Antonio de Ulloa con quien escribiera unas memorables *Noticias secretas de América*. Conozco pocas descripciones tan correctas de la defectuosa administración colonial como ésta, que fuera luego habilmente utilizada por Londres para estimular la independencia. Cuando la leí pensé que buena parte de los males político-sociales criticados por estos marinos fueron luego celosamente cultivados por las clases dominantes en las nuevas repúblicas. Con respecto al papel de los jueces en la Lima colonial valga el siguiente párrafo:

«La confianza en que viven los jueces inferiores de que sus delitos no llegarán a confirmarse como tales en los tribunales, no tienen reparo en cometerlos, ni en perderles el temor: olvidarse de la justicia, y no tener por objeto de su conducta otra cosa más que el adelantamiento de su propio interés es la práctica de ellos, y toda vez que lo consigan, no les importa que sea justo o injusto el medio de que se valen para ello.»⁵

«Estos son los pasos y términos que siguen precisamente los negocios de justicia en las Audiencias y todo proviene [...] del negocio oculto que tienen entre sí los jueces, los comerciantes y los ministros; pero aun cuando estos no hicieran comercio alguno, bastarían los obsequios que reciben para hacer disimulables los agravios de los que gobiernan, y apocar las culpas de todos los demás.»⁶

Hasta qué punto esta forma de administrar justicia sigue siendo vigente en buena parte de América Latina es algo que dejo aquí como cuestión abierta aunque creo que quienes me conocen adivinarán mi respuesta.

Ya entonces me pareció que la vinculación de Jorge Juan con Alicante era un buen presagio de una mayor relación intelectual de esta universidad con América Latina. Y así ha sucedido gracias, en buena medida, a la actividad del Seminario de Filosofía del Derecho que mantiene una fecunda cooperación de enseñanza e investigación con centros universitarios latinoamericanos desde México hasta Chile y Argentina.

9. Mi segunda consideración se refiere a una sabia reflexión de Séneca cuando decía que lo debido no se agradece: se agradece lo gratuitamente otorgado. Por ello, si ahora intento hacer un balance entre lo merecido y lo gratuito, como no hay duda que lo segundo supera ampliamente lo primero, sólo me cabe agradecer el honor que hoy se me dispensa y comparto con colegas y amigos de valía intelectual y humana. Se agradece con palabras y hechos: aquéllas las pronuncio ahora; de los otros dará cuenta mi futuro.

⁵ Jorge Juan y Antonio de Ulloa, *Noticias secretas de América*, Madrid: Turner s/d, dos volúmenes, vol. 2, pág. 476.

⁶ *Ibidem*, pág. 478.

10. Tercero: Es difícil precisar en qué momento se inició mi relación entrañable con los profesores de filosofía del derecho de esta universidad de Alicante. Sólo sé que se remonta a los primeros años de mi exilio. Dar nombres ahora significaría no sólo correr el riesgo del injusto olvido sino de cansaros con una larga lista en la que tendría también que detenerme para explicar relaciones y méritos. Valga pues mi más sincero agradecimiento a todos ellos y un estrecho abrazo que los abarque a todos.

Como sé que para el otorgamiento de toda distinción académica no basta con proponer sino que también es necesario contar con la aprobación de lo propuesto, quiero expresar también mi reconocimiento a las autoridades de la Universidad de Alicante que han hecho posible que hoy me sienta gratuitamente honrado y me proponga procurar en lo que resta que la realización de lo debido contribuya a reducir la magnitud de lo gratuito.

¿'Nullum crimen sine lex certa'?

Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad

Ramón GARCÍA ALBERO

1. INTRODUCCIÓN

Pocos principios limitativos del *ius puniendi* gozan de una aceptación teórica tan generalizada como la exigencia de taxatividad¹ en la ley penal. Esta constituye para algunos la expresión singular más importante del principio de legalidad en materia sancionadora, inherente al propio concepto: la suficiente predeterminación normativa de los lícitos y sus consecuencias jurídicas, tanto en relación con el Derecho penal, como respecto del Derecho administrativo sancionador.

No es difícil comprender que así sea: la exigencia de suficiente determinación tanto del hecho inculcado cuanto de su sanción constituye un *príus* sin el cual resulta imposible asegurar el resto de garantías históricamente vinculadas al principio de legalidad.

Por empezar con la reserva de ley, se dice que sólo la ley, en tanto que expresión de la voluntad general, puede definir qué conductas merecen ser castigadas con las más graves sanciones a disposición del ordenamiento jurídico. Pero dicha atribución exclusiva al legislador democrático podría ser fácilmente desatendida sin la exigencia de suficiente precisión en la ley misma. La indeterminación supone una deslegalización material encubierta, delegando en el aplicador del derecho la tarea de definir *ex post facto* las conductas punibles. Sin taxatividad, la reserva de ley deja de ser un límite constitucional impuesto al propio poder legislativo —heterónimo— y pasa a constituir, simplemente, una facultad de libre disposición².

A su vez, de la estricta fijación de las conductas prohibidas o prescritas bajo amenaza penal dependerá que la prohibición de retroactividad *in peius* resulte, en muchos casos, operativa³. A nadie le escapa que sin *lex certa* puede resultar muy complicado decidir si hubo o no *lex previa*. Tal cosa sucede cuando la nueva norma penal

¹ De ahora en adelante, las expresiones *taxatividad* y *mandato de determinación* se entenderán como sinónimas, aunque no desconocemos la posibilidad de establecer distinciones, incluso etimológicas, sobre ambas expresiones. La expresión taxatividad goza de mayor tradición en nuestro contexto jurídico que la de mandato de «determinación» utilizada por la *doctrina alemana* (*Bestimmtheitsgebot*), fundada por lo demás en la literal previsión del artículo 103 II GG, que refiere textualmente a dicha garantía («gesetzlich bestimmt...», *bevor...*), junto con la reserva de ley y la prohibición de retroactividad. Parte de la *doctrina italiana* distingue entre «determinación», término que individualizaría el modo de formulación interno de la norma, y «taxatividad», que habría de referirse a la prohibición de superar los límites externos de la norma, y por ello de aplicarla analógicamente en casos no expresamente previstos en ella (véase, sobre la distinción, Palazzo, *El principio de determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, págs. 13 y ss.; Vasalli, «Nullum crimen sine lege», en *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Utet, 1984, pág. 301). En España, la *doctrina* maneja por lo común indistintamente ambas expresiones, cfr., a título meramente ejemplificativo, Cobo del Rosal/Boix Reig, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, pág. 199; Rodríguez Mourullo, voz «Legalidad (Principio de)», en *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo XIV, Barcelona, 1971, págs. 888 y ss.; Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, Valencia, 1983, págs. 150 y ss.; García Rivas, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, págs. 17 y ss., haciéndose no obstante eco de la distinción practicada por Palazzo.

² Subrayan esta conexión Cobo del Rosal/Boix Reig, «Garantías constitucionales», cit., pág. 199; Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, cit., pág. 97; Doval Pais, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, pág. 43. En la *doctrina alemana*, señalando el estrecho parentesco entre taxatividad y reserva de ley, Hassemer, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* («Reihe Alternativkommentar»), t. 1, 1990, comentario al parágrafo 1, Nm. 13 y ss.; Schmidt-Assman, en Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 4, 1993, artículo 103 II, Nm. 163 y ss.; incidiendo especialmente en la finalidad de asegurar la competencia legislativa en la determinación de la punibilidad de los comportamientos, Ransiek, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, 1989, págs. 40 y ss.

³ Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 3^o ed., 1992, pág. 98.

puede entenderse como *lex specialis* de una indeterminada *lex praevia generalis*⁴. Por lo mismo, la prohibición de analogía *in malam partem* se torna impracticable cuando la evanescencia de la descripción típica hace inviable —si es que lo es— distinguirla de la simple interpretación: En tal contexto, un juez que deseara acatar el mandato de «rigurosa aplicación» de la ley previsto en el artículo 2 CP no pasaría de la tentativa inidónea⁵.

Pero el principio de taxatividad no resulta sólo *conditio sine qua non* de la garantía criminal-penal en su conjunto. Además de hacer posibles el resto de garantías, el mandato de determinación expresa como ninguna otra la renuncia del Estado a la realización integral de las necesidades político-criminales o de defensa social para anteponer a ellas el respeto riguroso de la libertad individual. En efecto, si por un lado garantiza al ciudadano la posibilidad de conocer con anticipación las facultades de intervención estatal, protegiéndole así en primera línea contra cualquier consecuencia jurídica sancionadora no previsible de sus propios actos, por otro sujeta *la decisión judicial dentro de los límites de lo predecible*, permitiendo presentar la condena o absolucón como el fruto de lo previamente decidido por la soberanía popular —ley—.

De esta forma, se dice, el mandato de determinación sirve a una doble finalidad. Por un lado, a la protección de la confianza del destinatario de la norma por medio de la previsibilidad y calculabilidad del derecho —certeza—. Las normas, incluidas las penales, sólo pueden aspirar a regular comportamientos si es posible conocer previamente, a partir del texto de la ley —o de una interpretación apropiada de la misma— qué conductas resultan prohibidas y con la imposición de qué clase de sanciones puede contar el eventual infractor⁶. Por otro lado, el mandato de determinación asegura que la decisión sobre la punibilidad de un determinado comportamiento *competa exclusivamente al legislador y a nadie más*⁷.

Pero pese a la relativa sencillez de tal planteamiento, pese al carácter indiscutido de los fundamentos que están en la base de tal exigencia, constituye ya un lugar común señalar que el principio de taxatividad ha entrado en crisis. Una crisis que responde seguramente a múltiples factores, y que no cabe contemplar exclusivamente desde la perspectiva de una profunda fractura entre vigencia normativa y fáctica⁸, imputando simplemente al legislador falta de voluntad para cumplir con lo constitucionalmente prescrito, y al Tribunal Constitucional desidia cómplice en el vaciado de contenidos del principio⁹.

⁴ Aun sin prejuzgar el carácter indeterminado de los preceptos traídos a colación, tal situación, según algunos se ha producido por la interpretación extensiva operada por el TS del delito de apropiación indebida. En este contexto, el delito de administración desleal de patrimonio societario (art. 295) introducido en el CP de 1995 podría entenderse, bien como incriminación *ex novo* de determinadas conductas, bien como ley especial respecto de la apropiación indebida en su interpretación amplia —mera causación de perjuicio patrimonial—. Todo ello al margen, claro está, de que siempre que el juez deduce una norma a partir de una ley radicalmente indeterminada, está en realidad creando *ex novo* una regla que, por no poderse deducir del texto de la ley, resulta aplicada retroactivamente.

⁵ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^o ed., 1969, pág. 23; Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, pág. 126 y ss. Un sector de la *doctrina italiana* ha puesto de manifiesto que la prohibición de analogía no tiene por destinatario sólo al juez, además de constituir un límite a las modalidades de aplicación de la norma penal al caso concreto, fijado por el legislador para el juez, se trataría, sobre todo, de un vínculo establecido por el constituyente al propio legislador, impidiéndole el uso, en la formulación de los tipos penales, de normas meramente ejemplificativas o que contengan cláusulas de extensión analógica (sobre el particular, Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., págs. 13 y ss.; Con carácter general, véase Stortoni, en Bricola/Zagrebsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Utet, 1996, pág. 54.).

⁶ Doctrina dominante en Alemania: cfr. Schunemann, *Nulla poena sine lege*, págs. 11 y ss.; Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, 11; Eser, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17 al pár. 1, pág. 24.

⁷ Ello no obstante, no debe olvidarse, aunque sea *en este estadio preliminar* y a resultados de lo que *infra* se afirmará, la teoría sobre *el desarrollo continuador* del Derecho. Sobre ella, véase en España, por todos, Baldó, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en: *Política criminal y nuevo Derecho penal* (ed. J.M. Silva), Libro-Homenaje a Claus Roxin, 1997, págs. 357-385.

⁸ Véase una tal perspectiva en Süß, «El trato actual del mandato de determinación», en AAVV, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Área de Derecho Penal de la UPF, 1999, págs. 222 y ss.

⁹ El diagnóstico en este punto es suficientemente revelador, ni el TC alemán ni el italiano han declarado apenas una sola ley penal inconstitucional por no taxativa. Cfr., por ejemplo, las obras de Marilisia D'Amico (en Italia) o de Krahl (en Alemania) citadas en la bibliografía.

En las líneas que siguen se analizarán los factores que están en la base de la devaluación del principio. Factores múltiples y complejos de todo orden sobre los que la doctrina lleva reflexionando desde hace décadas. Aquí no se descubrirá nada nuevo. Se aspira, modestamente, a ofrecer una panorámica lo suficientemente amplia para que el lector reflexione sobre la —vieja— buena nueva: el papel al que están llamados los jueces en la co-configuración y el fortalecimiento de la seguridad jurídica. Una prestación que la ley sólo de forma limitada puede ofrecer.

2. LA PROTECCIÓN DE NUEVOS INTERESES COMO CAUSA DE INDETERMINACIÓN

No deja de ser cierto que, en buena medida, el principal riesgo para el principio de taxatividad proviene de esa tendencia dominante en la legislación a la introducción de nuevos tipos penales que atiendan a las siempre crecientes y no siempre racionales exigencias de una sociedad en vertiginosa evolución¹⁰. Un fenómeno que, como ha señalado entre nosotros *Silva*, «cabe enclavar en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del Derecho procesal pena»¹¹.

En verdad tal fenómeno se viene produciendo de forma inversamente proporcional a la pérdida de las señas de identidad liberales del viejo Derecho penal, en el tránsito del modelo de Estado liberal al Social y Democrático de Derecho. Característico de los «bienes jurídicos» de nuevo cuño es, precisamente, que resultan alérgicos a la posibilidad de una descripción precisa de los hechos lesivos: en tales casos además, y paradójicamente, las exigencias de fragmentariedad se resuelven en el empleo de cláusulas indeterminadas, normalmente de peligro, de nula virtualidad limitadora. Tales cláusulas «placebo» remiten en definitiva al criterio del aplicador del Derecho¹².

Como señala Padovanni, ante la emergencia de estos nuevos bienes jurídicos —más bien funciones—¹³ la norma penal, en tales casos, no puede ser precisa por la

¹⁰ Refiriéndose específicamente al principio de taxatividad, Huerta Tocildo, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad*. Actas de las V Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2000, pág. 43, y en el marco de la exigencia de «determinabilidad interpretativa».

¹¹ Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 18, lo que se traduciría en la «creación de nuevos 'bienes jurídico-penales'», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión». En igual sentido, entre otros, Kindhauser, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, Universitas, 3/1992, pág. 227; Seelmann, «Risikostrafrecht», *KritV*, 4/1992, págs 452 y ss; Palazzo, «Politica criminale nell'Italia repubblicana», en Violante (ed.), *Storia d'Italia*, Annali 12, La Criminalità, Torino, 1997, págs. 851 y ss, 868; Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997.

¹² Así cabe denominarlas, puesto que supuestamente tendrían la virtud de dotar de ofensividad material a ilícitos de naturaleza contravencional, pero al precio de convertir al delito en indeterminado. Así el artículo 325 del Código Penal, al definir el tipo básico del delito de contaminación ambiental, adosa a un agotador elenco de conductas varias la característica de que éstas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». En tal cláusula, la doctrina ve con razón una manifestación del principio de ofensividad, destinada a trazar la frontera entre las conductas contaminantes solo constitutivas de infracción administrativa y las que ostentan relevancia penal. Pero paradójicamente dicha fórmula no sólo está al servicio del principio de fragmentariedad: la misma resultaría constitucionalmente obligada, pues con la sola referencia a su condición infractora de leyes u otras disposiciones generales protectoras del medio ambiente no sería posible incriminar las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones y el largo etcétera de conductas previstas, sin desatender los requisitos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha establecido para que las leyes penales en blanco resulten coherentes con las exigencias impuestas por el artículo 25.1 de la Constitución —principio de legalidad—. Lo mismo podría decirse de otras infracciones del mismo título XVI, como las previstas en los artículos 328 —establecimiento de depósitos o vertederos— o el 322 —delitos contra la flora, sobre todo tras la reforma operada por la LO 15/2003—.

¹³ Padovanni, «Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto contravvenzione e illecito amministrativo», en *Cassazione penale*, núm. 3, 1987, pág. 670.

sencilla razón de que es incapaz de resolver un conflicto de intereses asegurando la prioridad absoluta de uno sobre el otro, sino que impone más bien el respeto de las modalidades definidas en otras sedes para resolverlo: así se explican la remisiones extrapenales, propias de las leyes penales en blanco, o las cláusulas abiertas fuertemente cargadas de normatividad. La indeterminación sería por ello el inevitable precio a pagar al recepcionar el Derecho penal, junto a la tutela de bienes jurídicos genuinos, la tutela de funciones bajo la etiqueta de «bienes jurídicos colectivos» o «bienes jurídicos difusos», «bienes» que presentan aspectos estructurales bien diferenciados desde el punto de vista de la técnica de tutela¹⁴.

No se trata en esta sede de valorar la corrección de tal perspectiva desde el punto de vista dogmático¹⁵, para lo que resultaría prejudicial determinar qué cabe entender por bien jurídico, y cuál ha sido el papel crítico de dicho constructo y el principio al que sirve (exclusiva protección). Baste con constatar en esta sede cómo la denunciada pérdida de taxatividad constituye probablemente el signo de un Derecho penal que no responde ya a la ideología del Estado de Derecho liberal, al menos en la selección de los bienes tutelados¹⁶.

Pero como más atrás señalábamos, no todo en la crisis del principio de taxatividad tiene que ver con la irrupción de nuevos intereses supuestamente necesitados de tutela. Ha sido más bien la conjunción de una serie de factores los que han puesto en evidencia la ingenuidad del programa ilustrado al *pretender confiar toda la generación de certeza, a la sola ley*. La crisis del mandato de determinación es, fundamentalmente, la crisis de la viabilidad de una determinación precisa *sólo a partir del texto de la ley*. En buena medida, el que dicho principio se haya vinculado obsesivamente a la garantía de reserva de ley (legitimación democrática) explica en parte el retraso habido en la búsqueda de criterios alternativos para garantizar la seguridad y certeza jurídicas; en definitiva, para establecer claramente el marco de colaboración de la jurisprudencia en este ámbito.

¿Qué factores son esos? Probablemente, y como mínimo tres: A) Un cambio radical de representación sobre la forma de relacionarse del juez con la ley. B) Un entendimiento radicalmente diverso sobre la naturaleza de la interpretación. C) El descubrimiento del carácter necesariamente ambiguo del lenguaje del legislador.

3. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA RELACIÓN ENTRE LEY Y JUEZ: DE LA LEGISDICTIO A LA JURISDICTIO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Empecemos recordando tópicos. En sus orígenes, el principio de taxatividad responde a la *Weltanschauung* (visión del mundo; cosmovisión; ideología) propia del iluminismo: una confianza ciega en la ley, que es fruto de la razón, y en la que encuentra expresión la propia democracia. La ley es pues obra de la voluntad general y ordenada a la articulación recíproca de los derechos de todos los ciudadanos entre sí¹⁷. *García de Enterría* ha expuesto magistralmente los caminos por los que los ideales revolucionarios de libertad, igualdad y democracia transitaron inesperadamente — en la Europa

¹⁴ Tutela de funciones que es siempre, «desde el punto de vista contencioso, una diversa tutela de bienes jurídicos» Padovanni, «Tutela di beni e tutela di funzioni», cit., pág. 676.

¹⁵ Con carácter general, véase García Albero, «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 326 y ss.

¹⁶ La doctrina dominante en Alemania sostiene que la mayor o menor exigencia de taxatividad depende también de la materia a regular, luego de la «posibilidad de una descripción precisa del hecho», cfr. Rudophi, *Systematischer Kommentar*, n. 13 al parágrafo 1; Eser, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, n. 22 al parágrafo 1; Süs, «El trato actual del mandato de determinación», cit., pág. 224.

¹⁷ García de Enterría, «La democracia y el lugar de la ley», en *La vinculación del juez a la ley*, Madrid, 1997, págs. 79 y ss; del mismo, *Justicia y Seguridad jurídicas en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, págs. 21 y ss., 29 y ss.

continental— hacia la idea de la Ley general y seguidamente hacia una pretensión de regulación general tanto de la acción del poder como del orden social liberal mediante leyes sistemáticas y completas, lo que condujo directamente al positivismo jurídico o legalista que imperó hasta mediados del siglo xx. En tal contexto, la labor de la jurisprudencia se agotaba en el mero servicio al legislador y a su voluntad, es decir, en ser expresión del verdadero significado contenido en las fórmulas utilizadas por el legislador¹⁸.

En tal modelo, la obtención de la regla jurídica en la aplicación del Derecho se efectúa teniendo en cuenta, exclusivamente, la propia ley, a partir de los conocidos cánones. Regla que una vez deducida resultaba aplicable a través de un mecanismo lógico —subsunción— que no dejaba espacio alguno a la discrecionalidad. Pero la pretensión de reducir la función del juez a simple mecanismo subsuntivo bien pronto resultará cuestionada¹⁹. Bien pronto, la imposibilidad de la ley para atender a la proteica e infinita variedad de casos hará abandonar al positivismo jurídico la pretensión de que el juez *reconstruya en la ley la voluntad real del legislador histórico concreto*, que será reemplazado por una abstracción, la del «sujeto ideal que habría producido la ley en el momento en que había que aplicarla». Esa ficción de la «voluntad objetiva» —*voluntas legis*— de la ley permitirá tratar más libremente el derecho legislativo para adaptarlo a las exigencias prácticas, pero franqueará definitivamente el paso al abandono de la ideología de la subsunción²⁰.

El descubrimiento del carácter práctico del Derecho inaugura así una nueva ideología de la interpretación jurídica, entendida ahora como búsqueda de la regla adecuada *tanto* al caso como al ordenamiento. A ello remite en definitiva el pregonado «carácter bipolar» de la interpretación, que discurre entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley. En tal «circulo interpretativo», el «ir y venir de la mirada» del caso a la norma y de la norma al caso no es sólo un imperativo del propio proceso de subsunción, sino un método que en lo material comporta la integración razonada de lo que *exige el caso* y lo que *exige* la regla jurídica derivada de la ley. Dicho en otros términos: los clásicos cánones interpretativos —de imposible jerarquización— no imponen de modo invariable la obtención de la regla, sino que se subordinan a la búsqueda de lo «se quiere encontrar» en relación con el caso. Como enfatiza Zagrebelsky el método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento «es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado»²¹.

La interpretación entendida como proceso abierto, no como mero sometimiento pasivo²², se hará posible una vez se acepte el inevitable pluralismo de métodos interpretativos, y el fracaso del positivismo legalista por jerarquizarlos, subordinando tanto los métodos lógicos cuanto históricos al criterio prevalente de la letra de la ley²³.

¹⁸ Tal creencia en la virtud taumátúrgica de la Ley que llevará como es sabido a los revolucionarios franceses a una prohibición al juez de toda libertad interpretativa, regla que cristaliza en la celeberrima Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790, que instituye el *referé legislativ* y que perdurará hasta después de la creación del Tribunal de Casación.

¹⁹ Como señala Bachof, «Se ha reconocido que el Juez había tenido siempre, incluso bajo el imperio de un positivismo jurídico rígido, una parte importante en la creación del Derecho; que no sólo la ley, sino la «Ley y Judicatura crean derecho para el pueblo», refiriéndose al célebre *discurso rectoral de Tubinga* de Oscar Bülow sobre Ley y Judicatura, nada menos que en 1885, Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, pág. 24.

²⁰ Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 1995, pág. 132: Resultaba manifiesto que continuamente resurgían exigencias de aplicación del derecho y era necesario que su interpretación se orientase por esas exigencias. «La ley es más perspicaz que el legislador» es el paradójico lema de esta transformación. «La voluntad objetiva de la ley, he ahí un debilísimo velo —para quien hubiera querido rasgarlo— pudo ocultar la contradicción radical entre una concepción ideológica de la jurisprudencia, reducida a mero servicio al legislador y su voluntad, y la necesidad de animar la realidad ante el derecho legislativo».

²¹ Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, op., cit., pág. 134.

²² Häberlee, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, 1996, pág. 28, señala que la interpretación ya no puede ser entendida como la mera recepción de una orden. «La vinculación se convierte en libertad en la medida en que la reciente concepción sobre la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción».

²³ Como enseña nuevamente Zagrebelsky, remitiéndose a Kriele (*Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., pág. 236), el «pluralismo metodológico está tan arraigado en las exigencias del Derecho actual que nin-

En tales coordenadas, es esa «precomprensión» del caso a través del sentido y valor asignado al mismo la que determina prioritariamente qué método interpretativo prevalece para deducir la regla más adecuada dentro de las que razonablemente permite la ley²⁴. Y llegamos así al *quid* de la cuestión: una «precomprensión» del caso con arreglo a sentido y valor que no puede ser controlada de forma total por el Derecho positivo; sino que depende básicamente del hábitat cultural en el que viven la norma y los llamados a aplicarla —los jueces—. Por mucho que las categorizaciones de sentido y valor estén en parte objetivadas y positivizadas a partir de los principios constitucionales, resultan de suyo relativamente abiertas y —en las sociedades actuales— permanentemente controvertidas.

Retomando nuevamente a Zagrebelsky, puede decirse que la falta de certeza actual en los procesos de aplicación del derecho radica, en buena medida en el agotamiento de un catálogo de principios de sentido y valor compartidos por la generalidad: «En el Estado liberal de derecho no se sentía la agudeza de estos problemas y la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador. Ello derivaba no de una mejor y más clara doctrina de la interpretación, sino simplemente de un contexto político y cultural homogéneo y de situaciones sociales mucho más estables que las actuales. Dada la uniformidad de los contextos de sentido y de valor en los que operaban tanto el legislador como los intérpretes, la presión de los casos críticos sobre el derecho, si no inexistente, era al menos tan poco evidente que podía despreciarse o, en todo caso, no creaba problemas de principio. El derecho podía permitirse ser esencialmente un derecho por reglas, por cuanto ya estaba resuelto el problema de los valores fundadores»²⁵.

Pero la fractura profunda con el positivismo jurídico y el rol que asigna al juez no sólo viene impuesta por una mejor comprensión del proceso de aplicación del Derecho; se hace inevitable tras la instauración del Estado constitucional en la segunda posguerra europea. En virtud del mismo, el sistema penal, como cualquier otra rama del ordenamiento, no se agota ya en el Código Penal, expresión supuestamente coherente y racional del legislador, sino que se constituye también con el Código *interpretado* a la luz de los principios, valores y derechos constitucionales. Desde esta óptica, la constitucionalización del principio de legalidad y de su garantía material —taxatividad— se produce paradójicamente justo en el momento que el mismo sistema constitucional impone un proceso aplicativo del Derecho que lejos de poder entenderse como operación mecánica, pasa a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico²⁶. Si en el Estado de Derecho decimonónico los derechos *ex lege* podían ser entendidos como reglas, en el Estado Constitucional han de ser entendidos, también, como principios²⁷.

Tal circunstancia impregna decisivamente también no sólo la interpretación de la ley penal, tornándola más imprecisa, sino incluso la actividad legislativa, obligando al legislador a establecer difíciles equilibrios entre el mandato de suficiente precisión y la obligada protección de derechos y libertades constitucionales. En determinados ámbitos de la política-criminal, y como entre nosotros ha señalado Ferreres, cuanto más preciso es el legislador al configurar el tipo penal positiva y negativamente, más se

guna controversia sobre los métodos ha logrado jamás terminar imponiendo uno de ellos en detrimento de los demás y, al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista. Por ello quien se esfuerza en imponer un método obtiene el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa y, de este modo se tiene la impresión de que los esfuerzos teóricos sobre los métodos tienen algo de 'quijotesco', op., ult., cit. pág. 135.

²⁴ «El hecho, por sí mismo, en su simple realidad histórico-material es mudo y no postura pretensiones de adecuación alguna. Las cosas cambian una vez que el hecho se somete a categorización, mediante el cual viene entendido o comprendido. Pero el derecho positivo controla sólo parcialmente los criterios de la categorización de sentido y de valor». Págs. 138 y 139.

²⁵ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, pág. 145.

²⁶ García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley*, cit., pág. 89.

²⁷ Aragón Reyes, «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en *La vinculación del Juez a la ley*, cit., pág. 184, especialmente crítico con las consecuencias a que puede llevar de este entendimiento.

arriesga a que la norma no se ajuste a los derechos sustantivos que la Constitución protege. Si por el contrario «abre» los tipos penales a esos derechos, el riesgo de lesión se reduce enormemente. Tenemos, así por un lado, que desde la perspectiva del aplicador del derecho, la ley penal sirve para proporcionar a los casos la regla jurídica que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla, por la necesaria imbricación de «test evaluativos» que es lo que en definitiva son los principios y valores constitucionales²⁸. Por otro, el necesario respeto por éstos, introduce, inevitablemente mayores cotas de indeterminación en la propia tipificación de ciertas conductas.

Son múltiples los ejemplos de esa inevitable porosidad de la ley penal a las valoraciones, los principios y los derechos constitucionales, circunstancia que si en general produce una restricción teleológicamente orientada del supuesto de hecho de la norma penal, torna indefectiblemente a la misma norma en más imprecisa²⁹. Ello acontece con especial dramatismo cuando *el tipo penal determina la propia frontera del ejercicio legítimo de un derecho fundamental*³⁰, en tales casos, las cláusulas típicas que permiten una adecuada ponderación del derecho fundamental en juego lo hacen a costa de un inevitable tributo a la incerteza. Y así, cuando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de vérselas con problemas de interpretación constitucionalmente orientada de tipos penales o sancionadores administrativos, normalmente ha recortado el ámbito aplicativo del tipo mediante sentencias interpretativas, pero a costa de una mayor incertidumbre dado el carácter abierto de las cláusulas en las que se insertan tales derechos y libertades. La situación era ciertamente más crítica vigente el CP conforme al texto de 1973, en donde en palabras del propio Tribunal, las normas, «cualquiera que fuera el concepto que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, los valores y derechos consagrados en la Constitución»³¹. Así las cosas, tipos penales «relativamente» determinados en el contexto socio-cultural que los alumbró, se tornan notablemente indeterminados a la luz de principios constitucionales y del pluralismo valorativo propio de la sociedad moderna. Es más que evidente que un ciudadano del siglo diecinueve tenía una idea más que aproximada de conceptos tales como injuriar, calumniar, honestidad, orden público, etc. Como evidente resulta que la reinterpretación de tales conceptos a la luz de la Constitución española restringirá el alcance de los mismos al precio de hacerlos más imprecisos³².

²⁸ Véase Marilisa D'Amico, «Il principio di determinatezza...», op. cit., págs. 351-360. Explica esta autora: «Al pretender hacer valer integralmente el código anterior a la Constitución, a pesar de la evidente contradicción entre la escala de valores expresada en el primero y la contenida en la segunda, se crea necesariamente una confusión en el sistema penal, porque *todas* las normas presentes en él, a fin de salvarse de la “presunción de inconstitucionalidad”, deben ser interpretadas a la luz de la Constitución (y, por tanto, renunciar a priori al dogma de la “mera ejecución” del precepto legislativo penal por parte del juez)» (pág. 334). D'Amico llega a afirmar que «reformulando el significado originario de la norma penal, la Corte constitucional viola, a nuestro juicio, el principio de determinación» (pág. 352).

²⁹ Pues en efecto, restringir o limitar no es lo mismo que precisar. El supuesto de hecho más limitado resulta desde el punto de vista extensional, un ámbito de referencia menor, sólo que más indefinido y por ello menos previsible. El precepto restringido con arreglo a criterios valorativos se comporta así como un círculo en relación de inclusión con el tipo más extenso y definido, sólo que dicho «círculo» carece de perímetro perfilado, siendo por el contrario, poroso.

³⁰ Y no sólo delimita, en negativo, los casos en los que la libertad puede ser privada. Así el artículo 515.3 y 5 sobre asociación ilícita, 525 en relación con la libertad de expresión, 208 y ss., entre muchos otros, 557 en relación con el derecho de manifestación y reunión, etc.

³¹ STC 62/1982, caso del «Libro rojo del cole». Constituye este, precisamente, un buen ejemplo de cómo una interpretación acorde con la Constitución, al refutar un concepto de moralidad pública en clave de moral católica, restringió el alcance del precepto. Pero como advierte Ferreres, «Este caso plantea un verdadero dilema si el artículo 431 del CP se interpreta de acuerdo con la moral católica, se garantiza cierta previsibilidad en la interpretación, pero a costa de vulnerar frontalmente el pluralismo. Si, por el contrario, ese artículo se interpreta de acuerdo con el “mínimo ético” que la sociedad comparte, se respeta el pluralismo, pero a costa de aumentar la incertidumbre, pues, ¿cuál es, en concreto, el contenido de ese mínimo ético al que se refiere la ley penal cuando utiliza conceptos abiertos como “pudor”, “moral”, “buenas costumbres”, “decencia pública?» Véanse además, el lúcido análisis que efectúa el autor de las SSTC 62/1982, 69/1989, 151/1997.

³² La STC 159/1986 —Caso Egin— es un buen ejemplo de cómo la entrada en vigor de la Constitución altera la estabilidad de ciertas pautas interpretativas y obliga a estabilizar nuevos criterios. Con base en la misma, el TC ha llegado a afirmar que al aplicar «automáticamente las normas sobre la autoría del Código

Frente a la aplicación automática, la necesidad de interpretar, también la ley penal, conforme a la Constitución ha modificado, por tanto, la secular relación entre la propia Ley y el Juez, en una imparable tendencia no exenta, evidentemente, de riesgos³³. Mal entendida, es cierto que el ejercicio de una libérrima libertad interpretativa puede dar al traste con principios básicos de nuestro sistema, como el mismo pluralismo político, en cuya virtud ha de ser posible que la mayoría electoral representada en el parlamento pueda, ella también, desarrollar una concreta política criminal dentro de determinados márgenes, que por supuesto habrá de incidir en derechos fundamentales³⁴. La tentación de estimar que la ley penal es algo *demasiado importante* para dejarla en manos de los políticos está ahí, y sus implicaciones desbordan, como es obvio, el marco de estas reflexiones.

4. EL MITO DEL «TENOR LITERAL POSIBLE» Y LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA

En el marco anteriormente descrito, el descubrimiento de que tampoco el límite representado por el *tenor literal posible de la ley*, es seguro, acentúa aún más el realce de la jurisprudencia. Ciertamente, la constitucionalización del Derecho penal acarrea una mayor indeterminación, aun cuando suponga, las más de las veces, una *restricción* del supuesto de hecho de la norma según su tenor literal (restringir no es lo mismo que precisar). Así las cosas, el análisis llevado a cabo no debería cuestionar en términos esenciales, la exigencia y las posibilidades del mandato de determinación, toda vez que su función de garantía podría seguir desarrollándose en los límites exteriores representados por el *möglicher Wortsinn* (el sentido posible del término). Entre el *Tatbestand* resultante de la interpretación constitucionalmente orientada, y el *Tatbestand* legal, discurriría, es cierto, una imprecisa zona, imprecisión con la que, no obstante, debería contar el ciudadano, absteniéndose de actuar dentro de tales márgenes —por si acaso—. No es este el momento de analizar tal perspectiva pormenorizadamente, en sus implicaciones dogmáticas y político-criminales³⁵.

Interesa ahora poner de manifiesto cómo también la viabilidad de esta inquebrantable «frontera» —más allá de la cual se incurre en la prohibida analogía *in malam partem*— resulta problemática. Contra lo que pensaba la doctrina tradicional, no existe una diferencia material entre analogía e interpretación. También dicha distinción es hija del positivismo jurídico y víctima de la apertura de los métodos interpretativos a consideraciones teleológicas. Que la doctrina penal siga, pese a todo aferrada a este límite formal no deja de resultar en cierto punto un anacronismo.

penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la ley penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado».

³³ La mayor libertad interpretativa, como consecuencia de la penetración de valores, principios y derechos puede conducir a posiciones poco deferentes para con la ley, en el entendimiento de que el juez, también el juez penal, estaría en mejores condiciones que el legislador para «concretar» aquellos derechos fundamentales en su desarrollo y colisión concreta. Como señala Aragón, una Constitución principialista como la nuestra arrastra una serie de consecuencias, entre las que se encuentran el mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica, que aboca inexorablemente a un realce de la importancia del papel de los jueces en el Estado de Derecho, que pasa a ser Estado jurisdiccional de Derecho. La constitucionalización del ordenamiento, así como la cada vez mayor intedeterminación —explícita o implícita— de la ley por tal causa, podrían deslizar la democracia constitucional del presente hacia «su configuración como una forma mixta de gobierno en que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces» (Cfr. Aragón Reyes, «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», cit., pág. 190).

³⁴ Respecto de los que la Constitución asegura, precisamente por el pluralismo, sólo su contenido esencial, pero no el completo y detallado régimen del ejercicio de cada derecho.

³⁵ Pues en todo caso la frontera entre lo lícito y lo prohibido bajo pena no se determina desde el tenor literal de la ley, sino desde su interpretación: dicho en otros términos, todo lo que limita la punibilidad puede verse, a su vez como una condición que la fundamenta. Además, resulta discutible el que haya que desincentivar el ejercicio de la libertad de obrar ante una situación de incerteza desde el punto de vista de la punibilidad, pues por esta vía pueden neutralizarse iniciativas no sólo útiles socialmente sino imprescindibles desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho: piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de la libertad de expresión.

En efecto, por un lado, la teoría del Derecho ha demostrado claramente la naturaleza esencialmente analógica de todo proceso subsuntivo. Como enseña Engisch, la subsunción no es otra cosa que la equiparación del nuevo caso con aquellos cuya pertenencia al supuesto legal ya se halla establecida. Esta equiparación consiste fundamentalmente en determinar la semejanza del *Tatbestand* y el hecho real (*Sachverhalt*) a partir de criterios teleológicos, de donde resulta que la subsunción, a la postre, no es nada más que una «conclusión analógica en el interior del supuesto de hecho»³⁶. A ello refiere en realidad Engisch con la conocida metáfora que caracteriza la interpretación como un «ir y venir de la mirada entre la premisa mayor y el hecho de la realidad»³⁷. Precisamente por ello, no sólo resulta que la prohibición de analogía constituye, en palabras de Bobbio, un mandato absurdo e imposible de cumplir³⁸, es que el tenor de la ley ya no resulta un límite seguro y practicable entre la interpretación permitida y la integración prohibida, puesto que él mismo es el resultado de la interpretación³⁹.

La nueva hermenéutica jurídica ha llegado a incluir el significado de la expresión «tenor literal posible» entre los conceptos «vagos» o imprecisos, tras someter dicha expresión a un riguroso análisis crítico⁴⁰. En rigor, y puesto que la ley no puede interpretarse a ella misma, el carácter restrictivo o extensivo de la interpretación constituye un juicio que efectúa el mismo intérprete cotejando, por un lado, su propia interpretación, y por otro la que el estima —también interpretando— como sentido literal de la ley⁴¹. Como advierte Wróbelzky también el denominado tenor literal es un «constructo» interpretativo que imputamos a la propia ley, precisamente por ello puede hablarse de múltiples tenores literales posibles, tanto como adscripciones de significado efectúe el correspondiente intérprete.

Advertida pues la sustancial identidad entre interpretación y analogía, en donde a lo sumo podría hablarse de una diferencia *cuantitativa o de grado*, así como la discutible practicidad del límite representado por el tenor literal, en su sentido más lato posible, no es de extrañar que parte de la doctrina renuncie expresamente a invocar dicha prohibición. La idea básica de esta corriente es la aceptación de que corresponde al juez señalar el límite: es inevitablemente el intérprete quien decide, con arreglo a su convicción cuándo está utilizando uno u otro procedimiento⁴². La inexistencia de un límite fijo externo al aplicador sólo podría atemperarse con la genérica apelación al respeto a la división de poderes, o al *ethos* de la fidelidad para con la norma⁴³, en definitiva remitiéndose a la prudencia judicial. El jurista que cree así en la existencia de límites externos al propio intérprete se comporta como el lingüista que afirmara la existencia de límites abstractos del hablar y el comprender externos al hablar y al comprender; una comprensión esotérica, si se quiere, pero no una verdadera comprensión lingüística⁴⁴.

³⁶ Kauffmann, *Analogie und «Natur der Sache»*, 2º ed., R.v. Decker & Müller, Heidelberg/Hamburgo, 1982, págs. 37 y ss.: «innertatbestandlicher Analogieschluss».

³⁷ Engisch, «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt», *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., Heidelberg, 1963, pág. 15.

³⁸ Citado por Atienza, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 59.

³⁹ Sax, *Das strafrechtliche «Analogieverbot»*, Göttinga, 1953, pág. 80; Kaufmann, *Analogie*, cit., pág. 4, para quien el sentido literal posible es un concepto analógico.

⁴⁰ Por todos, Schroth, «Philosophische und juristische Hermeneutik», en A. Kaufmann/Hassemer (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4ª ed., Heidelberg, 1985, págs. 276 y ss., 293 y ss.

⁴¹ Entre nosotros, Taboada, «Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias», en *La vinculación del Juez a la ley*, cit., pág. 234, remite al conocido dicho de Celso «scire leges no est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem», para expresar esta idea de la ausencia de límites externos.

⁴² Véanse, con carácter general sobre tal perspectiva, Yi, *Wortlaugrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1991. Crítico con tal planteamiento, y postulando la utilidad del criterio como indicio del sentido de la ley, Velten/Mertens, «Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens. Grund und Umfang der Wortsinnbindung im Strafrecht», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1990, págs. 516 y ss.

⁴³ Cfr. Taboada, «Tipicidad e igualdad», cit., pág. 236 t.

⁴⁴ Muy claro, en este aspecto, Hassemer, «¿Un derecho correcto mediante un lenguaje correcto? —Acerca de la prohibición de analogía en el Derecho penal, en *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá,

Ciertamente, tal descubrimiento sitúa a la poca doctrina penal que se ha ocupado de la cuestión ante el *horror vacui* de la inexistencia de referencias claras que pongan coto a las posibilidades de interpretación. Por ello no faltan autores que, aun reconociendo las críticas someramente esbozadas, siguen apelando a la prohibición de analogía y al límite representado por el tenor literal, asignándole ahora el papel mucho más modesto de constituir un «indicio», junto con la voluntad del legislador, del sentido de la ley (*Sinnindizien*)⁴⁵. En todo caso, ello supone el reconocimiento de la intrínseca imposibilidad de establecer una barrera infranqueable y externa al propio intérprete.

Probablemente, en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la prohibición de la analogía haya que ver los ecos de las modernas doctrinas que examinamos, que podrían explicar, o justificar, por ejemplo, la interdicción de la simple interpretación extensiva o contra reo, en la convicción de que, entre ésta y la analogía no existe más que una imprecisa diferencia de grado⁴⁶. Tanto más cuanto que, en Derecho penal, la analogía se encuentra, por así decirlo, privada del contexto que la explica. En efecto, el elemento central del razonamiento analógico es el establecimiento de la semejanza⁴⁷ entre el supuesto regulado en la ley —o varios supuestos en el caso de la analogía iuris— y el no previsto en ella. Como es sobradamente conocido, el establecimiento de la identidad de razón se efectúa a partir del sentido y finalidad de la regulación legal, la *ratio legis*, por lo que el establecimiento de la semejanza resulta siempre una operación valorativa que no (sólo) lógica. Y precisamente es la *ratio legis* del precepto la que pone sobre aviso de la existencia de la laguna normativa que precisa ser cubierta. Se ha dicho así, que en la mayoría de los casos, la constatación de la laguna y su cobertura constituyen el anvés y revés de un mismo y único proceso intelectual⁴⁸.

Pero para que pueda hablarse de laguna, es preciso afirmar la existencia de una situación que exige de ordenación jurídica a la vista de la *ratio* de la norma. En Derecho penal, ello podría sólo sostenerse desde el entendimiento de que el sentido o *ratio* de la norma que orienta el juicio de semejanza es la idea de Derecho o principio que está en su base. Ahora bien, sostener, incluso desde tal posición, que las exigencias normativas dimanantes del ser de las cosas se traducen en demanda de normación, contradiría el entendimiento clásico de las lagunas en derecho penal como algo fisiológico, que no patológico. Quien además de ello, vea en los hechos puros momentos de vinculación positivista, concederá que éstos no exigen nunca por sí mismos una regulación penal según la cual deba aplicársele un tipo, por afectado que pueda resultar el principio de igualdad.

Pero en la práctica, tal cosa no sucede en Derecho penal: el penalista tiene tan introyectado en su universo cultural el mandato de determinación y la prohibición de

1998, págs. 40 y 41: «Ese límite no “existe”; el juez puede disponer de él, se lo debe colocar a sí mismo. Aquello que es interpretación prohibida no puede ser determinado fuera de la interpretación, y quien —como por ejemplo este texto— critica a la jurisprudencia en ciertos casos como demasiado amplia no hace más que confrontar su comprensión de la interpretación adecuada del texto con la ajena. La prohibición de analogía no es un límite fijo de la interpretación ni un aseguramiento confiable de las posiciones jurídicas; es tan sólo un argumento. Pero ¿es suficiente esto, teniendo en cuenta la peligrosidad del Derecho penal? Tiene que ser suficiente porque no se puede tener más».

Una posición similar puede verse de Schimdäuser, en Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache»*, cit., págs. 64 y 68.

⁴⁵ Fundamental, al respecto, Sax, *Der strafrechtliche «Analogieverbot»*, Gotinga, 1953, pág. 56, desde una concepción predominantemente subjetivista de la ley; análoga tesis en Velten/Mertens, «Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens. Grund und Umfang der Wortsinnbindung im Strafrecht», cit., págs. 518 y ss.

⁴⁶ Así, en relación con la interpretación extensiva *in malam partem*, SSTC 119/1992, 111/1993, 83/1994, 131/1997, entre muchas otras. En relación con la aplicación analógica *in peius*, SSTC 75/1984, 259/1986, 133/1987, 182/1990, 137/1997, 151/1997, 236/1997, 56/1998, 189/1988, entre otras.

⁴⁷ La «identidad de razón» a que se refiere el artículo 4.1 CC.

⁴⁸ Con carácter general, ver las múltiples obras de Larenz y Canaris citadas en la bibliografía. En España, ver, Atienza, *Sobre la analogía en Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986; Falcon Tella, *El argumento analógico en Derecho*, Madrid, 1991, passim.

analogía, que nunca «reconocerá» una laguna y tratará de colmarla: evidentemente no podría hacerlo caso de ser así, y no lo haría, caso simplemente de parecerse (aunque no fuera real). Al subsumir el hecho discutido en la norma correspondiente, creará, sin más, no que ha colmado una laguna, sino interpretado el precepto correspondiente a la luz, normalmente, del método teleológico o evolutivo. Y así, las tarjetas de crédito han podido ser «llaves» (CP 1973), el corte de suministro eléctrico «violencia», la causación de perjuicio «apropiación», etc.⁴⁹ A la vista de estos y otros muchos ejemplos, quien critique la jurisprudencia —como aquí es el caso— no hace sino que confrontar su comprensión de la interpretación adecuada del texto con la ajena.

Como es sabido, el control constitucional de tales operaciones la efectúa el TC acudiendo, por un lado, a la verificación del debido respeto al tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados, y por otro, a la comprobación de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas utilizadas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos, así como al examen de la razonabilidad de tales operaciones a partir de las «pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional» y de «modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica». Conforme a tal planteamiento, para nuestro TC «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada», sino también aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para los ciudadanos»⁵⁰. Uno no puede dejar de tener la impresión que los criterios esbozados no sólo tratan de deslindar legalidad de constitucionalidad⁵¹, sino que están probablemente señalando los únicos límites operativos de la interpretación. Que también estos son interpretables y discutibles parece evidente, como discutible, es, por ejemplo, que pueda calificarse de criterio interpretativo extravagante o contrario al tenor literal del precepto interpretar que un título oficial no académico no es un título oficial (ex 331 CP 1973).

Ante tal perspectiva, nada tiene de extraño que un autor como Heller señale que la prohibición de la analogía⁵² «no significa otra cosa sino que en la interpretación debe exigirse, en aras de la seguridad jurídica, un especial cuidado en la determinación de los límites de las propias valoraciones (del que aplica la ley, en sí mismas) admisibles y han de establecerse ciertos requisitos mínimos en cuanto a la reconocibilidad de los juicios legales de valor».

El aseguramiento máximo de un programa de certeza topa así con la imposibilidad de garantizarla a partir del tenor literal posible de la ley. Así expresa Hassemer la idea de la inexistencia de límites externos: «Al sancionarlas, el legislador ha puesto las leyes en manos de la justicia. Él puede, en casos extremos, reformar su ley, si

⁴⁹ Hassemer, «¿Un derecho correcto mediante un lenguaje correcto?» cit., pág. 32, expone los siguientes ejemplos de la jurisprudencia alemana. Ácidos diluidos como «arma», suministro sin violencia de un somnífero como «uso de violencia», el plan de apoderarse de un libro con la finalidad de devolverlo inmediatamente después de su lectura como «ánimo de apropiación», el vehículo automotor como «carro uncido», el alejamiento disculpado del lugar del accidente, a pesar del regreso posterior allí, como «fuga del lugar del accidente», el cerrar un acceso permaneciendo sentado como «violencia».

⁵⁰ Véanse, SSTC 151/1997, 225/1997, 232/1997, 236/1997, 41/1998, 56/1998, 189/1998, 42/1999, entre otras.

⁵¹ Como es sabido, para el TC no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador infringe el artículo 25.1.

⁵² Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlín, 1961, pág. 142, quien añade que: «Una inadecuada sobrevaloración del significado psicológico y normativo del principio *nulla poena sine lege* no favorece ni la paz jurídica ni el respeto a la ley. Es un error creer que tales límites pueden ser fijados de una vez para siempre. El legislador puede hacer tan poco a este respecto como la ciencia o la jurisprudencia. Un Derecho aplicado vive y se desarrolla con las circunstancias de la vida, a cuya ordenación sirve. Pero la vida se burla de los límites que se oponen a sus leyes internas».

comprueba que la marcha de la justicia va en una dirección totalmente distinta de la que se había pensado; pero también esta reforma se halla luego en el dominio interpretativo de la jurisprudencia. Con la prohibición de analogía no ocurre algo distinto, como tampoco con otros principios fundamentales del derecho: en donde no existe la cultura de una relación equilibrada y conforme al Estado de Derecho entre legislación y jurisprudencia, tampoco podrá ser construida por medio de ejercicios lingüísticos, aun bien intencionados y eficientes»⁵³.

5. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO COMO RESULTADO INEVITABLE DE LA INDETERMINACIÓN DEL LENGUAJE

5.1. La textura abierta (*open texture*) o porosidad del lenguaje

Otro de los factores que han contribuido a relativizar el valor del principio de taxatividad es el descubrimiento del carácter *necesariamente* ambiguo del lenguaje del legislador. En relación con este último aspecto, ha sido mérito probablemente de Hart⁵⁴ el poner de manifiesto el carácter relativamente indeterminado del lenguaje legal *en tanto que lenguaje natural*: el legislador no puede ir más allá en el acatamiento del mandato de determinación, de las posibilidades de precisar y determinar que posee el propio lenguaje⁵⁵ al que el Derecho está unido como vehículo transmisor de significados. El fenómeno de la textura abierta del lenguaje o porosidad⁵⁶ (Waismann) determina siempre una *vaguedad potencial*⁵⁷; la necesidad del legislador de servirse de términos generales que permitan su aplicación a los casos concretos conduce a la imposibilidad de eliminar la dualidad entre un núcleo de certeza,

⁵³ Hassemer, «¿Un Derecho correcto...?», cit., pág. 42

⁵⁴ La perspectiva hartiana es especialmente interesante en el campo del derecho penal, precisamente por que sus teorías se mueven, exclusivamente, en el plano del análisis del lenguaje del legislador, mejor dicho en el de las reglas generales, y por tanto en el de la interpretación «orientada al texto», en expresión de Wróblewski; más que en la interpretación judicial, u orientada a los hechos concretos. Es evidente que el fenómeno de la indeterminación actúa principalmente en el plano de los hechos concretamente verificados: una expresión cierta o determinada, permite, frente a aquel conjunto de hechos, decidir con un «sí» o un «no» o un «quizás», si el conjunto de hechos constituye o no una referencia que se corresponde a la expresión (Ross, pág. 113). Pero la indeterminación de la propia previsión legal opera también en un plano más abstracto, pues dificulta también funciones tradicionalmente atribuidas a la norma penal, sea a la norma primaria, o ya directamente a la secundaria como efecto reflejo de ésta: la motivación, o prevención general negativa, o positiva, etc.

⁵⁵ Y en todo lenguaje, como señala Ross, (Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1970 (original de 1958), pág. 97) el significado que se atribuye a los términos está fuertemente condicionado por las presuposiciones tácitas en forma de creencias, prejuicios, aspiraciones, estándares y valoraciones que existen en la tradición de cultura que rodea tanto al legislador como al juez. De hecho la tradicional distinción entre interpretación extensiva, restrictiva y estricta descansa, bien mirado en una dualidad de contextos semánticos, uno de los cuales estaría representado por la convención lingüística dominante sobre el significado atribuido a un término, y la otra por el significado atribuido por el intérprete, de tal modo que calificaremos de extensiva aquella interpretación que adscribe un significado a la directiva de mayor amplitud.

⁵⁶ La idea de «textura abierta», en la caracterización efectuada por Waismann, puede verse en Waismann, «Verifiability», en Flew, A. (ed.) *Logic and Language*, Oxford, 1951, págs.119 y 120. Véase también sobre el concepto, entre otros, Maccormick, «On "Open Texture" in Law», en Amselek/Maccormick, (eds.) *Controversies about Law ad Ontology*, Edimburg University Press, 1991, págs. 72-74; Bix, «H.L. Hart and the "Open Texture" of Language», en *Law and Philosophy*, n. 10, 1991, págs. 51-72; Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, págs. 35 y 36. Según señala el propio Waismann, este término («open texture») es una traducción sugerida por Kneale, del término, acuñado por él en Alemania «Porosität der Begriffe» (Waismann, 1976, pág. 60).

⁵⁷ El concepto de «open texture» o porosidad debe entenderse, por ello como posibilidad de vaguedad, no como vaguedad actual. La vaguedad se predica cuando nos encontramos efectivamente ante un caso dudoso, situado en la zona de penumbra de un concepto. En todo caso, el concepto de vaguedad sólo se predica con ocasión de la aplicación de un concepto sobre algún aspecto de la realidad. No existen por ello conceptos vagos de forma previa a la confrontación de nuestro aparato conceptual con el mundo. Véase, en este sentido, Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, 1999, pág. 39.

a saber, aquellos casos claros, incluso paradigmáticos, en los que no cabe duda que la regla debe aplicarse, y una zona de penumbra, en la que existen tantas razones para afirmar como para rechazar que la regla deba aplicarse. La determinación absoluta del lenguaje habría de presuponer un mundo caracterizado por un número finito y conocido de propiedades, cuyas combinaciones fueran asimismo accesibles anticipadamente a nuestro conocimiento, lo que resulta evidentemente imposible. Evitar la textura abierta del lenguaje habría de exigir que toda caracterización lingüística tuviera presente todas y cada una de sus posibilidades de aplicación presentes, pasadas y futuras, así como las reales e hipotéticas, esto es, el conocimiento exhaustivo de las condiciones necesarias y suficientes de uso de un término. Pero precisamente en la imposibilidad de anticipar todo el elenco de circunstancias futuras ha de verse el obstáculo fundamental a la pretensión de absoluta certeza: si ello es así, también los propósitos del legislador —del hablante— están relativamente indeterminados.

Desde esta perspectiva, puede decirse que el significado de cualquier término, incluso de aquéllos que calificaríamos como radicalmente descriptivos, por referir a elementos perceptibles por los sentidos, no está a salvo de la vaguedad potencial, y está igualmente condicionado —aunque en menor medida— por tales creencias estándares y valoraciones culturales⁵⁸. El ideal de la absoluta determinación, que habría de convertir al juez en mero aparato subsuntivo, deviene por ello, incluso en el programa de «unas pocas leyes precisas y claras» irrealizable en sus estrictos términos. Precisamente por ello también corre la misma suerte el ideal de la absoluta certeza, incluso en el bello sueño de un derecho penal clásico de corte exquisitamente liberal que nunca realmente existió⁵⁹.

5.2. La vaguedad del lenguaje legal *stricto sensu*: vaguedad por graduabilidad y vaguedad combinatoria

La imposibilidad de reducir por completo y a priori la indeterminación del lenguaje legislativo obedece, como hemos visto, a la misma porosidad del lenguaje. Pero junto a la potencial o posible vaguedad que la textura abierta pueda generar, el fenómeno de la vaguedad alude a la dificultad actual de discernir cuándo y si un hecho concreto resulta caracterizado por una expresión lingüística contenida en la norma. La situación remite en definitiva a la existencia de dudas acerca de si un supuesto determinado está incluido o excluido en el ámbito de aplicación de la norma. Cuando menos definidas y acotadas estén las condiciones de uso de un término, tanto más vago será. Tenemos de esta forma una nueva causa de generación de indeterminación⁶⁰.

⁵⁸ Esta constatación está en la base de las teorías que niegan relevancia a la distinción entre elementos normativos y descriptivos, más bien que relativizan la diferencia entre elementos normativos y descriptivos. Por un lado, y como veremos, todo elemento normativo refiere indefectiblemente a un estado de cosas en el que la valoración vale, tiene en este sentido, también una extensión.

⁵⁹ La taxatividad o determinación de las conductas punibles constituye un presupuesto de la certeza —su presupuesto cualitativo—; el número —cantidad— de preceptos, así como la fluidez de los canales de información su presupuesto cuantitativo.

⁶⁰ Evidentemente que el fenómeno de la indeterminación no se agota en la vaguedad. En este sentido, Hassemer, *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch* (AK), Bd 1, 1990 § 1 Rn. 35 y ss. distingue entre cuatro tipos de indeterminación: Vaguedad, Porosidad, necesidad de complementación valorativa y caracterización por disposiciones (*Die Bezeichnung von Dispositionen*); Rohl, *Allgemeine Rechtslehre*, 1995 § 3 VI distingue entre ambigüedad, vaguedad y porosidad; Wank, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, págs. 25 y ss: vaguedad, porosidad, ambigüedad e inconsistencia.

Tal cosa puede suceder, fundamentalmente en dos supuestos distintos, habiendo ambos merecido la atención de la doctrina⁶¹: la vaguedad debida a la presencia de «propiedades graduables» y la conocida como «vaguedad combinatoria»⁶².

En el primer supuesto, la causa que produce vaguedad consiste en la «presencia, entre las propiedades que definen la aplicabilidad de un concepto, de cualidades de variación continua, las denominadas propiedades graduables». Característico de las mismas es que no cabe establecer un límite cuantitativo claro que permita afirmar la presencia o no de la propiedad exigida, y por tanto de la aplicación o no del término que la contiene. Algunos ejemplos académicos de tales conceptos están representados por las expresiones «calvo», «alto», «rico». La magnitud que debe concurrir para la aplicación del término es intrínsecamente indeterminada: una «cuestión de grado», se dirá, como opuesta a una «diferencia de clase» (cuánto cabello debe haberse perdido para poder calificar a alguien de calvo, cuánto dinero debe tener para ser rico, qué estatura para ser alto, etc.). En tales supuestos, y como advierte Lifante Vidal, la aplicabilidad de los conceptos que presentan este tipo de vaguedad se convierte también, ella misma, en una cuestión de grado: «entre los casos claros de aplicación y los de exclusión no existen límites precisos, sino una área de indeterminación donde existen dudas sobre si el concepto resulta o no aplicable»⁶³. También por tanto en relación con dichos elementos existe un núcleo de certeza, que tiene que ver con aquellos casos que sin duda ingresan en el ámbito de referencia del término, y una área de penumbra⁶⁴, solo que los casos de dudosa inclusión resultan a priori irreductibles, a salvo de una decisión expresa que establezca convencionalmente un límite fijo por encima del cual concurre el término; pero sobre las técnicas de reducción de la indeterminación volveremos más adelante.

En la ya clásica distinción, que arranca de Radbruch y se consolida con Engisch, entre conceptos de clase y conceptos ordenadores («*Klassenbegriff versus Ordnungsbegriff*»), los tipos de delitos operan en orden a la subsunción y fijación del marco penal abstracto como conceptos de clase, en los que sólo es dable una respuesta en términos de sí o no a la aplicación del marco penal. Por el contrario, desde la perspectiva de la determinación judicial de pena, el tipo y sus elementos operan como conceptos en los que es dable establecer subdistinciones, atendiendo fundamentalmente a la mayor o menor gravedad del hecho subyacente. Cuáles sean las diferenciaciones lícitas en el seno de un *Ordnungsbegriff* es algo que no puede ser fijado ontológicamente, sino sólo postulado jurídicamente como una convención⁶⁵: se trata en todo caso de un problema de interpretación de los diversos tipos. Con carácter general, no obstante, sabemos

⁶¹ En el conocido análisis de Williams, «Language and the Law», en *Law Quarterly Review*, nº 61 y 62, págs. 181 y ss., el autor llega a distinguir hasta cinco tipos distintos de términos que presentarían particularidades en la forma de generar indeterminación: a) palabras que indican cualidades de variación continua, b) sustantivos de clase, c) sustantivos que sugieren unidad, d) términos matemáticos, e) palabras inciertas en su referencia temporal. Véanse a su vez otras clasificaciones en Carrio, *Notas sobre el Derecho y lenguaje*, cit., págs. 31 y ss; Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1991, págs. 264 y ss., Gizbert-Studnicki, «Vagueness, Open Texture and Law», en *Archivum Iuridicum Cracoviense*, vol. XVI, Cracovia, 1983, págs. 15 a 22.

⁶² Véase sobre el particular, además de los autores citados en nota precedente, Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, cit., págs. 200 y ss.

⁶³ *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, cit., pág. 204.

⁶⁴ Y entre ambas, como bien advierte algún autor, tampoco existe una línea precisa, cfr. Williams, «Language and the Law», cit., pág. 192.

⁶⁵ La dificultad de establecer esta tarea explica que en ocasiones se califique como infracción contra la prohibición de doble valoración casos en los que juez concreta la pena, por ejemplo, de un homicidio en base a datos del siguiente tenor: «la juventud de la víctima» «persona anciana pero de excelente salud», etc. En estos se produce ciertamente una infracción del *non bis in idem*, pero no de modo directo, más bien por establecerse unas distinciones que el elemento típico «muerte de alguien» no tolera, lo que supone reflejamente, que se ha vuelto a considerar el mero hecho del homicidio como factor de concreción de la pena. La relevancia del *non bis in idem* aparece por ello condicionada por la cuestión relativa a las diferenciaciones lícitas en el seno de un concepto jurídico. En la medida en que ello sea posible, no existirá tal infracción cuando el juez establezca como fundamentos de la determinación de la pena modalidades concretas del hecho punible abstractamente considerado, por tanto, profundizaciones o debilitaciones en la realización gradual de un tipo.

que determinados elementos del tipo son ya, por su uso lingüístico ordinario, susceptibles de tolerar tales especificaciones: son los denominados conceptos graduables («*steigerungsfähigen Begriffe*»), como por ejemplo el peligro o el riesgo en los delitos contra la seguridad en el tráfico, la brutalidad en la acción o las lesiones o en los modos del delito de agresión sexual, la duración del encierro o detención en el delito de detención ilegal; el «mal» constitutivo de delito del delito de amenazas, el importe del daño en los delitos de daños, etc. Es evidente que el peligro puede ser más o menos elevado, una acción más o menos brutal, el tiempo de encierro más o menos largo, el delito con que se amenaza más o menos grave, el importe más o menos elevado, la norma de cuidado infringida más o menos relevante, etc. La presencia de tales elementos graduables posibilita, precisamente por ello, concretar la gravedad del hecho profundizando en las directrices valorativas plasmadas en los diversos tipos delictivos⁶⁶. De lo contrario, o se acude a la caracterización concreta del hecho típico o no queda más remedio que configurar tal «gravedad» con base en criterios generales aplicables por igual a cualquier hecho típico de la clase que fuere, proceder que se sitúa en las antípodas de la aplicación judicial del Derecho como acto de individualización⁶⁷.

Adviértase, no obstante, que la diferencia esencial entre los elementos examinados y los que más arriba hacíamos referencia, radica en que estos últimos pueden seguir operando como conceptos de clase en relación con la tipicidad, por mucho que admitan especificaciones cuantitativas en sede de determinación de pena. Así, una privación de libertad se da o no se da, por mucho que ésta pueda ser más o menos larga. Sin embargo, en los genuinos conceptos de variación continua, tal función exclusiva o inclusiva del tipo depende, ella misma, de una indeterminada magnitud graduable.

⁶⁶ La cuestión aparece estrechamente anudada al problema de la interpretación intensional o extensional de los tipos en el contexto de la determinación de la pena, examinada en páginas precedentes. Para quien conciba los tipos de forma extensional en la determinación de la pena, los criterios de individualización judicial han de resultar necesariamente independientes del tipo. De lo contrario se infringiría la prohibición de doble valoración. Esta es precisamente la posición de Hassemer (*Die rechtstheoretische Bedeutung des Strafrahmens*, págs. 283 y ss.). Partiendo de estas premisas, se pregunta qué contenido y legitimación pueden tener las diferentes especificaciones del hecho en la determinación de la concreta pena. Tal legitimación no podrá deducirse de la mera extensión del tipo que es por definición valorativamente neutra. Contemplado extensionalmente, el tipo aparece, en relación con el marco penal como una proposición jurídica completa, no susceptible de ulteriores concreciones. No queda por ello más remedio que separar continuística y funcionalmente la determinación de pena y la fijación legal del marco penal. De esta forma no se contempla la determinación de pena como la continuación de una tarea iniciada por el legislador en la determinación del marco penal. Ello supondría, según el autor, realizar una función que el legislador ya ha efectuado de modo completo en la fijación del marco penal: la determinación de lo injusto y la culpabilidad del hecho. Ambos elementos no podrán por ello desempeñar ninguna función en la determinación judicial de la pena. Más bien, sus criterios serán de «Merecimiento de pena», acerca de cuyo contenido y legitimidad de utilización el autor nada señala. Según el autor, la ratio genuina de la prohibición de doble valoración consistiría en excluir la antijuricidad y culpabilidad como fundamentos de la determinación judicial de la pena.

La mayor parte de la doctrina alemana sostiene por el contrario, que aquellos fundamentos que son determinantes que «sí» de la pena, han de serlo también de su *quantum*. Cfr. Gössel, en recensión a Bruns, JA n° 74 pág. 781: «Der Realgrund bestimmt die Strafe ganz und ungeteilt. Es sind deshalb verschiedene Realgründe für das Ob» und Wie der Strafe nicht denkbar. Jede Begründung des Wie der Strafe ist zugleich eine des Ob derselben. Con carácter general, sobre la vinculación entre presupuestos de pena y medida de ésta, vid., Gallas, W.: *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, en ZStW 80, pág. 3; Kaufmann, Arth.: *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldprinzips im Strafrecht*, JZ 67, pág. 558.

⁶⁷ Con ello no queremos decir que la individualización judicial de la pena sea meramente individualización. Ciertamente, la concreción de los elementos del tipo propuesta operará también de forma uniforme y generalizadora, lo que no es sino que un imperativo del principio de igualdad. Pero adviértase que este proceder, frente al que pretende establecer la gravedad del hecho por igual para toda realización típica, tiene la ventaja de permitir al juez orientarse por consideraciones de prevención general, según las pautas que con carácter genérico ha tenido ya en cuenta el legislador en la creación del marco penal. Por ejemplo, si la mayor duración de quince días de encierro es relevante para la imposición de un marco agravado en el delito de detención ilegal, tomar en cuenta la duración de un año —para concretar la pena dentro de ese marco—, supone cabalmente, orientarse por las mismas consideraciones que han guiado ya al legislador. Sólo retornando —especificándolos cuando sea posible— a los puntos de vista valorativos que ha utilizado el legislador, es posible operar con consideraciones preventivo-generales calculables y seguras. De lo contrario, la apelación a la prevención general con base en circunstancias no previstas en la ley, y que pretendidamente conciernan a la «mayor gravedad del hecho» aboca a una determinación judicial incontrolable e irracional.

Los efectos de ello son evidentes: cuando tal concepto se utiliza bien para definir un tipo básico, bien para establecer un tipo cualificado, una diferencia de grado —inespecífica— se convierte en una diferencia de clase —tipicidad o atipicidad /tipo básico/ tipo cualificado—⁶⁸. Tal cosa sucede, en múltiples casos (notoria importancia como tipo cualificado del delito de tráfico de drogas; «gravedad» de las imprudencias constitutivas de delito, «grave perjuicio» para el medio ambiente en los delitos contra la flora y la fauna o en los incendios en zonas no forestales, y un largo etcétera).

En cuanto a la vaguedad combinatoria, ésta se produce, siguiendo a Hospers, cuando «no hay ningún conjunto definido de condiciones que gobierne la aplicación de la palabra. A la palabra le falta precisión porque no hay ningún conjunto de condiciones (...) que nos capacite para decidir exactamente cuándo ha de ser usada la palabra. No hay un conjunto de condiciones cada una de las cuales sea necesaria y que conjuntamente sean suficientes para la aplicación de la palabra al mundo»⁶⁹.

La vaguedad combinatoria se produce en el lenguaje natural dado que no está determinado respecto de todas las cualidades que se vinculan a un concepto, si éstas son elementos del mismo concepto o se trata de otras cualidades que se hallan necesariamente vinculadas a la realización de aquél. En otros términos, no está determinado qué es lo que constituye la «esencia» del concepto y qué elementos son, por el contrario, meramente accidentales⁷⁰.

Estas son, en esencia las dos fuentes principales de indeterminación semántica con las que ha de arrostrar el legislador, aunque no las haya querido o deseado, y que se presenta así como un límite objetivo a las posibilidades de realización de un programa de máximos en cuanto a taxatividad de la ley penal.

Las fuentes de indeterminación semántica ya analizadas pueden ser caracterizadas como hipótesis de indeterminación «periférica», no directamente pretendida por el legislador —aunque también podría ser buscada—. Junto a esta aparece una *indeterminación intencional*, que vendría a caracterizarse por la pretensión de dejar un margen de discrecionalidad a órganos inferiores —bien al aplicador del derecho o bien a otras instancias—. Como señala Hart, existen determinadas áreas de conducta que, debido a sus características, requieren un mayor grado de indeterminación. Lo que en estos casos ocurre es que se quiere dejar un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera que es imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión. En tales casos, la indeterminación operaría prácticamente como una «delegación de poder a las autoridades inferiores para que especifiquen las pautas señaladas por las autoridades superiores»⁷¹.

En la idea de delegación, explícita o implícita, cabe ver el común denominador de determinadas cláusulas tradicionalmente expresivas de un grado fuerte de indeterminación, sea ésta en favor del juez, o bien en favor de otras instancias.

6. INDETERMINACIÓN INTENCIONAL. SOBRE LOS LÍMITES QUE EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD IMPONE

Un lingüista definiría la vaguedad del lenguaje como *rasgo pragmático consistente en vehicular menos información de la que demandan ciertas reglas vigentes para la*

⁶⁸ La cuestión conecta con la paradoja de la vaguedad o de «sorites». Paradoja que consiste en que la aplicabilidad de los conceptos afectados por este tipo de vaguedad no resultaría afectada por cambios pequeños (así, si a un montón de arena le quitamos un grano, sigue siendo un montón), pero sin embargo los cambios grandes, que sí afectarían a dicha aplicabilidad pueden construirse a partir de cambios muy pequeños (quitando «n» granos de arena al montón). Sobre dicha paradoja, véase Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, 1997, pág.108-125.

⁶⁹ Hospers, *Introducción al análisis filosófico*, trad. J.C. Armero, Madrid, 1984, pág. 96.

⁷⁰ Ejemplos; ¿Qué connota esencialmente un «domicilio», una «ocupación», una «construcción», etc.?

⁷¹ Lífante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, cit., págs. 218 y 219.

práctica del habla. ¿Qué información demandan los usuarios del derecho penal para la aplicación del *ius puniendi*? Resolver esta pregunta no es tarea fácil, no sólo resulta ambigua la utilización del término «usuarios» en este ámbito, sino que definitivamente, la misma idea de determinación resulta, paradójicamente, indeterminada⁷². Tal indeterminación puede operar en dos planos distintos. En primer lugar, y en tanto que concepto funcional, las exigencias de determinación resultarán diversas según se pretenda: a) garantizar que sólo el legislador va a decidir sobre la punibilidad de determinadas conductas —reserva de ley en materia penal—; b) garantizar que el ciudadano podrá conocer aquello que resulta penalmente prohibido —o prescrito— y qué consecuencias acarrea la comisión de tales hechos —garantía de certeza subjetiva—; c) garantizar la previsibilidad objetiva de las consecuencias jurídicas de determinadas conductas —certeza objetiva, o subjetivamente orientada al experto; d) garantizar la seguridad jurídica frente a la arbitrariedad del aplicador del Derecho. Aun cuando todas estas pretensiones participan de un mínimo común denominador, es obvio que dependiendo de la función asignada al mandato de determinación los niveles de taxatividad serán distintos en uno u otro caso. De ahí la necesidad de aclarar el fundamento o los fundamentos de tal principio. De ahí también la utilidad de aclarar, supuesta, como aquí se hará, su «polifuncionalidad», qué principios fundadores deben prevalecer.

Probablemente, ningún fundamento se conecte de forma tan intuitiva y evidente con el mandato de determinación como el de la certeza subjetiva. Cuanto más precisa e inequívoca resulte la previsión legislativa, tanto más «cierto» será, correlativamente, el conocimiento del derecho, tanto para el ciudadano llamado a cumplirlo —norma primaria—, como para el juez llamado a aplicarlo —norma secundaria—. Se erige así a la certeza en fundamento lógico-racional del principio, y por ello mismo en fundamento primario de la taxatividad, por mucho que ésta, además, constituya una cláusula de cierre de la necesaria legitimación democrática de la materia penal —reserva de ley—.

La función prioritaria del principio de taxatividad consistiría así en permitir al ciudadano, a partir del texto de la ley vigente, conocer con antelación qué comportamientos resultan prohibidos y con qué penas, pudiendo anticipar las consecuencias penales de sus posibles acciones u omisiones.

Y sin duda que esta idea resulta plenamente acorde con la visión antropológica del hombre ilustrado, respondiendo al sentido originario del principio como hijo del iluminismo: un ser «racional preocupado por el conocimiento de las normas que rigen su conducta, normas expresadas en las leyes; el hombre preocupado por la cosa pública, consciente de que el Estado es simplemente la suma de las voluntades de sus miembros, junto con el concepto de ley que en esta época revolucionaria se poseía, a saber, la ley como expresión suprema de la razón»⁷³. El dato de que, además, la irrupción del principio de legalidad no tuviera en todos los países de Europa la impronta democrática que tuvo en Francia, gracias a la revolución, pudo acentuar esta dimensión fundadora de la taxatividad, relegando a un segundo plano el fundamento político-representativo⁷⁴. Como instrumento imprescindible de la previsibilidad y la calculabilidad del Derecho, el principio de taxatividad suponía, ante todo, una autolimitación del *ius puniendi* estatal, expresiva de la renuncia del Estado a una realización integral de las necesidades político-criminales o de defensa social —en aquella época: de la Justicia—, para anteponer a aquéllas el riguroso respeto de la libertad individual. En tal apuesta no cabía ver sólo —aunque también— el eco de un planteamiento utilitarista, característico de la histórica desconfianza del liberalismo

⁷² Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen* cit., pág. 188.

⁷³ Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, cit., págs. 8 y 9, con abundantes referencias doctrinales.

⁷⁴ En efecto, tal cosa sucedió en Alemania, donde el principio de legalidad vino a reforzar el poder absoluto de los príncipes. Sobre la diferencia de los procesos en Francia y Alemania, por todos, Kohlmann, *Der Begriff*, cit. Págs. 166 y ss, se hace eco de esta particularidad, entre nosotros, Madrid Conesa, op., ult., cit., pág. 10.

hacia las verdades absolutas; la reacción en suma ante los peligros de un sistema jurídico que se propusiese la integral realización de la justicia. Con ser ello cierto, se trata también de la cristalización del específico *ethos* del liberalismo, que concibe al individuo —cuya defensa asume, prioritariamente frente al Estado y la Sociedad— como portador de un valor moral autónomo y originario: la dignidad, que impone ser tratado como fin en sí mismo y no como medio para la realización de necesidades sociales.

En tal contexto, la certeza asume un *valor absoluto, no subordinado*, precisamente por que en la cosmovisión del liberal, la fuente primordial de desconfianza, el *leviathan*, es el poder político. Pero pese al cambio de circunstancia jurídico-políticas, y fundamentalmente de concepción del hombre, la fundamentación de la que fue denominada «la libertad de los modernos», la seguridad al abrigo de la ley, sigue constituyendo el principal punto de vista actual: en tal perspectiva hay que situar las opiniones de quienes ven en dicha garantía la expresión de la tutela de la confianza, la previsibilidad y la calculabilidad del Derecho penal.

Pero ni la sociedad actual es la propia de fines del diecinueve, ni la imagen del hombre es la misma. La imagen utópica del ciudadano conocedor de los límites legales de su libertad, dentro de los cuales está a salvo de las injerencias del Estado, ha sido paulatinamente sustituida por la del ciudadano que ya no percibe al Estado como la fuente principal de riesgos, sino todo lo contrario: como el destinatario de crecientes demandas de seguridad en una sociedad que es, ella misma, fuente de riesgo. Frank pudo decir, que la certeza no era más que un mito que individuos inmaduros habían creado para satisfacer este deseo típicamente infantil mediante el «descubrimiento del padre», identificado ingenuamente con la *lex certa*⁷⁵. Hoy podríamos añadir que la identificación se ha trasladado al propio Estado, fruto inexorable de la evolución del Estado social y democrático de Derecho.

Que en tal contexto la certeza deje de ser percibida como un valor absoluto, es fácilmente comprensible: la certeza sirve a la seguridad jurídica, y ésta ya no se entiende por muchos como «seguridad de orientación» sino como «seguridad de protección»⁷⁶. Ambas son sin duda dimensiones de la seguridad jurídica, y a decir verdad la doctrina penalista, salvo excepciones, ha identificado seguridad jurídica exclusivamente con el interés en el mantenimiento de una esfera libre de actuación estatal, relegando a un segundo plano el interés que tienen los ciudadanos en que se realice el derecho. Pero previo al análisis de los intentos de contemporizar las exigencias de certeza con otros intereses, es preciso constatar los diversos significados atribuidos a la expresión certeza, por que permiten evidenciar una evolución de dicho concepto, inicialmente anclado en la idea de previsibilidad y que cada vez más aparece objetivado hasta fundirse, según algunas propuestas doctrinales, en el concepto de interdicción de la arbitrariedad o garantía de objetividad.

Si en las concepciones originarias la certeza presuponia conocimiento actual de la norma⁷⁷, bien pronto se llegará a concluir que la taxatividad no puede erigirse en garantía de verdadera certeza, de efectivo y real conocimiento de la norma, sino más bien de «cognoscibilidad objetivamente verificable, y por ello, cierta»⁷⁸. La cognoscibilidad de la norma se resuelve así en una relación potencial entre su mensaje prescriptivo y el destinatario de la misma: el ciudadano. Una norma es taxativa, satisfaciendo por tanto la certeza, cuando de acceder a ella el ciudadano puede comprender de modo suficientemente preciso qué conducta prohíbe o prescribe y con qué pena. Pero la certeza entendida como «posibilidad de conocimiento» abre el camino a una objetivización todavía mayor, muy influida por lo demás por el conocido problema del

⁷⁵ Frank, *Law and the modern mind*, New York, 1963, pág. 20

⁷⁶ Véanse sobre ambas dimensiones de la seguridad jurídica, Germann, *Methodischen Grundfragen*, Basel, 1946, pág. 61; Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich, 1964, págs. 334 y ss.

⁷⁷ Véase, con referencias al planteamiento, de Silvela y otros autores, Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, cit., pág. 11.

⁷⁸ Cfr. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., pág. 54.

Adressatennorm («destinatario de la norma») que ya pusiera de manifiesto M.E. Mayer. Como es sabido, Mayer rechazó enérgicamente la posibilidad misma de previsibilidad, a partir de su teoría de las normas de cultura. Para el autor, el pueblo no tiene posibilidades de acceder al conocimiento de la ley; no es sólo que no acceda a los boletines oficiales o textos legales, es que en caso de hacerlo no podría comprender su significado dada las características del lenguaje jurídico, muy alejado del lenguaje común sin llegar a constituir un lenguaje ilocucionario. Pero del mismo modo en que el pueblo no sabe nada de la ley, tampoco la ley sabe nada del pueblo: en el marco de este desconocimiento mutuo, la publicación constituye simplemente una ficción al servicio del «error iuris nocet»; la expresión en definitiva de un ficto conocimiento imprescindible para asegurar la vigencia real de la norma. La verdadera comunicación se produce entre la norma de cultura y el ciudadano. El pueblo tiene una imagen aproximada de lo que constituye delito, precisamente por que el injusto criminal es un producto cultural que el Estado se limita a seleccionar, reconocer y proteger jurídicamente, pero que le precede⁷⁹. Junto a estas normas jurídicas nacidas de las normas de cultura, aparecen otras únicamente creadas por el Ordenamiento Jurídico, que no tutelan ningún interés cultural, sino puros intereses administrativos, indiferentes culturalmente. Así afirmará que el injusto criminal es injusto en virtud de la ley y de su nocividad cultural, mientras que el injusto policial lo es sólo en virtud de la ley⁸⁰. De tal modo que no corresponde un contenido de valor igual a lo que denomina los delitos *justiciales*⁸¹ que a las infracciones administrativas (finalizadas a la consecución del bienestar).

Si efectivamente el legislador estuviese interesado en que los ciudadanos conociesen realmente las leyes, habría de utilizar un lenguaje distinto, mucho más parecido al lenguaje común, pero probablemente el precio a pagar por el uso del lenguaje vulgar, sería, precisamente, una mayor inseguridad jurídica⁸². El uso de términos del lenguaje común podría, en efecto, redundar en una mayor vaguedad, al carecer de las notas de especificidad del lenguaje jurídico⁸³. Precisamente por ello no han faltado autores que refieren la cognoscibilidad no al ciudadano, sino al jurista. En tal caso la certeza se objetiviza aún más: las leyes han de ser determinadas para los operadores jurídi-

⁷⁹ Mayer, «Rechtsnormen und Kulturnormen», en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 50, Breslau, 1903, (tomado de Mattes, cit. pág. 170).

⁸⁰ Mayer, op., cit., pág. 115. La tesis de Mayer supone un cierto distanciamiento de la doctrina del derecho natural (pese a seguir vinculado a consideraciones de principio, como la fundamentación del derecho en datos preestatales, y la contraposición Estado-Sociedad), pues señala que el injusto es un producto cultural, que no natural. Así señalará que no hay injusto en sí, sino que todo injusto lo es en virtud de una ley, sólo que en el caso del injusto criminal no sólo lo es en virtud de ella, sino también por su contradicción con las normas de cultura. Vid., sobre este punto Mattes, op., cit., pág. 171. Aparece, pues, en el autor, una clara toma de posición contraria a las tesis iusnaturalistas, del «mala in se», de los autores clásicos italianos. La relatividad del concepto de lo «culturalmente relevante», condicionada histórica y geográficamente, así como la distinción entre «Moral» y «Cultura» (op., cit., pág. 116 y 117), avalan este distanciamiento. Para Mayer, la ley se dirige al juez, no al ciudadano, éste último es sólo aparentemente el destinatario de la norma, puesto que en realidad no podrá nunca conocerla adecuadamente, ni adecuar su conducta a ella por el sólo hecho de estar promulgada y publicada (op., cit., pág. 6 y ss). Por ello, para legitimar su fuerza vinculante, incluso frente al ciudadano, precisa de una justificación, y ésta viene dada por la vinculación y armonía entre las *Rechtsnormen* y las *Kulturnormen*, a través de éstas últimas el ciudadano conoce el contenido de aquéllas (op., cit., pág. 14 y ss.).

⁸¹ Mayer abandonará la expresión derecho penal criminal por la de derecho penal de justicia; del mismo modo en lugar de «derecho penal de policía» adoptará la expresión «derecho penal administrativo» (Mattes, op., cit., pág. 172), lo que se explica por la superación de los fines clásicos del Estado de policía en el tránsito al Estado del bienestar.

⁸² Ya Krüger, *Der Adressat*, cit., págs. 91 y ss; Noll, *Gestezgebungslehre*, cit., págs. 244 y ss.; Lemmel, *Unbestimmte*, cit., pág. 150 y ss.

⁸³ Pues ciertamente, el lenguaje técnico jurídico está mejor pertrechado de materiales semánticos y *standards* de individualización de los significados que los enunciados normativos. Todo ello en el bien entendido de que la distinción entre lenguaje común y lenguaje jurídico resulta también vaga e indeterminable, y por tanto variable y contingente, sobre el problema de la conexión entre lenguaje jurídico y lenguaje ordinario, por todos, Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Nápoles, 1990, págs. 308 y ss; Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milan, 1990, págs. 225 y ss.

cos⁸⁴. La posición no deja de resultar coherente si se rechaza la posibilidad de fundar, empírica y dogmáticamente, que el ciudadano sea el efectivo destinatario de la norma penal.

Un último paso en esta dirección consiste en tratar de fundamentar el mandato de determinación, directamente, bien en el principio de objetividad⁸⁵, bien en la protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial⁸⁶. Para Roxin, la objetivización de dicho concepto de certeza no deja de ser una manifestación más de una misma concepción del objetivo de asegurar mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad⁸⁷. Que dicha referencia resulta imprescindible parece evidente: siendo la certeza un postulado no exclusivo del derecho penal, sino del Derecho en su conjunto⁸⁸, tal principio regulativo no podría dar cuenta de la específica exigencia de determinación en derecho penal. Por ello se ha podido decir que sólo en atención a otros valores —la libertad, por ejemplo—, podría entonces justificarse en principio alguna de cuyas interdicciones resultan ampliamente admitidas en otras ramas del derecho, como sucede singularmente con la prohibición de analogía⁸⁹. Con todo, ningún inconveniente existe en señalar que el principio de determinación sirve también a la certeza del derecho penal, sólo que dada la especial injerencia de sus consecuencias jurídicas, es particularmente necesario asegurar todavía un mayor grado de certeza por medio de una mayor taxatividad, también obviamente instrumental a la tutela de otros derechos. Pero como veremos, tal idea está en la base de aquellas propuestas que estiman la posibilidad de graduar las exigencias del principio de taxatividad, también dentro del Derecho penal, atendiendo a la gravedad de las sanciones previstas.

La paulatina objetivización del entendimiento de la certeza, abre sin duda la puerta a consideraciones de compatibilidad también con otros valores constitucionalmente protegidos, como a continuación veremos. No necesariamente implica una menor exigencia de determinación, pero sí supone el establecimiento de límites diversos —mayores o menores según los casos— que los que expresaría el concepto de certeza subjetiva a la hora de constreñir al legislador en su tarea de redacción de los tipos penales.

Por principio, pudiera parecer que una taxatividad que sirva a la evitación de la arbitrariedad en la aplicación del derecho puede permitirse márgenes de flexibilidad mucho mayores que aquélla que supuestamente pretenda servir a la previsibilidad subjetiva de los ciudadanos. Y ciertamente, la objetividad queda a resguardo cuando la propia ley penal ofrece puntos de apoyo sólidos para un adecuado desarrollo continuador del derecho a realizar por el juez penal. Sin duda, han sido consideraciones ancladas en una configuración objetiva de la certeza las que han permitido a la doctrina aceptar la relativa indeterminación de los tipos penales, mediante el empleo de elementos valorativos o cláusulas necesitadas de complementación, siempre que el precepto penal ofrezca un marco de regulación cuya concreción pueda seguir considerándose interpretación de la propia ley. Se trata entonces de garantizar que la ley penal cumpla su cometido de constituir el fundamento determinante de la punibilidad —suficiente determinación⁹⁰. «Un precepto penal será suficientemente preciso

⁸⁴ Así, Class, *Generalklauseln*, cit., pág. 138; Woesner, «Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze», en *NJW* 1963, pág. 273.

⁸⁵ Así, Gründwald, *Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege*, *ZstW* 76 (1964), págs. 14 o ss.; o Jakobs, *Derecho Penal*. PG.

⁸⁶ Así, Krey, *Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht*, 1977, págs. 206 y ss.; Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, págs. 156 y ss.

⁸⁷ Roxin, *Derecho Penal*, PG, cit., pág. 145.

⁸⁸ Véase el fundamental trabajo de Bobbio, «La Certeza del diritto é un mito?», en *Riv. Intern. Fil. Dir.*, 1951, págs. 150.

⁸⁹ Así, Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva*, cit., pág. 98

⁹⁰ «Das Strafgesetz kann seine Aufgabe, massgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein, nur dann erfüllen, wenn es sowohl die kriminalisierte Tat wie auch deren Folgen mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt» Stree, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., n. 17 al pár.1, pág. 24. (Palazzo, *Il*

y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación», así resume Roxin la idea fuerza que fluye de esta perspectiva⁹¹. Cuando tal cosa sucede, puede verse en la ley una efectiva limitación del *ius puniendi* que proteja al ciudadano de la arbitrariedad. La conciliabilidad del mandato de determinación con las cláusulas generales, fundamentalmente los «conceptos necesitados de complementación valorativa», dependerá, desde esta perspectiva, de si en el caso concreto es posible reconocer, partiendo del contexto de la regulación, un cometido valorativo preciso que permita desarrollar objetivamente su concreción por el juez⁹². Probablemente fuera posible una determinación de la punibilidad más precisa en algunos casos, pero cuando ello se efectúe al precio de desplazar al máximo la línea que trace su frontera —recuérdese que restringir no es lo mismo que precisar—, será inevitable volver a excluir los casos no merecedores de pena por medio de valoraciones ahora no expresadas en la ley⁹³. Un ejemplo aclarará tal afirmación: si el legislador, decidiera, por imprecisa, prescindir de la referencia subjetiva de la «finalidad de atentar contra la paz pública» en el delito de desórdenes públicos, inevitablemente el juez debería recuperar dicho criterio valorativo para excluir la relevancia penal de determinadas conductas, so pena de colisión con el ejercicio legítimo de los derechos de reunión y manifestación⁹⁴. Una concepción objetiva de la certeza tiene por ello la ventaja de que, si bien permite tipicidades que *ex ante* se muestran más incomprensibles para el ciudadano desde una perspectiva subjetiva —previsibilidad—, permite fórmulas de mayor previsibilidad objetiva, redundando, desde ambas, perspectivas, en una mayor seguridad para aquél. Además, y como será posteriormente desarrollado, una perspectiva objetiva de la certeza está en mejores condiciones de reconocer el inevitable papel de la jurisprudencia en la generación de certeza, y de justificar por ello mecanismos tendentes a dotarla de mayor estabilidad y previsibilidad.

Pero la objetivización de la certeza, como dijimos, puede propender —ahora a la inversa— a rebajar exigencias de determinación. En efecto, tal y como se señaló puede hablarse de una certeza entendida en sentido subjetivo, correlato del principio de confianza entendido en clave psicológico-individual, y de una certeza en sentido objetivo, que se correspondería con un entendimiento del principio de confianza en clave más normativa o institucional. La primera puede ser entendida como cognoscibilidad de la norma primaria por parte del ciudadano; la segunda, como seguridad de que a determinadas acciones o situaciones les corresponde invariablemente determinadas consecuencias jurídicas⁹⁵.

La certeza constituye uno de los pilares de la seguridad jurídica, cuyos otros componentes esenciales son la estabilidad de las normas, la uniformidad del tratamiento jurídico y la efectiva imposición de las consecuencias jurídicas a los hechos relevantes⁹⁶.

principio di determinatezza nel diritto penale, cit., pág. 68, recogiendo una idea de Dando, *Das Legalitätsprinzip*, cit., pág. 41.).

⁹¹ Op., ult., cit.

⁹² Véase en este sentido las obras de Lemmel (1970), págs. 180 y ss y SCHROTH (1992), pág. 108 citadas en la bibliografía.

⁹³ Acertadamente, Roxin, *Derecho penal*, PG, cit., pág. 171: Se trata por lo demás de la conocida crítica de Lemmel, op. ult. cit., págs. 100 y ss. a aquellas propuestas que ven la inconstitucionalidad del empleo de cláusulas generales siempre que le sea posible al legislador una redacción legal más precisa. En similar sentido, Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, cit., págs. 33 y ss.

⁹⁴ Véase García Albero, en: Quintero (dir.) / Morales / Valle (coord.) / Prats / Tamarit / García Albero, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2001, 2. ed., págs. 2180 ss.

⁹⁵ Cabe distinguir entre una certeza *a parte subiecti*, entendida como cognoscibilidad de la norma primaria por parte del sujeto agente, y el aspecto de la certeza *a parte obiecti*, entendida como seguridad de que a determinadas acciones o situaciones les corresponde, invariablemente determinadas consecuencias jurídicas. Así, Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penales*, Padova, 1979, cit., pág. 55. La distinción es manejada por Shreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege*, Frankfurt, 1976, pág. 215.

⁹⁶ Fundamental al respecto, Bockelmann, *Einführung in das Recht*, München, 1975, pág. 59.

La estabilidad es la relativa identidad en el tiempo, y por la relativa constancia en el tratamiento jurídico de un mismo supuesto de hecho. La uniformidad consiste en una relativa identidad en el espacio, con relación a varios órganos judiciales⁹⁷. En tal contexto, si un componente esencial de la certeza es la estabilidad, éste último valor instrumental no puede ser eficazmente asegurado mediante el empleo de fórmulas legales excesivamente rígidas, por cuanto que al revelarse incapaces de atender a los rápidos cambios típicos de las sociedades modernas, generarían una peligrosa fractura con la conciencia social, con las exigencias de tutela jurídica, con el «interés de protección» (*Schutzinteresse*) que también constituye un elemento esencial de la seguridad jurídica. Ello exigiría de una incesante y continua actividad de innovación legislativa sobre una legislación de una casuística agotadora, que probablemente tampoco condujera a la certeza del Derecho. En efecto, las repetidas y frecuentes intervenciones legislativas, a parte de la incertidumbre que puedan suscitar —sobre todo cuando se producen problemas de abrogación tácita— sobre cuál sea la normativa vigente en una determinada materia, provocan en el corpus jurídico mutaciones más repentinas y bruscas de cuanto podría acontecer si, por medio de fórmulas elásticas, la misión de adecuación de la norma al cambio social fuese confiada a la elaboración jurisprudencial o doctrinal⁹⁸.

Las exigencias de una certeza individual a partir del texto de la propia ley pueden entrar, por tanto, en tensión con las exigencias de la estabilidad de esa misma ley como componente, también imprescindible, de la seguridad jurídica. Pero a su vez, las exigencias de la certeza individual entran, no pocas veces, en conflicto con otros valores. La objetivación apuntada de la certeza, permitirá someter al principio de taxatividad también a diversas graduaciones dependiendo del interés en juego preponderante.

Así, han sido muchas las propuestas hechas en la doctrina alemana tendentes a contemporizar las exigencias derivadas del mandato de determinación con otras exigencias también constitucionalizadas. Así, para Seel, el mandato de determinación no está a salvo de la «reserva general de comunidad» que limita todos los derechos fundamentales. La pretensión absoluta de vigencia del principio, si bien podía justificarse en el Estado liberal de Derecho, no podría seguir sosteniéndose en un modelo de estado que ha abandonado el individualismo a ultranza, y que parte de un concepto de libertad relacionada socialmente. Un Estado material, que no sólo formal de Derecho, tiene por finalidad también la realización de la justicia. Así las cosas, el autor propone operar del siguiente modo frente a las leyes penales: en primer lugar examinar si la disposición cumple con las exigencias de seguridad jurídica desde la perspectiva de la previsibilidad individual, esto es, si puede conceptuarse a la ley como ley taxativa en su originario sentido —liberal—. Si no fuera el caso, no por ello la ley deja de ser constitucional: se tratará entonces de examinar si esta quiebra de la seguridad jurídica resulta obligada en aras a la exigencia de la justicia o el bienestar general⁹⁹. En parecidas coordenadas se sitúa la propuesta de Lenckner, para quien la indeterminación sólo es válida cuando se justifica por intereses de la justicia de forma comprensible, a la luz de los principios de fragmentariedad e igualdad ante la ley penal¹⁰⁰. Pero con razón se han rechazado tales propuestas: como advierte Roxin, no puede sostenerse que los conceptos necesitados de complementación valorativa sean admisibles sólo si los intereses de una justa resolución del caso concreto priman sobre el respeto al interés por la seguridad. Los puntos de vista de la justicia y de la necesidad de pena deben tenerse en cuenta dentro de los límites trazados por el principio de legalidad, pues en caso contrario se renuncia simple y llanamente al principio. Es indiscutible

⁹⁷ Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., pág. 58.

⁹⁸ Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., pág. 68, recogiendo una idea de Dando, *Das Legalitätsprinzip*, cit., pág. 41.

⁹⁹ Seel, *Unbestimmte*, cit., págs. 109 y ss; 119 y ss. y 126.

¹⁰⁰ Lenckner, *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz nullum crimen sine lege*, JuS 1968, págs. 249 y ss.

que ante cualquier tipo del Código penal siempre podrán aducirse puntos de vista de justicia material que permitan relativizar la exigencia de determinación¹⁰¹. Puede perfectamente afirmarse que un Estado material de derecho, precisamente por que propende a la tutela de intereses individuales, puede tener por objeto la total seguridad jurídica formal.

Pero pese al rechazo frontal a aquellos planteamientos que admiten la posibilidad, *in genere*, de salvar la constitucionalidad de un precepto indeterminado siempre que prevalentes exigencias de justicia material lo justifiquen, en la práctica tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia de los TC europeos admiten amplias excepciones a la estricta determinación de la ley penal, fundadas en la idea del interés preponderante. Que ello responda tanto a una devaluación del clásico valor certeza, cuanto a su objetivización, me parece, a la vista de lo expuesto, bastante evidente.

En efecto, para empezar, resulta ampliamente admitido que la efectiva satisfacción del principio de taxatividad depende en primer lugar de la naturaleza de la materia a regular, esto es, de la «posibilidad de una descripción precisa del hecho»¹⁰². Por principio, la renuncia obligada a la taxatividad atendida la imposibilidad de alcanzarla, *manifiesta la preponderancia del interés de tutela de determinados bienes sobre la protección de la confianza individual*. Si efectivamente, como se afirma, los puntos de vista de la justicia y necesidad de pena han de atenderse dentro del límite representado por el principio de legalidad, y éste incorpora necesariamente la garantía de taxatividad, entonces lógico sería concluir que en tales casos, la imposibilidad de precisión habría de llevar, necesariamente, a renunciar al Derecho penal como técnica de tutela, en favor de otras ramas del ordenamiento jurídico¹⁰³. Esta idea está —expresa o implícitamente— en la base de buena parte de las conocidas teorías diferenciadoras sobre la ilicitud penal y administrativa¹⁰⁴, y resulta por lo demás trasladable a otras técnicas de tutela, como por ejemplo la civil, que habría de revelarse por ello, al menos desde la perspectiva que examinamos, más respetuosa constitucionalmente con la protección de bienes jurídicos en los que resulta inviable una tipificación precisa de sus formas de ataque (v.g. honor)¹⁰⁵. Algún autor ha señalado con razón que la falta de determinación constituye un buen criterio para observar si se ha respetado o no el principio de ofensividad y sobre todo fragmentariedad. Pues en efecto, una imprecisión tipificadora puede responder al desconocimiento, por parte del legislador, sobre lo que en *realidad desea tutelar y frente a qué ataques*.

A esta idea no escapa incluso aquel sector de la doctrina que se muestra crítico con la posibilidad de someter a ponderación al principio de taxatividad, por posibilitar una relativización inadmisibles del principio. Pues en efecto no basta desde una supuesta prevalencia absoluta del principio, con sostener que el legislador debe aplicarse para lograr la máxima precisión posible. Según esta perspectiva, la mayor o menor determinación ha de medirse dependiendo de los recursos a disposición del legislador para proceder a una redacción legal más taxativa. En la conocida propuesta de Kohlmann, la exigencia de determinación recogida en el artículo 103 II GG obliga al legislador, a emplear, en la formulación de los tipos penales, elementos descriptivos siempre que sea posible, dada la mayor facilidad de comprensión. Cuando dichos elementos descriptivos carezcan de su fijeza habitual, el legislador deberá

¹⁰¹ Madrid Conesa, *La legalidad*, cit., pág. 111, acogiendo la crítica de Nickel.

¹⁰² Sobre el particular, Süß, «El trato actual del mandato de determinación», cit., pág. 224; Eser, en Schönke/Schröder, nm. 21 al parágrafo 1.

¹⁰³ Sin excluir el derecho administrativo sancionador, lo que a la postre resultaría también la concreción de una ponderación de intereses: a la menor gravedad de la sanción administrativa podría corresponderle una rebaja en las exigencias del mandato de determinación.

¹⁰⁴ Véase, García Albero, *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías diferenciadoras de ilícitos*, cit., págs. 295 y ss.

¹⁰⁵ Sobre las propuestas despenalizadoras en materia de injurias, por todos, Morales Prats, *Adecuación social y tutela penal del honor*, CPC (1988).

aclarar su significado para lograr una mayor precisión. Sólo cuando no sea posible utilizar, ni siquiera mediante añadido aclaratorio, un elemento descriptivo, podrá utilizarse un elemento normativo. Ahora bien, según el autor existen dos grupos diferenciados de elementos normativos, por un lado los elementos *normativos cerrados*, cuyo grado de indeterminación es relativamente bajo por remitir a complejos normativos bien asentados, y los elementos *normativos abiertos*, que o bien remiten en realidad a un contexto extrajurídico (moral, valorativo), o bien a un contexto jurídico impreciso (así el concepto de documento). En esta línea, el legislador sólo podrá recurrir a estos últimos elementos normativos cuando resulte inevitable su utilización, y aún así deberá o bien definir legalmente su significado o utilizar el método ejemplificador en caso excepcional¹⁰⁶. Aun con todas las restricciones impuestas, y dejando ahora a un lado la viabilidad de tal propuesta¹⁰⁷, la misma no logra ocultar que es por principio admisible una mayor indeterminación como última ratio, cuando lo coherente sería postular la inadecuación del Derecho penal en caso de no ser posible la certeza. En definitiva, sólo la *idea de ponderación permite justificar el tránsito de la máxima certeza a la máxima certeza posible*: ésta puede ser, simplemente, la incerteza —aunque se la menor posible—, vista la textura del «bien jurídico» cuya tutela penal se estima, no obstante, imprescindible.

Resulta por ello ampliamente admitida la necesidad de observar también una relación de proporcionalidad entre la necesidad de tutela del bien jurídico por un lado y la afectación al principio de taxatividad¹⁰⁸.

Esta es por lo demás la posición sostenida por nuestro Tribunal Constitucional en la célebre sentencia 62/1982, y que expresa a las claras la real eficacia limitadora del principio, una vez se lo somete a la cláusula de la posibilidad y al principio de ponderación con la tutela de otros intereses. En efecto, en la mencionada sentencia el TC conoció del recurso de inconstitucionalidad contra el delito de escándalo público definido en el artículo 431 CP 1973, ejemplo paradigmático de indeterminación según la práctica totalidad de la doctrina. El Tribunal entendió, pese a la indeterminación de los conceptos de «pudor» y «buenas costumbres» que el precepto no infringía el artículo 25.1 de la CE¹⁰⁹. Pero se ha dicho, con razón, que la importancia esencial de esta resolución radica en que se trata de la primera vez que el Tribunal traza los límites al empleo de elementos valorativos indeterminados. Así, en primer lugar, el TC exige que su utilización se haga en relación «con bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional», y en segundo lugar, que sea necesaria ante la imposibilidad de una mayor precisión «en supuestos en los que la concreción de dichos bienes es dinámica

¹⁰⁶ Kohlmann, *Der Begriff*, cit., 261 a 275, para una exposición de su tesis sobre el «esquema en tres fases». Véase también la exposición y crítica de esta tesis en Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, cit., págs. 126 y ss.

¹⁰⁷ La propuesta de Kohlmann ha sido fundamentalmente criticada por dos razones: en primer lugar, por que no siempre los elementos descriptivos precisan más que los normativos (así, según la propuesta del autor resultaría inconstitucional un tipo que contuviese una referencia al «menor de edad», por cuanto que podría, simplemente, señalarse la edad de 18 años, aunque ello no dotaría de mayor determinación al precepto. En segundo lugar, se ha objetado que en muchos casos es posible una mayor determinación vía utilización de elementos descriptivos, sólo que al precio de ampliar al máximo una punibilidad que luego va tener que recortarse interpretativamente. Por último, se ha advertido con razón que no toda redacción legal menos afortunada puede convertir sin más a un precepto en inconstitucional. Véanse, Lemmel, (1970), op. cit. en bibliografía, págs. 100 y ss; Schünemann, *Nulla pena*, cit., págs. 33 y ss.

¹⁰⁸ Eser, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, n. 21 al párrafo 1: «Zu beachten ist dabei aber auch die Verhältnismässigkeit zwischen der Notwendigkeit eines auf (bestimmtere) Weise nicht zu erreichendem Rechtsgüterschutzes einerseits und der Intensität des Eingriffs in art. 103 II GG andererseits». Crítico con este planteamiento, Krahl, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheits Grundsatz im Strafrecht* (art. 103 Abs. 2GG), págs. 269 y ss.; Süß, *El trato actual...*, cit., pág. 229.

¹⁰⁹ Se ha dicho que probablemente influido por la dirección anteriormente marcada por su homónimo alemán. Así, Tiedemann, «Constitución y derecho penal», en *REDC* n.º 33, 1991, págs. 160-161, de la misma opinión Huerta Tocildo, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad*, Madrid, 2001, pág. 40. A propósito de la S. del BVerfG, ha señalado Roxin que desde entonces el «legislador apenas tienen que reprimirse al utilizar cláusulas generales», *Derecho Penal. Parte General I*, cit., pág. 170.

y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate, esto es, en supuestos de movilidad y diversidad valorativa»¹¹⁰.

Ciertamente, el TC somete a la taxatividad al principio de ponderación por cauces más amplios que los anteriormente analizados a propósito de las tesis de autores como Kohlmann o Lenkner. En primer lugar, la alusión al anclaje material del concepto indeterminado en un bien jurídico reconocido en el contexto internacional resulta manifiestamente insuficiente, pues dicho anclaje ha de ser siempre requisito de la punibilidad en general y no sólo condición de una punibilidad deficientemente determinada. Y puesto que de lo que se trata es de limitar el *ius puniendi*, aquello que se pretende limitar no puede erigirse en factor a tener en cuenta para rebajar exigencias. En definitiva: la alusión a la importancia del bien jurídico relativiza de forma ostensible el principio de taxatividad, pues siempre será posible, si se satisface la garantía de ofensividad, ver un bien jurídico trascendente detrás de la norma indeterminada.

En segundo lugar, adviértase que la imposibilidad de precisión a que alude el TC se vincula al carácter dinámico y evolutivo del valor subyacente, *no a la existencia de alternativas de redacción legal relevantemente más precisas*. Pero es precisamente este carácter evolutivo y dinámico, expresivo por lo demás en muchos casos de un insuficiente o al menos mutable consenso valorativo, lo que exigiría de una mayor determinación, so pena de convertir al juez en «falso» portavoz de unas inexistentes convicciones compartidas. El pluralismo valorativo propio de las sociedades liberal-democráticas modernas, acentuado por el fenómeno de la inmigración y la consecuente multiculturalidad, hace que los acuerdos no sean tan profundos y extensos como los que existían en las sociedades premodernas. Y precisamente por ello, el legislador no puede confiar en que las expresiones indeterminadas que utilice serán interpretadas de modo convergente por los ciudadanos, y tampoco aplicadas de forma igual por los jueces¹¹¹.

El cuadro descrito permite por ello comprender suficientemente por qué, nuestro Tribunal Constitucional, pese a la retórica proclama de que el principio de taxatividad obliga al legislador a realizar «el máximo esfuerzo» en la predeterminación normativa del hecho, sostiene la compatibilidad de cláusulas normativas precisadas de complementación, no sólo normativa —leyes en blanco—, sino judicial. En definitiva, que dentro de «ciertos límites» el propio legislador «puede potenciar esa *labilidad* para facilitar la adaptación de la norma a la realidad»¹¹², llegando incluso a considerar obligada *una mayor apertura del marco penal cuanto más indeterminado* resulte el tipo¹¹³. Estarían

¹¹⁰ Véase F.J. 7. Esta exigencia de necesidad (carácter indispensable) se reitera en numerosas ocasiones, así STC 71/1982 (F.J. 4).

¹¹¹ La idea, desde luego, no es nueva. Como ya apuntara agudamente Corsale, la certeza puede entenderse como certeza jurídica o certeza legal, dependiendo del carácter más o menos formalizado de los instrumentos con que se asegura. Para el autor, puede hablarse de una certeza jurídica, por contraposición a la legal, cuando aquélla resulta asegurada no tanto por la norma o su mayor o menor depurada técnica de formulación, ni siquiera por los límites estatuidos a la función judicial, sino fundamentalmente por la solidez y homogeneidad de la ideología subyacente al grupo. Cuanto más se debilita dicho consenso valorativo, cuando en definitiva las relaciones se definen menos como comunitarias y más como sociales, tanto mayor la necesidad de normas objetivamente ciertas en garantía de dichas relaciones —certeza legal— Corsale, *La certeza del diritto*, Milan, 1970, págs. 119 y ss.

¹¹² Cfr. STC 62/1982 [RTC 1982, 62] (por todas, STC 111/1993 [RTC 1993, 111]), STC 53/1994 [RTC 1994, 53]).

¹¹³ En efecto, en la celeberrima sentencia 136/1999 (Mesa Nacional de HB), el TC se pronuncia, entre otras cosas, acerca de la constitucionalidad del artículo 174 bis a) del antiguo Código Penal A su juicio, este precepto no lesiona el principio de taxatividad. El tipo penal es «muy poco específico», pero es necesario configurarlo de esta manera a fin de «no dejar impune ninguna de las manifestaciones» del apoyo a la actividad terrorista (FJ 30). Ahora bien, el TC entiende que el precepto debió haber otorgado al juez un mayor margen de discreción a la hora de concretar la pena, a fin de evitar la imposición de penas desproporcionadas: «Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere (...) sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, (...) el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables» (FJ 30).

únicamente vedadas formulaciones tan abiertas «por su amplitud, vaguedad o indefinición, que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador»¹¹⁴.

La admisibilidad del empleo de «conceptos jurídicos indeterminados» resultaría así compatible con el artículo 25.1, para el TC siempre que fuera posible una concreción razonablemente factible «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»¹¹⁵. Pero este criterio, el de la «determinabilidad interpretativa», no sería suficiente: su utilización se subordinaría a la existencia de una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y que sea «imposible» otorgarla adecuadamente en términos más precisos¹¹⁶.

Definitivamente, el TC ha dado, desde hace una década, confesadamente el paso que algunos se niegan a reconocer: admitir que la constitucionalidad, ex artículo 25.1 de un precepto sancionador, pese a incorporar «conceptos normativos abiertos», puede sostenerse por que esos conceptos son «determinables»: «de modo que el problema de constitucionalidad se *traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma*. Este debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma». Dicho más claro: «El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma» (STC 151/1997, de 29 de septiembre). Aun con un status confuso, pues pareciera más propio de un discurso que se desenvuelve en el problema de la proscrita analogía *in malam partem*, es inevitable establecer un paralelismo entre las exigencias de certeza de norma extrapenal que complementa el tipo penal en las leyes penales en blanco¹¹⁷ —a la que alcanza, como es sabido el mandato de taxatividad— y a la misma jurisprudencia que complementa un elemento abierto. En este contexto, no es casual que en múltiples resoluciones del TC se deslice, como de pasada, la alusión a un «criterio jurisprudencial bien conocido» como argumento de refuerzo para sostener que la interpretación de un elemento precisado de complementación no «resulta imprevisible para sus destinatarios»¹¹⁸. En este contexto, pareciera como si el «empleo de criterios o modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica», no remite tanto al método —que también— cuanto al resultado de la interpretación misma —esto es, que se apoye en una previa doctrina jurisprudencial consolidada—. Si en estos casos, la traslación del problema de la tipicidad se «traslada» al juez, y este debe expresar las razones que «determinan la antijuridicidad material de su comportamiento, su tipicidad, y *congoscibilidad*», en el proceso de hacer explícito el proceso de concreción de la cláusula indeterminada

Como advierte Ferreres, este caso muestra la curiosa relación existente entre el principio de taxatividad y el principio de proporcionalidad de la pena. «Podríamos decir que el principio de proporcionalidad ha operado aquí como un transmisor de discreción judicial. Si la conducta típica está descrita por la ley en términos muy abiertos que dejan un ancho margen para la discreción judicial, entonces el principio de proporcionalidad exige que se abra correlativamente el marco penal, a fin de que el juez pueda fijar la medida de la pena en función de la gravedad de la conducta enjuiciada en el caso concreto, sin estar limitado por un marco demasiado estrecho». En definitiva, podría afirmarse que el principio de proporcionalidad lleva al TC a considerar inconstitucional el artículo 174 bis a) del antiguo Código Penal porque —dada la apertura del tipo— resulta ser demasiado taxativo al configurar la pena (Ferreres, *El principio de taxatividad*, cit., pág. 89).

¹¹⁴ »Cfr. SSTC 100/2003, de 2 de junio [RTC 2003, 100], F. 2, y 26/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 26], F. 3)» (F. 2; en parecidos términos, STC 98/2006, de 27 de marzo [RTC 2006, 98], F. 3).

¹¹⁵ Cfr. SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1.º; 219/1989 [RTC 1989\219], fundamento jurídico 5.º; 116/1993 fundamento jurídico 3.º; 305/1993 [RTC 1993\305], fundamento jurídico 5.º; 26/1994 [RTC 1994\26], fundamento jurídico 4.º; 306/1994 [RTC 1994\306], fundamento jurídico 3.º; 184/1995 [RTC 1995\184] fundamento jurídico 3.º).

¹¹⁶ Cfr. STC 151/1997, de 29 de septiembre, STC 137/1997.

¹¹⁷ Cfr. por todos, STC 283/2006, de 9 de octubre, 24/2004, de 24 de febrero, sobre los límites a la remisión extrapenal.

¹¹⁸ Cfr. ATC 323/2007, de 6 de julio, ATC 195/2005, de 9 de mayo.

el juez deberá —so pena de infringir el artículo 25.1— señalar por qué la interpretación concreta deriva de la *orientación material de la norma* y por qué no resulta *imprevisible*, su resultado, para el ciudadano¹¹⁹.

Admitida pues la compatibilidad de cláusulas relativamente indeterminadas con el principio de taxatividad, como consecuencia de su sometimiento a la cláusula general de proporcionalidad, debe inmediatamente aclararse que, tanto en perspectiva de certeza subjetiva —orientada al ciudadano— como de certeza orientada al intérprete, la vaguedad no puede considerarse patrimonio exclusivo de una clase de elementos, los valorativos o los normativos, en detrimento de los elementos descriptivos. Ciertamente, la vinculación entre elemento descriptivo y taxatividad y elemento normativo e indeterminación responde a una distinción de naturaleza cognitivista, que pone el acento distintivo en el proceso de aprehensión del significado de ambas clases de términos, dándose por supuesto que la aprehensión sensorial por pura observación resulta más simple que un proceso de comprensión intelectual y en muchos casos de estricta valoración. Pero tan pronto como se abandona esta orientación para poner el acento en el dato de que el elemento normativo denota objetos que como señalara Engisch sólo pueden ser representados o pensados bajo *el supuesto de una norma*¹²⁰, se advierte que multitud de elementos normativos, apenas plantean problemas de determinación por la claridad de la relación o situación jurídica referenciada¹²¹ y sin que se exija acudir a juicios valorativos más allá del que cristaliza en la propia relación jurídica¹²². Es más, la propia distinción entre elementos normativos y descriptivos ha sido puesta en duda desde perspectivas teleológico-valorativas de entendimiento del tipo, así como desde planteamientos propios del funcionalismo sistémico y de la filosofía analítica. Incluso entre los elementos más manifiestamente valorativos o precisados de relleno valorativo (en expresión de Wolf) y los elementos descriptivos, no existe más que una diferencia de grado. Esto ha sido puesto de manifiesto básicamente desde la teoría general del Derecho, cuando se advierte que cualquier norma general que incluya conceptos de clase o propiedades genéricas podría ser vista como una norma de remisión a pautas extrajurídicas, dado que el lenguaje jurídico se expresa en un lenguaje natural en vez de construir un lenguaje propio o idiolecto, de donde deriva que cualquier elemento descriptivo podría entenderse como cláusula en blanco que remite a reglas de usos lingüísticos. Por ello mismo quien sostiene que en presencia de elementos valorativos que incorporan tests evaluativos como «trato cruel», «dignidad» «desarrollo de la personalidad», etc. remiten en realidad a la pautas extrajurídicas, deberían consecuentemente afirmar que también en los casos más claros existe igual remisión a pautas normativo-lingüísticas, o sea no jurídicas, con lo que el Derecho constituiría, en sí mismo, una inmensa laguna.

Admitida pues una diferencia sólo de grado entre todos los elementos del delito, de lo que se trata es de analizar si bien la regla de uso lingüística, bien la norma extrapenal

¹¹⁹ (SSTC 137/1997, de 21 de julio, F. 7; 151/1997, de 29 de septiembre [RTC 1997, 151], F. 4; y más recientemente, SSTC 13/2003, de 28 de enero, F. 3; 229/2003, de 18 de diciembre [RTC 2003, 229], F. 16, 163/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 163], F. 7; 151/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 151], F. 9, entre otras muchas).

¹²⁰ Engisch, «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, pág. 147.

¹²¹ Si la relación jurídica denotada por el elemento normativo resulta además comprensible por el ciudadano según el criterio del conocimiento paralelo en la esfera del profano, entonces, desde el punto de vista del principio de confianza, resulta evidente que la norma está suficientemente determinada, por mucho que siempre exista, como vimos, un inevitable margen de imprecisión (*Begriffshof*) en torno a un núcleo bien determinado (*Begriffskern*). Si el elemento normativo remite, sin embargo, a una regulación de gran complejidad pero suficientemente estabilizada, la norma penal podrá resultar, desde la perspectiva de su función motivadora, tan poco (o tan) operativa como una norma indeterminada. Pero por principio el grado de vinculación del juez a la ley resultará igual de estrecho que si la norma se compusiere de elementos normativos relativamente accesibles para el lego: desde la perspectiva del principio de certeza en clave objetiva la norma resulta, por ello, igualmente determinada.

¹²² Insistiendo en el dato de que no en todos los elementos generalmente considerados normativos puede hablarse de valoración en sentido estricto, Puppe, *Normen Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, comentario previo al parágrafo 13.

—leyes penales en blanco—, bien la norma cultural bajo cuyo presupuesto se capta el significado de un elemento típico resulta, a su vez suficientemente determinada.

Pero sucede además que en ocasiones los elementos normativos y/o valorativos no sólo no es que resulten razonablemente determinados, *es que no tolerarían su sustitución por elementos descriptivos*, tal y como preconiza un importante sector doctrinal en Alemania (Koohlmann, Seel, Schünemann y otros) y que configura dicha obligación como una consecuencia del mandato de determinación. En efecto, en muchos casos, el elemento valorativo o normativo no ha de verse, simplemente, como un efecto de *normación sintética*, por utilizar una conocida expresión de Briccola, esto es el compromiso por aligerar la normación penal de una casuística agotadora: quien vea en tales elementos exclusivamente un compromiso entre estabilidad normativa y adaptación a la cambiante realidad desconoce que en muchos casos se trata de asegurar también que el *ciudadano tenga una representación del derecho que conculca*, de manera que el conocimiento necesario para el dolo cumpla realmente la función de llamada que se le atribuye. Y es que en efecto el legislador, al describir una conducta, al fijar en definitiva la tipicidad objetiva, determina también qué clase de conocimiento exige al autor para actuar con *dolo*. Y el conocimiento del elemento normativo es distinto, por lo general, del elemento descriptivo referenciado. El sentido del tipo se ve alterado si se pretende sustituir el término normativo por la regla extrapenal a la que hace referencia: conocer, por ejemplo, que algo es una cabra hispánica no es lo mismo que conocer que eso es una *especie amenazada*: se trata de conocimientos distintos. Por ello tales elementos pueden ser vistos como *hechos institucionales* (Darnstat), y por ello, desde mi punto de vista, hechos que precisan ser abarcados por el dolo —error de tipo—. Similares apreciaciones podría hacerse con los elementos valorativos: quien pretendiera sustituir el elemento valorativo por un listado exhaustivo de hechos referenciados obtendría un tipo distinto, y posteriormente debería recuperar el elemento valorativo, en sede interpretativa, para recortar el alcance del tipo¹²³.

En definitiva: la presencia de un elemento precisado de complementación valorativa no siempre constituye un imperativo de la adaptación del tipo a una proteica y cambiante realidad subyacente, sino que puede responder a una legítima decisión: que el ciudadano sepa el «sentido» de la acción que se prohíbe bajo amenaza de pena.

7. INDETERMINACIÓN Y FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVO DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: SEPARACIÓN DE PODERES Y RESERVA DE LEY

Junto con la garantía de certeza, como postulado lógico-racional a cuya salvaguarda se endereza el mandato de determinación, es habitual también apelar al fundamento democrático-representativo en que se basa el principio de separación de poderes. Según esta idea, sólo el parlamento, mediante la ley, puede determinar lo prohibido bajo pena criminal, pues sólo éste representa directamente al pueblo. A

¹²³ Así, y por extraño que resulte, el concepto de «pornografía», concepto eminentemente normativo-valorativo, remite a una pauta valorativa relativamente bien asentada desde el punto de vista cultural: las prohibiciones tanto del artículo 186 cuanto del artículo 189 CP resultan por ello suficientemente determinadas, y no es precisamente el concepto de pornografía la fuente principal de indeterminación en tales preceptos. El ciudadano medio tiene una idea bastante bien aproximada de cuándo cabe calificar un material de pornográfico, por mucho que siempre quepa discusión en los casos límite. Los medios de comunicación le confrontan a diario con material visual de gran carga erótica que no por ello es calificada de pornográfica. Las valoraciones propias de una sociedad mediática resultan evidentemente conocidas —por mucho que no se compartan— por los ciudadanos en la era de la información. Incluso de forma intuitiva nuestro individuo podrá captar la distinción entre una representación explícita de genitalidad no pornográfica, aludiendo al carácter científico, artístico o divulgativo de la publicación. Quien por ello postulara la definición del término en clave descriptiva, como sucede en otros países, no sólo no lograría reducir la indeterminación, sino que probablemente transmutaría el sentido de la propia prohibición.

mayor injerencia, en los derechos fundamentales —libertad—, mayor exigencia de legitimidad democrática.

Pero esta estricta reserva de ley en materia penal no resultaría garantizada si los tipos penales, por estar redactados de forma totalmente abierta, delegaran materialmente en jueces y tribunales la fijación, *ex post facto*, de lo jurídicamente prohibido bajo pena. La garantía formal que representa la reserva de ley¹²⁴ quedaría vacía de contenido si no presupusiera, materialmente, una determinación suficientemente precisa del hecho punible. Por todo ello, cuanto más determinada sea la ley, más limitado resultará el poder del juez respecto del poder legislativo, que verá reducida la «conurrencia» del judicial en la actividad de «creación normativa». Al mismo tiempo, resulta imprescindible el estricto acatamiento del juez a la ley, pues sólo dicha subordinación confiere a la decisión una legitimidad también democrática de la que carece el juez por razón de origen.

Pero no sólo desde el punto de vista de la teoría del Estado resulta fundamental dicha perspectiva. La garantía de legitimación democrática es también presupuesto de la mejor justificación de la solución adoptada. Como señala Habermas, puestos a elegir entre la racionalidad discursiva de la norma y la racionalidad del juez, todo conflicto ha de resolverse a favor de la primera, pues mientras la norma legal democrática es fruto de la efectiva articulación de la racionalidad comunicativa como racionalidad intersubjetiva, las valoraciones del juez, aunque se pretendan racionales y universalizables, «no llevan el aval de ser resultado de un procedimiento discursivo efectivamente desenvuelto y, con ello, fruto del interés general y la neutralidad»¹²⁵. Precisamente por ello, ha podido decirse que también desde la perspectiva de la psicología social resulta fundamental que la ley penal esté determinada: un fallo que, lejos de presentarse como efecto de la voluntad de la ley y se basara exclusivamente en la autoridad del juez resultaría inaceptable para los ciudadanos¹²⁶.

La necesidad de que la determinación de lo punible se reserve en exclusiva al legislador, evitando en lo posible la intervención del juez a través del uso de preceptos bien determinados ha sido también, ocasionalmente, defendida sobre la base de argumentaciones de un perfil menos político y más técnico. En esta línea se ha sostenido que la división de poderes responde también a la exigencia práctica de asignar competencias a los órganos mejor preparados para llevarlas a cabo, y que sólo el legislador estaría en condiciones de valorar los hechos, cuando crea la ley, sin la influencia inmediata de la impresión o la alarma por el caso concreto. El mandato de determinación ostentaría así una función profiláctica de decisiones judiciales influidas emocionalmente: frente a la emotividad del juez se alza la distanciada «serenidad» del legislador. La determinación de la ley vendría así, puesto que garantiza materialmente una efectiva reserva de ley, a servir directamente al principio de objetividad e interdicción de la arbitrariedad¹²⁷.

Estas son, en apretada síntesis, las razones más al uso esgrimidas por quienes sostienen la insuficiencia del principio de confianza para fundamentar el mandato de determinación; la real dimensión del principio de taxatividad sólo podría ser captada a la vista del fundamento democrático-representativo que se vivifica en el principio

¹²⁴ El TC es consciente de esta diferencia conceptual entre el principio de taxatividad y el principio de la reserva de ley. Así, habla de «garantía material» para referirse al primero, y de «garantía formal» para aludir al segundo; y suele identificar el primero con el valor de la seguridad jurídica, y el segundo, en cambio, con el de la autodeterminación democrática. (Así, en la STC 42/1987, FJ 2).

¹²⁵ García Amado, JA, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhman*, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 24.

¹²⁶ Véase el desarrollo de esta perspectiva en Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, cit., pág. 11.

¹²⁷ Esta es la idea fundamental desarrollada en Alemania por Gründwald, *Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege*, en ZStW 76 (1964), págs. 14 o ss., sobre la base de las tesis de Waiblinger (apud cit.), *Der Bedeutung des Grundsatzes «nullum crimen sine lege»*, cit., págs. 196 y ss.; también defiende una posición próxima, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, cit., pág. Aunque sin vincular objetividad a reserva de ley. En España tal planteamiento ha influido también en Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, cit., en toda la obra.

de separación de poderes. Pero dicha conexión no sólo no debe ser sobreestimada, sino que precisa de ulteriores matizaciones so pena de vaciar de contenido, como veremos, al propio principio de taxatividad.

En efecto, de entrada el principio de taxatividad condiciona solamente la posibilidad de sancionar a alguien si el ordenamiento jurídico prevé una disposición suficientemente precisa, tanto en su supuesto de hecho, como en sus consecuencias jurídicas. Contemplada la taxatividad en sí misma, no parece esencial la cuestión relativa al rango que deba ostentar dicha disposición, trátase de una ley o de un reglamento. Como con razón afirma un sector de la doctrina, un ordenamiento que habilitara al reglamento a crear *in toto* normas penales no podría prescindir de la garantía de certeza en la definición de las conductas y sanciones.

Es más, dada la mayor facilidad de generar y modificar reglamentos, dicho instrumento normativo puede probablemente ofrecer mayores cotas de precisión: si la experiencia demuestra que son poco —o demasiado— inclusivos, tal defecto puede corregirse con mayor rapidez¹²⁸. Por el contrario, la necesaria obtención del consenso que exige la ley se traduce, por lo común, en una mayor ambigüedad. La «rigidez» de la ley aparece de esta forma como un obstáculo objetivo en una sociedad en vertiginosa evolución: garantía de legitimación y garantía de certeza entran así en tensión dialéctica y la fusión de ambos fundamentos en un mismo plano imposibilita una adecuada síntesis superadora. En efecto, como ya señalara Eser, es incontestable que también el Derecho penal, en períodos de rápida e intensa transformación de la sociedad y sus valores, debe pagar un tributo, en términos de certeza, a la evolución social: «El problema será el de valorar si es preferible que la pérdida de certeza sea debida al uso de cláusulas generales o a una rápida actividad de innovación legislativa»¹²⁹.

Entre estabilidad normativa, como un elemento de la certeza, y adaptación a las siempre nuevas necesidades sociales, el uso de elementos normativos y remisiones extrapenales se presenta como el instrumento más idóneo para conciliar ambas pretensiones. Pero en el empeño, la pretensión de garantizar *tout court* la garantía de legitimación, el fundamento democrático mismo, pierde fuerza persuasiva. En efecto, el papel adecuadamente legislativo del parlamento se ve paralizado por la creciente tecnicidad de los textos, que exigen una competencia que no tiene. Como advierte Garapon, «en muchos casos, la ley ya no la hace desde hace tiempo el Parlamento, sino tecnócratas políticamente irresponsables, lo que debilita el papel como contrapoder del legislativo y aleja un poco más al gobernante del gobernado». De forma añadida, la eficacia de los textos parlamentarios se ve perturbada por el juego de las alianzas y de las coaliciones que convierte a la ley, menos en expresión de una voluntad que en una sustracción de rechazos múltiples. El compromiso se decanta por los términos lábiles y por las disposiciones ambiguas que no manifiesta los desacuerdos. La ley se convierte en un producto semiacabado que el juez ha de acabar¹³⁰.

En este contexto, el principio de subordinación del juez a la ley resulta fuertemente atenuado en su valor político-garantista: si no es posible establecer las presuposiciones de las respectivas mayorías parlamentarias, mal puede presentarse la decisión juez como mera aplicación de una —incomprensible o inexistente— voluntad previa¹³¹. Por otro lado, la exigencia de independencia del juez se exalta y generaliza

¹²⁸ Con razón observa Ferreres, *El principio de taxatividad. Una lectura constitucional*, cit., pág. 32 que los diversos grados de rigidez de las tres fuentes paradigmáticas —Constitución, ley y reglamento— suele determinar diversos grados de abstracción en sus contenidos. La explicación es sencilla: cuanta mayor rigidez, mayor dificultad de corrección, y cuanta mayor especificidad, mayor probabilidad de que la norma sea «defectuosa», en el sentido de ser demasiado inclusiva, o poco inclusiva. La combinación de rigidez y especificidad está contraindicada.

¹²⁹ Eser, *Réalität und Ideologie*, cit., pág. 17.

¹³⁰ Garapon, *Juez y Democracia*, Flor de Viento Editores, 1ª ed., 1997, pág. 33.

¹³¹ Como es sabido, tal circunstancia arrastra consecuencias desde el punto de vista de la teoría de la interpretación, comprometiendo la viabilidad de las teorías subjetivas. Sobre el particular, Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7ª ed., 1977, págs. 95 y ss. con abundantes referencias bibliográficas. Schroth, *Theorie und Praxis Subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, *passim*, y su intento de no

como imprescindible presupuesto para la mayor función garantista de la que viene, ya directamente, investido¹³² por su función tutelar de derechos y libertades fundamentales. En palabras de Palazzo, el tercer poder ha venido así a reencarnar al principio garantista a despecho del principio democrático: no basta ya con el Estado legal, sino que se perfila el Estado de Derecho en sentido propio, en el que el Juez está llamado a desempeñar un papel fundamental¹³³.

En estas coordenadas, se comprenderá que tratar de fundamentar la exigencia de taxatividad en la necesidad de preservar a todo trance el principio democrático de separación de poderes, acarree finalmente una devaluación del principio de certeza mismo.

Un ejemplo aclarará la precedente afirmación tomando como base una de las garantías del principio de legalidad que se explican exclusivamente a partir del fundamento democrático-representativo: la reserva de ley. Como es sabido, la reserva puede ser más o menos rígida, en el sentido de permitir un grado más o menos intenso de colaboración del reglamento. Nuestro Tribunal Constitucional ha admitido la validez de las leyes penales en blanco siempre que la remisión sea expresa, esté justificada por razón del bien jurídico protegido, y siempre que la ley, además de señalar la pena, exprese el «núcleo esencial de la prohibición». En definitiva, que contemple «con suficiente precisión la conducta prohibida». Se ha podido afirmar así que el principio de taxatividad opera entonces «instrumentalmente al servicio de la reserva y del valor democrático que subyace a ella». El principio de taxatividad aseguraría que el legislador no abdique de su función política de definir los delitos y establecer las penas. Pero si la taxatividad constituye la «vara de medir» de hasta qué punto el legislador actúa en régimen de monopolio, como está constitucionalmente prescrito, entonces ¿acaso deja este principio de tener ulterior relevancia?

No parece entenderlo así el propio Tribunal Constitucional cuando ha señalado que la «garantía material» representada por el principio de taxatividad, alcanza también al propio complemento indispensable, esto es, a la normativa extrapenal a la que remite el tipo de delito. Siendo esto así, si cabe por ello predicar también el mismo grado de precisión en el complemento, parece evidente que podría otorgarse amparo, por vulneración del 25.1 CE, si se hubiese condenado con base en una ley penal que, conteniendo el núcleo de la prohibición, remitiese no obstante a un reglamento totalmente indeterminado. Pero si la remisión sólo es legítima cuando la ley penal es ya suficientemente taxativa, entonces la ulterior indeterminación reglamentaria en nada perjudicaría una taxatividad ya suficientemente satisfecha en el precepto penal. Definitivamente, la determinación mínima precisa para garantizar la legitimidad de la remisión (desde el punto de vista del principio de separación de poderes y del valor democrático subyacente) ha de tenerse por absolutamente insuficiente desde la perspectiva del principio de certeza. En otros términos, si el principio de taxatividad alcanza hasta donde resulte constitucionalmente admisible la remisión legal explícita o implícita, éste queda vacío de contenido: los *estándares* de precisión han de ser por ello diversos, precisamente por que el mandato de determinación impone la fijación precisa de todos los elementos que condicionan la punibilidad, y no sólo los expresados en la ley penal¹³⁴.

configurar una voluntad entendida en sentido psicologizante, sino como «acción que se ha hecho transparente de un legislador a que ha conducido a una ley». Para el autor, el intérprete sólo podría discrepar de la voluntad así configurada con fundamentación expresa (págs. 101 y ss), resultando a ampliación de la punibilidad contra la voluntad del legislador inadmisibles (págs. 114, 153).

¹³² Seel, *Unbestimmte*, cit., pág. 122-123.

¹³³ Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., págs. 159 y ss.

¹³⁴ Con todo, la técnica de las leyes penales en blanco plantea problemas añadidos al principio de taxatividad. Por principio una técnica de remisión *in totum*, en la que no es posible diferenciar el objeto de la remisión de la remisión misma suscita siempre, inevitablemente, un déficit insoportable de taxatividad en la propia ley penal, por mucho que el reglamento pudiera ser taxativo y no verse, desde esta perspectiva, excesivamente comprometido el principio de taxatividad al menos desde su fundamento de la cognoscibilidad. Tal técnica suscita por ello, fundamentalmente un problema de fraude a la reserva de ley,

Desde esta perspectiva, puede suceder perfectamente que una ley penal que remita a los reglamentos sea suficientemente precisa, pero no así la disposición reglamentaria a la cual remite. En tal caso, la reserva de ley ha quedado satisfecha, y por ello mismo incólume el fundamento democrático-representativo (garantía de legitimación), pero no así el principio de taxatividad, pues éste ha de proyectarse sobre ambas disposiciones, puesto que ambas trazan la esfera de lo penalmente prohibido. Como señala Ferreres, en un proceso de control de constitucionalidad no podría declararse la inconstitucionalidad de la ley por el mero hecho de ser imprecisa la disposición reglamentaria a la cual remite, pero en un recurso de amparo resultaría perfectamente posible anular la sanción impuesta en aplicación de la ley y de ese reglamento, por déficit manifiesto de tipicidad en este último¹³⁵.

No resulta por ello inconveniente fundamentar también el principio de taxatividad en la «garantía de legitimación», siempre y cuando se vea como un criterio complementario y subordinado al principio de certeza o protección de la confianza.

A esta divergencia conceptual y operativa responde también el diverso tratamiento que dispensa el Tribunal Constitucional al principio de taxatividad, entendido como garantía material, que alcanza a las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, lo que no sucede con el principio de reserva de ley (garantía formal), que sólo se proyecta sobre las posteriores¹³⁶. Según ello si alguien resulta sancionado con base en una disposición preconstitucional imprecisa, existe lesión del principio de taxatividad y por ello lesión del derecho fundamental a la legalidad del artículo 25.1 CE. Por contra, si alguien resulta sancionado ex disposición preconstitucional de carácter reglamentario que carece de una habilitación legal suficiente, no existe lesión de la reserva de ley del artículo 25.1, puesto que tal reserva sólo proyecta sus efectos sobre las disposiciones sancionadoras dictadas tras la entrada en vigor de la Constitución. Esta diferencia puede explicarse atendiendo al tipo de vicio que se produce en uno y otro caso. La falta de respeto al principio de taxatividad es un vicio material, mientras que la vulneración de la reserva de ley es un vicio formal (vinculado al órgano y procedimiento de producción). Dado que el TC ha entendido siempre que el efecto derogatorio de la Constitución sólo alcanza a los contenidos de las disposiciones anteriores y no a los órganos y procedimientos a través de los cuales fueron promulgadas, se comprende que sólo tenga efecto retroactivo la taxatividad. Es más, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, cuando tanto la ley en blanco como el reglamento son anteriores a la constitución, el principio de taxatividad queda satisfecho si el reglamento es suficientemente preciso: no haría falta que lo fuera la ley, pues la exigencia de precisión de la ley derivaría de la reserva de ley, la cual no opera como hemos dicho respecto de disposiciones anteriores a la Constitución¹³⁷.

Esta distinción básica entre reserva de ley y principio de certeza se ve claramente alzaprimada en el Convenio de Roma de 1950, cuyo artículo 7, de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, impone la exigencia de taxatividad, pero no

o de exceso inadmisibles en la delegación reglamentaria que se traduce en falta de taxatividad en la ley. En esta línea, la Corte Constitucional italiana ha entendido que las leyes en blanco que no describen con suficiente precisión el núcleo esencial de licitud violan la reserva de ley, y para reforzar tal conclusión se apoya en el principio de taxatividad (Así, S. n. 282 de 1990, sobre el particular, Marilisia D'Amico, «*Il principio di determinatezza*» cit., págs. 371-374.) En los supuestos admisibles, no obstante, no resulta neutral el entendimiento que pueda tenerse de la ley penal en blanco. Así si se estima que la remisión se limita a «recortar» una prohibición suficientemente precisa en el tipo penal, tal remisión podría ser entendida como un mero añadido de garantía, de forma tal que el «baremo de medición» de las exigencias de taxatividad podría ser sustancialmente menos estricto, el mismo que se postula cuando de trata de causas de justificación o de atipicidad normativizadas.

¹³⁵ Ferreres, *El principio de taxatividad*, cit., pág. 36.

¹³⁶ Por todos, STC 116/1993.

¹³⁷ Las cosas se complican algo cuando resulta que la ley es preconstitucional, pero no así el reglamento. En este caso, el TC exige que también la ley sea precisa. La razón es que ahora la reserva de ley se proyecta sobre el reglamento (por ser posterior a la Constitución), exigiendo que tenga una habilitación legal suficiente. Si esta habilitación ha de hallarse en una ley preconstitucional, entonces ésta deberá ser mínimamente precisa, ya que de lo contrario no se cumplirá con la reserva de ley. Véase, a este respecto, la sentencia 305/1993.

establece una reserva de ley¹³⁸. Para el TEDH, la noción de derecho («droit») («law») utilizada en el artículo 7 se corresponde con la de «ley» («loi») que figura en otros artículos de la Convención, y engloba el derecho tanto de origen legislativo como el *jurisprudencial*, sobre el que se proyectan, también, determinadas condiciones cualitativas, entre otras las de *accesibilidad y previsibilidad*¹³⁹.

Ni que decir tiene que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el alcance del artículo 7 obliga también a la interpretación del derecho fundamental a la legalidad establecido en el artículo 25.1 por mor de la cláusula prevista en el artículo 10 CE. Por ello que, en nuestro caso, el fundamento democrático representativo del principio de taxatividad puede verse como un criterio complementario, pero no único. El fundamento de certeza, de acuerdo con la doctrina del TEDH, se erige por ello en el valor central al que sirve el mandato de determinación. Justamente por ello, en el Caso Pessino c. Francia (10-10-2006), el TEDH ha dado finalmente el paso que era de prever: que en el caso de cláusulas normativas «vagas» en los tipos penales, la ausencia de precedentes jurisprudenciales —o el cambio *in peius* de los mismos—, puede determinar la infracción del artículo 7 de la Convención¹⁴⁰.

Resta por hacer una consideración última sobre la fundamentación del principio de taxatividad en estas coordenadas. El mandato de determinación, se dice, al asegurar una mayor subordinación del juez a la ley, actúa plenamente el principio garantista de la separación de poderes, criterio organizador de la actividad estatal que es, a un tiempo, instrumento de garantía política de la libertad de los ciudadanos.

Pero tan pronto como se cuestiona el rigor de la clásica teoría de la separación de poderes, y sobre todo de su originariamente exagerada función de garantía, la correlación entre exigencia de determinación y principio de división de poderes resulta más fácilmente contestable. Y así, si se admite, con la moderna doctrina, que el principio de separación ha de entenderse básicamente como prohibición de incidir en el núcleo central de otro poder —por intención, cantidad o calidad de la interferencia—¹⁴¹, entonces la conclusión es obvia: cuando el juez procede a concretar y a especificar el contenido de un supuesto de hecho deliberadamente indeterminado por el legislador, aquél no invadiría el núcleo central de la función legislativa. Nadie podrá dudar de la legitimación democrática de dicha delegación, siempre y cuando se reserve la ley, nuevamente, el «núcleo esencial de prohibición». Pero con el núcleo esencial no se alcanza, evidentemente, el contenido de lo realmente prohibido, que sólo resulta conformado con el propio complemento¹⁴².

¹³⁸ En el conocido asunto *Sunday Times* de 26 de abril de 1979, el Tribunal estableció que cuando el Convenio condiciona la restricción de un derecho a que la medida injerente esté prevista en la «ley», no está exigiendo que la misma esté prevista en una norma con rango de ley formal, siendo admisible que aparezca prevista en una norma de origen jurisprudencial, como puede suceder en países del *common law*.

¹³⁹ Casos Pessino c. Francia, de 10-10-2006, Cantón, Coëme y otros c. Bélgica 32492/1996 y E.K. c. Turquía de 7 del 2 de 2002.

¹⁴⁰ Como señala el Tribunal: «en estos casos, la función de la decisión confiada a los Tribunales sirve precisamente a disipar las dudas que pudieran subsistir en cuanto a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta las evoluciones de la práctica cotidiana (...) La Corte ha de indagar, si, en concreto, el texto de la disposición legal leído a la luz de la jurisprudencia interpretativa, colmaba esta condición en el momento de los hechos (...) Resulta asimismo de todo lo que precede que, incluso en tanto que profesional que podía reunirse del consejo de juristas, era difícil, hasta aún imposible por el demandante de prever el cambio de jurisprudencia de la Corte de Casación, y por tanto saber que en el momento en que los cometió, sus actos podían acarrear una sanción penal».

¹⁴¹ Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, com a art. 20, Rdn. 81; en términos similares, Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., pág. 141

¹⁴² García Aran, *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, XVI, 1992-1993, págs. 89 ha expresado claramente esta idea: «Si lo que reserva el legislador es la definición del delito —la prohibición—, no puede operarse una restricción que distinga entre el supuesto núcleo esencial de la misma y lo que vendrían a ser sus elementos accidentales, que, insistimos, son igualmente imprescindibles para la punición por puro imperativo del principio de legalidad. En otras palabras: la reserva de ley afecta a la definición de «lo prohibido», no sólo de su «núcleo esencial»: Véase también Doval Pais, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, págs. 165 a 167.

Puesto que desde la perspectiva del principio de división de poderes, y del valor democrático al que responde, son por principio admisibles delegaciones expresas a otras fuentes, o delegaciones implícitas al criterio del juez, parece evidente que el mandato de certeza no se dirige exclusivamente, o no debería dirigirse, al legislador como único destinatario. Tal consecuencia resulta ampliamente admitida, como vimos, al señalarse como una derivación directa del mandato de determinación la prohibición de la analogía —*lex stricta*—.

La cuestión, no obstante, reside en determinar si más allá del entendimiento clásico de la prohibición de la analogía, impone el principio de taxatividad ulteriores consecuencias. En otros términos: puesto que el principio de taxatividad de la propia ley penal no garantiza ya la absoluta reserva de ley en materia penal —so pena de desnaturalizar por completo el mandato de certeza—, se trataría de valorar si, desde el punto de vista del complemento extra-legal, existen buenas razones que avalen un tratamiento del mismo, desde el punto de vista de las garantías, homogéneo. Dicho más llanamente: si se concede a la disposición reglamentaria que complementa el tipo penal, el *status* de *lex* a los efectos de las garantías del artículo 25.1, ¿Acaso no sería congruente hacer lo mismo cuando el desarrollo jurisprudencial constante de un elemento relativamente indeterminado desarrolla una función normológica equivalente?

En ello no habría de verse una ruptura radical con el ideal iluminista que alumbró dicho principio, concebido sustancialmente más como freno al poder omnímodo y corrupto de los jueces, que por una creencia ilusoria en la virtualidad de la ley para dar seguridad jurídica. Como señala Bockelmann refiriéndose al artículo 7 de la Declaración Francesa de los derechos humanos de 1889, «es verosímil que esta profesión de fe en la ley, con la consiguiente afirmación de la subordinación del juez a la misma, hubiera encontrado su originario y primer motivo no tanto en una injustificada confianza en el legislador, cuanto en una desconfianza radical frente a la casta judicial¹⁴³». Esta desconfianza se manifestó al mismo tiempo en una serie de proyectos, experimentos y tentativas de convertir al juez en electivo. Palazzo ha señalado no sin razón que «la circunstancia de que se buscara dicha legitimación democrática en un momento histórico en el que estaba ampliamente difundida la opinión de la naturaleza mecánica, automática del procedimiento de aplicación de la ley, y pese a tales opiniones existieran propuestas favorables a la elección, demuestra bastante bien como estas últimas estaban motivadas, más que por la preocupación concerniente a la legitimación y a las recíprocas relaciones entre los poderes del Estado, por la voluntad de ningunear a la vieja casta del juez profesional, renovándola *ab imis*¹⁴⁴.

En este contexto, ante el fracaso de las virtudes fiadas a la ley para generar la imprescindible seguridad jurídica, cobra pleno sentido reflexiones como las de Cadoppi, que anticipan un debate que se está produciendo ya, en los países de derecho continental: «En el espíritu de los reformadores iluministas del *ius criminal*, la instancia sustancial de la certeza del derecho parece en todo caso prevalente sobre la formal de la separación de poderes. Esta se concebía, sobre todo como instrumental a la realización de la certeza del derecho. Un juez esclavo del poder legislativo, reducido a robot al punto de aplicar mecánicamente la ley, aseguraba, en el sueño de Beccaria y de sus seguidores la uniformidad de la aplicación de las leyes y por eso de la seguridad jurídica que representaba el objetivo principal de la reforma penal y de la superación del derecho común, pero como ha sido sugestivamente observado, el derecho moderno, con sus incompensables contrastes jurisprudenciales, no aparece muy distinto del magma del derecho de *l'ancien régime*: la concepción silogística de la interpretación se revela una utopía. Entonces, nos encontramos ante una encrucijada: o salvaguardar *in toto* la separación de poderes, atribuyendo a todo juez la sujeción sólo a la ley, o salvaguardar *in toto* la certeza del derecho, y asignar a ciertas

¹⁴³ Bockelmann, *Richter und Gesetz*, cit., pág. 26.

¹⁴⁴ Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., págs. 150 y ss., con abundantes referencias bibliográficas.

decisiones de los jueces valor absolutamente vinculante, con algún retoque a la doctrina de la separación de poderes. Si Beccaria hubiese podido asistir a la quiebra práctica de su utopía, habría presumiblemente optado por el segundo camino»¹⁴⁵.

El análisis de los diversos factores que explican la crisis del principio de taxatividad pone de manifiesto, probablemente, la imposibilidad de que el mandato de determinación sea satisfecho, directamente por la propia ley. Frente a tal constatación, puede sin embargo mantenerse intacta la convicción de que el mandato implica exclusivamente al legislador, y que por ello, el espacio ocupado por el juez es siempre producto de una deficiente intervención del primero¹⁴⁶. O puede, en una actitud mucho más realista, tratar de analizarse, dado el inevitable reparto de roles entre la ley y la jurisdicción en la determinación de lo punible, qué mecanismos pueden fortalecer la certeza en este nuevo marco de colaboración no sólo no previsto sino radicalmente tabuizado por el positivismo jurídico. En ello no ha de verse una renuncia a la eficacia del principio proyectado al legislador. Como ya advirtió Cattaneo, la «conciencia de la imposibilidad de realizar íntegramente la certeza del derecho no justifica empero su envilecimiento, como sí, con una aproximación emotivamente claudicante o destructiva, una vez constatado que la certeza perfecta no resulta ya realizable, se tuviese que abandonar también la poca certeza que es posible conseguir»¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., pág. 51, demostrando cómo el principio de legalidad en el sistema de Beccaria y en el espíritu de la *Weltanschauung* (cosmovisión) iluminista, se subordina *im primis* a la posibilidad de conocimiento del ciudadano, o sea, a la seguridad jurídica.

¹⁴⁶ En la doctrina italiana, véase, Así, Palazzo, *Orientamenti dottrinali*, pág. 27; Contento, *Clausule generali*, cit., pág. 111.

¹⁴⁷ *Iluminismo e legislazione*, Milano, 1966, pág. 192.

Un descubrimiento judicial de la democracia: El viaje de Tocqueville y Beaumont a América (1831-1832)*

Julián SAUQUILLO

1. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA REVOLUCIÓN NORTEAMERICANA

Nadie discute hoy que la mayor aportación de la revolución norteamericana a la configuración de la democracia moderna sea su sentido más profundo de la división de poderes y de las potencialidades de la opinión pública. Muy por encima de los hallazgos de la Revolución Francesa, la revolución norteamericana postuló los mejores descubrimientos jurídicos que se implantarían en Europa tras la Primera Guerra Mundial. Así es porque, desde los primeros pasos de la democracia constitucional norteamericana, el bicameralismo, los poderes presidenciales y, finalmente, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes manifestaron un juego de contrapesos políticos y una libertad en el Nuevo Mundo, imposible en la vieja Europa, lastrada por las huellas dejadas por las instituciones del Antiguo Régimen¹. Sólo de forma dogmática puede sostenerse que ya en la Revolución Francesa existe división de poderes y protección de los derechos humanos de los individuos (art. XVI de la Constitución francesa de 1791), como exigencias de la existencia de Constitución, en vez de, en forma más real, predominio casi absoluto del poder legislativo y declaración de derechos humanos como criterios últimos y definitivos de legitimación del nuevo poder moderno². Si observásemos detenidamente las potencialidades democráticas en Estados Unidos comprobaríamos su saldo positivo respecto de la fraguada en Francia: una opinión pública más igualitaria que la francesa convive en América con las fuertes limitaciones de la composición del electorado norteamericano y de la representación de la Convención Federal (un sujeto político que segrega y discrimina a negros, mujeres y trabajadores)³.

Estas graves limitaciones de la democracia norteamericana son compatibles con una ágil vida social en la participación política más horizontal. Lo que se conoció como intensa participación en la «vida local». Aquellas deficiencias en la emergente democracia norteamericana son muy diferentes de las propias de una salida de las instituciones feudales en Francia marcada, de una parte, por el peso de una centralización administrativa heredada por los revolucionarios de la monarquía; y, de otra, por el establecimiento de élites agrupadas orgánicamente en monárquicos, radicales y moderados. La democracia norteamericana surge sin la precedencia de instituciones

* Este trabajo forma parte de una investigación conjunta realizada con Juan Manuel Ros, filósofo, profesor y especialista en Alexis de Tocqueville (*Los dilemas de la democracia. Sociedad civil y democracia en Tocqueville*, Barcelona, 2001, 286 págs.). La investigación compartida prosigue en la actualidad con un estudio sobre las ideas estrictamente jurídicas del pensador francés todavía inacabado.

¹ Vid. Un excelente contraste del modelo de control de constitucionalidad norteamericano y de la soberanía del parlamento, debidos a la revolución norteamericana y a la revolución francesa, respectivamente, en Roberto Blanco Valdés; *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, 1998, 384 págs..

² Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, XXV+341 págs.; Marcel Gauchet, «Les droits de l'homme ne sont pas une politique» (1980), «Quand les droits de l'homme deviennent une politique» (2000), *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, 385 págs., págs. 1-26 y 326-385.

³ Bartolomé Clavero, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, 321 págs.

antiguo medievales y con unas bases sociales igualitarias, a pesar de aquellas lamentables limitaciones políticas. «Existe un país en el mundo —señala Tocqueville en la Introducción a *La democracia en América*— donde la gran revolución social de que hablo parece casi haber alcanzado sus límites naturales; la revolución se realizó allí de manera sencilla y fácil, o más bien podría decirse que dicho país está viviendo los resultados de la revolución democrática que se opera entre nosotros sin haber conocido la revolución misma. Los emigrantes que fueron a establecerse a América a principios del siglo XVII, desvincularon en cierta forma el principio de la democracia de todos aquellos contra los que se luchaba en el seno de las viejas sociedades de Europa, y lo trasplantaron a las orillas del Nuevo Mundo. Allí pudo crecer libremente y, marchando con las costumbres, desarrollarse apaciblemente en las leyes.» Sin embargo, la diferente raigambre social de la que emanan ambas revoluciones no evita la coincidencia de ambos contextos políticos en dos efectos: la celebración del surgimiento de la democracia como un bien social de primera magnitud y una honda preocupación por la gestión de la miseria. A comienzos del siglo XIX, ya existe conciencia de que —según una ley de comportamiento histórico inexorable— cuanto más desarrollada es una nación peor es el reparto de la riqueza en su seno⁴.

Aunque el *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France* haya sido poco considerado, no ocupa un lugar menor en el conjunto de la reflexión teórica de Beaumont y, sobre todo, de Tocqueville. *La democracia en América* (1835, 1840) y *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1854) configuran un conjunto teórico unitario de contraste entre los efectos políticos y sociales de la Revolución norteamericana y la Revolución francesa. Tocqueville quiere sacar una conclusión negativa de la confrontación entre la descentralización norteamericana y la centralización francesa: la centralización administrativa querida por Sieyès —gran ideólogo de la Revolución aterrorizada por cualquier posible descentralización administrativa— va a provocar una suprema pasividad política entre los ciudadanos. Para Tocqueville, la revolución abolió las costumbres feudales pero confirmó un modelo administrativo ya impulsado con Luis XVI. Lejos de suponer un corte en la historia, la «revolución» prosigue un trabajo administrativo ya abierto con Luis XIV. Mientras que la revolución norteamericana les produce a Tocqueville y Beaumont una fascinación modernista, mezcla de embaucamiento y terror ante los nuevos tiempos, la revolución francesa confirma un golpe de mano a la cabeza del aparato administrador. Tocqueville celebra que tras la revolución norteamericana nada será igual en Europa: el Nuevo Mundo proyecta hacia el nuestro un bien social inédito. Y, a su vez, obra como el nostálgico aristócrata que acata la inevitable desaparición de las virtudes aristocráticas —nobles— del mundo antiguo⁵. De la otra parte de la serie sobre la centralización y sus males para los ciudadanos, nos encontramos con la serie del imperio del silencio para quienes en régimen de aislamiento absoluto o de semiaislamiento en la prisión han de expiar su horror moral, materializado en la delincuencia a castigar o en la peligrosidad a prevenir⁶.

Mill, Tocqueville y Weber realizaron la más esclarecedora cartografía de las instituciones representativas en un periodo paradigmático de convulsiones sociales: los sucesos franceses de 1848-1851 y las agitaciones sociales de la república de Weimar, desarrollada entre 1919 y 1933, enfrenta a liberales, fascistas y socialistas. Los dos

⁴ Alexis de Tocqueville, *Première memoire sur le pauperisme, Seconde memoire sur le pauperisme* (Estudio preliminar, traducción y notas de Juan Manuel Ros, *Memoria sobre el pauperismo*, Madrid, Tecnos, 2003, XXXIV+77 págs.).

⁵ Carl Schmitt, «Historiographia in nuce: Alexis de Tocqueville», *Ex captivitate salus. Experiencias de los años 1945-1947*, (traducción Anima Schmitt de Otero), Santiago de Compostela, Porto y Cia. editores, 1960, 100 págs.

⁶ Vid. Alexis de Tocqueville y Gustave de Beaumont, *Système pénitentiaire aux États-Unis, de son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies penales, et de notes statistiques, I y II*, Paris, Librairie de Charles Gosselin, 2^a ed. 1836, 394 y 374 págs. (Estudio preliminar, traducción y notas de Juan Manuel Ros y Julián Sauquillo, *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*, Madrid, Tecnos, 2005, LXV+363 págs.).

primeros tienen en sus antípodas a Marx y Engels y el tercero a Rosa Luxemburgo⁷. De todos ellos, apenas cabe discusión acerca de la inigualable talla de clásico de Alexis de Tocqueville —con la única excepción de Carlos Marx— para la comprensión de los siglos XIX y XX, en términos sociales, jurídicos y políticos⁸. Así es por dos razones: la primera, su comprensión de cuáles son los efectos de la centralización administrativa en los procesos de igualación social acaecidos junto a la aparición de la democracia moderna; la segunda, y no menos importante, su estudio de los problemas sociales vinculados a la aparición de la delincuencia y la prevención del comportamiento antisocial del individuo peligroso. Ambas son las preocupaciones históricas de un magistrado que, mediante el viaje a Estados Unidos, comprueba cuáles son las condiciones de emergencia de la democracia contemporánea, a la vez que analiza cómo organizar la prisión de forma más eficiente. Tan trascendentales preocupaciones sociales para la comprensión del mundo moderno pusieron de manifiesto que la modernidad aunó una «racionalidad contractual» —sistema igualitario de libertades— con una «necesidad disciplinar» o «contraderecho» —espesa red de poderes no igualitarios— y que ambas fueron mutuas condiciones de posibilidad una de otra⁹.

El descubrimiento teórico de estas luces y sombras de la modernidad se encuadra en la pasión histórica de dos magistrados de Versalles —Alexis de Tocqueville y Gustave de Beaumont— que, trabajosamente, en torno a 1828 y 1829 acudían, a veces a pie, a París para escuchar las lecciones de historia de Guizot. Se estaba fraguando un prisma histórico que se movía entre un laberinto: nada menos que las contraintuitivas conexiones entre la sociedad norteamericana, la Edad Media y la sociedad romana¹⁰. Dos magistrados se preparaban para realizar el primer y más genial balance de los orígenes de la democracia, apenas ya apuntada como nuestro ineluctable futuro político y todo un bien social empujado por las fuerzas históricas. Eran dos «**jueces para la democracia**» algo aburridos en destinos laborales, entonces, algo anodinos, dispuestos a aprovechar sus permisos laborales en el Nuevo Mundo. Tras cuarenta días de travesía transoceánica, arriban a Estados Unidos y permanecen entre abril de 1831 y enero de 1832. Accedieron al intercambio teórico tanto con los mejores teóricos penitenciarios, así Livingston, como de sus prácticos más experimentados, así Elam Lynds, sobre el terreno. Visitan todas las prisiones imaginables —Sing Sing, Siracusa, Auburn, Michigan, Boston, Filadelfia, Wethersfield...— y, por si fuera poco, la *Society for Alleviating the Miseries of the Public Prisons*, de inspiración cuáquera, les trasmite toda la documentación acerca de los principios que han orientado la reforma carcelaria en el nuevo continente según criterios protestantes. Se conocen todos los detalles e impresiones de ambos viajeros a Estados Unidos¹¹. En el plano más teórico, dieron lugar a dos grandes aportaciones: una más evidente, y justificatoria del permiso, sobre el encauzamiento de la delincuencia, vinculado a la gestión política de la miseria social; y otra de calado más trascendental sobre el surgimiento de la democracia como gobierno puro, venido del proceso de racionalización del mundo moderno.

⁷ Julián Sauquillo, «Democracia y cultura de masas. (La encrucijada ético-política de Mill, Tocqueville y Weber)», *Doxa*, nº 15, 16, Vol I, Alicante, 1994, 483 págs., págs. 321-337.

⁸ Raymond Aron, *Ensayo sobre las libertades* (traducción de Ricardo Ciudad Andreu), Madrid, Alianza Editorial, 1966 (3ª ed. 1974), 235 págs.

⁹ Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Roma, Il Mulino, 1977 (traducción, Xavier Massimi, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenziario (siglos XVI-XIX)*), Méjico, Siglo XXI, 1980, 237 págs., págs. 230, 231).

¹⁰ Luis Díez del Corral, *El pensamiento político de Tocqueville*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, 402 págs., págs. 47, 48. Pierre Manent, «Guizot y Tocqueville frente a lo antiguo y lo nuevo», *Lecturas de Tocqueville* (Dario Roldán Ed.), Madrid, Siglo XXI, 2007, 219 págs., págs. 65-80.

¹¹ André Jardin, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, París, Hachette, 1984, 522 págs.; George Wilson Pierson, *Tocqueville and Beaumont in America*, Nueva York, Oxford University Press, 1938, 851 págs.; Hugh Brogan, *Alexis de Tocqueville: A Life*, Yale University Press, 2007, 724 págs.; Gustave de Beaumont, *Lettres d'Amérique (1831-1832)* (texto establecido y anotado por A. Jardin y G. W. Pierson, Presses Universitaires de France, 1973, 220 págs.; Alexis de Tocqueville, «Lettres d'Amérique sur le système pénitentiaire» en *Écrits sur le Système pénitentiaire en France et à l'Étranger*, II, Œuvres complètes, IV, (volumen establecido por Michelle Perrot), París, Gallimard, 1984, 373 págs., págs. 11-40.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MEDIO FÍSICO Y MORAL PARA LA GESTIÓN DE LA MISERIA

Cuando emprenden el viaje, ya había cundido la desconfianza entre los propios pioneros de la Ilustración, como Diderot, acerca de que principios lógico deductivos extraídos de la razón sean óptimos organizadores de la institución carcelaria. El viaje al encuentro con el sistema penitenciario norteamericano como clave solvente para el viejo mundo es un intento de contrastación empírica *in situ*. Tocqueville y Beaumont son proseguidores de la tradición de peregrinos —La Rochefaucault-Liancourt, Crawford, Julius, Demetz, Boluet,...— que buscaron en el nuevo mundo fundamentos experimentales para la reforma de las prisiones para cualquier país. Howard, Livingston, Lucas, Bentham ya habían revisado los presupuestos deductivos ilustrados para entrar en la casuística de las necesidades y urgencias sociales de cada país. La discusión sobre el «aislamiento celular» completo, que los debatidos modelos carcelarios de Filadelfia y Auburn pusieron de manifiesto, se debió al predominio de la biología, en el siglo XIX, por encima de la anterior hegemonía habida de las matemáticas y de la biología. La expansión del darwinismo en el siglo XIX subrayó el interés acerca de cuáles eran las influencias del medio físico en el individuo. Las imperfecciones morales a que está condicionado el individuo en el exterior de la prisión —infecciones, promiscuidad, ociosidad, delincuencia...— justificaba una reforma moral contundente en el interior de un espacio carcelario correctamente regulado. La higiene física —alojamiento, ventilación, calefacción, alumbrado, aprovisionamiento y distribución de las aguas, retretes, cama, mobiliario, vestimenta, alimentación, higiene de los detenidos, higiene de los edificios...— es condición de posibilidad de la higiene moral, bajo el régimen disciplinario, el trabajo, la instrucción escolar y los cultos en el modelo de separación individual estricta. La unanimidad moral del paradigma biológico revelaba, en cambio, en los tiempos del viaje de Tocqueville y Beaumont a Estados Unidos una disparidad enfrentada de terapias para acabar con el envilecimiento físico y moral. Las discusiones sobre las terapias rehabilitadoras se mezclan con los cálculos económicos sobre costes de realización. Un excesivo rigor del aislamiento del cuerpo del delincuente podía acarrear su locura o su suicidio. Pero pudiera ser que lograra, por el contrario, una moralización rápida del preso. Sin embargo, los reformadores sociales tenían que considerar los costes de la construcción de las nuevas prisiones y bajo qué régimen el trabajo celular sería más productivo y rentable. Las prisiones de Filadelfia, de aislamiento absoluto, eran de más elevado coste de construcción que las de Auburn, de aislamiento parcial¹². Pero si el aislamiento absoluto lograba la reforma más rápida del delincuente lo que se gastaba en construcción se ahorraría en mantenimiento del preso en la cárcel porque la permanencia del preso en el interior de estas instituciones de custodia sería más corto. Todas estas reflexiones económicas y morales tienen un punto de arranque en la gestión de la pobreza en los países industrializados. Había que atajar una indefectible ley de comportamiento macroeconómico: cuanto más desarrollado es un país más elevado y extenso es su nivel de indigencia por el pésimo reparto que se hace de su riqueza por sumamente desigual. Tocqueville inscribe su reflexión sobre las prisiones dentro de una preocupación más amplia sobre el pauperismo social en la *Primera memoria sobre el pauperismo* (1835) y la *Segunda memoria sobre el pauperismo* (1837). Un certero diagnóstico y una enconada defensa social frente a la delincuencia coinciden, en la teoría social de Tocqueville, con una irresuelta terapia moral para los delincuentes.

Las coordenadas clásicas de los tratados sobre régimen penitenciario que preceden al viaje en cuestión eran el espacio y el tiempo de la reclusión. El tiempo interno a la prisión es el necesario para lograr la transformación del alma del delincuente mediante

¹² Adam J. Hirsch, *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishment in Early America*, Yale, Yale University Press, New Haven/Londres, 1992, 243 págs.

el gobierno de todas sus impresiones corporales y visuales. No sólo el látigo sino los filantrópicos premios, se dicen, pueden abaratar costes al anticipar la salida del condenado. La preocupación por el espacio de albergue y custodia moralizadora de la delincuencia es todavía más apremiante. Confiaban en que una óptima distribución del espacio conformaba el mejor mecanismo de reforma moral. Cuando Julius, confirmado prusiano, establece las periodizaciones originales de la prisión, lo hace atendiendo a las formas arquitectónicas ideadas como planta de las prisiones. El primero, comprendido entre 1750 y 1791, dominado por la perspectiva reformadora de Howard, idea edificios cuadrados, a veces abiertos, otras estructuralmente cerrados y capaces de clasificar a los delincuentes. El segundo, comprendido entre 1791 y 1820, bajo la influencia de Bentham, concibe una estructura radial o estrellada, o de molino de viento. El tercero abierto al futuro, desde 1820, se abre a una fuerte polémica sobre dos decisiones arquitectónicas: la prisión de Auburn, en el Estado de Nueva York, con un sistema de caja; y la prisión de Pensilvania, capital del estado de Filadelfia, con un sistema radial¹³. Ambos son los polos de un antagonismo discutido en Europa durante todo el siglo XIX y que sólo se resuelve mediante soluciones eclécticas. El sistema de aislamiento completo acabó fracasando por improductivo. Era incompatible con la manufactura y la introducción de máquinas. El sistema de trabajo en común y aislamiento de noche era, en cambio, más consecuente con los intereses industriales del capitalismo. Hasta que se produjo un desplome de la competitividad del trabajo en el interior de la cárcel respecto del mundo libre, la cárcel aseguró el control mediante la inculcación de dinámicas cooperadoras y productivas más incentivables mediante los premios que a través del castigo. Al desaparecer su competitividad, la cárcel tiene que ser organizada de acuerdo a criterios económicos que no la conviertan en un lastre presupuestario¹⁴. Pero, a su vez, tal como Foucault señaló, de una parte, la prisión pasó a ser campo de pruebas de un poder basado en las más industriales y disciplinantes técnicas de domesticación social; y, a su vez, el elemento institucional que refuerza un medio criminal —lejos de rehabilitar socialmente, como declaran las Constituciones contemporáneas—, caracterizado por la secuencia delincuencia-controles policiales-prisión-más delincuencia-más controles policiales-más prisiones... según una dinámica que, lejos de desaparecer en la resocialización, incrementa sin fin sus elementos.

Con un material recogido en múltiples visitas y el método de encuestas, Tocqueville y Beaumont se hacen un juicio propio dentro de la polémica. A través de visitas a casas de refugio de jóvenes delincuentes, a hospicios de locos, a establecimientos de sordos y mudos, a albergues de pobres, a regímenes de condenados a trabajos forzados y a prisiones tan reputadas y gigantescas como Sing Sing recaban toda la información. Siempre rehuyen los filtros de compañías muy abocadas a la loa de todos los logros de la joven democracia norteamericana y ordenan la información adquirida mediante un trabajo propio de monjes retirados. Una de las conclusiones más tempranas es que se está produciendo una «economía de poder» —se trata de una expresión de Michel Foucault— en el control social moderno¹⁵. Sólo treinta vigilantes controlan, ya entonces, a novecientos prisioneros con largas condenas. No se requieren, por tanto, pesados hierros para volver imposible la evasión. Tanto en el interior de la prisión como en el exterior, el capitalismo permite que la libertad de movimientos facilite una mayor productividad sin pérdida de disciplinamiento. Los controles blandos son más eficaces en la devolución del cuerpo del condenado a la sociedad como ser industrial (Carta de

¹³ N. H. Julius, *Leçons sur les prisons présentées en forme de Cours au Public de Berlin, en l'Année 1827, I y II* (traducción francesa de H. Lagarmitte y notas del traductor y de M. Mittermaier), París, Bruselas, F. G. Levrault Librairie parisienne, 1831, 440 págs. y 502 págs. +apéndices).

¹⁴ Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Roma, Il Mulino, 1977 (traducción, Xavier Massimi, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenziario (siglos XVI-XIX)*, Op. Cit. págs. 158-188.

¹⁵ Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975, 318 págs. (traducción de Aurelio Garzón del Camino, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, París, Gallimard, 1975, 318 págs.).

Tocqueville al Ministro de 10 de noviembre de 1831 en Filadelfia; carta de Beaumont de 26 de mayo de 1831 en Nueva York). El silencio absoluto de los prisioneros, la centralización responsable de la disciplina, el acatamiento de las condenas por los presos mediante la racionalización de las penas, el fortalecimiento de la custodia por eliminación de cualquier comunicación de plan colectivo de subversión interna y el sometimiento a un ritual religioso repetible son las recetas penitenciarias que han guardado celosamente para ser expuestas como un hallazgo original (Carta de Beaumont de 7 de junio de 1831 en Nueva York). Tales soluciones penales se corresponden muy rigurosamente con el proceso de individualización burgués logrado, a través del sometimiento a la ley y a la disciplina, tanto más eficazmente cuanto mayor sea el régimen de aislamiento y mayor la sustracción del poder colectivo a los obedientes sujetos modernos.

No hay que olvidar que el sistema de aislamiento parcial de Auburn fue ideado por un militar que adapta los principios de la disciplina militar a lo requerido en la prisión. Las bases de este sistema eran: soledad absoluta durante la noche; trabajo en común durante el día, aunque sin comunicaciones personales ni mediante palabras, ni a través de señas; servicio de la comida a los presos en la misma mesa pero velando porque no puedan ver la figura de los otros reclusos; instrucción religiosa y escuela en reunión pero evitando que haya cualquier comunicación entre los reclusos; ración abundante de pan, carne y legumbres; cama cómoda en celda pequeña si bien aireada; visitas que no pueden comunicarse con los reclusos; recepción de una pequeña suma de dinero; única interrupción del trabajo durante la comida; los empresarios aportan las materias primas y recogen el trabajo elaborado; vigilancia escrupulosa de la propiedad en toda la prisión. Livingston —el más avezado teórico penitenciario de norteamérica en esos momentos— resume los principios de la regeneración procurada en Auburn en: orden, obediencia, sobriedad, industria, instrucción religiosa y literaria, reflexión religiosa, y eliminación de cualquier gasto dispendioso para el Estado¹⁶. Aunque este aislamiento ya parece suficientemente riguroso, Livingston quería que fuera ordenado de forma absoluta. Deseaba así superar el empleo discrecional del látigo en manos de toda la jerarquía de los oficiales, por discrecional. Quería someterlo a un procedimiento regulado como el seguido para extraer la confesión de los delincuentes. En el sistema de Filadelfia, ya desaparecía, incluso, la representación humana de los ojos del recluso: sería un recuerdo o una constante antropológica. Para Livingston era un avance que, bajo el aislamiento total, no fuera necesario ni la salida del prisionero ni la entrada de un sirviente para la conservación de la pieza. Además, se le tiende la comida sin que llegue a ver la mano de quien se la aporta; la inspección del recluso se realiza sin percibir la custodia; y el trabajo solitario no limita el aislamiento. El recluso vive bajo el imperio del silencio y la soledad¹⁷.

Livingston llegó a considerar que el aislamiento total debía dulcificarse para evitar la desesperación del recluso. Mientras que Tocqueville y Beaumont fueron más extremos y pragmáticos. Confiaron en el efecto reformador del aislamiento completo. Incluso, supusieron la mejora física y mental que aporta el más duro aislamiento. Ambos creyeron que el aislamiento absoluto sería la terapia más eficaz contra la reincidencia. Sólo renunciaron a esta arquitectura destructora del alma ante los imponderables presupuestarios más solventables mediante el realismo de Auburn (Carta de Tocqueville al Ministro, 10 de noviembre de 1831 en Pensilvania). Al margen de estas diferencias de matiz, lo que más llama la atención en la lógica de los tres reformadores sociales es la originaria vinculación que establecieron entre la prisión y la instrucción pública. A los fines de la formación de un ciudadano exento de pasiones desordenadas, no les bastaba con un plan de castigos a las infracciones sino que era necesaria la prevención de estas conductas mediante la instrucción moral y religiosa.

¹⁶ Edward Livingston, *Exposé de'un Système de Législation criminelle pour l'État de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique, II*, París, Guillaumin et Cie., 1872, 647 págs., págs. 303-305.

¹⁷ *Ibid.* págs. 313, 314.

Entre el «aislamiento absoluto» y la «cruel disciplina», Livingston perfila un plan diversificado de control social para las sociedades futuras. Compasión para los débiles, máximo aprovechamiento para los fuertes aptos para la industria, y castigo y policía para quienes, capaces de ser laboriosos, eligen la senda del vicio y la mendicidad voluntariamente serán los instrumentos de este plan¹⁸. La sociedad panóptica no es fruto del ingenio de Jeremy Bentham, viene de la mano de los nuevos tiempos¹⁹.

3. LA DEMOCRACIA COMO SISTEMA POLÍTICO ESTABLE

Una vez estabilizado el sistema democrático en Europa, en el pasado siglo, un agudo diagnóstico suponía que la democracia había aportado estabilidad política en el sistema social, a costa de eliminar las diferencias de opinión más enfrentadas y opuestas situadas en los extremos del arco de valoraciones. La estabilidad del sistema democrático habría consistido en lograr situar a todas las opiniones en juego, capaces de lograr influencia y eficacia negociadora, en el centro. Toda opinión descentrada fue expulsada de la opinión pública, en realidad, —de acuerdo con este argumento— por extravagante, radical o excéntrica²⁰. Entre los primeros que observan la ambivalencia de la democracia que emerge en Norteamérica y no en Europa, como sistema político puro, está Tocqueville. La democracia es un bien social inapreciable, sin duda, pero venido de un ineluctable proceso de igualación social y de racionalización de todos los comportamientos y esferas de la acción social. Se trata de la consecuencia de un proceso histórico inevitable por fuerza social alguna, en vez del resultado benefactor de los menesterosos esfuerzos de una clase social. Al pensamiento liberal clásico —tan bien representado por Tocqueville, Mill y Weber— puede objetársele que haya desconsiderado la fuerza subjetiva de la clase trabajadora durante el siglo XIX y XX por entrar, con gran sufrimiento, en un pacto social revolucionario que la excluyó (la revolución del 48, la Comuna de París o dos guerras mundiales y varias guerras civiles pueden ilustrar suficientemente ese ímprobo esfuerzo humano). Pero no se le puede negar la genialidad —también crítica— de su diagnóstico final. La modernidad es el momento de hiperracionalización de todas las producciones humanas, ciertamente, y este sometimiento al cálculo y la planificación arrastran a todos sus actores y a sus más elevadas creaciones, también a la democracia y la administración emergentes²¹. No sólo los grandes viajeros europeos a Estados Unidos —Tocqueville, Bryce, Ostrogorski, Weber...— sino también la ciencia política italiana más clásica —Mosca, Pareto y su proseguidor alemán más reconocido, Roberto Michels— observaron la racionalización moderna en su ambivalencia: benefactora, por eliminadora de la discrecionalidad, la superstición y las jerarquías, y monstruosa por la ocultación que produciría de las iniciativas individuales en un proceso normalizador de cualquier iniciativa más espontánea. Toda la insistencia de aquellos en la importancia del carisma, de la clase dirigente y de la representación política refleja el temor a la homogeneización de todo esfuerzo creador y a la conversión de la política en mera administración. Las maquinarias burocráticas eran percibidas como monstruos devoradores de cualquier imaginación política. Temían la reducción de cualquier decisión política a un cálculo de medios a fines o de costes a beneficios. El esfuerzo teórico y práctico fue único dentro de la racionalización moderna: se organizaron la prisiones y la

¹⁸ Ibid. págs. 312, 324-325 y 372.

¹⁹ Michel Foucault, «L'œil du pouvoir» (entrevista realizada por Pierre Baron y Michelle Perrot, *Le Panoptique* de Jeremy Bentham, París, Pierre Belfond, 1977, 223 págs., págs. 7-31 (traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, «El ojo del poder» en Jeremías Bentham, *El Panoptico* (con «Bentham en España» de María Jesús Miranda), Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1979, 145 págs., págs. 9-26).

²⁰ Crawford Brough Macpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977 (traducción Fernando Santos Fontanella, *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza Editorial, 1976 [2.ª ed. 1981], 150 págs.).

²¹ Theodor Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1947 (traducción de H. A. Murena, *Dialéctica de la Ilustración*, Buenos Aires, Sur, 1970, 302 págs.).

instrucción pública, para la moralización de toda la población, y se administró muy calculadamente qué nivel de participación política tendrían los ciudadanos. Todo ello, dentro de un proceso de estabilización y normalización social que ni acabó con el conflicto y la protesta social, ni eliminaría la desviación social. Pero el contenido represivo de la modernización permaneció intacto y coincidió con la exaltación de la igualdad hasta confundirse, según el diagnóstico de Adorno y Horkheimer en la *Dialéctica de la Ilustración* (1944, ed. inglesa; 1947, ed. alemana): «el precio de la igualdad de todo con todo consiste en que nada puede ser idéntico a sí mismo. La ilustración disuelve el error de la vieja desigualdad pero (...) destruye lo inconmensurable. (...)»²². Cuanto más se extiende la administración igualitaria a través de la administración regular menos presencia tiene la libertad. Si la empresa reformadora de Bentham consistió en modificar los aparatos de poder hasta dotarlos de una racionalización antes inexistente, el temor de Mill y Tocqueville —partidarios de un programa moral y político común, manifestado en veinte años de correspondencia— es que el sobredimensionamiento de la administración y el abundamiento de un poder social homogeneizador acaben ahogando la libertad más excelente y virtuosa. Toda la confianza de Jeremy Bentham en el beneficio de una opinión pública que supervise todas las instancias democráticas de poder se convierte en sospecha, en los autores de *Sobre la libertad* (1859) y *La Democracia en América* (1835, 1840), de que la opinión de la mayoría acabe cercenando las capacidades individuales más creadoras. De ahí que la filosofía moral de Mill, en *Sobre la libertad*, subraye la importancia de la disidencia, el desarrollo de la individualidad no sometida al yugo social, la libertad de creación y expresión de una opinión incluso herética y, en definitiva, la inexistencia de otro criterio objetivo y justificado de intervención estatal en la esfera individual que no sea evitar los daños a terceros.

¿Qué aporta la experiencia norteamericana de la democracia en la primera mitad del siglo XIX? Durante el viaje a Estados Unidos, Tocqueville y Beaumont tuvieron la impresión certera de que allí se encontraban *in nuce* las posibilidades y los límites de una forma política que ya Weber conceptualizó como «democracia de masas». Pronto la investigación sobre el sistema penitenciario se les vuelve una carga y aflora el deseo de explicar qué posee la democracia norteamericana de radicalmente inédito: la estancia en Filadelfia les resulta muy provechosa si no hubiera sido porque —señala Beaumont— tuvieron que dedicarse al «maldito sistema penitenciario» (Carta de Beaumont de 1 de diciembre de 1832 en Cincinatti); y, ya en el viaje, puntualiza: «Nosotros pensamos en grandes proyectos: primero cumpliremos lo mejor que podamos la misión que nos ha sido dada, es un deber riguroso y que debemos cumplir conscientemente; pero, satisfaciendo todo lo del sistema penitenciario, veremos América; visitando las prisiones, visitaremos a sus habitantes, sus ciudades, sus instituciones, sus costumbres; conoceremos el mecanismo de su gobierno republicano. Este gobierno no es en absoluto como los de Europa. Se habla de él, sin cesar, para hacer falsas comparaciones entre países que no se parecen en nada. ¿No sería un buen libro el que diera una idea exacta del pueblo americano, expusiera largamente su historia, captase a grandes rasgos su carácter, analizase su estado social y rectificase tantas opiniones que son erróneas sobre este punto? (...)» (Carta de Beaumont de 25 de abril de 1831 en el barco «Le Havre»).

¿Qué observaron estos perspicaces viajeros? En principio, el viaje está marcado por la impresión de que en el viejo continente no se dio el origen de la democracia luego proseguido en el Nuevo Mundo. Muy al contrario, Tocqueville, sobre todo, apreció que los norteamericanos habían forjado un sistema político que era nuestro futuro. Los europeos heredaríamos el sistema político democrático norteamericano y no a la inversa. Además, a pesar de que ambos viajeros representaban a la «nobleza de toga», sólo mostraron una melancolía políticamente derrotada por la desaparición del mundo premoderno que observaron en la revolución norteamericana. Tocqueville es

²² Theodor Adorno, Max Horkheimer, *Dialéctica de la Ilustración*, Op. Cit. págs. 25, 26.

plenamente consciente de que la democracia irrumpe en la modernidad para instaurarse como sistema político puro con la fuerza ineluctable de la Providencia. Quienes se empeñen en reinstaurar un poder aristocrático serán doblemente derrotados por una fuerza sobrenatural. La democracia es un bien social traído por el progreso irrefrenablemente. La igualdad social va a propiciar la eliminación de las estructuras feudales estamentales, la desaparición de la sociedad jerárquica y supersticiosa... Están creadas las bases sociales de la aparición de una invención reciente: el individuo moderno. Pero, a su vez, van a desaparecer las virtudes nobles, antiguas, de los hombres excelentes que, por inconmensurables, nunca se hubieran plegado a los imponderables de la serialización y homogeneización social que expresa el imperativo democrático de la igualdad²³. Poco antes, Benjamín Constant ha puesto en circulación un diagnóstico coincidente, si bien con un tono de aclamación: la libertad de los antiguos, como virtuosa libertad de participación en la vida pública, ha dejado paso a la libertad de los modernos, concebida como libertad de comercio, gracias a que la representación política atribuyó las tareas públicas a unos pocos –los «mejores»– y el Estado presta los servicios educativos diversos entre los cuales los padres deben elegir qué educación han de recibir los futuros ciudadanos. La modernidad se caracteriza por el predominio de la libertad negativa sobre la libertad positiva²⁴. Tanto Tocqueville como Constant levantan acta de un cambio de escenario en el mundo moderno. La diferencia entre ambos es que el primero guarda una nostalgia que sólo la fría inteligencia evita que se convierta en desconsuelo.

Entre las deficiencias de un sistema político que surge en plena efervescencia del sistema económico, Tocqueville ya observa que el menor atractivo de la participación política comparada con los beneficios de la actividad económica debilita la motivación para participar en las tareas de gobierno. La clase política norteamericana cuenta con poca preparación –como los músicos carecen de formación musical o los notables de refinamiento social– al escrutinio de estos dos aristócratas franceses. No hay que olvidar que, todavía a comienzos del siglo xx, Weber en Estados Unidos encuentra un país en plena expansión económica, rebosante de posibilidades profesionales, donde los trabajadores de mono azul prefieren trabajar lucrativamente que recapacitar sobre la corrupción de su clase política y de los gestores temporales de la Administración renovada en cada elección política. Les reconfortaba suficientemente que la corrupción fuera practicada por sujetos cambiados según fueran los resultados electorales en vez de funcionarios de una Administración estable y permanente de funcionarios, entonces más inexpugnables²⁵. El *spoils system* (sistema de despojos), proclamado por el senador Marcy al concebir las elecciones como una batalla en la que el partido ganador se reparte entre sus fieles la Administración como un despojo o botín, se instala entre las peores costumbres políticas norteamericanas.

En Estados Unidos, la confrontación social –según el argumento de Tocqueville– no se va a producir en torno al derecho de propiedad sino en la protección de los derechos individuales. Mill y Tocqueville compartieron una aguda crítica al omnímodo poder social, tanto más inapelable que el poder político. Observaron una preocupante amenaza de la libertad paralela al predominio del poder legislativo y a la extensión del bienestar y la igualdad económica. «En el gobierno, una perfecta libertad de expresión en todas sus modalidades –hablar, escribir e imprimir–, tanto en la ley como en la práctica, es el primer requisito; pues ésta es la condición principal para que haya inteligencia popular y progreso mental. Todo lo demás es secundario. Una forma de gobierno es buena en

²³ Pierre Manent, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, París, Julliard, 1982, Fayard, 1993, 181 págs.

²⁴ Benjamin Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», *Escritos políticos* (traducción de María Luisa Sánchez Mejías), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 257-295.

²⁵ Max Weber, «Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos» (1918), *Escritos políticos* (Estudio preliminar y versión, de Joaquín Abellán), Madrid, Alianza Editorial, 1991, 367 págs., págs. 101-300).

la medida en que proporciona la seguridad de poseer esto. Por lo tanto, los gobiernos mixtos, es decir, aquellos que establecen dentro del Estado poderes simultáneos que a veces están en conflicto y que nunca coinciden exactamente en opiniones e intereses, son por lo general preferibles a las formas simples de gobierno, es decir, aquellas que establecen un poder supremo (aunque sea el de la mayoría) sobre todos los demás, el cual tiene la facultad —y probablemente está inclinado a ello— de suprimir todo escrito o toda expresión oral que se oponga a sus propósitos. Queda por probar con hechos (que son en América más prometedores de lo que hubiera podido esperarse), si la pura democracia está destinada a ser una excepción a esta regla». (John Stuart Mill, *Diario*, 18 de marzo de 1854)²⁶. Supusieron que la tiranía de la mayoría social y política podía eliminar la libertad de opinión no sólo de las minorías sino también de los intelectuales más conspicuos. Tocqueville concibe que existiera mayor libertad de pensamiento para Molière bajo la corte de Luis XIV que para él en su época cuando los intelectuales ya están amoldados. A pesar de comprender el progreso que significaba la aparición de la democracia de masas, Tocqueville y Mill advirtieron de los riesgos modernos de homogeneización y serialización de las conductas. Un grave riesgo de «despotismo chino» y «pasividad asiática» se cernía sobre la democracia entonces emergente. No pretenden notificar un estado transitorio de la democracia moderna sino de apuntar una tendencia constante del progreso de la opinión democrática. Este diagnóstico tocquevilliano se ha conservado intacto en análisis como el de Marcel Gauchet, que prosiguen el argumento tocquevilliano. En periodos que van desde 1789-1795 (desarrollo de la Revolución francesa), 1875-1914 (III República francesa), 1945-1973 (desde finales de la II Guerra Mundial a la crisis del petróleo) y, de forma más abierta aún, desde el comienzo de nuestro siglo, cuanto más se exalta la autonomía individual, más la obstruye una sociedad heterónoma sin individuos libres y mayor es la exacerbación del papel del Estado. El diagnóstico liberal no puede ser hoy más pertinente. De una parte, el embrutecedor predominio actual de los medios de comunicación ocupó —no cabe quitar peso crítico al argumento liberal— el papel del control religioso de las mentes ejercido por la Iglesia en el pasado²⁷. De otra, la trivialización de la libertad como mera libertad económica del sujeto competitivo y la entronización del consumidor redujeron cualquier posibilidad de singularización. La clave de una reconstrucción republicana de una sociedad de individuos autónomos es el «interés bien entendido»: sólo una comprensión colectiva de la libertad puede posibilitar la pervivencia de una comunidad, sin la cuál es imposible el propio interés individual²⁸.

4. LA DISTINCIÓN ENTRE CENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y CENTRALIZACIÓN GUBERNATIVA

El modelo de democracia de Tocqueville se sustenta tanto en la participación política horizontal de los ciudadanos como en la participación vertical de los representantes políticos. Mientras que la centralización gubernativa se ocupa de lo que a todas las partes de la nación concierne (las leyes generales y las relaciones del pueblo con los extranjeros), la centralización administrativa se ocupa de los asuntos que sólo conciernen a una parte de la nación. Estados Unidos cuenta con la primera pero no con la segunda: «El Estado gobierna, pero no administra²⁹». Este es uno de los

²⁶ John Stuart Mill, *The Letters of John Stuart Mill, II* (Hugh S. R. Elliot Ed.), Nueva York, Longmans, Green and Co., 1910 (edición, traducción y prólogo de Carlos Mellizo, *Diario*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, 62 págs., págs. 46, 47).

²⁷ Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Op. Cit.

²⁸ Françoise Melonio, *Tocqueville et les Français*, Paris, Aubier Histoires, 1993, 408 págs., págs. 89-92.

²⁹ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique, I*, (Introducción de Harold J. Laski, nota preliminar de J.-P. Mayer), Paris, Gallimard, 1961, XL+466 págs., pág. 81 (traducción de Dolores Sánchez de Aleu, *La democracia en América, I*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, 446 págs., pág. 77); *De la Démocratie en Amérique, II*, (introducción de Georges Lefebvre y nota preliminar de J.-P. Mayer), Paris, Gallimard,

aspectos donde las dos revoluciones burguesas reflejan consecuencias más diversas. Quizás se trate de la clave de bóveda de los análisis del autor de *La democracia en América* y *El Antiguo régimen y la Revolución*. Nada temía más el gran ideólogo de la Revolución francesa, Immanuel Sieyès, que un Estado fraccionado en una federación de Estados a la manera norteamericana. La organización revolucionaria francesa, basada en la formulación del poder constituyente y la representación política, se erige sobre el aparato administrativo centralizado heredado del Antiguo Régimen. Mientras que la revolución norteamericana surge de un proceso de autorregulación que va de las cartas de asentamiento de los colonos, comunicando a la Corona inglesa cómo van a elegir a sus jueces y cuáles van a ser los procedimientos de decisión democrática, a las Constituciones primero de cada uno de los Estados y luego de la Unión de Estados. Ante la revolución norteamericana y sus logros, la reacción de Tocqueville en su gran obra maestra es modernista: de fascinación pero también de temor por el cambio de rumbo de los nuevos tiempos. De la parte del temor, resalta la alarma por el agostamiento de la libertad de los antiguos. De la parte de la fascinación, llama la atención sobre la viveza y la agilidad de la vida local.

La vida municipal, la libertad de asociación y los jurados norteamericanos le parecieron resortes inestimables de la libertad norteamericana. En primer lugar, la vida municipal norteamericana rebasa sobradamente la simple existencia de instituciones municipales característica de todos los gobiernos y todas las naciones. En Estados Unidos, Tocqueville observó el dinamismo de una vida política ejercida por gentes sencillas que no endosan los asuntos en hombres ilustres. Mientras que la representación se reserva para los grandes asuntos generales del Estado, la vida municipal es la fuente de un poder social ejercido por el pueblo para la actividad legislativa y gubernativa más cercana. A través de este poder social municipal, la participación independiente se expande a todos. Lo que le llama la atención a Tocqueville es que esta fuente del poder social es vieja y originaria. En este poder se encarnan las pasiones y emociones más genuinas del pueblo norteamericano hacia sus asuntos cotidianos sin que la corona inglesa pudiera controlar su raigambre popular. Lo característico del poder norteamericano que se ocupa de los asuntos locales es que no está centralizado sino en manos de muchos convencidos de que son los mejores jueces de lo que sólo a ellos concierne³⁰. En segundo lugar, la libertad de asociación como capacidad de adherirse a ciertas ideas y reunirse para su defensa y difusión es un límite inestimable frente a la tiranía de la mayoría. La peculiaridad que encuentra en la libertad de asociación norteamericana es que las asociaciones agrupan a minorías que pretenden influir en las mayorías. No se trata de dividir el campo social entre los amigos y los enemigos sino de argumentar las ideas y pacíficamente convencer al mayor número³¹. En tercer lugar, el jurado no es valorado en *La democracia en América* como una institución judicial sino política. Por medio del azar, se escoge a un buen número de ciudadanos que temporalmente van a desempeñar el derecho de juzgar. A Tocqueville le llama la atención el origen realmente republicano del jurado porque es elegido entre los gobernados, el pueblo, y no entre los gobernantes, una aristocracia. Es, a sus ojos, una institución que encarna la soberanía del pueblo porque pone en sus sencillas manos nada menos que la posibilidad de sancionar a sus elementos adversos sin declararles la guerra. Si el jurado ha arraigado entre las costumbres populares norteamericanas y no es un mecanismo excepcional es porque se dedica no sólo a las causas penales, extraordinarias, sino a las civiles, ordinarias. El jurado norteamericano, habitualmente, coloca al pueblo en el sitial del juez. Sirve para inculcar al pueblo la libertad sin la cual se carcome la sociedad: la ecuanimidad porque todos saben que hoy son jueces

1961, 428 págs. (traducción de Dolores Sánchez de Aleu, *La democracia en América, II*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, 290 págs.).

³⁰ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique, I*, Op. Cit. págs. 58-69 (traducción págs. 58-67).

³¹ *Ibid.* págs. 194-207 (traducción, págs. 178-186).

y mañana puede que juzgados, la generosidad porque sin apartarnos de nuestros estrictos intereses no hay sentimiento de lo público, y el entendimiento de los propios derechos y obligaciones. *La democracia en América* resalta que el jurado facilita la instrucción de los derechos y de la aplicación de justicia porque facilita la relación entre la aristocracia de los jueces y el pueblo³².

La grandeza del modelo democrático presentado por Tocqueville en *La democracia en América* es que la ausencia de centralización administrativa le devuelve la posibilidad de toda la centralización debida en las tareas gubernativas de los asuntos legislados que afectan a todos los ciudadanos de la Unión. Tanto Mill como Tocqueville reflejaron un intento político de que la democracia fuera un instrumento de desarrollo moral y político de los ciudadanos. Hasta la I Guerra Mundial, los soldados combatieron contra el totalitarismo en favor de este modelo. Sin embargo, quienes acertaron a idearlo no se llamaron a engaño al afirmar que la excelencia de carácter de los hombres más ilustres era cualidad inapreciable en este desarrollo de todos. Mill apuntó en su corto *Diario*: «la única cierta y definida regla de conducta o norma de moralidad es la de la mayor felicidad, pero se necesita primero una valoración filosófica de la felicidad. La calidad, así como la cantidad de la felicidad, han de tenerse en consideración: menor cantidad de una clase más elevada, es preferible a mayor cantidad de una más baja. La determinación del grado de cualidad queda establecida por la preferencia de quienes tienen conocimiento de los dos. Sócrates prefería ser un Sócrates insatisfecho, antes que un cerdo satisfecho; el cerdo probablemente no, pero el cerdo sólo conoce un lado de la cuestión, y Sócrates conoce ambos». (John Stuart Mill, *Diario*, 23 de marzo de 1854)³³. Mill observó, en *Del Gobierno representativo*, que para que una máquina fría como el aparato de la administración se ponga en marcha se requiere de una dirección exterior³⁴. Un dedo fuera de la máquina que la active del *off* al *on*. Mal pueblo sería, en su augurio, el que incorpore la libertad entre sus costumbres sin apreciar la autoridad moral de estos grandes hombres en la actividad política democrática. Y es aquí donde el propio modelo de democracia para el desarrollo nos pone ante las aporías de la democracia que, cuanto más iguala y mejora el bienestar de los individuos, más les serializa y vuelve homogéneos en pareceres. Llegamos al siglo XXI con problemas acarreados del pasado siglo: ¿Cómo contar con políticos capaces de idear fines colectivos o de poseer una visión de Estado en un mundo político permeado por la negociación de intereses y el logro de la estabilización y permanencia en el poder? ¿Cómo recuperar la imaginación también de lo más conveniente para la economía política de la nación y del planeta cuando todo comportamiento macroeconómico parece ser cumplimiento pulcro del mundo posible calculado por los técnicos? Aquellos liberales tan geniales como Mill, Tocqueville y Weber se aferraron a la noción del «carisma» para salvar la excelencia de virtud y la imaginación de fines colectivos de su eliminación por la maquinaria administrativa y su tutela de individuos despojados de todo poder colectivo. Se asombrarían del salto acaecido de la cantidad a la calidad en la racionalización burocrática, científica y técnica de la acción colectiva. Tanto más sometida a la eficiencia, la competitividad y los cálculos medios a fines de la racionalidad instrumental. Pero apenas verían progreso moral entre aquellos y estos ciudadanos, los de hoy, que fueron de la falta de instrucción al ensimismamiento en las imágenes estereotípicas y la complejidad insólita de los medios y aparatos técnicos. Mientras no se halle solución a la construcción de la sociedad de los individuos, indaguemos por lo menos en los orígenes próximos y, sin embargo, tan remotos, en cambio, de este malentendido moral que debilita las bases de nuestras instituciones políticas. ¿O no?

³² Ibid. págs. 282-289 (traducción, págs. 256-260).

³³ John Stuart Mill, *Diario*, Op. Cit., págs. 49, 50.

³⁴ John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, Londres, Son Parker & West Strand Bourn, 1861, 340 págs., págs. 12, 21, 22 (traducción Marta C. C. de Iturbe, presentación, Dalmacio Negro Pavón, *Del Gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 1985, 215 págs.).

Retribuciones judiciales variables: ¿Estímulo del rendimiento o incentivo perverso?*

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

I. INTRODUCCIÓN

En abril de 1989, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) aprobó unos baremos en los que se fijaba, en términos muy simples, el volumen razonable de actividad para cada tipo de órgano jurisdiccional. Con ellos se trataba inicialmente de conocer la carga de trabajo de Juzgados y Tribunales a fin de permitir una mejor planificación de la planta judicial. Pero pronto comenzaron a ser utilizados como referencia para valorar el rendimiento de jueces y magistrados cuando el CGPJ debía decidir sobre aspectos importantes de su vida profesional, principalmente sobre su responsabilidad disciplinaria¹.

En 1998 y 2000 fueron aprobados unos nuevos módulos, notablemente más refinados que los anteriores. Su contenido se basaba en la determinación de dos elementos: la jornada del juez o magistrado, que se estimó en 1.650 horas anuales, y el tiempo medio o estándar que costaba resolver cada tipo de procedimiento, que se cifraba en puntos, cada uno de los cuales equivalía a una hora de esfuerzo. Estos baremos fueron ganando importancia con el paso del tiempo. El CGPJ tuvo muy en cuenta su cumplimiento o incumplimiento a la hora, por ejemplo, de ejercer las potestades inspectora y disciplinaria, de resolver sobre la compatibilidad de actividades y de renovar el nombramiento de magistrados suplentes y jueces sustitutos. Lo propio hizo el Tribunal Supremo cuando enjuiciaba los actos dictados por el CGPJ en el ejercicio de estas potestades. Y es razonable pensar que también muchos jueces y magistrados trataran en cierta medida de ajustar su conducta a dichos baremos, por la cuenta que les traía, pues el riesgo de sufrir inspecciones y sanciones, de ver cómo eran denegadas sus solicitudes de compatibilidad, de no ser nombrados nuevamente como magistrados suplentes o jueces sustitutos, etc. se incrementaba cuanto menor fuese su rendimiento medido con referencia a los mismos.

Unos módulos semejantes, aprobados por el CGPJ en 2003², constituyen la piedra angular del sistema de retribuciones variables implantado por la Ley 15/2003 a fin de estimular el esfuerzo judicial. En ellos se fija una puntuación para cada resolución judicial y un objetivo para cada destino de la judicatura. Los jueces que acrediten un rendimiento igual o superior al 120% del previsto para su destino tendrán derecho a percibir un incremento no inferior al 5% ni superior al 10% de sus retribuciones fijas (art. 9.1); los que no alcancen el 80% del correspondiente objetivo por causas que les sean imputables sufrirán una minoración de sus retribuciones de un 5% (art. 9.2).

Esta materia presenta numerosos aspectos problemáticos. Se podrían decir muchas cosas acerca de las razones que llevaron al Tribunal Supremo a anular los

* Este artículo resume de manera algo apretada parte de un libro que esperamos publicar próximamente.

¹ Así se advierte en los «Módulos de trabajo en Juzgados y Tribunales» aprobados por Acuerdo de 15 de julio de 1998 del Pleno del CGPJ (*Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1998, t. III, pp. 25 y 26).

² Vid. el Acuerdo de 3 de diciembre de 2003, del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Reglamento 2/2003, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 6 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial.

referidos módulos en 2006³, o sobre el hecho de que el CGPJ los hiciera resucitar poco después para poner en marcha un nuevo programa de remuneraciones variables⁴, de muy dudosa legalidad. En el presente estudio, sin embargo, sólo pretendemos cuestionar la oportunidad de semejantes sistemas retributivos, a la vista de los efectos que los mismos han podido provocar sobre la praxis judicial.

II. EL RUMOR: LAS RETRIBUCIONES VARIABLES PRODUCEN EFECTOS PERNICIOSOS SOBRE EL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Por el foro corre el rumor de que estas retribuciones han influido negativamente sobre la calidad e incluso el sentido de muchas decisiones jurisdiccionales, al incentivar soluciones y prácticas discordantes con las prescritas por el ordenamiento jurídico. El voto particular de los vocales Alonso Suárez, Azparren Lucas, Campo Moreno, García García, López Tena, Pantoja García, Salinas Molina y Aguiar Luque que acompañaba al Acuerdo de 3 de diciembre de 2003 del Pleno del CGPJ ya advertía del peligro:

«El estímulo a la producción mediante incentivos económicos cuantificados automáticamente va a incidir decisivamente en contra de la calidad del sistema. Existe una tendencia constatada en el ámbito de las Administraciones Públicas a que, lejos de incrementar el tiempo de dedicación al trabajo, el estímulo se traduce en ocasiones en un cambio de comportamientos para que la proyección estadística del trabajo realizado se ajuste a lo exigido para obtener la productividad».

«Un juez o magistrado que quisiera percibir una mayor retribución en cómputo anual realizando el mismo trabajo (un 100% del módulo establecido) lo puede conseguir simplemente distribuyendo de forma desigual dicho trabajo entre los dos semestres del año, de forma que en uno se limite al 80% del módulo (con lo que percibiría el 100% del salario durante un semestre) y en el otro añada ese 20% guardado en el armario para alcanzar el 120% (con lo que percibiría el 110% del salario durante otro semestre)».

«El sistema ofrece a los jueces y magistrados la posibilidad de acumular puntos sacando rápidamente los asuntos fáciles y aquellos otros que impliquen un número mayor de puntos, postergando los asuntos que impliquen mayor dedicación y tengan atribuidos menos puntuación».

«El sistema puede fomentar alteraciones en la forma de realizar el trabajo. Cuanto mayor sea la presión de la Inspección sobre el sistema de cómputo, mayor será el incentivo para que el cumplimiento se obtenga alterando la forma de trabajar, esto es, el contenido de las propias resoluciones. En multitud de ocasiones habrá una decisión jurídica, sobre el procedimiento o sobre el fondo, que será beneficiosa para trabajar menos y computar mayor nivel de cumplimiento y otra que será perjudicial a tal fin. Lo normal será que, si se hace una medición estadística, se vaya incrementando el número de decisiones favorables al interés del juez productivista, sin que haya forma de pararlo. Y entonces jugará la fuerza poderosa del agravio comparativo: quienes se vean perjudicados notoriamente en sus retribuciones y nivel de cumplimiento por seguir criterios más estrictos que sus compañeros exigirán que se ponga fin a las prácticas incorrectas de otros. Es más: determinados criterios jurídicos pasarán a ser observados con sospecha exclusivamente por sus efectos beneficiosos sobre el sistema de productividad, según las tendencias de cada momento, muchas veces sin pararse a razonar objetivamente sobre los mismos. ¿Y cómo va a

³ SSTS (Sala 3ª, Pleno) de 3 de marzo de 2006 (recs. 14 y 16/2004) y 7 de marzo de 2006 (recs. 17, 18 y 30/2004).

⁴ Vid. los Acuerdos del Pleno del CGPJ de 28 de junio de 2006, 15 de diciembre de 2006, 27 de junio de 2007 y 19 de diciembre de 2007, así como los Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de diciembre de 2007 y 29 de abril de 2008.

entrar la Inspección en problemas de criterios jurídicos de las resoluciones? Habrá casos en los que será posible hacerlo por tratarse de criterios groseramente antijurídicos, pero esto no será así en la mayoría de los casos. En la medida en que esto resulte imposible, se irá produciendo un efecto de desistimiento de la mayoría y un asentamiento de las prácticas viciosas. De esta manera el sistema de productividad constituye una apuesta contra la calidad del sistema, en detrimento del ciudadano» [las cursivas son del original].

Y, en efecto, eso es lo que al parecer ha ocurrido. En su sagaz e implacable análisis del «desgobierno judicial», Nieto (2004, pág. 42) ha notado cómo

«con frecuencia media docena de procesos podrían acumularse en uno solo, es decir, reconducirse a unos autos únicos —en razón a las conexiones que entre ellos median previstas por la ley— para tramitarse juntos y decidirse en una sola sentencia. Y, sin embargo, los jueces no gustan de una simplificación tan lógica de su trabajo, movidos en parte por un interés poco honorable: estando obligados a cumplir un módulo prefijado (...) y cobrando un complemento de productividad por sentencia, mucho les interesa dictar el mayor número posible de ellas aunque sea un trabajo inútil».

Sobre una práctica semejante ha llamado la atención Alonso Mas (2004, pág. 296):

«uno de los factores que, paradójicamente, entorpece la utilización de la vía de la extensión de los efectos de las sentencias prevista en el artículo 111 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —figura que debería servir también al principio de economía procesal— es «la nueva regulación de las retribuciones de los miembros de los órganos jurisdiccionales, en la que cobra bastante importancia el factor de la productividad (...). Y ello porque, en los baremos aprobados, los autos de extensión de efectos otorgan una puntuación considerablemente inferior (pese al trabajo que en algunos casos supone, como pasa en los supuestos de procedimientos selectivos de personal o de provisión de puestos de trabajo muy masificados) a la que se otorga a la correspondiente sentencia».

Montero Aroca y Flors Maties (2005) tampoco tienen reparos en señalar que

«en la realidad judicial civil, por razones no legales, sino prácticas e incluso económicas (por ejemplo, los módulos) nuestros jueces prefieren dictar sentencia, aunque sea para declarar la nulidad de lo actuado reponiendo las actuaciones a un momento anterior, pero ello no empece para que sigamos sosteniendo que lo adecuado es que se dicte auto cuando se trata de decidir, ya en el trámite de sentencia, sobre la validez de lo actuado».

En opinión de Ramos Romeu (2006, pág. 24), la teoría que más probablemente explicaría el reciente aumento de la tasa de confirmación de las resoluciones judiciales civiles radicaría

«en el ejercicio de un esfuerzo de revisión menos intenso por los Tribunales de apelación, de forma deliberada, lo que sería una estrategia de revisión que habrían adoptado a raíz del imparable aumento de la tasa de recurso de los últimos años, la falta de recursos materiales y, posiblemente, la introducción de la retribución variable por módulos». En efecto, «el incremento de trabajo en apelación sin el correspondiente aumento de recursos habría llevado a dedicar menos tiempo por asunto lo que, a la larga, implicaría una mayor probabilidad de desestimación dado que sería menos probable detectar los errores cometidos por el juez de instancia. A su vez, la introducción de la retribución judicial variable por módulos desde principios de 2004 haría que los jueces quisieran dictar más sentencias más rápido».

Y Ramos Méndez (2006, pág. 20, notas 17 y 18), por su parte, advierte que los datos estadísticos relativos a la producción media de los magistrados están distorsionados, porque

«la introducción de módulos de rendimiento, a efectos de retribuciones variables, produce una tendencia a engrosar los rótulos de las cifras finales, que no son homogéneas». Y también estima que «la incitación retributiva de los módulos de rendimiento puede, en algunos casos, condicionar la elección del tipo de resolución», cuando ésta es susceptible de canalizarse a través de auto o sentencia.

III. VENTAJAS Y PELIGROS DE LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

Un principal puede usar básicamente dos métodos para remunerar a sus agentes. O bien les paga un salario fijo por cada periodo de actividad efectivamente desplegada o bien les paga una retribución que varía en función de los resultados que hayan producido (Lazear, 1986).

En determinadas circunstancias, este último método —que denominaremos destajo— puede producir un cierto *efecto selectivo*, consistente en atraer y retener a los mejores trabajadores y ahuyentar a los peores. En efecto, cobrar en función de los resultados encierra para el agente un riesgo más elevado que recibir periódicamente un sueldo fijo, principalmente porque en su rendimiento pueden influir factores que escapan a su control. Es por ello que los empleados, normalmente aversos al riesgo, sólo estarán dispuestos a trabajar a destajo si la compensación que esperan obtener a cambio supera la que podrían recibir con carácter fijo, a fin de compensar el mayor riesgo. Y las empresas sólo estarán dispuestas a pagar esa «prima por el riesgo», así como a sufragar los sobrecostos engendrados por la medición y evaluación de los resultados, si así logran una mayor productividad. Los mejores trabajadores, por consiguiente, preferirán las empresas que utilizan el método a destajo, porque sólo allí su rendimiento especialmente elevado tiene una recompensa. Los trabajadores menos productivos, en cambio, se sentirán más atraídos por los salarios fijos, pues su rendimiento inferior no les permite obtener una remuneración equiparable trabajando a destajo. El destajo, en segundo lugar, también puede producir un *efecto estimulante*: en la medida en que representa un *incentivo* para que los empleados se esfuercen, puede propiciar que aumente su rendimiento y, consiguientemente, también el de la correspondiente empresa.

Los sistemas de destajo encierran, sin embargo, dos importantes peligros: el oportunismo de los agentes y la disminución de su motivación intrínseca. El primero surge cuando resulta prohibitivamente costoso —y, por lo tanto, prácticamente imposible— evaluar con exactitud el rendimiento de los agentes, determinar en qué medida han alcanzado realmente los objetivos fijados por el empresario que les paga. El problema se agudiza cuando se trata de trabajos complejos, que comprenden varias tareas o diversos aspectos, algunos de los cuales son más difíciles de observar que otros. En estos casos, en los que resulta demasiado difícil medir en todas sus dimensiones relevantes el rendimiento de los trabajadores, a veces se atiende únicamente a algunas de ellas. Los criterios de evaluación no tienen en cuenta todas las tareas que debería realizar el trabajador, o no ponderan todos sus aspectos relevantes, sino tan sólo algunos, los más fácilmente observables y mesurables. La medida utilizada para valorar el rendimiento del agente es incongruente con la medida en que el principal resulta beneficiado por las actuaciones de aquél. Ello puede dar pie a que el trabajador dedique sus esfuerzos a esas actividades o dimensiones, en detrimento de aquellas otras que ni se miden ni se recompensan. La retribución a destajo puede influir no sólo en la cantidad de esfuerzo invertido por los trabajadores, sino también en la distribución de dicho esfuerzo entre las actividades que deberían desarrollar (Prendergast, 1999, págs. 21 y ss.). El empresario que pretende que sus empleados realicen dos tareas, pero les paga únicamente por la primera y renuncia a verificar en qué medida han llevado a cabo la segunda, corre un serio riesgo de quedarse sin esta última: no

es sensato esperar B cuando se les está retribuyendo sólo por A (Kerr, 1975); aquí uno suele recibir aquello por lo que paga.

El otro gran peligro es que disminuya la motivación intrínseca de los agentes. La teoría económica estándar dice que el aumento del precio de un bien provocará, *ceteris paribus*, un aumento de su oferta: si, por consiguiente, se incrementa el dinero pagado por una determinada actividad, se incrementará correlativamente el volumen de la misma. Hay, sin embargo, datos que parecen refutar esta teoría. Varios estudios han demostrado que las recompensas otorgadas a los agentes pueden provocar una reducción de la actividad recompensada (Deci, Ryan y Koestner, 1999; Frey y Jegen, 2001). Se ha observado, por ejemplo, que la cantidad de dinero recolectada por un grupo de estudiantes para fines altruistas (investigación del cáncer, asistencia a niños discapacitados, etc.) era muy superior cuando no se les pagaba por ello que cuando se les prometía un 1% de la recaudación, e incluso algo superior que cuando la prima era del 10% (Gneezy y Rustichini, 2000).

La explicación que suele darse es que las recompensas «extrínsecas» —especialmente las monetarias— pueden desplazar (*crowding out*), socavar, minar, la «motivación intrínseca» por la actividad recompensada. Los psicólogos suelen distinguir entre dos tipos de motivación: una intrínseca y otra extrínseca. En el primer caso se hace algo porque ello es inherentemente interesante o agradable, mientras que en el segundo se realiza una actividad porque ello conduce a otro resultado distinto y separable (Ryan y Deci, 2000, pág. 55). La motivación intrínseca de un individuo por una actividad provendría de la inherente satisfacción que para el mismo se deriva del mero hecho de realizarla.

Para que la motivación intrínseca disminuya significativamente es necesario, en primer término, que la misma sea lo suficientemente elevada, lo que sólo ocurrirá cuando se trate de una actividad atractiva, interesante. En segundo lugar, se requiere que el incentivo externo modifique la consideración que el agente tenga de la actividad, erosionando su autoestima y su autodeterminación. El individuo al que se promete una recompensa por la realización de una determinada tarea puede considerar que el promitente no reconoce ni confía suficientemente en su motivación intrínseca, en su eticidad, en su valía, en su capacidad (Frey y Jegen, 2001, pág. 594); al escuchar la promesa, tal vez sospeche que el promitente está mejor informado que él sobre las características de la tarea y sobre su habilidad para llevarla a cabo; el destinatario de la promesa puede interpretarla no sólo como una muestra de desconfianza o de subestima, sino también como una señal de que la actividad por la que se le va a pagar es menos interesante y digna de lo que pensaba, o como un indicio de que no es tan capaz de acometerla como creía (Bénabou y Tirole, 2003, págs. 493 y ss.). El establecimiento de un incentivo externo, por otro lado, puede hacer que el agente se vea a sí mismo actuando de manera condicionada, que se sienta controlado, vigilado, coartado en su libertad, en su capacidad para autodeterminarse y actuar responsablemente. La probabilidad de que se produzca este efecto desplazamiento será mayor, pues, cuanto más intensos sean los controles a los que el agente quede sometido, más salientes sean las recompensas y —esto nos interesa especialmente— más dependan las mismas del rendimiento del agente (Deci, Ryan y Koestner, 1999; Frey, 2000, pág. 34). Se ha podido comprobar, así, cómo la introducción de un sistema de retribuciones variables para ciertos empleados públicos encargados de cuidar a niños aquejados de minusvalías mentales provocó que menguara su motivación intrínseca (Jordan, 1986).

Habida cuenta de este fenómeno, los sistemas de retribuciones variables no son adecuados cuando se trata de tareas complejas, creativas, estimulantes, atractivas, que interesan «por sí mismas» y no exclusivamente por la remuneración monetaria que los agentes obtienen al realizarlas (Frey y Osterloh, 2000, págs. 64 y ss.). Y no lo son por la conjunción de varios factores. El primero es que la implantación de semejantes sistemas puede interpretarse por los agentes como una señal implícita por la cual se

les está diciendo que su competencia es escasa o se les está reprochando un rendimiento deficiente, puede percibirse como una muestra de desconfianza (Grepperud y Pedersen, 2006, pág. 126). El segundo es que dicha implantación requiere el establecimiento de mecanismos de medición del rendimiento, lo que conllevará normalmente un incremento de los controles a los que están sometidos los agentes y, correlativamente, una disminución de su libertad percibida. También existe el peligro, si la medición del rendimiento no es exacta, de que algunos de los agentes se consideren desigual o injustamente evaluados (Forest, 2006, págs. 8 y ss.). Es por todas estas causas que la motivación intrínseca de los agentes puede disminuir notablemente, en especial cuando se trata de «trabajos no repetitivos, con un alto grado de discrecionalidad, donde la intuición, la creatividad y el juicio constituyen elementos centrales del contenido del trabajo», como es el caso de las profesiones jurídicas (Grepperud y Pedersen, 2006, pág. 126).

IV. HIPÓTESIS: ES DEMASIADO PELIGROSO HACER DEPENDER LA REMUNERACIÓN DE LOS JUECES DE SU RENDIMIENTO MEDIDO CON ARREGLO A CRITERIOS PREDETERMINADOS

Así las cosas, no da la impresión de que el destajo constituya un medio pertinente para estimular la productividad judicial. Varias razones hacen pensar que los eventuales beneficios no alcanzan para compensar sus costes y peligros.

El Estado, por lo pronto, ha de pagar una «prima por el riesgo» que conlleva el sistema, así como sufragar los costes generados por la medición del rendimiento judicial, pues alguien tiene que contabilizar las resoluciones dictadas, cumplimentar formularios, remitirlos, controlar su veracidad, evaluarlos, tramitar los procedimientos contradictorios encaminados a esclarecer si los rendimientos inferiores al 80% del objetivo fijado para cada destino son imputables al correspondiente juez (art. 9.2 Ley 15/2003), procedimientos que pueden desembocar ulteriormente en un proceso contencioso-administrativo, etc.

No parece, sin embargo, que las retribuciones variables vayan a producir un efecto selectivo apreciable, entre otras razones porque las pruebas que hay que superar para acceder a la judicatura ya permiten efectuar una importante selección de los aspirantes, así como asegurar una cierta homogeneidad de sus conocimientos y capacidades.

Y es muy dudoso que la implantación del sistema vaya a reportar un aumento del rendimiento judicial, en primer lugar, porque existe un serio peligro de que se produzca el referido efecto desplazamiento. Cabe afirmar que la motivación intrínseca de jueces y magistrados por el desempeño de su profesión es, en líneas generales, muy elevada, pues: administrar justicia es una actividad aparentemente muy interesante, gratificante, atractiva, reconocida socialmente como de trascendental importancia y dignidad; el juez dispone de un alto grado de libertad para organizar su trabajo, de discrecionalidad para juzgar, para plasmar en sus decisiones su intuición, su creatividad, su capacidad, sus convicciones, su visión de la vida, su personalidad; el juez se dedica principalmente a hacer algo que muchos anhelan, ejercer poder público, influir sobre la conducta y el destino de numerosas personas; al juez se le presupone un comportamiento ético más estricto que el usual y admisible en otros profesionales (cfr. Malem Seña, 2001).

Cabe pensar, igualmente, que el sistema de módulos ha podido alterar en cierta medida la percepción que los jueces tenían de sus funciones. Si ahora se pretende estimular su rendimiento, ¿es que acaso se piensa que antes era deficiente?, ¿acaso se está poniendo en duda que los jueces ya hacían todo lo que estaba en sus manos para resolver los asuntos que llegaban a su conocimiento?, ¿se les está señalando implícitamente como culpables de los graves retrasos acumulados por la Administración

de Justicia? Los controles impuestos a los jueces a fin de evaluar su rendimiento (los deberes de contabilizar las resoluciones dictadas, cumplimentar y remitir periódicamente los correspondientes formularios, soportar eventuales requerimientos e inspecciones, acreditar que el incumplimiento de los módulos obedecía a causas justificadas, etc.), han podido ser percibidos por ellos como un signo inequívoco de falta de confianza y, adicionalmente, como una restricción de su libertad. A ello se añade el hecho de que el legislador ha tratado de estimular a los jueces con la «zanahoria» del dinero, sin reparar en que éste es el tipo de recompensa más peligroso para la motivación intrínseca. El dinero prometido por elevar su rendimiento ha podido ser interpretado por los jueces como una señal de que no se les tiene en tan alta consideración como creían, de que, a los ojos de la sociedad, su función no reviste la dignidad que le atribuían, ni sus virtudes éticas bastan para asegurar un adecuado desempeño. Los jueces han podido llevarse la impresión de que el legislador, al pretender incentivar su productividad con unas monedas, les está tratando como si fuesen unos calculadores agentes preocupados sobre todo por maximizar sus intereses crematísticos, antes que sujetos éticamente comprometidos con la función de impartir justicia. Es imaginable, en suma, que la implantación del sistema haya erosionado su motivación intrínseca, produciendo los efectos de una suerte de «profecía autorrealizada». Al dispensarles el trato que se daría a unos truhanes oportunistas y maximizadores de sus intereses pecuniarios, el legislador estaría propiciando que sujetos potencialmente muy honorables actuaran como tales truhanes⁵.

V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL PELIGRO DE DECISIONES JUDICIALES OPORTUNISTAS

Pero el más serio peligro del sistema diseñado por la Ley 15/2003 es que constituye un incentivo para que los jueces se comporten de manera oportunista. Como consecuencia de su sensibilidad a los estímulos económicos —potenciada por la erosión de su motivación intrínseca— y de la enorme dificultad que para quienes les pagamos entraña controlar la calidad —la justicia— de sus decisiones jurisdiccionales, el hacer depender su remuneración del cumplimiento de unos módulos predeterminados, en los que únicamente cuentan el número y el tipo de aquéllas, sólo puede propiciar que disminuya la calidad de las mismas (Niето, 2004, pág. 267; González Casso y Mecerres Jiménez, 2002), sólo puede favorecer que los jueces tiendan a invertir estratégicamente sus esfuerzos en las que más beneficios puedan reportarles, aunque no siempre sean las más justas.

Hay que partir de la base de que los jueces también son humanos y, por lo tanto, sensibles a los incentivos económicos (Niето, 2000, pág. 406), maximizadores de su utilidad (Posner, 1993). Como cualquier persona, muestran una cierta querencia a tomar aquellas decisiones que, a su juicio, satisfacen sus intereses en mayor medida. Ésta es, a fin de cuentas, la premisa fundamental sobre la que se asienta el sistema de retribuciones variables introducido por la Ley 15/2003: también el juez es en cierta medida un *homo aeconomicus*, un sujeto cuya actividad jurisdiccional es económicamente influenciable. El sistema carecería de sentido si los jueces fuesen impermeables al estímulo que supone la obtención de una ventaja monetaria por aumentar su rendimiento.

¿Y qué es lo que tratan de maximizar los jueces? ¿Cuáles serían los elementos relacionados con el desempeño de su profesión de los que se deriva una mayor o menor utilidad personal? Aquí habría que incluir, cuando menos: su *remuneración*; el *tiempo de ocio* que les dejen sus tareas judiciales; la *reputación* que puedan labrarse en el ejercicio de sus funciones, el *destino* que deseen ocupar en el seno de la judicatura; y la satisfacción intrínseca que puede proporcionar la mera realización de la *propia actividad judi-*

⁵ Como dice Goodin (1996, p. 41), al diseñar «instituciones para truhanes», se corre el riesgo de hacer truhanes de personas potencialmente más honorables.

cial. A los cuales habría que añadir el *factor moral*. La visión del juez acerca de cuál sea en cada caso la solución objetivamente justa —ajustada al Derecho vigente— le influirá notablemente a la hora de decidir. Los jueces, lo mismo que otras muchas personas, están dispuestos a sacrificar hasta cierto punto determinados bienes —tiempo, energía, popularidad, posibilidades de promoción, dinero incluso—, a fin de cumplir lo que ellos consideran su deber. Apartarse de la decisión justa entraña para ellos un coste moral, mayor o menor según la persona y las circunstancias.

Resulta prácticamente imposible medir y valorar con exactitud el rendimiento de los jueces. Su profesión es demasiado compleja, comprende múltiples tareas y dimensiones, muchas de las cuales son muy difícilmente evaluables, dado el amplio margen de que los jueces disponen para configurarlas. Pero como el legislador, pese a todo, se ha empeñado en evaluar dicho rendimiento con arreglo a criterios «objetivos» y predefinidos, no ha quedado más remedio que atender únicamente a algunas de sus dimensiones. Los módulos elaborados por el CGPJ no tienen en cuenta todas las tareas que debería realizar el correspondiente juez, ni todos sus aspectos relevantes, sino sólo los más fácilmente observables y mesurables. Es decir, los parámetros utilizados para valorar la actividad judicial son fragmentarios e incongruentes con la medida en que los ciudadanos nos beneficiamos de la misma. En los módulos se ha soslayado completamente la calidad de las decisiones adoptadas y su conformidad con el ordenamiento jurídico. Lo único que puntúa es su cantidad y tipo. Tampoco se han incluido en la cuenta las actividades que no se formalizan en una resolución jurisdiccional, tales como la realización de cursos de formación, el estudio y la preparación de los asuntos, la atención a los profesionales del foro, a los particulares y a la oficina judicial, etc. Y, por último, debe subrayarse que determinadas resoluciones no computan.

Ello implica que las diferentes alternativas de decisión que en algunos casos se les presentan a los órganos jurisdiccionales llevan aparejadas diferentes consecuencias retributivas. Unas puntúan más que otras. Si el juez se decanta por las primeras, cobra más que si se decide por las segundas. Pensemos en el problema al que se enfrentan los Jueces de Instrucción cuando, tras haber instruido un procedimiento penal abreviado, deben decidir si lo elevan o no. De acuerdo con los módulos de 2003, cada vez que escogían la primera alternativa recibían en principio tres puntos, mientras que si optaban por la segunda... ¡ninguno! Y no es el único ejemplo que cabe poner. Cada causa de la Ley del Jurado elevada puntuaba dieciocho; las no elevadas, nada. Un juicio de faltas resuelto con sentencia daba 1,8375 puntos; los juicios de faltas que no llegaban a tener sentencia final, cero. Formular un voto particular otorgaba el 50% de los puntos atribuidos a la resolución en que se formulase; adherirse a la opinión mayoritaria expresada por el ponente, ni uno solo. Acumular dos o más procesos suponía la pérdida de todos los puntos que hubiese reportado la tramitación separada de los procesos acumulados al principal, etc.

Las diferencias retributivas asociadas a las distintas alternativas de decisión judicial representan un estímulo para que los jueces escojan las mejor pagadas, aunque no siempre sean las que objetivamente deberían adoptar. Parece claro que la discordancia entre la alternativa escogida por el juez —porque es la que mayor provecho le reporta— y la alternativa más justa se producirá normalmente cuando los réditos que aquél espera obtener de la primera superan los costes —v. gr., de tiempo, prestigio y «conciencia»— que, a su entender, pueda suponerle el apartarse de la segunda. Y entra dentro de lo razonable pensar que ello pudiera ocurrir no siempre, desde luego, pero sí en algunos supuestos típicos. Por ejemplo, cuando los perjuicios que la solución menos justa cause eventualmente a las partes y al interés público sean de escasa consideración. Piénsese en la decisión de no acumular dos recursos contencioso-administrativos que deberían acumularse: mientras el juez que los resuelve en sendas sentencias duplica sus puntos, las partes procesales no sufren prácticamente daño alguno y los perjuicios causados a la Administración de Justicia se perciben difusos y carentes de significación. Es probable que, en estos y otros casos similares, los

costes *morales* no tengan la suficiente magnitud como para evitar que algunos jueces escojan la alternativa mejor retribuida.

Otro supuesto típico es aquel en el que *resulta muy difícil advertir la injusticia* de la alternativa mejor pagada, por ejemplo, porque existen muchas dudas acerca de cuál es la decisión que debería tomarse. Cuando esto entraña gran dificultad para terceras personas, el riesgo de que el juez pierda prestigio por el hecho de escoger la alternativa menos justa pero mejor retribuida es muy escaso. Más aún, lo normal es que aquí mejore dicho prestigio, pues si la decisión adoptada recibe más puntos es porque supuestamente cuesta más esfuerzo elaborarla, aunque esto no siempre se corresponda con la realidad. Si, además, hasta para el propio juez resulta difícil advertir la injusticia de su decisión, el coste moral de la misma no será muy elevado. Sirva como ejemplo el problema de si, una vez concluida la instrucción de un procedimiento penal abreviado, hay que elevarlo para la apertura del juicio oral o acordar el sobreseimiento (art. 779 LECrim). Juzgar *prima facie* si los indicios existentes acreditan con la suficiente fuerza la perpetración del delito por una determinada persona encierra grandes dosis de subjetividad. De ahí que el juez instructor disponga de un ancho margen de apreciación para formular este juicio, y que resulte difícil detectar las equivocaciones o arbitrariedades que pueda cometer. Es posible que luego, cuando mejore la información en virtud de la práctica de la prueba en la fase oral, se absuelva al reo, pero ello no significa que el instructor actuara injustamente cuando elevó el procedimiento a la luz de la información a la sazón disponible.

VI. ALGUNOS DATOS EMPÍRICOS

Más allá de la rumorología, resulta complicado corroborar empíricamente que los módulos de trabajo han distorsionado de manera significativa las decisiones de los jueces españoles, así como precisar cuál ha sido, en su caso, el alcance de las distorsiones y los costes resultantes. La dificultad más importante deriva de las notables deficiencias que presentan las estadísticas judiciales con las que contamos⁶. Los datos disponibles⁷ son escasos, fragmentarios y de poca calidad. Un importante problema es que, en el mejor de los casos, sólo existen desde 1995, por lo que no permiten conocer cuál era la situación anterior a la implantación de los módulos de trabajo de 1989, para contrastarla con la posterior. La otra gran dificultad es que el contenido de los módulos y, sobre todo, la naturaleza de los efectos asociados a su cumplimiento o incumplimiento han ido cambiando a lo largo del tiempo, lo que hace que las series de datos sean muy cortas y, por ello, de un valor relativo. Desde 2003 hasta mediados de 2006, cuando fueron anulados por el Tribunal Supremo, los módulos pudieron tener la mayor eficacia estimulante, porque su observancia producía consecuencias retributivas directas. Pero también antes pudieron ejercer una influencia parecida, si bien no tan potente. Los datos disponibles, con todo, permiten vislumbrar que los rumores no son infundados.

1. ¿Procesos que deberían ser acumulados?

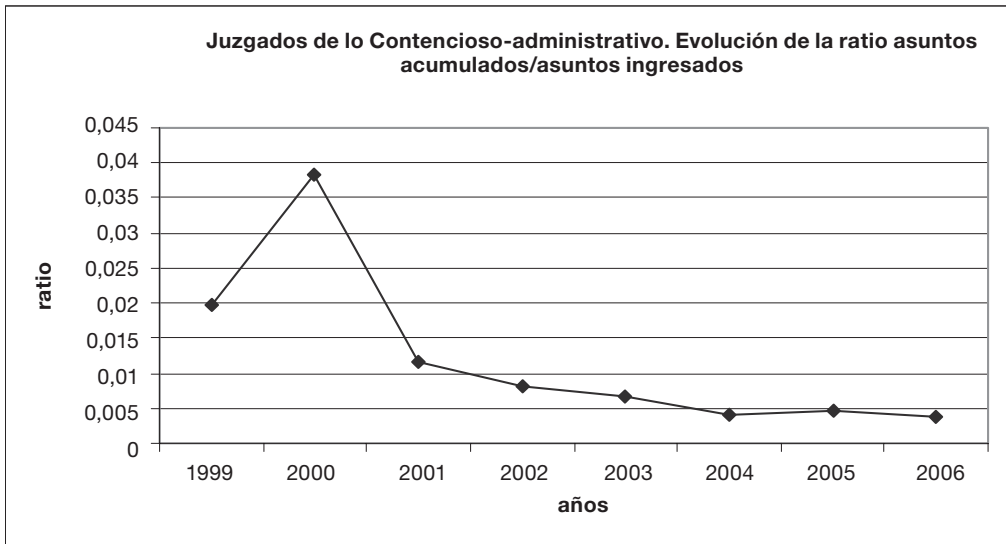
En determinados casos, las pretensiones entre las cuales existe una cierta conexión prevista por la ley deben ser tramitadas en un solo procedimiento y resueltas en una única sentencia. La acumulación, amén de evitar el peligro de que se dicten sentencias contradictorias, «produce economía procesal, porque una única actividad procesal

⁶ Vid., en este sentido, la exposición de motivos del Acuerdo de 9 de Julio de 2003, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba el Reglamento 1/2003 de Estadística Judicial.

⁷ Los datos que han servido de base para realizar el presente estudio han sido extraídos de www.poderjudicial.es y www.ine.es.

sirve para el debate y resolución de varias pretensiones en lo que éstas tienen de común» (Ortells Ramos, 2007, pág. 263).

Es evidente que los módulos desincentivan la acumulación de procesos que deberían acumularse. A un juez le sale económicamente más rentable resolver n casos muy semejantes mediante n sentencias que mediante una sola: la primera alternativa multiplica sus puntos por n . No sorprende, pues, la evolución que ha experimentado, por ejemplo, la ratio asuntos acumulados por asuntos ingresados relativa a los Juzgados unipersonales de lo Contencioso-administrativo:



Nótese que ambas ratios alcanzaron niveles altos en 1999 y todavía más elevados en 2000, para luego descender de manera muy acentuada hasta llegar a niveles ínfimos. La explicación bien podría ser como sigue. Tales Juzgados fueron creados por la Ley 29/1998, de 13 de julio, y comenzaron a funcionar a finales de ese mismo

año. Es por esta razón que en los módulos aprobados por el CGPJ el 15 julio de 1998 no se hacía referencia a los mismos. Dicho con otras palabras, durante los años 1999 y 2000, ninguno de estos Juzgados estuvo sometido a la influencia de los módulos, por la sencilla razón de que no los había para ellos. A nadie tiene que extrañar, por tanto, que las ratios más elevadas las registraran durante ese periodo de tiempo. Pero, claro, las cosas cambiaron en 2001, cuando comenzaron a manifestar sus efectos estimulantes los módulos de dedicación aprobados el 31 de mayo de 2000, que ahora sí establecían un baremo específico para dichos órganos jurisdiccionales.

2. ¿Penas de banquillo que los ciudadanos no deberían sufrir?

Los procesos penales se desarrollan en dos fases: la de instrucción y la del juicio oral. En la primera se realizan diversas actividades a fin de averiguar la perpetración del delito, las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como sus responsables. Concluida la misma, el juez instructor valora a la luz de la información disponible si la comisión del delito por una determinada persona ha quedado suficiente o insuficientemente justificada —si alcanza o no un grado bastante de probabilidad— como para pasar a la segunda fase, la del juicio oral, donde se llevan a cabo las actividades necesarias para esclarecer con mayor certeza aquellos extremos. Si el juez considera que dicha perpetración no queda suficientemente acreditada como para avanzar a esta segunda fase, ordenará el sobreseimiento, y la persecución penal del afectado finalizará. En otro caso, elevará el procedimiento al órgano jurisdiccional competente para la celebración del juicio oral. El proceso penal se estructura de esta manera, entre otras razones, a fin de minimizar las consecuencias negativas que del mismo se desprenden para todos los ciudadanos. El sometimiento a un juicio oral supone para el acusado una suerte de «pena de banquillo», una importante pérdida de prestigio, tiempo, dinero y seguridad. Pero a los demás ciudadanos tampoco les sale gratis, ya que son ellos, al fin y al cabo, los que han de sufragar las costosas actuaciones procesales que en este juicio tienen lugar. Pues bien, es evidente que únicamente estará justificado imponer aquella «pena» e incurrir en estos costes cuando los réditos sociales esperados de la medida sean superiores, lo que sólo ocurrirá cuando exista una probabilidad lo suficientemente elevada de que el acusado sea culpable⁸.

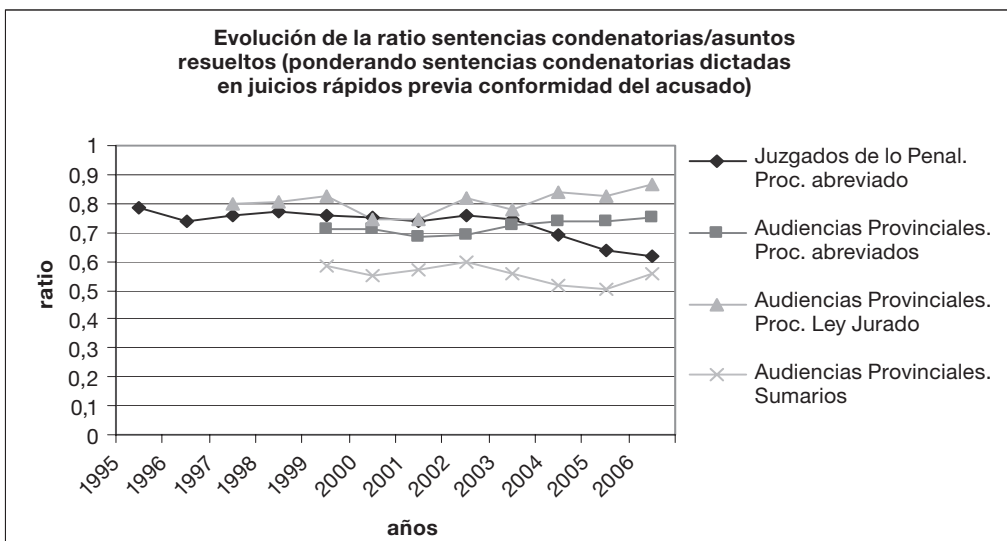
Los módulos de 1998 no otorgaban puntuación a todas las actividades de instrucción realizadas por estos Jueces, sino tan sólo a las que desembocaran en sumarios, causas de la Ley de Jurado y procedimientos abreviados. Las diligencias sobreseídas, por consiguiente, no computaban, con la única excepción de las que hubiesen sido incoadas mediante querrela. Este esquema se mantuvo en los módulos de 2000 y 2003, si bien con alguna novedad de bulto, pues aquí ya no puntuaban las diligencias sobreseídas incoadas mediante querrela, sino únicamente los «sumarios conclusos», las «causas de la Ley del Jurado elevadas» y los «procedimientos abreviados elevados». Dicho con otras palabras: imponer al ciudadano la pena de banquillo daba puntos; ahorrársela, ninguno.

Así las cosas, no causaría sorpresa que los incentivos que para los Jueces de Instrucción conllevaba este módulo hubiesen provocado la apertura injustificada de algunos procedimientos penales, que en otro caso no se hubiesen abierto. Puede que este factor propiciara que se elevaran algunos de ellos a pesar de que los indicios existentes no indicaban con el suficiente grado de probabilidad que la persona afectada hubiese delinquido. Y, si así ocurrió, cabe pensar que un porcentaje especialmente elevado de estos casos se resolvió luego con una absolución. El resultado esperable, por consiguiente, es que acabara produciéndose una disminución de la

⁸ SSTS (Sala 2ª) de 20 de julio de 2001 (rec. 491/2000-P), 19 de junio de 2007 (rec. 2421/2006) y 17 de julio de 2007 (rec. 2402/2006).

ratio de condenas por asuntos resueltos. Los módulos habrían provocado un aumento del número de inocentes —o, cuando menos, presuntamente inocentes— castigados con la pena de banquillo.

Las estadísticas elaboradas por el CGPJ permiten precisar la ratio de condenas por asuntos resueltos respecto de cuatro tipos de procedimientos elevados por los Juzgados de Instrucción: los abreviados cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados de lo Penal, los restantes procedimientos abreviados, los relativos a sumarios y los contemplados en la Ley del Tribunal del Jurado, de los cuales conocen las Audiencias Provinciales. En relación con el primer tipo de procedimientos, existen datos consistentes desde 1995; en relación con el segundo y el tercero, desde 1999; y en relación con el cuarto, desde 1997. Los primeros, no obstante, deben ser depurados teniendo en cuenta la influencia que han podido ejercer las Leyes de «juicios rápidos» y de «violencia de género». La primera Ley citada, que entró en vigor el 28 de abril de 2003, introducía como una de sus novedades más destacadas la posibilidad de que los Juzgados de Guardia dictaran sentencia condenatoria previa conformidad del acusado, sin necesidad de elevar el correspondiente procedimiento abreviado al Juzgado de lo Penal⁹. La segunda de las Leyes mencionadas, cuyos preceptos procesales penales entraron en vigor el 29 de junio de 2005, reconocía a los nuevos Juzgados de Violencia de Género una facultad equivalente¹⁰. Es razonable pensar que en muchos de los casos resueltos con una de estas condenas «rápidas» existían fuertes evidencias acerca de la culpabilidad del acusado. Es por ello muy probable que, de no haber existido los juicios rápidos, un porcentaje muy alto de los correspondientes procedimientos abreviados hubiesen sido elevados a los Juzgados de lo Penal y resueltos con una condena. Se comprende que, al no llegar ahora dichos procedimientos a estos Juzgados, haya disminuido la ratio de sentencias condenatorias impuestas por ellos. Si, por lo tanto, suponemos que todas las sentencias condenatorias dictadas previa conformidad del acusado por los Juzgados de Guardia y los Juzgados de Violencia de Género hubieran sido resueltas por los Juzgados de lo Penal con una condena en un 100% de los casos (lo cual ya es suponer), el resultado sería el siguiente:



⁹ Vid. el art. 801 LECrim, redactado con arreglo a la Ley 38/2002.

¹⁰ Disp. adicional 10ª.tres de la LO 1/2004.

Aquí se aprecia claramente que durante el año 2004, cuando entra en vigor el sistema de retribuciones variables, varios meses después de la entrada en vigor de la «Ley de juicios rápidos» y varios meses antes de que la «Ley de violencia de género» hiciera lo propio, se produce un punto de inflexión en la evolución de la ratio de los Juzgados de lo Penal, que comienza a menguar significativamente a partir de entonces. Del 74% del año 2003 se acaba pasando al 61% del año 2006. Y el decremento sería todavía mayor si supusiéramos que algunos, siquiera unos pocos, de los asuntos efectivamente resueltos con una sentencia condenatoria rápida no hubieran terminado con una condena impuesta por el Juzgado de lo Penal competente, en el hipotético caso de que los juicios rápidos nunca hubiesen existido.

El hecho de que a partir de 2004 menguara esa ratio no causa extrañeza. Corroborra la hipótesis que antes habíamos planteado acerca de la influencia que las retribuciones variables podían ejercer sobre las decisiones adoptadas tanto por los Juzgados de Instrucción como por los de lo Penal. Y, desde luego, no se nos ocurre ninguna otra circunstancia que pueda explicar cabalmente dicho decremento.

El hecho de que éste comenzara a producirse de manera gradual y continuada a partir de 2004 puede obedecer a la concurrencia de dos factores. El primero es el que podríamos denominar «efecto aprendizaje»: es probable que los jueces tardaran un tiempo —unos más, otros menos— en descubrir lo rentable que resultaba la elevación de procedimientos abreviados y en dejarse influir por ello; es probable, pues, que con el paso del tiempo fuera aumentando paulatinamente el número de los jueces que, de manera consciente o inconsciente, hubieran sido seducidos por los encantos de esta práctica. Y tal vez pudo ocurrir, en segundo término, que sólo a partir de 2004 los incentivos que para los jueces instructores representaba la elevación injustificada de un procedimiento abreviado tuviesen la suficiente fuerza como para vencer en algunos casos los costes morales de semejante decisión, pues sólo a partir de entonces se anudaban consecuencias retributivas a la misma.

El hecho de que la ratio de condenas por asuntos resueltos sólo descendiera significativamente en el caso de los procesos cuyo conocimiento correspondía a los Juzgados de lo Penal, pero no en el de los tramitados ante las Audiencias Provinciales, puede obedecer a las diferencias relativas a los costes esperados de la decisión de imponer injustamente la pena de banquillo. Los costes morales eran inferiores en el primer caso, porque aquí se enjuiciaban los delitos de menor gravedad: las consecuencias de sentarse en el banquillo de estos Juzgados no eran tan negativas como las de hacer lo propio en el de las Audiencias. Es natural que los Jueces instructores que, de manera consciente o inconsciente, hinchaban artificialmente su cuenta de resultados trataran de hacerlo de la manera menos costosa para los demás —«levantando las menores ampollas posibles»—, a fin de intranquilizar cuanto menos mejor sus conciencias. Y también es comprensible que trataran de lograr su objetivo manipulando estos concretos procedimientos, y no los otros, porque así reducían la probabilidad de que alguien advirtiera la injusticia cometida, ya que tales procedimientos no eran tan salientes ni suscitaban tanta atención como los seguidos ante las Audiencias.

VII. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

El Tribunal Constitucional ha declarado que esta garantía, consagrada implícitamente en los artículos 1.1, 24.2 y 117 de la Constitución, trata de «asegurar que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada *a priori* por simpatías o antipatías

personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho» (ATC 26/2007, FJ 3).

Bien mirado, parece difícil que las antipatías, simpatías, convicciones, prejuicios, sesgos, valores, intereses, ideologías y demás motivos «ajenos al Derecho» no influyan en los jueces cuando éstos ejercen la jurisdicción, especialmente en los casos en que el ordenamiento jurídico no predetermina detalladamente el sentido de sus decisiones, sino que les deja una cierta «libertad de criterio» para apreciar los hechos y resolver. La Constitución, sin embargo, ha querido limitar esas influencias. Numerosas previsiones constitucionales y legales tratan de neutralizar las más serias amenazas que sobre la objetividad de los jueces se ciernen, de enervar las influencias consideradas *a priori* más peligrosas, de eliminar los estímulos que en mayor grado podrían apartar a los órganos jurisdiccionales de aquella meta. Éste es el sentido también de la imparcialidad judicial. Los jueces que, por su concreta relación con las partes o con el objeto de un determinado proceso, se hallen en una situación en vista de la cual pueda temerse razonablemente que no actuarán de manera objetiva, deben abstenerse de ejercer en él su potestad jurisdiccional.

Conviene subrayar la relevancia que tiene no sólo que los jueces sean efectivamente imparciales, sino también que lo parezcan. Está en juego la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia, en que el Estado protegerá como es debido sus derechos e intereses legítimos. Según ha declarado en una copiosa jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aquí «las apariencias pueden revestir importancia», pues «de ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables»; es por esta razón que debe abstenerse de juzgar «todo juez del que pueda legítimamente sospecharse una pérdida de imparcialidad»; basta a estos efectos que exista un «temor» de falta de imparcialidad «objetivamente justificado»¹¹.

Pues bien, existen datos objetivos que permiten sospechar fundadamente que las retribuciones variables han podido minar la objetividad de algunas actuaciones judiciales. Al asociar sistemáticamente una mayor retribución a determinadas alternativas de decisión, los módulos hacían que los jueces encargados de decidir tuviesen un interés económico en la resolución del pleito, creaban un perverso incentivo para que éstos se decantaran por las alternativas mejor pagadas, aunque no necesariamente fuesen las pertinentes de acuerdo con una interpretación correcta del ordenamiento jurídico. La situación creada es inaceptable, no sólo porque los ciudadanos tienen un derecho fundamental (ex art. 24.2 CE) a que sus derechos e intereses legítimos sean tutelados por jueces no incurso en circunstancias como éstas que ponen en serio peligro su objetividad, sino también porque los jueces no se merecen soportar la sospecha de parcialidad que sobre ellos arroja el sistema de retribuciones variables.

VIII. ¿AUMENTO DE LA PRODUCTIVIDAD JUDICIAL?

Los datos estadísticos analizados a modo de ejemplo fortalecen la hipótesis de que los costes de las retribuciones variables superan a sus beneficios. Tales datos ya indican que el sistema ni siquiera ha logrado incrementar el rendimiento judicial *real*, más allá de las apariencias. Nótese que la tramitación separada de procesos que deberían acumularse y la apertura de juicios orales penales dirigidos contra inocentes constituyen actividades que puntúan con arreglo a los módulos, que engordan las estadísticas de los jueces y les reportan beneficios económicos, pero que no mejoran en nada la Administración de Justicia. Más bien todo lo contrario. Estamos ante decisiones que pueden entrañar costes elevados para los justiciables y que consumen

¹¹ Vid., por ejemplo, las SSTEDH de 28 de octubre de 1998 (*Castillo Algar c. España*, 28194/1995, § 45) y 17 de junio de 2003 (*Pescador Valero c. España*, 62435/2000, § 23).

recursos públicos que podrían ser empleados en la realización de tareas no tan rentables para el juez pero seguramente mucho más valiosas para la comunidad. Los módulos, en fin, propician un funcionamiento ineficiente de la Administración de Justicia. Son contraproducentes. Provocan precisamente el efecto opuesto al que se pretendía lograr con su establecimiento: en vez de aumentar realmente la productividad, la reducen.

IX. REFLEXIÓN FINAL

Hay algo contradictorio en el sistema de módulos. Tal vez el legislador pensara que la legendaria honestidad de los miembros de la carrera judicial les impediría caer en la tentación de ejercer sus potestades desviadamente, de buscar consciente o inconscientemente su propio interés a costa de la solución prescrita por el ordenamiento jurídico. Pero, entonces, si tanto se confía en la rectitud de los jueces, en su impermeabilidad frente a los estímulos económicos, ¿por qué razón se intenta aumentar su rendimiento mediante incentivos de esta índole? Si nos creemos realmente que estos incentivos no van a influir en el sentido de las decisiones adoptadas por los jueces, ¿por qué hemos de suponer que sí van a determinar su decisión de trabajar más o mejor? Si tan rectos los consideramos, ¿no habremos de estimar que también antes de la implantación de los módulos rendían como era su obligación, ni más ni menos? ¿Por qué se considera a los jueces una especie de seres esquizofrénicos, sensibles al tiempo que insensibles a dichos estímulos? ¿No resulta ingenuo creerse que el juez es un *homo aeconomicus* únicamente para lo bueno pero no para lo malo?

X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alonso Mas, María José (2004), «Reflexiones sobre la nueva regulación de la extensión de los efectos de las sentencias», *Revista de Administración Pública*, 164, págs. 271-308.
- Bénabou, Roland y Tirole, Jean (2003), «Intrinsic and Extrinsic Motivation», *The Review of Economic Studies*, 70-3, págs. 489-520.
- Deci, Edward L., Koestner, Richard y Ryan, Richard M. (1999), «A Meta-Analytic Review of Experiments Examining the Effects of Extrinsic Rewards on Intrinsic Motivation», *Psychological Bulletin*, 125-6, págs. 627-668.
- Forest, Virginie (2006), «Rémunération au mérite et motivation au travail: quelles perspectives pour la Fonction Publique d'Etat en France?», *Electronic Working Paper Series. Groupe de recherche en Économie et Management des Organisations*, 2006-03.
- Frey, Bruno S. (2000), «Motivation and Human Behaviour», en Peter Taylor-Gooby (coord.), *Risk, Trust and Welfare*, McMillan Press, Basingstoke, págs. 31-50.
- Frey, Bruno S. y Jegen, Reto (2001), «Motivation Crowding Theory», *Journal of Economic Surveys*, 15-5, págs. 589-611.
- Frey, Bruno S. y Osterloh, Margit (2000), «Pay for Performance – Immer empfehlenswert?», *Zeitschrift Führung + Organisation*, 2, págs. 64-69.
- Gneezy, Uri y Rustichini, Aldo (2000b), «Pay Enough or Don't Pay at All», *The Quarterly Journal of Economics*, 115-3, págs. 791-810.
- González Casso, Joaquín y Mecerres Jiménez, Mariano (2002), «Comentarios al Anteproyecto de Ley reguladora del régimen retributivo de las carreras judiciales y fiscal», *Diario La Ley*, 5644, 30 de octubre.
- Goodin, Robert E. (1996), «Institutions and Their Design», en Robert E. Goodin (coord.), *The Theory of Institutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, págs. 1-53.
- Jordan, Paul C. (1986), «Effects of an Extrinsic Reward on Intrinsic Motivation: A Field Experiment», *Academy of Management Journal*, 29-2, págs. 405-412.
- Kerr, Steven (1975), «On the Folly of Rewarding A, While Hoping for B», *Academy of Management Journal*, 18-4, págs. 769-783.
- Lazear, Edward P. (1986), «Salaries and Piece Rates», *Journal of Business*, 59-3, págs. 405-431.
- Malem Seña, Jorge F. (2001), «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», *Doxa*, 24, págs. 379-403.
- Montero Aroca, Juan y Flors Maties, José (2005), *Amparo constitucional y proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia (versión electrónica: TOL 736132).
- Nieto, Alejandro (2004), *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid.
- Ortelis Ramos, Manuel (2007), *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Grepperud, Sverre y Pedersen, Pål Andreas (2006), «Crowding Effects and Work Ethiks», *Labour*, 20-1, págs. 125-138.

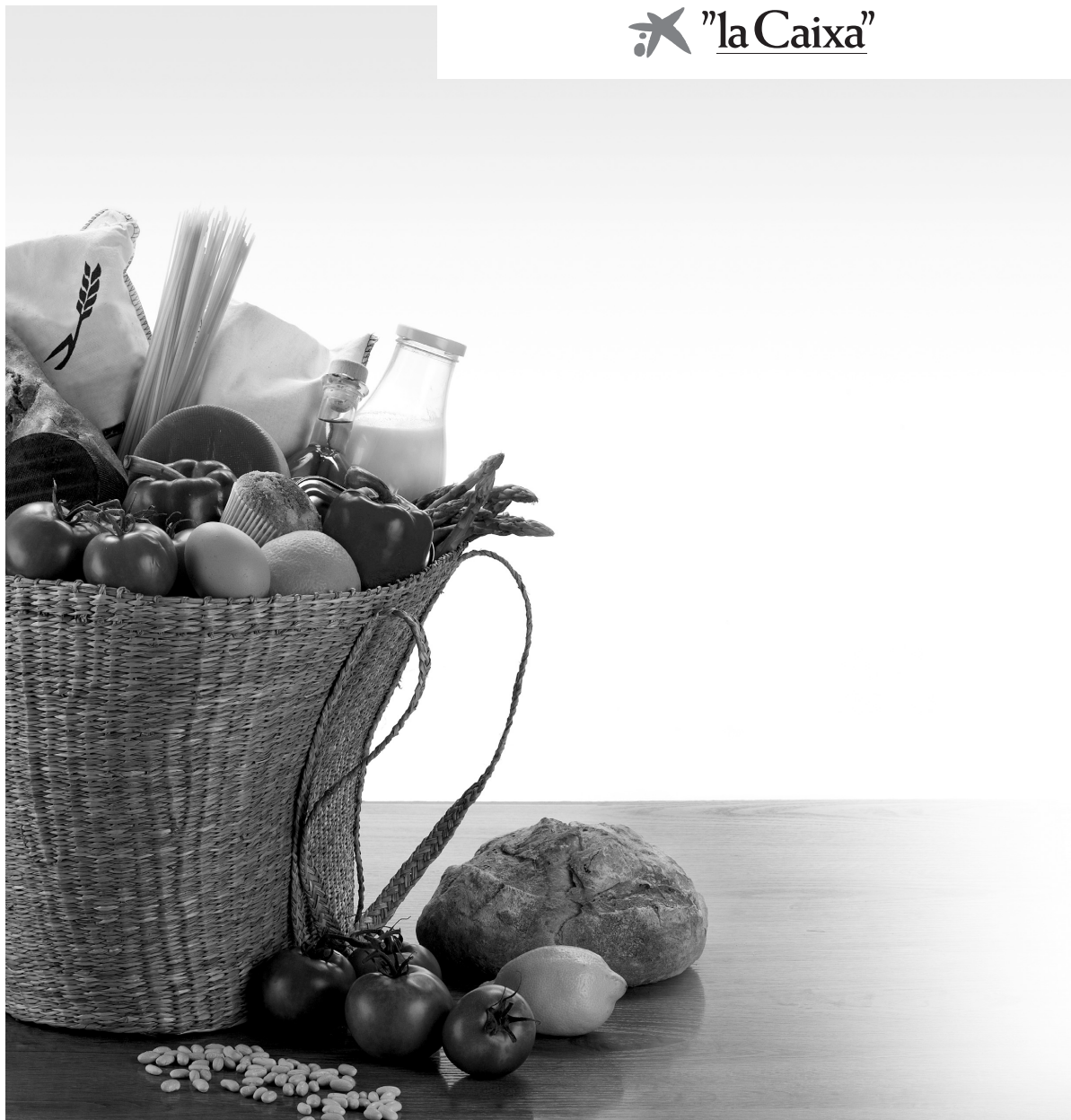
- Posner, Richard A. (1993), «What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)», *Supreme Court Economic Review*, 3, págs. 1-41.
- Prendergast, Canice (1999), «The Provision of Incentives in Firms», *Journal of Economic Literature*, 37-1, págs. 7-63.
- Ramos Méndez, Francisco (2006), «¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?», *Justicia*, 1-2, págs. 7-44.
- Ramos Romeu, Francisco (2006), «¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?», *InDret*, 4/2006 (www.indret.com).
- Ryan, Richard M. y Deci, Edward L. (2000), «Intrinsic and Extrinsic Motivations: Classic Definitions and New Directions», *Contemporary Educational Psychology*, 25, págs. 54-67.

Depósito Inflación Plus

**Si la vida sube...
¿Por qué no aprovecharlo?**

Proteja sus ahorros frente a la inflación con el nuevo **Depósito Inflación Plus** de "la Caixa". Porque a partir de 1.000 euros, y durante los próximos 3 años, usted obtendrá una rentabilidad que se compone de la variación interanual del IPC* + un diferencial. Así, pase lo que pase con los precios, este depósito le garantiza el mantenimiento del valor de sus ahorros.

 "la Caixa"



*Tasa de variación interanual del índice IPC de España de mayo del año correspondiente. IPC es el Índice de Precios al Consumo no revisado que publica el Instituto Nacional de Estadística. Período de contratación desde el 30 de junio de 2008 y hasta agotar el importe de la emisión.

www.laCaixa.es

La calidad de la resolución judicial*

Eric ALT

En 2008, el Consejo Consultivo de los jueces europeos (CCJE) formulará una recomendación sobre la calidad de la decisión jurisdiccional. Por otro lado, en el marco de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), un grupo sobre la evaluación de la calidad se ha puesto en marcha. Esta es definida como un triángulo cuyos vértices serían la eficacia, la legitimidad y la ética. La eficacia remite al plazo óptimo de tramitación de los procedimientos, a la buena utilización de los medios. La ética está basada sobre valores fundamentales de independencia, imparcialidad, contradicción, moderación en el uso del poder de los jueces. La legitimidad se traduce en la adhesión de los ciudadanos a los valores encarnados por la institución, a su funcionamiento, a su utilidad social. En términos más generales, la aproximación a la calidad de la justicia cubre un amplio campo, siendo diversos los enfoques según los países¹.

El Sindicato de la magistratura (SM) ha trabajado en particular sobre la calidad de la decisión jurisdiccional después del asunto d'Outreau. En este procedimiento de 17 personas acusadas de delitos sexuales, 13 han sido absueltas. Algunas habían estado en prisión provisional durante más de dos años². El asunto ha impactado profundamente a la opinión pública. Por primera vez, se ha creado una comisión parlamentaria para reflexionar sobre las disfunciones del sistema judicial y los medios para evitarlas.

En este contexto, era particularmente interesante prolongar el estudio de la lógica de las decisiones absurdas en el campo judicial. Christian Morel, sociólogo, ha publicado un trabajo dedicado a la explicación de las catástrofes tecnológicas³. Sus conclusiones pueden aplicarse de forma útil a la justicia. Lo mismo que la enfermedad permite comprender la salud, el estudio de situaciones aberrantes permite comprender mejor cuales son las condiciones de una buena decisión.

1. LAS PATOLOGÍAS DE LA DECISIÓN

1.1. El peligro de la rutina

La mañana del lanzamiento de la nave Challenger, un directivo de la NASA, convencido del riesgo, intentó parar el proceso de lanzamiento. No lo logró: los papeles

* Traducido por Ignacio U. González Vega.

¹ Ver Marie-Luce Cavrois, Hubert Dalle, Jean-Paul Jean, *La calidad de la justicia*, La Documentación Francesa (Colección Perspectivas sobre la justicia), 2002.

² El proceso d'Outreau (nombre de la localidad donde transcurrieron los hechos) se inició en Saint-Omer, en la región francesa de Pas-de-Calais, en 2004. Diecisiete acusados eran sospechosos de pertenecer a una red pedófila. La acción pública estaba extinguida respecto de un decimotavo, muerto en prisión. Durante el proceso, la acusada principal, que había multiplicado unas denuncias imaginarias que fundamentaban lo esencial de los cargos, se retractó. Este acontecimiento redujo los hechos a un asunto de incesto. De los trece acusados que proclamaban su inocencia, siete fueron absueltos y seis condenados.

Desde los primeros días de la sustanciación del recurso de apelación, en París, la acusación contra estos últimos se desvaneció por completo. Muchos niños reconocían haber mentido en el juicio. Las periciales aparecieron particularmente superficiales. El fiscal solicitó la absolución. Estos seis acusados fueron absueltos el 1 de diciembre de 2005.

³ Christian Morel, *Las decisiones absurdas, sociología de los errores radicales y persistentes*, Gallimard 2002; «Criterios para leer de las decisiones absurdas», revista *Justicia*, n° 187.

estaban firmados, los procedimientos seguían su curso, cada uno cumplía escrupulosamente con su misión. Prevaleció la rutina.

Cuanto más rutinaria es la decisión mayor es el riesgo de error. Esto es cierto igualmente en el ámbito judicial. Por ejemplo, en Francia, la comparecencia inmediata puede dar lugar a una condena al término de las veinticuatro o cuarenta y ocho horas de detención preventiva. La mayoría de los ingresos en prisión es consecutiva a este procedimiento. En esta cadena de producción rápida, la fiscalía juega esencialmente un papel de selección basándose en los informes telefónicos de la policía. Los tribunales sentenciadores no disponen más que de algunos minutos para examinar el procedimiento, salvo que se remita el caso a otra instancia. Hay poco tiempo para la defensa que se reduce frecuentemente a un alegato. Las decisiones son motivadas de modo estereotipado salvo en caso de apelación.

Por otra parte, una reciente ley francesa intenta reducir el margen de apreciación de los tribunales sentenciadores instituyendo unas penas mínimas en caso de reincidencia (salvo decisión motivada especialmente en razón a las circunstancias de la infracción, de la personalidad de su autor o de las garantías de inserción y de reinserción presentadas por éste), y en caso de reincidencia agravada (salvo «garantías excepcionales de inserción o de reinserción»). De hecho, la eficacia se mide por el aumento del número de condenas y la severidad de las penas impuestas. Es el grado cero de la calidad de la decisión.

1.2. Las trampas colectivas

En la catástrofe del Challenger los diseñadores de las juntas defectuosas (que no habían funcionado a causa de la ola de frío en Florida) han recurrido a un bricolage cognitivo: la ausencia de evaluación del riesgo ha favorecido la confianza de los responsables de tomar la decisión e, inversamente, el optimismo de éstos ha reforzado la dificultad de reunir las pruebas del peligro. Varios factores explican esta trampa colocada a las personas que han de tomar la decisión.

La *deformación de lo real* caracteriza la mentalidad de las personas responsables, tan convencidas que no desempeñan el papel que les otorga la institución. Se trata de un error por acumulación. Así, en la cadena penal que conduce al juicio, la tendencia dominante es confiar en los autores de las decisiones previamente tomadas. Es difícil poner en cuestión la calidad del trabajo de la policía o el rigor científico del peritaje. Es cuestión delicada poner en duda la palabra de las víctimas. El riesgo de error que resulta de este funcionamiento no puede ser medido, máxime cuando la prueba del error judicial es particularmente difícil de aportar. Los diversos actores mantienen pues su confianza en el sistema y se preocupan poco del riesgo de error.

El *efecto de espectador* aun aumenta más la ausencia de responsabilidad. Genera error por intoxicación mutua. En el asunto d'Outreau, intervinieron en el dossier unos sesenta magistrados. A pesar del papel esencial del fiscal y del juez de instrucción, fueron apoyados por las decisiones de la Fiscalía General y de la Sala de acusación que seguían sus posturas. Más allá de esta situación extrema, hace falta interrogarse sobre las consecuencias de una larga instrucción de los procedimientos, con numerosas resoluciones intermedias. En el sistema francés, frecuentemente se reprocha a las decisiones adoptadas durante la instrucción de determinar el fallo de la sentencia.

En fin, el *silencio de la organización* es un factor de persistencia de los errores. El virus del error se propaga por portadores sanos y silenciosos. Siguiendo con el análisis de la catástrofe del Challenger, un estudio describe de forma minuciosa la reunión habida la víspera del lanzamiento. Se subraya el silencio pasmoso de los participantes que habrían podido, con su intervención, dar cuenta de algunas informaciones preocupantes. Entre las razones invocadas del silencio: la duda de los actores sobre su legitimidad, el temor que su oposición sea percibida como un factor de agresividad,

la voluntad de no atentar contra la cohesión del grupo o, aún más, de no desagradar a los superiores jerárquicos. Todo esto se encuentra en la institución judicial, que rechaza las discrepancias en su seno y privilegia la autoridad jerárquica, a veces hasta en los órganos colegiados.

1.3. La pérdida de sentido

Este es el síndrome del puente sobre el río Kwai: un combatiente heroico se esmera en construir un puente para su enemigo. Y no es un traidor: su comportamiento aberrante se explica por una acción considerada como un fin en sí mismo.

Igualmente, ocurre que la justicia o la policía conceden valor al solo hecho de actuar, cualquiera que sea el objetivo. La policía persigue cualquier delito para respetar las cuotas. La fiscalía remite expedientes a los juzgados sin haberlos leído completamente. Los juicios se acumulan, siendo poco o mal ejecutadas las sentencias.

Una actitud similar consiste en respetar las reglas de la acción, perdiendo de vista el objetivo. Es la del juez de instrucción que no busca más que la perfección formal del procedimiento, y pierde de vista el objetivo de búsqueda de la verdad. Es el caso de las instrucciones (civiles o penales) que se prolongan durante años perdiendo de vista el hecho que ellas preparan una resolución judicial. Es también la motivación estereotipada de las resoluciones judiciales.

La pérdida de sentido es a menudo el mecanismo esencial de una catástrofe. Y por esto no sirve de nada cambiar una organización si el sistema de valores va a la deriva.

2. LAS CONDICIONES DE UNA DECISIÓN FIABLE

Un cierto número de estudios han sido realizados para analizar las organizaciones calificadas como altamente fiables⁴. Un factor esencial que los investigadores han identificado es la capacidad de cuestionarse: evaluación y aprovechamiento de la experiencia, aceptación de la crítica, claridad de los fines buscados.

2.1. Evaluación y aprovechamiento de la experiencia

La cultura de la evaluación sistémica está poco desarrollada en materia judicial. La evaluación se centra en el individuo, el juez: es siempre más fácil hacer recaer la responsabilidad sobre un individuo que sobre todo un sistema.

En este contexto, un método de evaluación global del servicio ofrecido por las diversas jurisdicciones⁵ puede ser una primera respuesta. En Francia, la inspección general de los servicios judiciales puede proceder a unas investigaciones sobre un tribunal. Pero, estando bajo la autoridad del ministro de justicia, su legitimidad resulta debilitada. Además, sus métodos y sus criterios de valoración no son transparentes. Por el contrario, en otros países, como Italia y Portugal, el servicio prestado por los órganos jurisdiccionales es objeto de evaluaciones más objetivas e imparciales. La valoración del trabajo de los jueces se inscribe en ese contexto.

La difusión de la información sobre las buenas prácticas es otra respuesta interesante que ha sido explorada por el Tribunal de Casación francés: difusión de una reflexión sobre el respeto por el justiciable a partir de la experiencia de unos tribunales

⁴ Ver la página web: <http://www.highreliability.org/index.html> (investigaciones realizadas por la Universidad de Berkeley, California).

⁵ <http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/Evaluation.pdf>

de apelación⁶, conferencia de consenso sobre las buenas prácticas judiciales de la pericia civil⁷. En este último caso, unos grupos de trabajo han tenido por misión proponer a la reflexión colectiva unos proyectos de recomendación de buenas prácticas sobre el tema de «la pericia judicial civil». Luego un tribunal, independiente de los grupos de trabajo y del comité de organización, ha hecho una síntesis de los trabajos presentados en un coloquio de presentación en público. Además, se organizó en el año 2003 un coloquio franco británico sobre la calidad de la justicia⁸.

La reflexión sobre estas buenas prácticas puede también ser parte de una reflexión colectiva y frecuente de los jueces en el seno de las jurisdicciones. A la supervisión jerárquica, se opone la *intervisión*, modo de intercambiar experiencias entre compañeros, y de aprender examinando situaciones y problemas individuales en grupo.

2.2. La importancia de la crítica

La crítica de los actores a la institución a la que sirven debe ser aceptada. Pero la institución judicial rechaza toda manifestación de ideas que choquen, escandalicen o inquieten⁹. De manera emblemática, el informe de la comisión sobre la ética de la justicia, emitido en 2003¹⁰, apuntaba a reforzar la obligación de reserva para hacer de ello un elemento del juramento de los magistrados. Por otra parte, por haber criticado la práctica policial del «control por el color de la piel», el autor de una obra del Sindicato de la Magistratura sobre los controles de identidad ha sido condenado (el asunto está actualmente pendiente de resolver por el Tribunal de Casación)¹¹. En el momento de la llamada de Ginebra, el ministro de justicia de entonces había previsto un expediente disciplinario, antes de renunciar a esta idea. Sin embargo, esta libertad de expresión crítica se erige en primer requisito de un debate sobre el funcionamiento del sistema y su modo de producir las resoluciones.

La crítica debe formar también parte del sistema. El fiscal debe tener libertad de palabra en la audiencia, con el fin de ajustar sus requerimientos a la luz de los debates¹². Además, en determinados sistemas jurídicos, las opiniones disidentes son aceptadas. Ajeno a la tradición jurídica continental, este derecho existe por el contrario en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En fin, la calidad de la defensa participa de la capacidad crítica del sistema. Por ello que no debe configurarse exclusivamente como una actividad liberal, sino organizarse como un servicio público.

El desarrollo de las grabaciones sonoras o audiovisuales de todas las fases del juicio (desde el interrogatorio policial al juicio oral), puede también ser un elemento de evaluación de la conducta de los actores. Algunos policías o jueces ganarían mucho en conocer mejor la imagen que dan de sí mismos.

En fin, la apelación y la casación constituyen, más allá de las funciones clásicas de control y unificación del derecho, un elemento de crítica. El modo en que esta crítica está construida es una apuesta importante. ¿Ha de permitirse una apelación de todos los asuntos o tan sólo de los más importantes? ¿La apelación debe ser un nuevo juicio de todo el procedimiento o se debe concentrar en los puntos que están en litigio? ¿Qué se puede hacer contra la no admisión de peticiones?

⁶ *Bulletin d'information* n° 627 del 15/10/2005.

⁷ http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/br_bonnes_10189.html

⁸ <http://www.courdecassation.fr/article8288.html>

⁹ Según expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEHD), asunto *Handyside*.

¹⁰ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000695/index.shtml>

¹¹ Un llamamiento a la defensa de la libertad de expresión sindical ha sido realizado, al cual se ha adherido MEDEL.

¹² Esta libertad de palabra ha sido recientemente puesta en cuestión por la Ministra de la justicia, quien convocó al ayudante del fiscal que había formulado una requisitoria políticamente incorrecta (no había pedido la pena mínima permitida —pero no impuesta— por una reciente legislación).

2.3. La Confrontación de saberes y experiencias

Un primer reto es el de la formación, que debe impartir no solamente un saber, sino también fomentar el espíritu crítico respecto de esos conocimientos.

La carrera ascendente (de los tribunales de primera instancia a los tribunales de apelación) favorece unas composiciones de miembros de tribunales de edad homogénea. Esto podría ser objeto de reconsideración: jóvenes jueces formarían parte, junto a sus mayores, de órganos colegiales de apelación, ocuparían luego un puesto en primera instancia. Igualmente, la unidad de la magistratura en Francia o Italia, que permite el cambio entre diferentes funciones —y particularmente de juez a fiscal y viceversa—, es importante para garantizar tanto los derechos como la eficacia del proceso. En fin, el escabinado, que permite a jueces legos formar parte de un tribunal jurado bajo la presidencia de un juez profesional puede constituir otro factor de eficacia, provocando obligatoriamente un diálogo entre puntos de vista diferentes.

Los intercambios internacionales y el derecho comparado favorecen también el diálogo entre los jueces —no solamente de un modo jerárquico sino también horizontal—. Un forum mundial de jueces se constituye con el aumento de estos intercambios. Es un elemento de ese saber crítico, que refuerza también la legitimidad institucional de la justicia¹³. Igualmente, los intercambios internacionales que han encontrado una creciente importancia en el Tribunal de Casación (Red de presidentes de tribunales supremos, asociación de tribunales supremos francófonos, asociación de jueces y fiscales para el medioambiente ...) se sitúan en ese contexto. En cierto modo, MEDEL ha anticipado esta apuesta desde los años 80. Hoy, este impulso continúa. Debería conducir, a iniciativa de MEDEL, a la organización de auditorías internacionales de las instituciones judiciales.

En fin el control de la legalidad internacional, especialmente de los tratados —y en particular el Convenio europeo de derechos humanos— por el juez permite recordar el primer objetivo del acto de juzgar. Este diálogo entre los jueces nacionales y europeos es hoy un elemento esencial de progreso del Estado de derecho.

CONCLUSIÓN

La calidad de la justicia depende de su capacidad a autocriticarse. La institución judicial debe aplicarse a sí misma una cultura de la duda sistemática, de la reflexión colectiva, de la evaluación de las prácticas.

Para ello, la institución debe aceptar especialmente la crítica y la contradicción, externa e interna. Debe aprender a aprovechar la libertad de palabra y los diversos puntos de vista. Los intercambios internacionales se sitúan en esta perspectiva, relativizando las certezas y dando lugar a ideas nuevas.

En fin, la calidad de la justicia se mide a su capacidad de defender los valores inscritos en el corazón de las leyes fundamentales y en particular del Convenio europeo de derechos humanos. De otro modo, la justicia no será ni legítima ni ética ni eficaz.

¹³ Antoine Garapon, Julie Allard, *Los jueces en la mundialización, la nueva revolución del derecho*, Edición del Senil, 2005.



**COMISIONES
DE SERVICIO*
INDEFINIDAMENTE**

Queremos
ser tu banco

Además del plan **QUEREMOS SER TU BANCO**, disfruta de las condiciones preferentes del Convenio de Colaboración con la **Asociación de Jueces para la Democracia**. Identifícate como miembro de la **Asociación de Jueces para la Democracia** en cualquier oficina Santander y solicita más información.



www.bancosantander.es

EL BANCO INTERNACIONAL CON MÁS OFICINAS DEL MUNDO

* Comisiones no financieras. Beneficio de carácter no contractual. Consulta las condiciones y requisitos en las Bases disponibles en las Oficinas Santander o en www.bancosantander.es

Sudáfrica: Derechos fundamentales, ‘apartheid’ y relaciones entre particulares

Rafael SARAZÁ JIMENA

Desde los años cincuenta del siglo pasado se ha ido generalizando la preocupación porque los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales sean eficaces no sólo frente a los poderes públicos, sino también en los demás ámbitos jurídicos, y en concreto en las relaciones jurídicas entre los particulares, especialmente en las relaciones laborales, pero no sólo en ellas. La teorización de esta cuestión surgió en la ciencia jurídica alemana, que la denominó *Drittwirkung* (eficacia frente a terceros). Este origen vendría explicado fundamentalmente por el interés de la doctrina y la jurisprudencia alemanas en los derechos fundamentales tras la Segunda Guerra Mundial, debido a la experiencia histórica del régimen hitleriano, durante el que los derechos fundamentales se vulneraron sistemáticamente. Por ello, el constitucionalismo alemán a partir de 1945 se dedicó con especial intensidad a los derechos fundamentales¹, cuya dogmática «estaba de moda» en Alemania².

Dos diferentes concepciones se desarrollaron en dicha teoría. Para la llamada *Drittwirkung* directa o inmediata, como consecuencia de las transformaciones que implica el Estado social, algunos derechos fundamentales, además de su función como derechos públicos subjetivos (esto es, del ciudadano frente al poder público), rigen de modo directo en las relaciones entre particulares, y de su regulación constitucional emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo. Para la *Drittwirkung* mediata o indirecta, los derechos fundamentales vinculan directamente sólo al legislador, que ha de legislar en las materias de Derecho privado tomando en consideración los valores objetivos que los derechos fundamentales representan, y a los jueces, que han de tomar en consideración, al enjuiciar los litigios de Derecho privado, tales valores, que penetran en el Derecho privado a través de las normas de Derecho imperativo y de las cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.). Sólo así influyen, indirectamente, en las relaciones entre particulares, sin que de ellos nazcan derechos subjetivos que los particulares puedan oponer frente a otros.

¹ Según Peter Häberle, «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania», en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 1, febrero-octubre 1993, pág. 149, la doctrina jurídico-pública alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial puede caracterizarse como «ciencia de los derechos fundamentales».

² A esta situación se refiere, reflejando de un modo muy gráfico el efervescente ambiente existente en los círculos universitarios alemanes, Alfredo Gallego Anabitarte (*Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid-Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 23): «Al empezar a participar en los seminarios en el curso 1959/1960 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, así como a través de múltiples conversaciones con doctorandos, ayudantes y docentes, la impresión que se obtenía era muy clara: el gran tema eran los derechos fundamentales, los posibles métodos para su interpretación, los límites entre los diversos derechos fundamentales, y sobre todo en aquel momento, el posible efecto jurídico de los derechos fundamentales entre los particulares frente a la concepción originaria, según la cual los derechos fundamentales eran derechos de libertad del individuo frente al Estado (la expresión tópica de la doctrina alemana sobre esto era *Drittwirkung*, esto es, efecto a terceros de los derechos fundamentales). [...] El prestigioso profesor Nipperdey era un conocido defensor de esta tesis y justamente en aquel semestre vino a dar una conferencia a Múnich sobre este tema. Se celebró este acto en un local no universitario, multitudinariamente y con gran expectación, dada la extraordinaria polémica que existía en el Derecho Público alemán entre los partidarios o no de la *Drittwirkung*...».

Bajo la influencia del Tribunal Constitucional Federal, se ha impuesto en Alemania la tesis de la eficacia indirecta o mediata. Presupuestos fundamentales de la línea mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y por la doctrina mayoritaria son que sólo los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn y que los derechos fundamentales no son solamente derechos individuales oponibles frente al Estado sino también un orden objetivo de valores que tiene un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho privado, a través de las cláusulas generales y de la interpretación de las normas conforme a los derechos fundamentales. Puede afirmarse que la *Drittwirkung* indirecta o mediata es Derecho vigente en la República Federal Alemana, aunque el debate doctrinal no se haya apagado.

Un jurista británico, Andrew Clapham³, afirma que «la *Drittwirkung* tiene una especie de *sex appeal* que sugiere algo exótico y foráneo (al menos para los no germanohablantes)»⁴. Ingo Von Münch⁵ manifiesta que «la *Drittwirkung (made in Germany)* se ha convertido en un artículo de exportación jurídica». Efectivamente, en numerosos países, incluido el nuestro (y últimamente con mucha fuerza en varios países iberoamericanos), se ha suscitado la polémica doctrinal sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, y los tribunales, tanto los ordinarios⁶ como los constitucionales, se han pronunciado al respecto.

Pero si hay un país donde esta cuestión tiene una especial trascendencia ese país es Sudáfrica. El régimen autoritario que sustentaba el sistema de *apartheid* racial determinaba una sociedad fuertemente dividida en la que una mayoría era discriminada en numerosos aspectos tanto de la vida pública como de la privada, desde la representación parlamentaria hasta la escuela, la vivienda o los transportes públicos. La caída de este régimen dio paso a una democracia en la que se intenta acuñar la idea de «ciudadanía» sudafricana, poniendo fin a la dualidad antes existente y eliminando los rasgos de discriminación racial, y de autoritarismo que servía de instrumento a dicha discriminación.

El fin del régimen de *apartheid* supuso la abolición de la discriminación que la población no blanca sufría en el ámbito político. El problema es, como se ha dicho, que la discriminación racial impregnaba todos los ámbitos de la vida, también de la privada, y la caída del *apartheid* no supuso necesariamente la desaparición de la discriminación racial en las relaciones privadas. Siguieron existiendo clubes exclusivamente para blancos, colegios privados en los que no se permitía el acceso a los niños negros, urbanizaciones en las que en el contrato de compra de la vivienda se incluía una cláusula que prohibía al adquirente arrendarla o revenderla a otra persona que no fuera de raza blanca⁷, etc.

³ «The *Drittwirkung* of the Convention», en K. ST. J. MacDonald/F. Matscher/H. Petzold (ed.), *The European System of the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, 1993, pág. 163.

⁴ «*Drittwirkung* has a kind of sex appeal suggesting something exotic and foreign (at least for non-German speakers)»

⁵ «*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania», en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, coordinado por Pablo Salvador Coderch, Civitas, Madrid, 1997, pág. 30.

⁶ La Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo lo ha hecho en sentencias como las de 13 de julio y 25 de octubre de 2007.

⁷ Los *racially restrictive covenants* (cláusulas contractuales por las que el comprador de un inmueble se compromete a no venderlo o alquilarlo a personas de color o de otras minorías raciales) estuvieron generalizados en los Estados Unidos. En 1947 aproximadamente un 80% de Chicago estaba sometido a estas restricciones, con el resultado paradójico de que la población negra pagaba unos alquileres más altos que la blanca, al estar limitada su posibilidad de alquilar viviendas a un 20% de la ciudad. Este tipo de cláusulas provocó que la inmigración negra a las grandes ciudades debiera concentrarse en las zonas donde tales acuerdos no existían, lo que ocasionó, por ejemplo, que en Baltimore, el 20% de la población tuviera que vivir en el 2% de las casas de la ciudad. El Tribunal Supremo norteamericano, en la sentencia del caso *Buchanan v. Wareley* [245 US 60 (1917)] rechazó el intento de las autoridades de una ciudad de segregar las viviendas de blancos y negros conforme a «zonas raciales», pese a que en otras sentencias, siguiendo el precedente sentado en 1896 en el caso *Pleasy v. Ferguson*, el Tribunal Supremo había permitido legislación segregacionista que separaba las razas en una amplia gama de ámbitos sociales tales como trenes, parques, cines, etc. Pero en el caso de la creación de zonas raciales en las ciudades, se afectaba un derecho fundamental al parecer más importante, el derecho de propiedad. El Tribunal

De ahí que el proceso de cambio constitucional en Sudáfrica se haya visto acompañado de un debate doctrinal sobre la eficacia de los derechos fundamentales (no sólo el de igualdad y no discriminación) en las relaciones entre particulares, y ello ha tenido su reflejo tanto en las Constituciones promulgadas durante este proceso de transición (una primera provisional —*interim Constitution*— de 1993, y otra Constitución de 1996⁸, que podría designarse como la «definitiva» de este proceso de transición política, aunque ha sido objeto de varias modificaciones por diversas *Amendment Acts*) como en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, órgano creado por la primera de dichas Constituciones.

El artículo⁹ 7 de la Constitución provisional de 1993 establecía en sus dos primeros apartados:

«1) Este Capítulo [el relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas] vinculará a todos los órganos legislativos y ejecutivos del Estado en todos los niveles del gobierno.

2) Este Capítulo se aplicará a toda ley en vigor y a todas las decisiones administrativas adoptadas y actos [administrativos] realizados durante el periodo de vigencia de esta Constitución».

Curiosamente, el caso que planteó ante el Tribunal Constitucional respecto de la aplicabilidad de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución a las relaciones entre particulares lo fue no respecto de la igualdad y no discriminación, sino respecto de la libertad de expresión reconocida en el artículo 15, si bien la sentencia dictada por dicho tribunal está llena de referencias a la cuestión de la eficacia en las relaciones privadas del derecho a no ser discriminado, especialmente por razones raciales. Se trata del caso resuelto por el Tribunal Constitucional sudafricano en la sentencia de 15 de mayo de 1996, asunto *Du Plessis and others v. De Klerk and another*¹⁰. El caso fue planteado ante el Tribunal Constitucional por el periodista, el editor, la empresa propietaria y la distribuidora del periódico *Pretoria News*, que fueron condenados por un tribunal ordinario, en aplicación del *common law*, a indemnizar por difamación a una compañía aérea y al propietario de ésta, a los que imputaron en una serie de artículos periodísticos haber contribuido a la guerra de Angola y a sus desastrosos efectos mediante el suministro aéreo de armas al movimiento rebelde UNITA. Los condenados alegaron ante el Tribunal Constitucional que la materia objeto de los artículos periodísticos era una materia de interés público, y que las referencias a quienes habían obtenido del tribunal ordinario la indemnización por difamación eran expresiones de opinión, que constituían comentarios honestos hechos de buena fe en materias de interés público, y que en tanto que los artículos contenían alegaciones de hechos, estas alegaciones eran ciertas y versaban sobre materias de interés público.

La peculiar estructura de esta sentencia del Tribunal Constitucional sudafricano, en la que se alternan, junto a la decisión del ponente, los numerosos votos concurrentes y discrepantes, con abundantes citas doctrinales y análisis de la jurisprudencia

Supremo norteamericano falló que la segregación racial en la propiedad inmobiliaria representaba un ataque contra el derecho fundamental de poseer y disponer de la propiedad y, por tanto, era inconstitucional. Pero ello se debía a que la acción provenía de un poder público. En cuanto a las *racially restrictive covenants*, contenidas en contratos privados, si bien en un principio el Tribunal Supremo norteamericano no vio inconstitucionalidad alguna en dichas cláusulas, posteriormente, en la sentencia caso *Shelley v. Kraemer* [334 US 1 (1948)], consideró que la ejecución judicial de estas cláusulas suponía una acción estatal, por lo que concurriendo una *state action* sí existiría una vulneración constitucional, concretamente de la cláusula de *equal protection* de la XIV enmienda.

⁸ Su texto puede consultarse en la dirección de Internet http://www.polity.org.za/page.php?rep_id=1513.

⁹ El término *section* utilizado en la Constitución no se traduce como «sección» sino como «artículo» (ver Enrique Alcaraz Varó, *El inglés jurídico*, Ariel, Barcelona, 5ª edición, 2002, pág. 90).

¹⁰ Case CCT 8/95. Esta sentencia, como las demás del Tribunal Constitucional de la República de Sudáfrica pueden ser consultadas en Internet en la dirección <http://www.constitutionalcourt.org.za> concretamente en la dirección <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2519.PDF>.

comparada (concretamente de los Tribunales Supremos de Estados Unidos, Canadá e Irlanda y del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania), convierte esta extensa sentencia (135 páginas) en un debate judicial y doctrinal sobre la eficacia vertical o, por el contrario, horizontal de la Carta de Derechos fundamentales contenida en la Constitución, el *Bill of Rights*, o incluso sobre su eficacia «diagonal», como denomina el Juez Sachs¹¹ a la eficacia indirecta de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente en las relaciones entre particulares.

La mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional apoyan, suscribiéndolo o emitiendo un voto concurrente, el *leading judgement* del Juez Kentridge. En él, además de rechazar la aplicación retroactiva de la Constitución a supuestos acaecidos antes de su entrada en vigor y realizar diversas consideraciones sobre la influencia de la Constitución en el *common law* y en el *statute law*¹², se rechaza la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente en las relaciones entre particulares, limitando su aplicabilidad a las relaciones entre los particulares y los poderes legislativo y ejecutivo, en sus diversas manifestaciones. Se alega que la aplicación horizontal del Capítulo 3º de la Constitución «provisional», que regulaba los derechos fundamentales y libertades públicas, crearía una indeseable incertidumbre en las relaciones jurídico-privadas que no puede haber sido pretendida por los redactores de la Constitución; que el párrafo 1º del artículo 7, antes transcrito, no establece la vinculación a la Constitución de los particulares, ni siquiera del poder judicial, que sólo estaría vinculado por la previsión contenida en el párrafo 3º del artículo 35 de la Constitución, conforme a la cual «en la interpretación de cualquier ley y en la aplicación y desarrollo del *common law* y la costumbre, un tribunal deberá tomar en consideración el espíritu, propósito y objeto de este Capítulo [el dedicado a los derechos fundamentales y libertades públicas]».

En el párrafo 49, el *leading judgement* resume su postura sobre la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, manifestando:

«a) Los derechos constitucionales reconocidos en el Capítulo 3 pueden ser invocados frente a un órgano del gobierno, pero no por un litigante privado frente a otro.

b) En los litigios privados cualquier litigante puede, sin embargo, plantear que una norma¹³ (o un acto del ejecutivo) en el que se basa la otra parte es inválido por ser incompatible con las limitaciones del legislativo y del ejecutivo derivadas del Capítulo 3.

c) En tanto el Capítulo 3 se aplica al *common law*, los actos u omisiones gubernamentales sustentados en el *common law* pueden ser atacados por un litigante privado por ser incompatibles con el Capítulo 3 en cualquier disputa con un órgano del gobierno».

Finalmente, el *leading judgement* se decanta por una aplicación indirecta de los derechos fundamentales y libertades públicas, que tendría lugar a través de la previsión contenida en el párrafo 3º del artículo 35, antes transcrita, que «asegura que los valores contenidos en el Capítulo 3 penetrarán en el *common law* en todos sus aspectos, incluidos la litigiosidad privada». Esta apuesta por la *Drittwirkung* indirecta, al modo alemán, al que se hace expresa referencia, se observa no obstante muy «des-

¹¹ Párrafo 183 de la sentencia.

¹² Cuestión esta en la que el magistrado redactor del *leading judgement* se sirve de la comparación entre la versión inglesa de la Constitución y la versión afrikaner, concretamente entre el término inglés *law* y el término afrikaner *reg*, dado que si bien con el término inglés cabrían dudas sobre si además del *statute law*, legislación dada por el legislador, también se incluía en el ámbito de aplicabilidad de la Constitución al *common law*, con el término afrikaner no existe duda alguna, por cuanto que *reg* incluye tanto el *statute law* como el *common law*.

¹³ El término empleado es *statute*, es decir, norma emanada del legislador, en contraposición al *common law*.

cafeinada» por las constantes referencias que en el *leading judgement* y en los votos concurrentes con el mismo se hacen a la incertidumbre que provocaría la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la litigiosidad privada, la suficiencia de las soluciones dadas por el *common law* a los conflictos entre particulares e incluso la tarea excesiva que tal tesis supondría para el Tribunal Constitucional, que habría de reformar el *common law* privado del país.

Quizás sea esta timidez en el planteamiento de la cuestión de la eficacia, siquiera indirecta, de los derechos fundamentales y libertades públicas sobre las relaciones entre particulares lo que lleva al vicepresidente de la Corte Constitucional, I. Mahomed, a no suscribir sin más el *leading judgement* formulado por el juez Kentridge, y a formular un voto que, si bien es concurrente en cuanto que llega a la misma solución, afirma en el párrafo 85 de la sentencia:

«Pese a todas estas observaciones, quedaría profundamente incómodo si la construcción favorecida por Kentridge AJ significa, en la práctica, que la Constitución es impotente para proteger a aquellos que, manifiesta y brutalmente, han sido victimizados por la profanación privada e institucional de los valores ahora tan elocuentemente articulados en la Constitución. A las personas negras les era antes negado el derecho a poseer tierra en el 87% del país. Una interpretación de la Constitución que continuara protegiendo el derecho de personas privadas a perpetuar substancialmente tal injusticia concertando contratos o realizando disposiciones sujetas a la condición de que tal tierra no sea vendida ni ocupada por negros sería para mí una conclusión muy decepcionante. Estos y otros muchos ejemplos no me dejan duda de que los responsables de la elaboración de la Constitución nunca pretendieron permitir la privatización del *Apartheid* o permitir que las injustas ganancias del *Apartheid* o los privilegios que concedió a unos pocos, o las actitudes ofensivas que generó entre muchos sean fosilizadas y protegidas por tribunales devenidos impotentes por el lenguaje de la Constitución».

El Juez J. Kriegler formula el único voto discrepante, por cuanto que en el mismo se llega a la conclusión de que debería haberse contestado afirmativamente a la cuestión planteada de si las previsiones del Capítulo 3 de la Constitución, regulador de los derechos fundamentales y libertades públicas, son susceptibles de aplicación a relaciones distintas de las mantenidas entre particulares y órganos legislativos o ejecutivos del Estado a todos los niveles. Este juez, que manifiesta disentir «de los fundamentos que sostienen la postura conservadora mantenida por la mayoría de este Tribunal», afirma en su voto discrepante, párrafo 120 de la sentencia, utilizando términos muy agrios:

«El segundo punto afecta a la extendida concepción errónea sostenida por algunos y, sospecho, a una deplorable caricatura propagada por otros. Tal es que la llamada horizontalidad directa [se está refiriendo a la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas] desembocará en una sociedad orwelliana en la que el todopoderoso Estado controlará todas las relaciones privadas. Los tentáculos del gobierno, se dice, alcanzarán al mercado, al hogar e incluso al dormitorio. Los esbirros del Estado me dirán dónde tengo que comprar, a quién he de ofrecer mis servicios o mercancías, a quién he de emplear y a quién invitar a mi club de bridge. Esto es una estupidez. Aún más, es una estupidez maliciosa que ha prendido en los miedos de los blancos privilegiados, protegidos en el pasado por un capitalismo de *laissez faire* que prosperó en un entorno en el que la clase baja negra tenía una oportunidad limitada de compartir la abundancia. Empleo un lenguaje duro deliberadamente. La caricatura es pernicioso, está calculada para inflamar los sentimientos del público y para nublar las percepciones de la gente sobre nuestra emergente democracia constitucional. La «horizontalidad directa» es un «coco»¹⁴».

¹⁴ El término inglés usado es «bogyman», que en el diccionario *Oxford* es definido como «imaginary evil spirit (used to frighten children)», esto es, espíritu maligno imaginario utilizado para asustar a los niños.

Recuerda también este Juez, en el párrafo 125 de la sentencia, y frente a la tesis de la mayoría de que sólo frente al poder político son invocables directamente los derechos fundamentales, que «nuestro pasado no es simplemente el de un uso represivo del poder estatal. Es un pasado de persistente, institucionalizada subyugación y explotación de una mayoría sin voz e indefensa por una determinada y privilegiada minoría». Es por ello que, tras recordar que el artículo 4º, párrafo 1, establece que la Constitución es la «ley suprema de la República», intenta interpretar el artículo 7 de la Constitución, utilizado por la mayoría del Tribunal para desestimar la tesis de la eficacia horizontal, de modo distinto, y así, afirma que la precisión contenida en el párrafo 2º de tal artículo en el sentido de que «este Capítulo se aplicará a toda ley en vigor y a todas las decisiones administrativas adoptadas y actos [administrativos] realizados durante el periodo de vigencia de esta Constitución», implica que el Capítulo regulador de los derechos fundamentales y libertades públicas rige toda la legislación, legislación que todos los tribunales del país, los «órganos judiciales del Estado» referidos en la Constitución, están obligados a aplicar en el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero esta construcción, que pese a las insuficiencias que en esta cuestión presentaba la Constitución provisional (concretamente la falta de una referencia clara a la vinculación a la Constitución del poder judicial y la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a los ciudadanos en general) intenta sostener lo que el Juez J. Krieger considera como eficacia directa de los derechos fundamentales y libertades públicas y que obliga a este Juez a centrar la vinculatoriedad horizontal del *Bill of Rights* en la vinculación a ésta de la legislación (lo que lleva a la conclusión de que no se trata en realidad de una eficacia horizontal, de la que nazcan directamente derechos para los particulares), provoca serias paradojas, como la que se contiene en el párrafo 135, al afirmar este juez discrepante:

«El Capítulo [de los derechos fundamentales y libertades públicas] no tiene nada que ver con las relaciones ordinarias entre personas privadas o asociaciones. Sobre lo que este Capítulo rige es, sin embargo, sobre todas las leyes, incluidas aquellas aplicables a las relaciones privadas. Salvo que, y hasta tanto, se acuda a la ley, los individuos privados son libres de conducir sus asuntos privados tal como les plazca en lo que se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas. En lo que afecta a este Capítulo, un propietario es libre de rehusar alquilar un piso a alguien por razón de raza, sexo o cualquier otra; un blanco obcecado puede rehusar vender una propiedad a una persona de color; un club social puede rechazar el ingreso de judíos, católicos o afrikaners si así lo quiere. Un empresario es libre de discriminar por motivos raciales en la contratación de su personal. Un hostelero puede rehusar alquilar una habitación a un homosexual; una iglesia puede cerrar sus puertas a los plañideros de un particular color o clase. Pero ninguno de ellos puede invocar la ley para aplicar o proteger su obcecación. Uno no puede solicitar la rescisión de un contrato o un específico cumplimiento de éste si tal pretensión, aun bien fundada en el *common law*, infringe un derecho del Capítulo 3. Uno no puede fundar una defensa en una invocación de una ley si tal defensa está en conflicto con un derecho o una libertad protegidos. La gama completa de relaciones privadas queda sin afectar. Pero el Estado, como creador de las leyes, administrador de las leyes e intérprete y aplicador de las leyes, está constreñido a permanecer entre las cuatro esquinas del Capítulo 3. Así, si un hombre reclama tener derecho a golpear a su mujer, vender a su hija como esclava o abusar de su hijo, no estará autorizado a sostener como defensa en una reclamación civil o frente a una acusación penal que está autorizado a hacer eso por el *common law* o por los términos de cualquier ley¹⁵ o contrato».

Llama la atención la diferencia entre los términos en que el Tribunal Constitucio-

¹⁵ En el original inglés, *statute*.

nal de Sudáfrica enjuicia el caso y los utilizados habitualmente por nuestro Tribunal Constitucional en supuestos similares, en los que argumentos como los utilizados por los recurrentes en el caso planteado ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, y desestimados por éste, relativos a opiniones dadas de buena fe respecto de hechos ciertos, afectantes a materias de interés público, son fundamentales para enjuiciar la legitimidad del ejercicio de la libertad de prensa y, en su caso, para otorgar amparo constitucional al periodista y al medio de comunicación, dado que el enjuiciamiento que nuestro Tribunal Constitucional realiza en estos casos (y que debe ser realizado por el juez ordinario) se basa directamente en los parámetros constitucionales derivados de los artículos 18 y 20 de la Constitución.

El rechazo por el Tribunal Constitucional sudafricano de la eficacia directa de los derechos fundamentales y libertades públicas, derivada de las insuficiencias de la Constitución provisional, e incluso las incongruencias que presentaba la defensa de esta eficacia hecha por algún juez constitucional disidente de la opinión mayoritaria, al tener que superar las indicadas insuficiencias del texto constitucional provisional, parece haber provocado que en la Constitución «definitiva» de 1996 el constituyente sudafricano haya regulado la cuestión de una manera mucho más explícita. El artículo 8 de la nueva Constitución establece:

«1) La Carta de Derechos [*Bill of Rights*] se aplica a toda la legislación, y vincula al legislador, al ejecutivo, al judicial y a todos los órganos del Estado.

2) Una previsión de la Carta de Derechos vincula a una persona natural o jurídica si es aplicable, y en la medida en que lo sea, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho y la naturaleza de cualquier obligación impuesta por el derecho.

3) Cuando aplique una previsión de la Carta de Derechos a una persona natural o jurídica en términos del párrafo 2), un tribunal

a. en orden a dar efecto a un derecho de la Carta, debe aplicar, o si es necesario, desarrollar, el *common law* en tanto la legislación no dé efecto a tal derecho; y

b. puede desarrollar reglas del *common law* para limitar el derecho, siempre que la limitación esté de acuerdo con el artículo 36-1°.

4) Una persona jurídica es titular de los derechos de la Carta de Derechos en la extensión requerida por la naturaleza de los derechos y la naturaleza de la persona jurídica».

De este modo, el constituyente sudafricano parece dejar clara la posibilidad de eficacia directa frente a los particulares de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser invocados en relaciones *inter privados*, y en la medida en que lo sean¹⁶.

Este precepto fue cuestionado en un peculiar procedimiento de «certificación» judicial del proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Constituyente (*Constitutional Assembly*), tal como se preveía en la Constitución interina de 1993, por parte del Tribunal Constitucional de Sudáfrica.

¹⁶ Pese a la redacción de este precepto constitucional, substancialmente distinta a la que tenía el precepto correlativo de la Constitución «interina» de 1993 y en la que se basó la sentencia del caso *Du Plessis*, parte de la doctrina sigue sosteniendo que, incluso con la nueva Constitución, los derechos fundamentales consagrados en el *Bill of Rights* no son directamente aplicables en las relaciones entre particulares. En el artículo «Du Plessis is Not Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes», publicado en *South African Journal on Human Rights* (1999, 15, SAJHR, 25) Chris Sprigman y Michael Osborne sostienen que el artículo 8 de la Constitución de 1996 no exige una horizontalidad directa, sino que de hecho permite una aplicación horizontal indirecta siguiendo las líneas sostenidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia *Du Plessis v De Klerk* respecto de la aplicación de la Constitución interina. Para estos autores, la opinión generalizada entre los medios académicos en Sudáfrica de que el efecto directo horizontal debe regir bajo la Constitución de 1996 y que la doctrina del caso *Du Plessis* es por tanto letra muerta, es errónea y que, por tanto, cuando la cuestión se plantee ante el Tribunal Constitucional, éste debería concluir que mientras que el artículo 8 de la Constitución es ambigua, la estructura de gobierno creada en ésta, entendida como la culminación de la lucha por el gobierno de la mayoría, exige que los tribunales no apliquen, por lo general, los derechos fundamentales frente a particulares.

El artículo 71.2 de la Constitución interina de 1993 establecía: «el nuevo texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, o cualquier previsión de la misma, no debe tener ninguna vigencia ni efecto salvo que el Tribunal Constitucional haya certificado que todas las provisiones de dicho texto cumplen con los Principios Constitucionales establecidos en la subsección 1.a»¹⁷.

Tras un trámite de recepción de impugnaciones, tanto orales como escritas, con una amplísima legitimación que permitió la realización de tales impugnaciones por organismos públicos, partidos políticos, grupos de interés y personas individuales, estableciéndose incluso un calendario de «audiencias» (hearings) ante el Tribunal Constitucional, éste dictó finalmente la «sentencia» (judgement)¹⁸ en la que señaló los preceptos del proyecto de Constitución que no respetaban los principios constitucionales enumerados en la Constitución interina, devolviéndola a la Asamblea Constituyente para que se hicieran las oportunas modificaciones.

El Tribunal Constitucional, en los párrafos 53 a 56 de su sentencia, desestimó las impugnaciones que se habían hecho al artículo 8.2 del texto constitucional y a la previsión de eficacia horizontal de los derechos fundamentales que en el mismo se contenía¹⁹.

El Tribunal Constitucional rechaza la objeción de que el reconocimiento de eficacia horizontal a los derechos fundamentales supondría permitir la «invasión» del terreno propio del poder legislativo por parte del poder judicial, argumentando que el desarrollo del *common law* corresponde al poder judicial, y que la situación no es muy distinta a la que se produce en relación a la eficacia «vertical» de los derechos fundamentales.

También rechazó la objeción basada en que el citado precepto otorgaba a los tribunales la tarea de ponderar los derechos fundamentales en colisión (*the task of balancing competing rights*) bajo el argumento de que no es una función propia de la judicatura, pues, consideraba el Tribunal Constitucional, tal argumento erraba al no apreciar que incluso cuando los derechos fundamentales vinculan sólo a los órganos del Estado, los tribunales a menudo han de realizar tal ponderación de derechos en conflicto (ponía el Tribunal Constitucional como ejemplo los casos en que tiene que aplicar la legislación sobre publicación y distribución de material sexualmente explícito, en que tiene que ponderar la libertad de expresión con los derechos de dignidad e igualdad).

La objeción de que tal precepto, al establecer que los particulares estaban también sujetos a obligaciones, suponía que los mismos sufrirían una disminución de sus derechos en un modo contrario al Principio Constitucional II de la Constitución interina de 1993 (conforme a la cual los particulares serían beneficiarios de todos los derechos y libertades fundamentales universalmente aceptados que debían ser facilitados

¹⁷ «The new constitutional text passed by the Constitutional Assembly, or any provision thereof, shall not be of any force and effect unless the Constitutional Court has certified that all the provisions of such text comply with the Constitutional Principles referred to in subsection (1)(a)»

¹⁸ Case CCT 23/96, Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Heard on 1-5 and 8-11 July 1996. Decided on: 6 September 1996. El primer párrafo de la «sentencia de certificación» explicaba resumidamente el sentido de la resolución, declarando al efecto:

«El propósito oficial de la presente sentencia es decidir si el Tribunal certifica o no que todas las disposiciones del proyecto de nueva Constitución de Sudáfrica cumplen ciertos principios contenidos en la actual Constitución del país. Pero su propósito subyacente y su alcance son mucho más amplios. Una «certificación» judicial de una Constitución no tiene precedentes y la naturaleza misma de la empresa tiene que ser explicada. Para hacerlo, se debe colocar la empresa en su propio contexto histórico, político y legal; y, al hacerlo, la esencia de la transición constitucional del país, los respectivos papeles de las entidades políticas implicadas y los principios jurídicos aplicables y la terminología deben ser identificadas y descritas. También es necesario explicar el alcance de la tarea de certificación del Tribunal y el efecto de la presente sentencia, no sólo el alcance y la importancia de los poderes del Tribunal, sino también sus limitaciones. Sólo entonces se puede realmente afrontar la certificación en sí.»

¹⁹ Este precepto había sido impugnado, por ejemplo, por la «Association of Chambers of Commerce and Industry», por la «Free Market Foundation» o por el «Congress of Traditional Leaders of South Africa», este último por cuanto que la aplicación horizontal de la cláusula de igualdad de sexos impactaría en el Derecho indígena (*indigenous law*).

y protegidos por disposiciones afianzadas y justiciables en la Constitución) fue rechazada con un argumento propio de la *Drittwirkung* indirecta. El Tribunal Constitucional manifestó que en tanto que la carta de derechos vincula al legislador, la legislación que regula las relaciones entre particulares deberá respetar la Constitución, tal como ocurre en Alemania y otros países europeos, donde los códigos han de cumplir estándares constitucionales, lo que a menudo supone que un tribunal ha de ponderar derechos en conflicto. Con cita expresa de la sentencia del caso *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, el Tribunal Constitucional declaraba que el citado principio constitucional reconoce implícitamente que incluso si sólo el Estado está vinculado, los derechos conferidos a los particulares serán limitados justificadamente en orden a reconocer los derechos de otras personas en ciertas circunstancias.

No obstante esta disposición de la Constitución «definitiva» que reconoce la eficacia de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser aplicados en las relaciones entre particulares, y en la medida en que lo sean, la propia Constitución preveía un desarrollo legislativo en algún supuesto especialmente significativo, como es el del derecho de igualdad, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, dedicado a la *equality*. Y así, el apartado 4º de este artículo, tras prever que ninguna persona puede ser injustamente discriminada por razones de raza, género, sexo, embarazo, estatus marital, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, pensamiento, creencia, cultura, lengua o nacimiento, establecía en su último inciso que «debe promulgarse legislación nacional para impedir o prohibir la discriminación injusta». En cumplimiento de esta previsión constitucional, el Parlamento nacional, ubicado en Ciudad del Cabo, promulgó la Ley 4/2000, de 2 de febrero²⁰, denominada de «promoción de la igualdad y prevención de la discriminación injusta», en la que se regulan desde la prohibición de la discriminación por razón de raza, género o discapacidad, hasta la previsión de reglas de carga de la prueba²¹ o las reglas de procedimiento ante los «tribunales de igualdad», entre otras materias.

Este desarrollo legislativo, que siempre tiene efectos beneficiosos en cuanto a evitar incertidumbres o discrepancia en las posiciones de los tribunales ordinarios, es especialmente significativo en este caso, no sólo por el pasado de *apartheid* sufrido por la mayoría de la población en Sudáfrica, sino por las propias reticencias que el Tribunal Constitucional había mostrado a la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (lo que podría haber provocado una «privatización» del *apartheid*, como significativamente advertía el Juez Mahomed en su voto concurrente²² de la sentencia del caso *Du Plessis v. De Klerk*). Y también, en definitiva, porque como afirmaba en la misma sentencia el voto concurrente del Juez Sachs, «la manera adecuada de afrontar estas cuestiones es a través de legislación liderada quizás por la Comisión de Derechos Humanos. Litigar es una forma pesada, cara y lenta de responder al generalizado problema de la conducta racista»²³.

²⁰ Act Nº 4, 2000, Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination, Republic of South Africa Government Gazette, 9 february 2000. Puede ser consultada en la dirección de Internet <http://www.info.gov.za> (>documents, >acts, >2000, están ordenadas en orden numérico inverso por lo que hay que ir casi al final, al ser la número 4).

²¹ Artículo 13.1: «si el demandante muestra la existencia *prima facie* de un caso de discriminación: a) el demandado debe probar mediante hechos ante el tribunal, que la discriminación no tuvo lugar como se alegó o b) el demandado debe probar que la conducta no se refiere a uno o más de los criterios [discriminatorios] prohibidos...». Existen previsiones similares en nuestra legislación, concretamente en los artículos 96 de la Ley de Procedimiento Laboral y 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²² Párrafo 85 de la sentencia.

²³ «The appropriate manner for such issues to be dealt with would be through legislation pioneered perhaps by the Human Rights Commission. Litigation is a clumsy, expensive and time-consuming way of responding to the multitudinous problems of racist behaviour» (párrafo 186).

Situación de la justicia en Honduras

Guillermo LÓPEZ LONE

El proceso de democratización en Honduras se reanudó en el año de 1982 con la superación de los gobiernos de facto, lo que coincide con la promulgación de la Constitución de la República vigente. Desde entonces, han pasado 26 años y la vida institucional ha recorrido un camino lento, de avances y retrocesos, que evidencia la fragilidad de nuestro Estado de Derecho.

Aun cuando el Poder Judicial tiene la condición de un Poder independiente, la percepción de la ciudadanía es que este es un poder dependiente del ejecutivo y del legislativo, gozando la administración de justicia de muy poca credibilidad y confianza, en especial, por considerar que sus autoridades son proclives al clientelismo de las fuerzas político-partidarias ante cuyas influencias y manipulaciones fácilmente ceden. Esto acarrea como consecuencia que el ente contralor de la legalidad y de límite de los otros poderes del Estado, fácilmente sea instrumentalizado, ocasionando con ello un saldo negativo a la institucionalidad democrática.

IMPORTANCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 2001

Dado el marcado rezago institucional del Poder Judicial respecto al proceso de democratización en nuestro país, expresado en el reparto de cuotas político-partidarias en la Corte Suprema de Justicia¹ (CSJ), en el año 2001 se aprobaron las reformas al Capítulo XII de la Constitución, que regula la organización y atribuciones del Poder Judicial, para dotarle de condiciones objetivas para la reafirmación de su independencia, en este orden, se amplió el periodo de funciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de cuatro a siete años, se aumentó el número de magistrados de nueve a quince, creando la Sala de lo Constitucional, y se instituyó el mecanismo de una Junta Nominadora con participación de la sociedad civil para controlar la selección y el ulterior nombramiento por el Congreso Nacional de los magistrados y magistradas de la Corte Suprema de Justicia, al tiempo que se creaba como parte de la reforma la figura del Consejo de la Judicatura, el cual después de siete años aún no se ha instituido.

Desafortunadamente, la intervención de la Junta Nominadora, a quien correspondía la selección del listado de 45 candidatos para someterlo a consideración y posterior elección de magistrados por Congreso Nacional, fue influenciada por los partidos políticos tradicionales, lo que contribuyó a la politización del procedimiento. En ese sentido, el Comisionado Nacional de Derechos Humanos, en su informe del año 2002, apuntaba que de los quince magistrados que actualmente conforman la Corte Suprema de Justicia; ocho de ellos son miembros del partido político en el poder (Partido Nacional) y siete miembros del Partido Liberal². En términos similares, se pronunciaba la Comisión Internacional de Juristas, estimando que aun cuando el procedimiento de selección incorporó la participación de diversos sectores de la sociedad civil, la elección de los Magistrados tuvo como resultado una Corte divi-

¹ Vid., Orellana, Edmundo, *Informe sobre el Estado del Poder Judicial: Honduras 2003*. Abril 2004, editores FOPRIDEH, IFES, USAID. Pág. 12 «Normalmente, la distribución se concentraba en los dos partidos mayoritarios, Liberal y Nacional, de modo que, cuando eran nueve los magistrados, cinco eran del partido triunfante y cuatro del partido que quedaba en el segundo lugar, no obstante la reforma constitucional por la cual se pretendió excluir a los partidos de la selección, hoy, que son quince, ocho son del partido de gobierno (Nacional) y siete del partido mayoritario de la oposición (Liberal)».

² Vid., Informe Anual de Derechos Humanos 2002, Comisionado Nacional de Derechos Humanos, Tegucigalpa, pág. 129.

dida a lo largo de afiliaciones políticas, con una mayoría claramente identificada con el oficialismo y una minoría opositora³. De igual manera, el Informe Sobre Desarrollo Humano (IDH) 2002 del PNUD, establecía que la independencia política es el aspecto de mayores críticas al sistema judicial en Honduras, y que desde las elecciones generales del 2001 se sabía que algunos dirigentes de determinadas corrientes partidarias tendrían uno o más magistrados en la Corte para defender sus intereses⁴.

Fundamentalmente la reforma tenía como propósito además de la reorganización de la CSJ, *la separación de la función Administrativa de la Jurisdiccional*, lo que se estableció formalmente en la reforma por adición del artículo 317 que incorpora constitucionalmente la figura del Consejo de la Judicatura⁵.

De conformidad a este antecedente, es comprensible que la reforma se orientaba a corregir la concentración de poderes en la cima jurisdiccional y a la vez cima administrativa-judicial, ya que esta forma de organización piramidal, no asegura la independencia de cada juez⁶. Y es que al concentrarse de forma absoluta el poder en el vértice (CSJ), se produce el detrimento de la garantía de inamovilidad en el cargo, ya que el superior no sólo ejerce el control jurisdiccional, sino que decide sobre la estabilidad en el cargo y las posibilidades de ascenso de los jueces, lo que de una forma u otra inquieta o perturba, en especial, cuando el juez, puede ser removido como consecuencia de una decisión que no es aceptable por ciertos poderes⁷.

Pese a su importancia institucional el Consejo de la Judicatura aún no se organiza, por ello la reforma se aprecia como inconclusa, y en el campo de los hechos disminuida, pues el legislador en el 2001 al crear esta figura responde a la demanda de diversos sectores de la sociedad civil que presionaban por el mejoramiento de la administración de justicia en el plano de la despolitización y de su tendencia creciente hacia la corrupción. De tal suerte que al no instituirse y aprobarse la ley ordinaria⁸ que regule este órgano de «gobierno», los jueces y magistrados hondureños quedan librados a la mayoría *partidaria* de turno en la CSJ, y sin una institución que tutele la independencia judicial⁹, que era el reclamo de la ciudadanía, y el fin primordial de la reforma constitucional.

³ Vid., Honduras: *La Administración de Justicia, la Independencia del Poder Judicial y la Profesión Legal*, Comisión Internacional de Juristas. Informe Misión 2003, pág. 1. En igual sentido, la Misión de la CIJ, expresa en su informe, pág. 25, «El sistema judicial hondureño esta impregnado de extrema politización partidista, lo que incide negativamente no solo en sus decisiones administrativas sino también en las jurisdiccionales de distintos órganos del Poder Judicial. Este último aspecto es sumamente preocupante, puesto que conlleva a una falta de confianza en el sistema por parte de los justiciables y de la población en general».

⁴ Vid., PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano, Honduras 2002*. Pág. 83.

⁵ Artículo 317. Créase el Consejo de la Judicatura cuyo miembros serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia. La Ley señalará sus alcances y atribuciones.

⁶ Vid., Franco, Ippolito, *Asociacionismo e Independencia Judicial*. Ponencia desarrollada en el Tercer Seminario sobre Independencia Judicial en Latinoamérica, Quito, Guayaquil 20-23 de octubre de 2003, pág. 6.

⁷ Vid., Major, Esther, *Independencia Judicial: «Instrumento necesario para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia»*. Publicación Aportes de DPFL, año 1, número 1, marzo de 2007.

⁸ La corte Suprema de Justicia presentó al Congreso Nacional el proyecto de Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, en abril de 2007, demorándose en su iniciativa de ley aproximadamente seis años después de la reforma, lo cual ha irritado a los entes de la cooperación internacional que han venido apoyando los esfuerzos de carrera judicial. Respecto a este proyecto de Ley, al no haber sido discutido y tomado en cuenta el parecer de los jueces y juezas, la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD), tomando en cuenta el proyecto enviado a la cámara legislativa, redactó un anteproyecto para cabildearlo y canalizarlo a los diputados al momento de aprobación, lo cual aún no ocurre, pues el Poder Legislativo aún no incluye en su agenda este cuerpo legal. La AJD elaboró su anteproyecto, en virtud que los derechos y libertades del estatuto del juez no estaban considerados en el proyecto presentado, asimismo, para aportar en la conformación, elección y funcionamiento del Consejo de la Judicatura, de tal forma que la creación de este órgano contribuyera a la separación de la función administrativa de la jurisdiccional.

⁹ Entrevista a Perfecto Andrés Ibáñez, Revista *Justicia* de la Asociación de Jueces por la Democracia, N.º 6, año 3, mayo 2007, pág. 22.

ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS

Formalmente el procedimiento para el nombramiento de jueces en el Poder Judicial de Honduras se encuentra regulado en los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley de Carrera Judicial vigente. De este marco legal a la realidad hay bastante distancia, pues los presupuestos para una Carrera profesional en el Poder Judicial son ilusorios, ya que los concursos para el ingreso son la excepción y no la regla, asimismo, por la imposibilidad de promoción o ascenso regular en la carrera.

Al respecto, sostienen los analistas que la independencia de los jueces no está garantizada porque la Ley de la Carrera no se cumple debidamente, los jueces no son reclutados ni seleccionados por concurso u oposición en todos los casos, sus promociones no son el resultado de sus méritos en el ejercicio de su cargo y su estabilidad no está garantizada, porque muchos pueden ser removidos en cualquier momento por la Presidenta de la Corte, a quien la Corte Suprema de Justicia, ha delegado la potestad de nombrar y remover al personal¹⁰. En general, se concluye que los problemas de incapacidad y corrupción que sistemáticamente se denuncian con relación a empleados y funcionarios judiciales tienen que ver con la ausencia de mecanismos de selección y evaluación del personal del Poder Judicial¹¹.

Comúnmente, la forma de acceso a la jurisdicción se produce al margen del concurso u oposición, lo que produce en la mayoría de los casos actitudes de *agradecimiento* con el partido político o los representantes del poder que permitieron a jueces, juezas o magistrados ingresar a la carrera judicial al margen de la legalidad.

En estas condiciones precarias de «influencia» y «recomendación» para los nombramientos en la judicatura, difícilmente se reúnen condiciones indispensables para *ser y querer ser* un juez independiente, pues el nombramiento, si bien no determina en toda su extensión el *querer ser*, contribuye en mayor medida cuando el ingreso se ha producido por concurso, y en esas condiciones (al no tener que «agradecer» el nombramiento) se genera un ámbito mayor para la independencia.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL ESTATUTO

En Honduras, la potestad de impartir justicia, es exclusiva del Poder Judicial, y se imparte por jueces y magistrados independientes únicamente sometidos a la Constitución y a las leyes. (Arts. 303 CR). Destaca la Carta Magna que «La forma de gobierno es democrática, republicana y representativa. Se ejerce por tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación». (Art. 4 CR) Configurándose de estas disposiciones el monopolio de la jurisdicción, y la relación de independencia de los tres poderes del Estado.

Otra consecuencia importante de la lectura constitucional del precitado artículo 303, en su segundo inciso, es que el «Poder Judicial se integra por una Corte Suprema de Justicia, Cortes de Apelaciones, los Juzgados y demás dependencias que señale la ley». Lo que expresa de manera inequívoca que jueces y magistrados conforman este poder en el marco de una estructura horizontal, diferenciándose unos de otros por la diversidad de las funciones, lo que excluye la jerarquía jurisdiccional al momento de declarar el derecho en un caso concreto, de esta forma el más humilde juez de la judicatura de paz es tan soberano o independiente como lo puede ser la más alta corte de justicia¹².

¹⁰ Op. Cit., Orellana, Edmundo, pág. 23.

¹¹ Vid., Informe Anual de Derechos Humanos 2004, Comisionado Nacional de Derechos Humanos, Tegucigalpa, pág. 53.

¹² Vid., Laguna, Romeo, ponencia «Poder Judicial», recogida en: *Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica*. Editora Patricia Francés Baima, edición limitada, Guatemala, 2000, pág. 41.

Sin embargo, este marco estatutario de rango superior aún no se materializa, pues en la realidad, la función judicial diariamente es quebrantada, y no solo por los poderes de mayoría, sino también por las reiteradas intromisiones que en el orden jurisdiccional propicia el «superior», y los poderes fácticos que amenazan la institucionalidad, de tal forma que hablar de independencia judicial y de sujeción a la Constitución es un ejercicio que se cumple de manera limitada. Sin duda, que su concreción, además de generarse desde los juzgadores, implica una cuestión cultural —en cuanto exigencia— de la ciudadanía, y en particular, más que un acto heroico, implica una defensa desde los jueces y magistrados de la independencia, ante la desmesurada politización partidaria, que hoy por hoy impregna este Poder del Estado.

Completa este marco jurídico el artículo 317 CR que en su segundo inciso establece: «Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, descendidos, ni jubilados, sino por las causas y con las garantías establecidas en la ley». Recogiendo esta disposición el principio de inamovilidad en el cargo. Lamentablemente esta garantía es objeto de amenazas de toda índole, siendo una constante a lo largo del tiempo, que lo que ha imperado son los despidos y traslados arbitrarios de parte de las autoridades.

EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

No se discute el hecho de que el ejercicio de la jurisdicción debe rodearse de las garantías indispensables, de tal forma que se mantenga a salvo de las perturbaciones y presiones externas e internas, lo que no excluye la necesidad de establecer un régimen disciplinario mediante el cual se puedan sancionar incumplimientos profesionales¹³, de conformidad a las *causas y garantías previstas en la ley*¹⁴. Lo que conlleva un sistema disciplinario en el marco del debido proceso, y en particular, el de los derechos de audiencia, de defensa, de contradicción y recursos legales que correspondan¹⁵.

No obstante la disposición constitucional que exige garantías para la remoción o afectación de la inamovilidad en el cargo, en la práctica el régimen disciplinario en nuestro Poder Judicial constituye un mecanismo que se instrumentaliza para sancionar y destituir de sus cargos a los jueces y magistrados, en especial cuando estos son críticos o se vuelven incómodos a las autoridades y a los poderes formales y fácticos; restringiéndose en la mayoría de los casos las garantías de un juicio justo, imponiéndose las sanciones mediante un procedimiento sumarial e inquisitivo en donde los derechos de defensa y de audiencia (de descargos) se vuelven meras formalidades, pues al final lo que menos se considera es la garantía de presunción de inocencia, ya que esta cede ante el prejuicio de culpabilidad que es el predominante desde que las diligencias se inician.

Para el caso, en el momento actual los tres magistrados(as) titulares de la Corte de Apelaciones Seccional, de San Pedro Sula, son objeto de un proceso disciplinario, como consecuencia de la ejecución de una sentencia de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la cual fue interpretada y resuelta por la alzada en el marco de sus atribuciones jurisdiccionales, no obstante, persiste la acción «disciplinaria», siendo estas actuaciones administrativas inconsistentes desde el punto de vista legal, y constituyen una lesión a la independencia de los jueces en el ejercicio de la jurisdicción, en tanto las magistradas, Fátima Baide, Thirza Flores, y el magistrado Armando Lozano,

¹³ Vid., Andrés Ibáñez, Perfecto, «Sobre Independencia y Gobierno de la Magistratura», en *Revista Justicia* de la Asociación de Jueces por la Democracia, N.º 6, año 3, mayo de 2007, pág. 8.

¹⁴ Artículo 317 CR: Los jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, descendidos, ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previstas en la ley.

¹⁵ Artículo 20 Estatuto del Juez iberoamericano.

resolvieron el amparo, en el sentido amplio que se colegia de la resolución aludida, ya que la sentencia de la Sala Constitucional fue omisa en determinar de forma específica la conducta a cumplir para el restablecimiento de la garantía del debido proceso declarada como violada.

Lo grave en este asunto es que la consecuencia podría ser el despido o destitución de los magistrados(as), lo que constituiría a su vez una violación a la garantía constitucional de inamovilidad de los jueces y magistrados, pues la supuesta causa de destitución no se encuentra regulada en la Ley de la Carrera Judicial vigente, sino en una norma de la Ley Sobre Justicia Constitucional¹⁶, la cual no puede ser aplicable a funciones estrictamente jurisdiccionales. De igual manera, este proceso acarrearía una marcada violación a la libertad de asociación, en atención a la pertenencia activa de las magistradas(os), a la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD), y su rol en la dirigencia del colectivo.

En situación similar a los magistrados de San Pedro Sula, está el proceso disciplinario que se ha entablado en contra de las juezas Geraldina Mejía y Thelma Cantarero, de la sala tercera del Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa, contra quienes también se han iniciado «actuaciones disciplinarias» por desestimar una sentencia de la Corte Primera de Apelaciones, que sin tener atribuciones o jurisdicción se avocó la instancia y dictó una resolución en donde ordenaba de oficio la nulidad absoluta de actuaciones en una querrela criminal, el Tribunal de Sentencia apreció que esta resolución no era procedente, y, en consecuencia continuó con el trámite de la querrela. Sin embargo, un año después del supuesto hecho «irregular», la oficina de personal pretende sancionar con un eventual despido a las dos juezas de sentencia, violando en este caso no solo el ámbito de independencia, sino que también el principio del plazo razonable de todo proceso, y en consecuencia el plazo de prescripción de la acción.

CORRUPCIÓN Y EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

En su informe sobre independencia judicial del 2003 la misión de la CIJ a Honduras concluía que: *todos los que intervienen para asegurar el debido proceso legal deben estar al abrigo de injerencias, interferencias, ataques, amenazas, presiones, temores, recompensas, estímulos indebidos y corrupción, provengan de donde provengan*¹⁷.

En el plano de las intromisiones a la independencia judicial, las más preocupantes son las venidas de los órganos superiores solicitando información sobre causas sometidas al inferior, o bien pidiendo que se agilicen los procesos, mecanismos que se entienden en la lógica de que esos asuntos deben resolverse de conformidad al interés de estos «peticionarios».

Particularmente, las injerencias internas se dan por descontado por los mecanismos de la *cooptación*, que se producen por recompensas relacionadas con la estabilidad en el cargo, aún cuando se actúe negligentemente, o por promesas relacionadas con ascensos, traslados de sede, o bien halagos relacionados con participación en seminarios de capacitación, asignación de becas, o simplemente el estatus de tener acceso al superior y supuestamente gozar de su protección. Si bien, las formas de la *cooptación* pueden ser imperceptibles para la mayoría de la población, es un hecho que a falta de una carrera judicial profesional, estas formas de asimilación dominan

¹⁶ Artículo 112. Sin perjuicio de otras sanciones establecidas en esta ley, la desobediencia, retardo u oposición a una resolución o sentencia dictada con motivo de las acciones constitucionales que regula la presente ley, de parte de un funcionario o empleado del Estado, de sus instituciones desconcentradas o descentralizadas y demás a que se refiere el artículo 42, será causa legal de destitución, la que deberá producirse de inmediato.

¹⁷ Informe Honduras: La Administración de Justicia, la Independencia del Poder Judicial y la Profesión Legal, Comisión Internacional de Juristas. Informe Misión 2003, Pág. 17

en nuestra judicatura, lo que justifica los privilegios y todo el sistema de inclusión-exclusión que desde la Corte Suprema se extiende por todos los tribunales¹⁸.

En el plano de afirmación del superior, sobresale la práctica de solicitar al inferior que le remitan determinados procesos bajo la justificación de la figura del *ad effectum videndi*, institución que forma parte de la vetusta Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1906, la cual ha sido desnaturalizada y duramente criticada por su incongruencia o incompatibilidad con la prohibición constitucional de que «Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes, ni abrir juicios fenecidos, salvo en materia penal (y civil) que pueden ser revisados en toda época a favor de los condenados». (Art. 186 CR) Ocurriendo que una vez que se «arrastra» un expediente por el superior, posteriormente lo remite con recomendaciones, con lo cual se perturba la independencia del inferior. En relación a esta problemática, la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD), formalmente presentó una queja ante el Comisionado Nacional de Derechos Humanos, en fecha 19 de junio de 2007, denunciando como actos atentatorios a la independencia judicial, la práctica de solicitar de parte de la Corte Suprema de Justicia expedientes invocando la figura del *ad effectum videndi*, señalando que tanto la Sala de lo Civil, Penal y Constitucional de la CSJ, requirieron a la Corte de Apelaciones de San Pedro Sula, para que les enviaran bajo esta justificación expedientes de causas sometidas a ésta jurisdicción¹⁹.

Por otro lado, ha sido notorio en las actuaciones jurisprudenciales de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la práctica recurrente de sustanciar la acción de amparo por cuestiones de mera legalidad, susceptibles en su caso de los recursos previstos en las leyes procesales. Demás está decir, que bajo esos presupuestos el amparo como vía para la restitución de derechos fundamentales, se disminuye y se instrumentaliza, dejando a la judicatura de primera y segunda instancia en una situación de incertidumbre en su función de control de la legalidad²⁰, al tiempo que estas actuaciones desnaturalizan el amparo y propician la impunidad en las causas penales, y en los asuntos civiles, la intromisión de influencias o de injerencias indebidas.

LA HUELGA DE HAMBRE DE LOS FISCALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

Del 7 de abril al 14 de mayo, Honduras vivió la coyuntura impensable de la huelga de hambre de los fiscales del Ministerio Público, liderados por la dirigencia de la Asociación de Fiscales de Honduras (AFH). Fueron 38 días que en su dramatismo provocaron una sacudida a la institucionalidad, tanto del Congreso Nacional, como de los entes contralores.

El antecedente de esta rebelión, lo encontramos en otro movimiento similar que impulsó la AFH en el 2005, y el cual tuvo su detonante en el desistimiento de parte de las autoridades del Ministerio Público de quince recursos de apelación, en varios casos de corrupción en contra el ex presidente Rafael Leonardo Callejas (1990-1994). Esto provocó que los fiscales asignados a estos casos denunciaran las irregularidades y se negaran a desistir de los recursos, lo que provocó que varios de ellos fueran despedidos, dando lugar estas actuaciones a acciones de movilización, en particular marchas y plantones que culminaron semanas después con las renuncia del Fiscal

¹⁸ Informe *La Independencia Judicial en Honduras*, presentado por la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), el 20 de julio de 2007, en el 128 Periodo Ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Publicado en la Revista Justicia, N.º 7, año, 3, agosto de 2007, pág. 29.

¹⁹ En la denuncia se determina que mediante oficio N.º -1361-SCSJ-2007, de fecha 1 de junio de 2007, de la Sala de lo Civil; oficio No.-1465.SCSJ-2007, de fecha cuatro de junio de la Sala de lo Penal y el oficio N.º -1513.SCSJ-2007 de fecha ocho de junio de 2007, se solicitaron los expedientes *Ad Effectum Videndi*, constituyendo estos actos una vulneración al principio de independencia judicial y al de prohibición de avocación de una causa por el superior.

²⁰ Vid., López Lone, Guillermo, «La Reforma Judicial en Honduras» Revista *Justicia* de la Asociación de Jueces por la Democracia, N.º 6, año 3, mayo de 2007, pág. 16.

General Ovidio Navarro y de su adjunto Yuri Melara. Y en su lugar fueron electos para completar su mandato las actuales autoridades Leonidas Rosa Bautista y Omar Cerna.

Tres años después de aquella gesta, la Asociación de Fiscales de Honduras, insiste en la tramitación eficaz de un regular número de causas relacionadas con actos de corrupción, las que han sido paralizadas o no se les da trámite para concluir con las investigaciones, o bien no se presentan las respectivas acusaciones en los tribunales.

ESTALLA LA HUELGA DE HAMBRE DE LOS FISCALES

El 26 de enero de 2008, en una asamblea espuria de fiscales, montada con el apoyo del Fiscal General, fue electa una directiva paralela a la legítima de la AFH, semanas después inició un proceso de rotaciones, traslados y amenazas de despidos de fiscales comprometidos con la asociación legítima, y algunos de ellos con trayectoria en casos contra la corrupción.

Estas medidas al margen de la legalidad, son las que propician que Víctor Fernández, Soraya Morales, Jari Dixon y Luis Javier Santos, todos ellos dirigentes de la AFH, se declaren en huelga de hambre a partir del 7 de abril. Sus exigencias al inicio son: que se practique una auditoría en todos los casos de corrupción para determinar por qué no se han entablado las acciones judiciales, cese de los traslados y despidos y respeto por la libertad de asociación. Como centro de su protesta escogen la plaza de los bajos del Congreso Nacional y denominan a su acción como una huelga de hambre por la dignidad.

El Fiscal General y su adjunto son denunciados desde el inicio de la protesta por su marcado interés en mantener «engavetados» desde hace años investigaciones sobre presuntos actos de corrupción en los que estarían involucradas personalidades del mundo político y empresarial, ligados al Partido Liberal y al Partido Nacional, las dos fuerzas políticas que conforman el bipartidismo hondureño. Manifestando los fiscales que su lucha era el resultado del agotamiento de los recursos internos y que por eso tomaban esa medida extrema de poner en peligro su vida, como parte de una lucha cívica contra la corrupción que se había entronizado en el Ministerio Público y en general en el país.

En el transcurso de los días, se sumaron a la huelga otros(as) ciudadanos y ciudadanas, a título individual y en representación de diversas organizaciones de sociedad civil. Aproximadamente 50 personas en todo el país se incorporaron junto a los cuatro fiscales que iniciaron la huelga. Entre otros, la directora del Centro de Derechos de Mujeres, CDM, Gilda Rivera, Karla Lara, cantautora nacional, el Padre Ismael Moreno, Superior de los Jesuitas en Honduras, Tirza Flores, magistrada de la Corte de Apelaciones de San Pedro Sula, la segunda ciudad del país y dirigente de la Asociación de Jueces Por la Democracia, y el Pastor Evelio Reyes, de la Iglesia cristiana evangélica Vida Abundante, además de dirigentes de organizaciones populares. Esta confluencia de activistas y líderes de distintas agrupaciones desencadena un amplio movimiento que a lo largo de más de cinco semanas sacude la institucionalidad y desnuda a la clase política, la cual queda deslegitimada por sus métodos autoritarios y su actitud contraria a la transparencia y a la legalidad.

Al final, la huelga de hambre tuvo una duración de 38 días, y entre sus logros más importantes destacan: La reforma del artículo 25 de la Ley del Ministerio Público, mediante la cual se regula la investigación de los actos administrativos e ilícitos de las autoridades del MP, y se dispone que mientras duren las investigaciones el Fiscal General y su adjunto deben ser suspendidos, y en su caso, destituidos; complementaria a esta reforma se aprobó un decreto legislativo para la conformación de las comisiones responsables de la investigación de los expedientes archivados, paralizados o

pendientes de acusación; por otro lado, como continuidad de esta lucha, se organizó días después lo que hoy se denomina el Movimiento por la Dignidad y la Justicia²¹, que aglutina a todas las organizaciones, ciudadanos y ciudadanas que acompañaron la huelga de hambre.

EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO Y SUS PERSPECTIVAS

Ante circunstancias que exhiben escasos indicadores de independencia judicial, y el ineficaz servicio de administración de justicia, surgen a lo interno los esfuerzos por impulsar el movimiento asociativo, enmarcándose el mismo bajo una doble perspectiva: la defensa de los derechos y libertades de los jueces, y la vinculación del mismo al impulso de la democracia y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Asumiendo que ante una problemática institucional tan generalizada, una de las prioridades del colectivo asociativo es la defensa o reafirmación de la independencia judicial y la consecución de la reforma judicial en clave democrática.

Pero distanciarse de la visión mutualista o corporativista le trajeron al movimiento asociativo numerosos riesgos y tensiones prolongadas, en especial por la actitud restrictiva de las autoridades, que han ensayado diversas modalidades para impedir la existencia de las asociaciones en el Poder Judicial, para el caso, los esfuerzos a partir de la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD), fueron bloqueados permanentemente para impedir la obtención de su personalidad jurídica, igual suerte han tenido que correr los defensores públicos en sus intentos por organizarse, mientras que a los empleados, la CSJ les ha intervenido y obstaculizado para impedir que dirijan su asociación (ANFEPJ), apoyando una agrupación paralela surgida de una asamblea espuria, la cual carece de respaldo y legitimidad, pero goza del reconocimiento oficial.

Si bien el panorama es sombrío en el Poder Judicial en Honduras, y la vicisitudes de la vida institucional son inciertas por las reiteradas injerencias y repartos de cuotas y de influencias partidarias, también es reconocible que sus perspectivas de cambio o de renovación residen en la actitud de los jueces y juezas que desde el colectivo asociativo impulsan acciones por la legitimación de la función jurisdiccional, la defensa de la independencia judicial, y por dotar a este Poder del Estado de las herramientas para el control de la legalidad. Seguramente ese camino pasará por una nueva Ley de Carrera Judicial, por el reclamo o participación de la ciudadanía para el fortalecimiento institucional y por la instauración de un órgano de gobierno o de administración de la jurisdicción, autónomo e independiente de las autoridades de la Corte Suprema de Justicia.

²¹ «...Convocamos a nuestro pueblo, el más hermoso, el honesto, el que tiene una sola cara de dignidad, el que se ha levantado a la voz de la justicia en contra de la corrupción, lo convocamos a proseguir en lucha organizada y con todos los métodos pacíficos, los únicos con plena capacidad de desbaratar y destruir los planes de esta clase política violenta y corrupta...». Proclama de la Dignidad y la Justicia, difundida el 14 de mayo, al momento de suspender la huelga de hambre.

Jueces y literatura

A propósito de un libro de Aristóteles España

Jaime Francisco COÁGUILA VALDIVIA

La judicatura nunca ha estado desligada de la literatura, así parece revelarlo la novedosa antología de *Jueces en la Literatura Chilena* (2006) del escritor Aristóteles España y auspiciada por la Asociación Nacional de Magistrados de Chile. El presente ensayo pretende reflexionar un poco acerca de la posibilidad de construir un modelo de «juez literario» en base a criterios de empatía y razonabilidad en el panorama de la justicia latinoamericana, asimismo se dedica a examinar la imaginación legal de los jueces chilenos a propósito de la presente antología que denota mucho de sus narrativas personales y del contexto social que los rodea. De igual forma se realiza algunos apuntes sobre el poeta y magistrado peruano Enrique López Albújar, de quien se puede decir que muchas veces estuvo del lado de una justicia más poética que positivista; para concluir finalmente con una invocación a partir de la Literatura como correlato indispensable de una «justicia de la alteridad».

Aquí pues comienza esta tentativa de poética judicial elaborada por jueces y poetas que desde la Literatura terminan humanizando el Derecho.

POETAS JUECES O JUECES POETAS

James Boyd White en su famoso libro *Legal Imagination* (1985) escribió que el arte del abogado es principalmente un trabajo literario, porque implica un gran dominio del lenguaje y entraña aplicar el poder de la imaginación con el corazón de un escritor¹. Esta visión no hace sino recordar en qué medida la imaginación legal reconstruye el mundo y recrea narrativamente la vida en una especie de «legal stories» que se proyectan desde el pasado hacia el futuro, en una suerte de tramas interconectadas por la sensibilidad artística de los juristas.

Entonces no es ingenuo encontrar similitudes entre el arte poético y la aplicación de la regla del derecho, ni tampoco entre los jueces y los poetas; ya que ambos comunican un mensaje, una historia, la vida de un personaje enfrascado en medio de un proceso judicial o las tribulaciones de un joven enamorado. La vida de los jueces también se encuentra imbuida de una narrativa personal, una poesía interna que delinea su forma de ver la justicia, a la par que una narrativa social que engarza a los protagonistas dentro de un sistema legal globalizado y donde el poder está diseminado entre múltiples funcionarios y diversos actos simbólicos.

En este punto la poesía otorga al juez una visión equilibrada de las cosas, entre el fondo y la forma, entre los hechos y el derecho, algo así como si la justicia mediara a través de la razón y las emociones, y de pronto los jueces se convirtieran en poetas y a su vez los poetas aparecieran reencarnados en jueces dentro de un camino de doble vía, que representa muy bien las relaciones recíprocas e indesligables del Derecho y la Literatura, o a la inversa de la Literatura y el Derecho.

Este modelo de juez ha sido propuesto por la filósofa norteamericana Martha Nussbaum, quien considera al «juez literario» como un igualador, porque pretende adoptar un rumbo tendiente a mitigar las persistentes desigualdades y brindar a todos un mínimo decoroso, además de otorgar la capacidad de imaginar vívidamente

¹ Boyd White, James. *Legal Imagination: Abridged Edition*. University of Chicago Press Chicago and London, 1985, pág. 208.

el dolor de otra persona para aprender sobre la realidad humana y adquirir una motivación para modificarla. Este *juez de la alteridad* busca la neutralidad aunque desde la posición de un espectador juicioso dotado de valores, y con buenas razones para evitar el distanciamiento escéptico y en su lugar preferir un razonamiento práctico basado en evaluaciones humanistas². Así las emociones no son impulsos afectivos sin sentido, sino respuestas inteligentes que están en sintonía con los acontecimientos como los valores y las metas importantes para las personas³, según esta filósofa el juez debe tener la capacidad de ver la vida de la gente como si fuera un novelista⁴, sin caer en el sentimentalismo ni el excesivo rigor analítico propio de las ciencias formales. El juez *emocionalmente inteligente* tendrá el poder de articular en medio de las versiones de las partes una reconstrucción histórica e imaginativamente posible, fiel a un criterio razonable de plausibilidad y con un profundo contenido empático.

Esta perspectiva de la imaginación legal ha sido esbozada incluso por los grandes autores clásicos como el jurista italiano Francesco Carnelutti, quien en alguna oportunidad escribió que el arte como el derecho sirve para ordenar el mundo, porque tiende un puente desde el pasado hacia el futuro, y así como el secreto de la pintura consiste en adivinar, en el caso del juez también ocurre lo mismo, cuando escruta la verdad en el rostro del acusado para escoger luego el destino que la sociedad le tiene reservado⁵.

Es por ello que se puede decir que las historias del derecho son también las historias de la literatura y las historias de los jueces son a su vez las historias de la justicia, y que si bien es defendible que la justicia puede comenzar por una corazonada, a su vez luego corresponde acompañarla con el análisis crítico de la razón⁶, algo de lo cual se puede hablar en voz alta y dejando de lado el ritmo de la balada⁷ para reemplazarlo por un discurso coloquial que podría ser tal vez la poética de la justicia.

LA IMAGINACIÓN LEGAL DE LOS JUECES CHILENOS

Una contribución notable a esta poética es definitivamente la antología *Jueces en la Literatura Chilena* (2006) publicada por la Asociación de Magistrados de Chile y cuya selección e investigación estuvo a cargo del escritor chileno Aristóteles España. En el prólogo el propio antologador ha apuntado que las reflexiones de la magistratura chilena sobre su propio andamiaje constituyen un testimonio de su forma de entender el país y en general la vida, de esta manera se aprecian mejor aquellos molinos de viento imaginados por los jueces chilenos para olvidar la tarea cotidiana, y para enfrentar su doble condición de ser actores y cómplices de todo lo bueno y lo malo del proceso de creación literaria⁸.

Uno de los aspectos que más sorprende de esta inusual antología resulta la capacidad de reflexión de la judicatura chilena acerca de su propio papel dentro del andamiaje judicial, esta óptica a veces crítica de rol formal del juez al interior del proceso (narrativa social) se contrapone a su drama como ser humano (narrativa personal). Las historias de los jueces antologados muchas veces tienden a

² Nussbaum, Martha. *Justicia Poética*. Traducción de Carlos Gardini. Editorial Andrés Bello Española, Barcelona, 1997, pág. 129.

³ Nussbaum, M. Op. Cit. pág. 53.

⁴ Nussbaum, M. Op. Cit. pág. 138.

⁵ Carnelutti, Francesco. *El Arte del Derecho: Seis Meditaciones sobre el Derecho*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1948, pág. 8.

⁶ Nieto, Alejandro. *Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid, Editorial Trotta 2002, pág. 270.

⁷ La referencia a la balada corresponde a Alejandro Nieto quien ha referido que: «Balada es una composición poética en la que se desarrolla de manera sencilla un tema legendario o tradicional; y efectivamente la Justicia es una leyenda con innumerables versiones a la cual más fantástica». *En Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, pág. 11

⁸ España, Aristóteles. *Jueces en la Literatura Chilena*. Santiago de Chile, Editorial Lagar, 2006, págs. 9-10.

revelar el cruel sacrificio de las emociones a cambio de la seguridad formal otorgada por el sistema legal, así en uno de los cuentos de Héctor Carreño Latorre intitulado «*Vista Vendada*» se cuenta la historia de un amor en medio de los tribunales, donde un minero se enamora de una secretaria de juzgado encargada luego como juez subrogante de decidir su propio proceso. Aquí el protagonista describe a los jueces como seres tranquilos e imperturbables encumbrados en su pedestal de seguridad y serenidad, pero que se ponen nerviosos cuando se trata de sus asuntos personales⁹, esta dicotomía entre la vida pública y privada del juez se aviene en uno de los grandes dramas de la judicatura; porque los sistemas de administración de justicia patrocinan jueces sin emociones, asépticos y con una vida privada minimalista. El juez debe mantener una imagen pública al precio de su propia vida privada, el propio protagonista denuncia este desbalance entre una personalidad disminuida y la necesidad de conseguir un cargo de autoridad, para lograr cumplir su voluntad y emitir órdenes¹⁰, en una clara demostración del divorcio entre lo público y lo privado.

Otros de los cuentos antologados reflexionan sobre la misión del juez y el carácter falible que pueden tener cada una de sus decisiones, en este punto es interesante advertir el carácter autocrítico de las palabras consignadas por el protagonista en «*Un Alce en la Universidad*» de Rolando Río Moncada, cuando reconoce que: «*Los jueces muchas veces nos equivocamos; juzgamos, sin querer, por las apariencias, nos dejamos influir por los poderosos, porque creemos que son más instruidos*», para luego acotar que solamente se logrará la libertad de espíritu cuando los jueces se coloquen en el lugar del doliente, del que sufre, en el puesto del hombre al cual se juzga¹¹. Esta suerte de compromiso social también aparece en la «*Confesión*» de Raúl Mera Muñoz, donde otro juez se lamenta de haber condenado a un inocente e incluso llega a considerar a los condenados por la justicia como meras víctimas de determinadas concepciones policiales y leyes inadecuadas dentro de una sociedad de desterrados de la vida¹².

La experiencia de la dictadura también recorre la antología cuando Juan Guzmán Tapia rememora en el cuento «*Juez en tiempos de Pinochet*» el sistemático proceso de postergación en los ascensos del buen magistrado, por el sólo hecho de ser calificado como un «*juez humanista*», y cuyo pecado es ser conciente de que la pobreza y el hambre son las mayores circunstancias atenuantes¹³; además este cuento diagrama con exactitud la forma en que los jueces paulatinamente comenzaron a tomar conciencia de los actos clamorosos de denegación de justicia durante la dictadura¹⁴. Esta reflexión es vital, por cuanto todos los antologados han ejercido activamente la carrera judicial y generacionalmente han presenciado el advenimiento del autoritarismo y sus consecuencias nefastas al interior de la sociedad chilena.

Este apretado resumen de algunos de los textos antologados, que invita a la lectura total del libro, tiene como objetivo plantear que la imaginación legal puede brindar un valioso aporte a la administración de justicia, y puede permitir develar el verdadero «*Valor de la Jurisprudencia*», como bien lo ha citado otra de los autores Alba Llanos Mellusa que en un emblemático poema, señala que: «*La naturaleza humana/ nos dota de pensamientos/ y también de sentimientos/ que del corazón emanan/ y en todo ese panorama/ se espera que la sapiencia/ ilumine la conciencia/ de los ilustres juristas/ transformándose en artistas en esencia y apariencia*». El arte no está únicamente en las palabras sino en que esas palabras sean esencialmente también justas.

⁹ España, A. Op. Cit. pág. 47.

¹⁰ España, A. Op. Cit. pág. 50.

¹¹ España, A. Op. Cit. pág. 120.

¹² España, A. Op. Cit. pág. 174.

¹³ España, A. Op. Cit. pág. 140.

¹⁴ España, A. Op. Cit. pág. 142.

LA MEMORIA POÉTICA DE UN JUEZ PERUANO

Desde el Perú un juez y escritor peruano Enrique López Albújar constituye el ejemplo más vívido de esa doble confluencia entre magistrado y poeta, su nacimiento ocurrió en la ciudad de Chiclayo al norte del Perú el 23 de noviembre de 1872. De sus datos biográficos se puede consignar que estudió en la Universidad Nacional de San Marcos, ejerció el periodismo y luego la magistratura llegando a ocupar la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua en el año de 1933. Su obra literaria está representada por sus libros *Cuentos Andinos* (1920), *Nuevos Cuentos Andinos* (1937), *Malalaché* (1928), *Los Caballeros del Delito* (1936) y los poemarios *De la tierra Bravía* (1938) y *Lámpara Votiva* (1964), entre otros.

El crítico Augusto Tamayo Vargas sobre los cuentos del escritor peruano ha apuntado que en ellos fluye el ahondamiento psicológico y la pupila del magistrado, pues muchos de los casos allí presentados están relacionados con el tema del delito y la situación particular del indio dentro de una legislación no acorde con esta tradición¹⁵. Una muestra de estos temas es el cuento «*Ushanam Jampi*» incluido en *Cuentos Andinos* que describe con fino pulso el ejercicio de la justicia andina desde la mirada de un magistrado occidental que se impresiona por el salvajismo y horror¹⁶ al contemplar el fenómeno del «*jirarishum*», que es una especie de muerte civil y que condena al indio al ostracismo perpetuo porque se le cierra para siempre las puertas de su comunidad¹⁷, bajo pena de muerte en caso de su desacato. En el caso de *Ushanam Jampi* el protagonista llamado Cunce Maille es acusado por tercera vez de robo en la comunidad sin que a criterio de sus autoridades haya probado su inocencia¹⁸, por lo que tras aplicársele el *jirarishum* es expulsado del pueblo; sin embargo en un asalto de nostalgia Cunce Maille retorna al hogar de su madre. Esta actitud determinaría su ejecución con gran crueldad al pie de un campanario, pues a pesar de la bravura de su defensa, una turba terminaría por golpearlo, acuchillarlo y finalmente arrastrarlo con una soga al cuello hasta que solamente quedara su cabeza y un resto de su espina dorsal.

Otro de los cuentos que denuncia las limitaciones de los parámetros legales propios de la administración de justicia es el «*Caso Julio Zimmens*» también de *Cuentos Andinos*, que narra la historia de un inmigrante alemán que ilusionado por el pasado precolombino termina por casarse con una india, con quien tuvo varios hijos bajo la creencia de formar una raza superior. Lamentablemente para Zimmens esta experiencia fue un fracaso y lo que es peor, contrajo la enfermedad de la lepra; por lo que se convirtió en un misántropo que recorría el pueblo como un alma solitaria a medida que su cuerpo se iba deteriorando. La historia termina con el suicidio de Zimmens, no sin antes mediar una conversación con el juez del pueblo, donde el magistrado acepta el suicidio como la solución más justa a su drama personal, y el alemán reconfortado se retira diciendo que: «*Me voy con la satisfacción de saber que hay una religión que persona al pecador y una justicia que absuelve al delincuente*»¹⁹. La doble calidad de juez y narrador de López Albújar le permite aceptar en este cuento, que fuera de los límites del criterio judicial, existe una solución de valor «*humano*» alternativa a la legal²⁰, receta que aplicará al absolver en un juicio a los culpables del delito de adulterio y que le costará una suspensión temporal en el cargo de juez.

El conflicto entre la Literatura y el Derecho en López Albújar adquiere connotaciones especiales, debido a que si bien es cierto alguna vez afirmó que hasta cuando

¹⁵ Tamayo Vargas, Augusto. *Literatura Peruana*. Lima, Editorial PEISA, 1993, pág. 764.

¹⁶ Barrig, Maruja. *La Ley es la Ley: La Justicia en la Literatura Peruana*. Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1980, pág. 228.

¹⁷ Barrig, M. Op. Cit. pág. 218.

¹⁸ En el texto original aunque parezca extraño se consigna: «*El robo es notorio, no lo ha desmentido; no ha probado su inocencia*», lo que claramente refleja el universo paralelo que gobierna la administración de justicia a nivel comunal, pues en un sistema legal occidental se asume que una persona es inocente.

¹⁹ Chávez Zevallos, José Antonio y Chávez Álvarez, Christabel (Compiladores). *La Ley, el Derecho y la Justicia en América Latina: Testimonios Literarios*. Arequipa, Instituto de Literatura Total, 2003, pág. 150.

²⁰ Barrig, M. Op. Cit. pág. 17.

administraba justicia hablaba el poeta²¹; luego en otra oportunidad renegaría de esta apreciación, cuando señaló que más importancia tenía su carrera de magistrado que la literatura y el periodismo²². Paradojas que no hacen sino reflejar el vaivén de su vida marcada por el arte y la magistratura, el papel sellado y la cuartilla, del proceso al libro, de la dura y desconsoladora realidad a las ficciones de su infancia²³, esta dualidad del pensamiento positivista y moderno del escritor peruano encuentra precisamente su solución en la relación antes anotada de vida, literatura y derecho. El juez no abandona su poética al momento de enfrentarse a los casos concretos tampoco abandona su condición humana, sino más bien estiliza sus sentidos y aguza sus emociones para comprender el drama de las personas, para luego encontrar una solución razonable y empática, algo así como una poética de contrastes.

MÁS JUSTICIA, MÁS POESÍA

Según Manuel González Piñeiro la justicia es un objeto abstracto que tiene tantos puntos de referencia posibles como individuos que se la puedan o quieran imaginar, la justicia se transforma sin cesar cada vez que se la menciona en el discurso de los seres humanos²⁴. Esta definición de justicia como una construcción hecha posible por una propiedad particular del lenguaje, permite emparentar nuevamente a la justicia con la poesía y reflexionar sino es acaso realizable una *justicia poética* o una poética de la justicia. En este esquema la justicia no tendría por qué descalificar a los sentimientos y las emociones podrían encontrar en el Derecho un espacio para desarrollarse de acuerdo a la casuística, esta idea también es compartida por el español Alejandro Nieto cuando anota que cree en la justicia como sentimiento, que es una realidad verificable en cuanto que casi todos los seres humanos perciben sus propios sentimientos de justicia compartidos, para luego añadir que el sentimiento razonado, la razón intuida es la clave de la justicia²⁵.

Las imágenes poéticas de esta clase de justicia también pueden extenderse a la narrativa cuando se entiende a este flujo de sentimientos como una corriente de historias que flota y espejea, a tramos distinta, en un gran río de relatos²⁶. La poesía asume el encantamiento y corresponde a la justicia también acoger la fibra de las emociones a pesar de los modelos excesivamente racionalizados del Derecho. Esta mágica experiencia de hacer de la justicia una poética de la alteridad, ha sido asumida por algunos jueces a quienes puede llamárseles verdaderos «*jueces literarios*», la demostración de esta idea ha sido materializada por la Asociación de Magistrados de Chile, que con su antología de jueces poetas permite abrigar la esperanza de encontrar en la judicatura un campo autocrítico de reflexión humana sobre la problemática judicial y el drama del hombre contemporáneo frente al rostro de una justicia con los ojos vendados.

Sólo resta una última referencia a Walt Whitman que ha servido de punto de referencia a otros autores para codificar la imagen del poeta como hombre ecuánime y al juez como igualador de su época y de su tierra, árbitro de lo diverso y soberano de la justa proporción²⁷. El juez necesita de la poesía como correlato de la alteridad y el poeta irremisiblemente se convierte en el eterno juez de su época, no se requiere jueces esclavos de su tiempo, sino una verdadera poética judicial forjada en libertad y respetuosa de la plena celebración de la vida.

²¹ Tamayo V., A. Op. Cit. pág. 702.

²² Tamayo V., A. Op. Cit. pág. 762.

²³ Ramos Núñez, Carlos. *La Pluma y la Ley: Abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2007, pág. 193.

²⁴ González Piñeiro, Manuel. En «La Ficción de la Justicia» de *Teoría de las Ficciones de Jeremías Bentham*. Traducción de Helena Goicochea, Madrid Barcelona, 2005, pág. 37.

²⁵ Nieto, Alejandro. Op. Cit. pág. 268-271.

²⁶ Calvo, José. *La Justicia como Relato*. Málaga, Editorial Agora, 2002, pág. 228.

²⁷ Nussbaum, M. Op. Cit. pág. 116.

APUNTES*

• CGPJ: Por fin un acierto en la política de nombramientos

El Consejo General del Poder Judicial como los aspirantes a matador sólo necesitaba «una oportunidad» para «lucirse», aunque sea casi a título póstumo. Al fin, la ha tenido y por eso un acierto en la controvertida política de nombramientos, en este caso, sin paradoja, con un *desnombramiento*: esto es, al rectificar. Se trata, naturalmente, del caso de la directora de la Escuela Judicial de Barcelona, que nadie, ni siquiera, a lo que ahora parece, la propia institución designante, sabe por qué había sido nombrada. Y tendría que haber un porqué. Y un para qué...

Desde estas páginas se preguntó al Consejo por los méritos de la agraciada, por su proyecto de organización del centro de formación inicial. Y, como era previsible, incluso obvio, no hubo respuesta. Y es que no había proyecto, no había méritos, no había nada que pudiera justificar la decisión. Sólo el habitual uso desprejuiciado de la potestad de nombrar, concebida como regalía, como ejercicio de favor. En fin, ¡una vergüenza! Más bien: ¡otra vergüenza! Y, naturalmente, sin responsabilidad política y sin siquiera reprobación moral, porque el CGPJ, a base de sembrar decepción y desesperanza en sus *governados*, de acostumbrarlos a lo peor, ha conseguido que reine la indiferencia y la resignación ante cualquier cosa que de él pudiera proceder. Porque cualquier cosa es esperable.

Mientras tanto, un periodo de Escuela sin dirección, una Escuela sin proyecto. Claro que, bien visto, lo que corresponde a una magistratura como la española, sin norte durante lustros, es una Escuela desnortada. Si no otra cosa, al menos, coherencia.

• El Consejo en la conjura de los necios

En algunos momentos el CGPJ ha funcionado como una agencia de imagen negativa sobre el funcionamiento de la justicia, con una aportación que recuerda a aquel personaje inefable que se llamaba la señorita Trixie, creado por John Kennedy Toole en su novela póstuma *La conjura de los necios*, cuyos actos y decisiones, incluso los ingenuos y bienintencionados, colaboraban de modo ineluctable a empeorar las cosas o agravar las contradicciones.

La crisis provocada por la resolución policial del caso de la niña Mari Luz, que apareció muerta de forma violenta en Huelva, señalaba a un Juez de lo Penal como responsable de que el imputado estuviera en libertad por la tardanza en ejecutar una condena. Frente a la exigencia de responsabilidades —en una campaña en clave patibularia, donde resultaba peligroso intentar colocar una letra de razón— el Consejo, sobrado de legitimidades, decidió encargar a su servicio de inspección un informe de factura urgente sobre el estado de la ejecución penal, con la finalidad trixieana de «contextualizar» el conflicto y, así, mitigar el incendio. El elemento disolvente que utilizaba el órgano de gobierno era el siguiente: 270.000 sentencias pronunciadas por los tribunales penales se encuentran pendientes de cumplimentar. Es decir, abandonen toda esperanza, desconfíen de su vecino, los delincuentes campan por las calles de nuestras ciudades y villas. Los creadores de opinión recibieron la munición y clamaron

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

ante tal desaguisado: la demora y el retraso injustificado era un mal generalizado. El primer diario en difusión del país editorializaba, bajo el título «*Cómo se ha llegado a esto*», que las casi trescientas mil sentencias sin ejecutar eran «incompatibles con el Estado de derecho». Trixie, prudente, calló.

La política del cuanto peor mejor, característica del tremendismo español y que adquiere cuerpo en esas expresiones de tenebrismo judicial, alimentan la desinformación, el amarillismo y la explicación de los fenómenos por la anécdota. No es verdad que la ejecución penal funcione mal. Al contrario. La ejecución es muy eficaz en una dirección, la de condenar a penas de prisión y hacer que se cumplan. Pero se opera mal a la hora de alcanzar otros fines del sistema, como los de reparar a la víctima —encerrar al autor impide la reparación y le desincentiva— o rehabilitar a los infractores.

Porque en España ya hemos superado la cifra de setenta mil presos, contábamos a fines de junio de 2008 con la cota más alta del espacio de la Unión Europea anterior a la ampliación, 71.049 presos, que significa una relación de 154 por cada cien mil habitantes. Compáren: Reino Unido tiene 152 reclusos, Francia 91, Italia 75, Alemania 88 y Portugal 105. Porque no se pueden mezclar churras con merinas, ya que una sentencia pendiente significa que se está ejecutando, posiblemente el condenado ha ingresado en prisión y lo que falta es remitir la liquidación del tiempo de cumplimiento de la pena o averiguar —infructuosamente— si tiene bienes para abonar la responsabilidad civil. Por lo tanto, era material inflamable lo que el servicio de bomberos del quinto Consejo ofrecía al cadalso de la opinión pública. ¡Menudo estratega!

• ¡Ay Dios mío!

La crisis económica que nos asedia exhibe una preocupante tendencia a la metástasis, también en un terreno de valores menos tangibles y más sensibles que los del mercado. Hubo un tiempo en que cuando las políticas y las economías se tambaleaban, para capear el temporal, bastaba fijar la vista en Roma y hacerse fuertes en lo que de verdad importa. Hoy, en cambio, no parece ser así, pues la crisis económica convoca a otra de abismal calado, que desbordaría el ámbito, accesorio como se sabe, de lo meramente material.

En efecto, el cardenal arzobispo de Sevilla en una conferencia reciente dejó caer esta inusitada sentencia: «si no podemos ser éticos, seamos al menos estéticos»; poniendo de manifiesto dos cosas a cual más inquietante. Primera, que lo que nos embarga no es sólo el relativismo moral, siempre denostado por él y sus colegas. Lo que está encima sería una verdadera, profunda quiebra en la materia, ya que el purpurado da por cierta la real imposibilidad de profesar los valores secularmente afirmados como imperecederos e inmutables y que tantas vidas y tanto dolor han costado (a quienes no los profesaban, obviamente). Y no es todo, pues a esto —sería el segundo motivo de inquietud— se añade una radical subversión axiológica. Y es que no otra cosa significa que la brújula de la barca de Pedro vaya a tener ahora su norte en efímeras, frívolas, contingentes preferencias de gusto. De las que, al no ser aptas para expresarse en proposiciones asertivas no puede predicarse (nunca mejor dicho) verdad. ¿Alguien imagina lo que puede llegar a ser este mundo de locos recibiendo como orientación meras opciones de esa índole, de seguimiento facultativo? ¿Cómo representarse una proclama *urbi et orbe* de tan precario y fútil contenido?

Claro que la situación, en medio de tantas sombras, traerá también algún alivio de otro orden, que bien podría servir para atenuar al menos la escasez de materia alimentaria de cierta solidez. Porque va a ser sumamente distraído saber cuáles son los patrones estéticos de *Rouco y sus hermanos*. Y, además, tratándose como se trata de

preferencias por definición variables, resultará asimismo la mar de entretenido ver de qué manera evolucionan. De lo que se sigue, una vez más, que la providencia sólo «aprieta».

Habría, *ad maiorem*, un nuevo aliciente. El de saber en qué sentido podría reorientarse el *evangelio* —despellejáos, destrozáos los unos a los otros— que todas las mañanas de Dios imparte en las ondas benditas el *hermano Federico*. En el que incluso ¿por qué no? el paso por el banquillo y la decepción sufrida con los políticos que tan desinteresadamente venía adoctrinando —la misma Esperanza de sus entretelas: *tu quoque...*— podrían operar a modo de paulina caída, de consecuencias imprevisibles. ¿Y si ahora se decantase por el rosa o el pastel, pasando a postular la caridad, la tolerancia, la comprensión del otro...? ¿Podría soportarlo la inmaterial empresa radiofónica?

Pero no es ésta la única posibilidad de alivio que abre un discreto horizonte de claridad en el clima de apocalipsis prefigurado en las palabras del cardenal de Sevilla. Porque la vice-presidenta del gobierno, percibiendo quizá el vacío de liderazgo espiritual que se avecina —en una suerte de *raptus* ordálico— se ha apresurado a reclamar la presencia divina en una sesión del Congreso de los Diputados, con un expresivo «¡que baje Dios y lo vea». Y es que, lo dicho, Éste nunca «ahoga». Lo prueba también la entrada en la escena de Benedicto XVI, sin duda consciente de lo delicado de la situación y de la necesidad de afrontarla con eficacia. Lo ha hecho para recordar a los que dudan que todavía nos queda Bush: en particular: «su compromiso con los valores morales fundamentales». Compromiso *militante*, por cierto.

• Madurar es lo que importa

La iniciativa dirigida a poner a punto la ley que diera definitivamente una impronta laica a las formas institucionales, mediante la eliminación de la simbología religiosa católica que sigue imperando en las mismas, ha cosechado un fracaso. Por boca del portavoz parlamentario socialista se ha sabido que esa clase de procesos culturales deben ser dejados a su propia dinámica, es decir, al ritmo de la autoimpregnación de la sensibilidad ciudadana, que no debiera verse perturbado por medidas como la solicitada por alguna formación política impaciente. Y es que 30 años no son nada. Más tratándose de cosas tocantes a la eternidad, como la simbología en cuestión.

Diríase que los epígonos del gradualismo político —«*piano, piano, un gradino per volta*»— a tantas renunciadas ya experimentadas, han decidido sumar una más, la relativa al, no hace tanto celebrado, papel promocional del derecho. Cuando habíamos aprendido con esfuerzo que el mismo podría dejar de ser una rémora y convertirse en estímulo del progreso social, resulta que no, que éste no debe resultar interferido por medidas artificiales, pues parece que, a la manera del corazón, tiene razones que, en este caso, el legislador conoce y respeta.

Pero, bien visto, en lo ocurrido no hay ninguna novedad, porque tal actitud de respetuoso *laissez faire* ya está siendo experimentada por este último, y con buenos resultados, por cierto, en campos como el del tratamiento penal del aborto, la asistencia médica de los enfermos en situaciones terminales y otros.

En efecto, no hay como dejar tales delicados procesos de maduración cultural a su curso, es decir, al cuidado de la derecha social y política, para que evolucionen «como Dios manda». Esto es, como las sedaciones terminales lo han hecho de la mano tutelar y benéfica de la presidenta de la Comunidad de Madrid; como sucede con el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legales, en Navarra; o del modo ejemplar como el presidente Hernando acompaña, con el paso delicado que acostumbra, el tránsito de la liturgia del Tribunal Supremo a la estética laica...

• Políticos, periodistas y pensamiento patibulario

La campaña electoral resulta mal momento para los derechos. Desgraciadamente, muchos profesionales de la política nos han acostumbrado a la mascarada permanente gracias a la frivolidad de sus mensajes y al airado tono que impostan a la confrontación. Pretenden movilizar al público elector mediante el ejercicio de una suerte de tensión, que semeja los diálogos y las ocurrencias de las ficciones cinematográficas de terror, con el objetivo de que se vaya a votar a la carrera, con las tripas de la conciencia en las manos, no por convicción o persuasión racional sino como forma de calmar el malestar, la alarma y la irritación que ellos mismos despertaron. Al cabo, conscientes de una cierta desconfianza general, los lemas se articulan según el esquema del pastor mentiroso, ¡que viene el lobo! Y para ello, remueven los bajos instintos del personal, debilitan sus sentimientos de tranquilidad y le ofrecen como alimento espiritual unas dosis elevadas de miedo hacia el otro, hacia el diferente, al tiempo que prometen —qué maravilloso cuentista aquel del «puedo prometer y prometo»— la rebaja de los impuestos o alguna propina. El discurso viene cargado de propuestas para endurecer, aún más, las sanciones contra los delincuentes, rebajar la edad penal a los doce años, amedrentar a los trabajadores inmigrantes o eliminar cualquier atisbo de respuesta penal y penitenciaria que parezca benigna o pusilánime para enfrentar con rigor la basura humana que produce la globalización.

Tal manifestación de punitivismo primitivo parece previsible en el relato de los dirigentes de una derecha agresiva y melancólica. No tan coherente resulta como línea argumental del diario *El País*, que en esta precampaña ha emitido mensajes de pánico sin justificación aparente. Leámos en la edición del tres de febrero: «*Pederastas, mucho ruido y poca cárcel*». «*Internet* —decía la entrada del artículo— *ha multiplicado las oportunidades de los pedófilos. Pero sólo treinta de los mil detenidos por posesión y tráfico de pornografía infantil en los últimos cuatro años están en la cárcel. El resto anda suelto*». Bajo el impacto de la noticia, el redactor dejaba sobrevolar su imaginación con una prosa vibrante y próxima, con el mismo artificio que funciona la confianza del vecino en la taberna de la esquina: «*no se comprende que este tipo de personas circule libremente por las calles cerca de nuestros hijos...*». Cerca de nuestros hijos, argumento emotivo donde los haya. En el texto se podían encontrar todos los tópicos del populismo punitivo: se trata de una epidemia, aún más, de una plaga, la gente no es consciente de esa lacra, sólo podemos confiar —los honrados padres de familia— en la policía, la reforma del código penal fue insuficiente, se necesitan más agentes del orden, las penas deben ser más contundentes, se requiere de un registro de pedófilos... «*Y junto a estos mil ya detenidos habrá otros, por millares probablemente, que no han sido descubiertos todavía... ¿Dónde están?, ¿qué hacen?, ¿reciben algún tratamiento después de haber sido detenidos? Mil pedófilos han vuelto a sus casas y nada se sabe de ellos. En media docena de casos, concluía el cronista, el asunto quedó definitivamente cerrado: el pedófilo se suicidó tras la detención*». El criminal nunca gana, queda esperanza. Frente a la inacción de los jueces, la técnica del caso cerrado definitivamente. Cual fruto temprano de la vigilia de los agentes ante la llamada del periodista, el 20 de febrero los medios ofrecían el retrato, en imágenes desvaídas y deformadas, de tres «depredadores sexuales» de niños que la Guardia Civil había facilitado en su web para que la ciudadanía colaborara en su persecución. ¿Dónde están? Resultó, sin embargo, que dos de ellos, un danés y un peruano, se encontraban ya presos... en Dinamarca y en Estados Unidos de América cumpliendo condena por delitos sexuales. ¿La aldea global, o la de Obélix?

Al día siguiente de la primera intervención, el diario volvía por sus fueros. «*La Generalitat ha intervenido en 223 casos por posible riesgo de ablación desde 2003*», según informaba la consejera autonómica del ramo, que aprovechaba para señalar: «*hasta el momento no hay ninguna condena por estos hechos*». ¿Permisividad de los jueces con la mutilación genital de mujeres de las culturas islámicas?

Siete jornadas después, el once, en el mismo e inquietante mes de febrero, nuestro periódico titulaba «*La misma evasión, cuatro veces*». Los subtítulos aclaraban el enigma: «*Cuatro narcos de un clan huyen de la cárcel de A Lama desde noviembre aprovechando permisos del mismo juez*». El reportero se hacía eco de la información, que fluía de medios penitenciarios y policiales molestos con la actuación del licencioso juez, cuyo nombre, el de su señoría, se facilitaba en varias ocasiones, en una especie de picota de papel. No era para menos, ante la contumacia del magistrado: «*sólo el año pasado concedió cerca de tres mil (permisos), de los que unos cien derivaron en quebrantamiento de condena*». Además, había autorizado permisos de salida para ocho maltratadores reclusos en la cárcel de Orense.

La presunción de inocencia y las garantías del proceso, los derechos de los presos, las razones del derecho, la humanidad compartida, la compasión o la piedad por aquellos que se quitan la vida después de la experiencia de la detención y la exposición a la vergüenza pública, nada de ello importa al pensamiento patibulario. Un discurso impropio de un medio de comunicación respetable, que debería prestar atención a la explicación de la noticia y no alimentar la alarma y el miedo, que son el germen de políticas criminales poco decentes, draconianas y autoritarias, contrarias al progreso de nuestra civilización y que ponen en cuestión la continuidad de las conquistas en materia de castigo.

EXTRACTOS/ABSTRACTS

Claudio Movilla: diez años de ausencia

Perfecto Andrés Ibáñez

Se trata de una evocación de la figura de Claudio Movilla, de lo que significó como intelectual y ciudadano comprometido y como magistrado que dio a su actuación una impronta fuertemente constitucional. Esto, ya antes de que la Constitución de 1978 estuviera vigente en nuestro país, cuando mantener actitudes como las suyas comportaban un riesgo indudable. Por eso, en el décimo aniversario de su fallecimiento y cuando posiciones como la suya reciben cada vez más frecuentemente reproches de «incorrección» política, es pertinente reactivar su recuerdo y hacer justicia a su noble figura.

It is an evocation of Claudio Movilla's figure, of what he meant as an intellectual and committed citizen and as a judge that gave to his behaviour a strongly constitutional mark. This, even before the Constitution of 1978 was in force in our country, when supporting attitudes as his involved an undoubted risk. Because of it, in the tenth anniversary of his death, and when positions like his, receive increasingly frequently reproaches of political «incorrectness», it is pertinent to reactivate his memory and to do justice to his noble figure.

Violencia sexual contra las mujeres en la guerra de Bosnia Herzegovina

José Ricardo de Prada Solaesa

La guerra de Bosnia Herzegovina, que se desarrolló en el corazón de Europa en los últimos años del siglo xx, produjo un gran impacto en occidente por múltiples razones. Una de ellas fue por la utilización de la violencia sexual con fines tácticos como una auténtica arma de guerra. A partir de entonces la Comunidad Internacional y singularmente Naciones Unidas se ha venido ocupando de ello a través de importantes Resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea parlamentaria. Últimamente, a través de la Resolución 1820 de 19 de junio de 2008 sobre «Mujeres, Paz y Seguridad». Un paso más sería el reconocimiento del fenómeno como específico crimen de guerra en los textos de Derecho Internacional Penal, además de la actualización, en terminología, tratamiento de los temas y contenidos de las Convenciones de Ginebra en relación con las mujeres.

There are multiples reasons that can explain the large impact the war in Bosnia and Herzegovina caused in Western Countries. One of them was the use of sexual violence as a tactic of war and as a war weapon. Since then, International Community and specifically the United Nations have been dealing with the issue through significant Security Council and Parliamentary Assembly Resolutions. Recently, Resolution 1820 (2008) on "Women, Peace and Security" has been adopted by the Security Council at its 5916th meeting, on 19 June 2008. A further steep should be the recognition of the phenomenon as a specific war crime into International Criminal Law, as well as the update of terminology, treatment of the matter and contents related to women of the Geneva Convention.

La tortura, grave amenaza para la democracia

Carlos Jiménez Villarejo

Esta breve reflexión pretende destacar que una práctica, tan brutal y odiosa como la tortura y radicalmente incompatible con los valores democráticos, no sólo sigue presente en la comunidad internacional sino, lo que es más grave, en los Estados democráticos con pretensiones de hacerla «invisible», ocultándola bajo un lenguaje perverso, y hasta legitimarla, pese a su evidente arbitrariedad, como una forma más de control por el Estado pretendidamente democrático de los que denomina «enemigos».

This brief reflection tries to emphasize that a practice, so brutal and odious as the torture and radically incompatible with the democratic values, not only continues present in the international community but, which is more serious, in the democratic States with pretensions of making it «invisible» concealing it under a perverse language, and even legitimizing it, in spite of its evident arbitrariness, as a way of control by the State, supposedly democratic, of those that calls «enemies».

Crisis económica y crisis de la legalidad

Edmundo Rodríguez Achútegui

La crisis económica provoca también modificaciones legales criticables. Es el caso de la reforma de la Ley Hipotecaria de 2007, que con la «hipoteca inversa» opta por sustituir con el ahorro privado responsabilidades propias del Estado Social, en particular un sistema de pensiones digno. También se constata con la Directiva de retorno de emigrantes, o la pretensión de despidos colectivos a bajo costo. Las empresas en crisis, sin embargo, no han presentado reclamaciones contra las enormes indemnizaciones de sus directivos, pese a afectar a su solvencia y reservas.

The economic crisis provokes also legal modifications opened to criticism. That is the case of the reform of the Mortgage Law of 2007, which, with the «inverse mortgage», chooses to replace with the private saving some responsibilities of the Welfare State, especially a dignified system of pensions. Also it is stated by the Directive of return of emigrants, or the pretension of low cost collective dismissals. The companies in crisis, nevertheless, have not presented claims against the enormous compensations of their executives, in spite of concerning their solvency and reserves.

Doce tesis en materia de detención policial preprocesal

José Luis Ramírez Ortiz y Xermán Varela Castejón

El texto analiza los supuestos de privaciones de libertad que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado pueden practicar en el desempeño de sus funciones de prevención e investigación de infracciones penales, antes de la intervención de los órganos judiciales, partiendo de la actual situación de abuso de la institución, lo que se refleja en las elevadas estadísticas de detenidos. Se ofrece una interpretación garantista de la normativa legal, respetuosa con la naturaleza constitucional de la institución.

The text analyzes the cases of privations of freedom that the forces and bodies of national security can practise in the performance of their functions of prevention and investigation of penal infractions, before the intervention of the judicial organs, departing from the current situation of abuse of the institution, which is reflected in the high statistics of arrested people. It is offered a pro-constitutional guarantees interpretation of the legal regulation, respectful with the constitutional nature of the institution.

Mi filosofía del derecho

Robert Alexy

El autor hace una breve exposición de su pensamiento iusfilosófico, en respuesta a la *laudatio* justificativa del otorgamiento del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Alicante.

The author makes a brief exposition of his juridic-philosophical thought, in response to the justificative laudation of the grant of the doctorate *honoris causa* by the University of Alicante.

Mi itinerario iusfilosófico

Ernesto Garzón Valdés

El autor hace una breve exposición de su pensamiento iusfilosófico, en respuesta a la *laudatio* justificativa del otorgamiento del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Alicante.

The author makes a brief exposition of his juridic-philosophical thought, in response to the justificative laudation of the grant of the doctorate *honoris causa* by the University of Alicante.

¿'Nullum crimen sine lex certa'? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad

Ramón García Albero

El artículo analiza las razones por las que el principio de seguridad jurídica no puede ser ya garantizado exclusivamente por la ley penal y que explican la crisis actual del principio de taxatividad. Una crisis que no obedece sólo a la inflación del derecho penal como consecuencia de la irrupción de nuevos y complejos intereses precisados de protección, sino fundamentalmente, al cambio de representación sobre el modo de relacionarse el juez con la ley, a una mejor comprensión sobre la naturaleza de la interpretación y al descubrimiento del carácter necesariamente ambiguo del lenguaje del legislador. La mutación de los fundamentos político-jurídicos que están en la base del principio de taxatividad, hace que éste apenas ofrezca resistencias ante el uso de elementos fuertemente indeterminados por parte del legislador. El diagnóstico de la situación actual invita a reflexionar sobre el papel que necesariamente está llamado a jugar la jurisprudencia penal dado el inevitable reparto de roles con la ley para asegurar la certeza.

The article analyzes the reasons because of what the principle of juridical security cannot be already guaranteed exclusively by the criminal law and that explain the current crisis of the principle of preciseness. A crisis that does not obey only the inflation of the criminal law as a consequence of the irruption of new and complex interests needed of protection, but essentially, the change of representation about the way of relating the judge with the law, a better comprehension on the nature of the interpretation and the discovery of the necessarily ambiguous character of the language of the legislator. The mutation of the political-juridical grounds that are in the base of the principle of preciseness, makes this one scarcely offers resistances before the use of strongly indeterminate elements by the legislator. The diagnosis of the current situation invites to reflect about the role that necessarily is called to play the criminal jurisprudence in view of the unavoidable distribution of roles with the law to assure the certainty.

Un descubrimiento judicial de la democracia: El viaje de Tocqueville y Beaumont a América (1831-1832)

Julián Sauquillo

En 1831, Alexis de Tocqueville y Gustave de Beaumont, magistrados en Versalles, realizan un viaje a Estados Unidos para estudiar el sistema penitenciario norteamericano y proponer algunas de sus aportaciones a Europa. Estos primeros objetivos se vieron pronto desbordados para convertirse en el análisis pionero y genial de las características de la democracia que, surgida en el nuevo continente, se expandió a todo el mundo. Sin embargo, ambos asuntos acabaron guardando correspondencia: la democracia en el mundo desarrollado se erigió, necesariamente, en la gestión, vigilancia y moralización de la delincuencia, dentro de un proceso amplio de normalización del obediente sujeto moderno. El aislamiento y sometimiento a la disciplina del delincuente es el correlato del surgimiento del burgués autónomo y despojado de poder colectivo.

In 1831, Alexis de Tocqueville and Gustave de Beaumont, Versailles Magistrates traveled to the United States of America to study the American penitentiary system and to propose some of their own contributions to Europe. Those first objectives were soon exceeded to become a pioneering and genius analysis of the democracy, characteristics, which began in the new continent to spread around the world. However both matters ended having correspondence: the developed world democracy rose, necessarily, around management, surveillance and moralization of delinquency, within a broad process of normalization of the obedient and modern being. The isolation and subjugation to the delinquent discipline is directly related to the emergence of the bourgeois, independent and stripped of collective power.

Retribuciones judiciales variables: ¿Estímulo del rendimiento o incentivo perverso?

Gabriel Doménech Pascual

El Consejo General del Poder Judicial ha venido utilizando desde 1989 diversos baremos encaminados a medir el rendimiento de jueces y magistrados con el fin de valorar su desempeño profesional antes de resolver sobre importantes aspectos de su vida profesional. Esos baremos constituyen la piedra angular del sistema de retribuciones variables implantado por la Ley 15/2003 para tratar de estimular el esfuerzo judicial. Por el foro corre el rumor de que este sistema ha podido influir negativamente sobre la calidad e incluso el sentido de muchas decisiones jurisdiccionales, al incentivar soluciones y prácticas discordantes con las prescritas por el ordenamiento jurídico. El autor ofrece un modelo teórico que permite explicar estas distorsiones y concluir que no es aconsejable remunerar a los jueces mediante semejantes sistemas. El modelo se contrasta luego con algunos datos empíricos, que sugieren que los rumores no son infundados.

Since 1989, the Consejo General del Poder Judicial has used several standards to measure the performance of judges with the objective of deciding on their career and on their professional rights, duties and responsibilities. Those standards are the cornerstone of the pay-for-performance system that the Spanish Legislative has established in 2003 with the aim of stimulating judicial effort. Several scholars have criticized this compensation system because it has given rise to dysfunctional judicial practices, i. e. because judges can «game» –and, in fact, some judges have «gamed»– it to the detriment of the due process. The author offers a theoretical model that allows to

explain those dysfunctional judicial behaviours and to conclude that judges shouldn't be remunerated according with this variable pay system. Some empirical evidence supports the theoretical model.

La calidad de la resolución judicial

Eric Alt

Los estudios sobre la lógica de las decisiones absurdas permiten comprender ciertas disfunciones en el ámbito judicial. Así, la rutina, la visión deformada de lo real por parte de algunos de sus responsables, el temor a oponerse a las opiniones mayoritarias o el respeto ciego a las reglas, están en el origen de la mayoría de las malas prácticas.

Por el contrario, el buen funcionamiento de una organización resulta de su capacidad de ponerse en cuestión, de aceptar las críticas, de desarrollar la evaluación verificando el resultado de la experiencia. Prácticas, todas ellas, difícilmente aceptadas por la institución judicial.

The studies on the logic of the absurd decisions allow to understand certain dysfunctions in the judicial area. This way, the routine, the deformed vision of the real thing by some of its persons in charge, the fear of being opposed to the majority opinions or the blind respect to the rules, are in the origin of the majority of the bad practices.

On the contrary, the good functioning of an organization is the result of its capacity to put itself in question, of accepting the critiques, of developing the evaluation checking the result of the experience. All of them practices difficultly accepted by the judicial institution.

Sudáfrica: derechos fundamentales, 'apartheid' y relaciones entre particulares

Rafael Sarazá Jimena

La abolición del régimen de *apartheid* en Sudáfrica no garantizó que el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, y los demás derechos fundamentales, rigieran también en la esfera de las relaciones privadas. La sentencia del Tribunal Constitucional del caso *Du Plessis v. De Klerk* no reconoció la aplicación directa de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales a un litigio entre particulares. La Constitución de 1996 reforzó el reconocimiento de la eficacia de tales derechos en todos los ámbitos.

The abolition of apartheid in South Africa failed to ensure that the right to equality and nondiscrimination, and other fundamental rights, also govern in the field of private relationships. The judgement of the Constitutional Court in the case *Du Plessis v. De Klerk* did not recognize the direct application of constitutional provisions on fundamental rights to a dispute between individuals. The 1996 Constitution strengthened the recognition of the effectiveness of such rights in all areas.

Situación de la justicia en Honduras

Guillermo López Lone

En este artículo se discute la problemática de la justicia en Honduras, en particular lo relativo a la independencia judicial, las intromisiones políticas y el reparto de cuotas partidarias en la judicatura, en especial en la cima jurisdiccional. Las consecuencias

de la ausencia de carrera judicial y de un órgano de gobierno o de administración de la jurisdicción, lo que expresa el carácter inconcluso de la reforma judicial. Asimismo, los problemas de corrupción en el sistema judicial y los retos o desafíos del movimiento asociativo.

In this article it is discussed the problematic of justice in Honduras, especially in relation with the judicial independence, the political interferences and the distribution of partial quotas in the judicature, particularly in the jurisdictional top. The consequences of the absence of a judicial career and an organ of government or administration of the jurisdiction, that expresses the incomplete character of the judicial reform. In addition, the problems of corruption in the judicial system and the challenges or defies of the associative movement.

Jueces y literatura. A propósito de un libro de Aristóteles España

Jaime Francisco Coágula Valdivia

A partir de la antología *Jueces en la Literatura Chilena* (2006) del escritor Aristóteles España el magistrado peruano Jaime Coaguila Valdivia se plantea la pregunta de si es posible la construcción de un modelo de «juez literario» dentro del contexto latinoamericano, para a continuación examinar la imaginación legal y narrativas personales presentes en la literatura escrita por jueces chilenos, haciendo un paralelo con el magistrado y poeta peruano Enrique López Albújar y concluir con la propuesta de una poética judicial basada en la alteridad.

From the anthology *Judges in the Chilean Literature* (2006) of the writer Aristóteles España, the Peruvian judge Jaime Coaguila Valdivia raises the question about the possibility of constructing a pattern of a «literary judge» inside the Latin-American context, examining later the legal imagination and personal and present narratives in the literature written by Chilean judges, comparing them with the judge and Peruvian poet Enrique López Albújar and concluding with the offer of a judicial poetics based on the condition of being another.

