

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

M. Atienza, Ética para fiscales. **J. L. Ramírez Ortiz**, Verdad, proceso y derecho penal. **J. M. Vidagany Peláez**, El aborto y la violencia contra la mujer. **Comisión de Derecho Privado de JPD**, Proteger a los clientes de la banca. **L. Ferrajoli**, Actualidad de Beccaria. **J. M. Casal**, Tipología de las sentencias en el control de constitucionalidad. **R. Jimeno Aranguren**, La represión y depuración de la administración de justicia en Navarra. **N. Maurandi**, Control de discrecionalidad técnica y libre designación (I). **COMIUG**, Decálogo del jefe de la oficina judicial. **M. E. Oggero**, Sobre el decálogo del jefe de la oficina judicial. **S. Blanco**, Control constitucional del poder político en El Salvador.

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**
INFORMACIÓN Y DEBATE

En este número: Atienza, Manuel, catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Alicante).
Blanco, Sidney, magistrado de la Sala Constitucional (El Salvador).
Casal, Jesús M., profesor de Derecho Constitucional, Universidad Andrés Bello (Venezuela).
Centro para la Organización, Gestión e Información de las Oficinas Judiciales Italianas (COMIUG) (Italia).
Ferrajoli, Luigi, profesor de Teoría y Filosofía del Derecho, Universidad de Roma 3 (Italia).
Jimeno Aranguren, Roldán, profesor de Historia del Derecho, Universidad Pública de Navarra.
Maurandi, Nicolás, magistrado, Sala Tercera del Tribunal Supremo.
Oggero, Maria Eugenia, magistrada, Tribunal de Apelación de Génova (Italia).
Ramírez Ortiz, José Luis, magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona.
Vidagany Peláez, José Manuel, abogado, investigador del Centro de Estudios Multidisciplinarios en Violencia de Género, Universidad de Valencia.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, José Miguel GARCÍA MORENO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, José Luis RAMÍREZ ORTIZ, Ramón SÁEZ VALCÁRCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.
E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones: Maxipack S.L., Avda. del Sistema Solar n.º 3 A. Parque Tecnológico
28830 San Fernando de Henares. Madrid
Tel. 91 677 53 60
Fax 91 674 93 00
E mail: 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: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Ética para fiscales</i> , Manuel Atienza	5
— <i>Verdad, proceso y derecho penal. (Interrogatorios en la habitación 110)</i> , José Luis Ramírez Ortiz	18
— <i>El aborto y la violencia contra la mujer: el caso concreto del nasciturus con discapacidad</i> , José Manuel Vidagany Peláez	38
— <i>Los poderes públicos deben cumplir sus deberes de protección de los clientes de banca</i> , Comisión de Derecho Privado de Jueces para la Democracia	49
Estudios	
— <i>La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria</i> , Luigi Ferrajoli	51
— <i>Tipología de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes (una aproximación comparada)</i> , Jesús M. Casal	64
— <i>La represión y depuración en la Administración de Justicia: Navarra, 1936-1945. Una primera aproximación</i> , Roldán Jimeno Aranguren	86
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>El control de la discrecionalidad técnica y la libre designación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I)</i> , Nicolás Maurandi	107
Internacional	
— <i>Decálogo del jefe de la oficina judicial</i> , Centro para la Organización, Gestión e Información de las Oficinas Judiciales Italianas (COMIUG).	121
— <i>El Decálogo del jefe de la oficina judicial: la magistratura pretende cambiar</i> , María Eugenia Oggero	126
— <i>Control constitucional del poder político en El Salvador</i> , Sidney Blanco	133
Apuntes	
— <i>Consejo General del Poder Judicial: una presidencia multiuso</i>	151
— <i>¿Pero va a quedar algo en pie?</i>	151
— <i>La lentitud de la justicia.</i>	152
— <i>(Mal) genio y (peor) figura</i>	153
— <i>Una cierta idea del juez</i>	154
Extractos/abstracts	155



TU CUENTA REMUNERADA
+ SIN COMISIONES DE ADMINISTRACIÓN
Y MANTENIMIENTO + SUPERNET
+ TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO

➤ Descripción del producto

Cuenta corriente transaccional remunerada, a la que se le asocian una serie de ventajas por ser profesional o funcionario de la Justicia (1), tales como tarjetas de crédito y débito, y contrato multicanal. Sin comisiones de administración y mantenimiento.

➤ Requisitos

- (1) Consulte qué requisitos debe cumplir para pertenecer al Colectivo de Justicia en su oficina más cercana. **No aplicable a los Receptores de Fondos.**
- (2) Comisiones no financieras. Beneficio de carácter no contractual. Consulte requisitos en www.queremossertubanco.com

➤ Ventajas para el cliente

Cuenta corriente remunerada al 0,72% TAE a partir de 2.500 euros. **Sin comisiones** de administración y mantenimiento.

Emisión y renovación gratuita tarjeta de Débito.

Emisión gratuita tarjeta de Crédito.

Alta gratuita de contrato multicanal.

Productos y Servicios diferenciados con **condiciones personalizadas**, adaptados a sus necesidades: **Hipotecas, Créditos, Tarjetas**, Depósitos... o cualquier producto de la gama Santander.

Con posibilidad de acceso al plan "Queremos ser tu banco", con 0€ en comisiones de servicio (2) y descuentos en grandes marcas. Servicio de banca preferente como superlínea Justicia 902 100 977

Santander, el Banco de los profesionales de Justicia.

Si necesita más información, llame a Superlínea **902 24 24 24**
o acuda a su oficina Santander o entre en www.bancosantander.es

Banco Santander, S.A. (en adelante "El Banco") BANCO SANTANDER, S.A., con domicilio social en Santander, Paseo de Pereda, 9-12 (39004) – R.M. de Santander, Hoja 286, Folio 64, Libro 5º de Sociedades, vInsc. 1º, C.I.F. A-39000013.

Los términos, condiciones y opiniones, contenidos en este documento son meramente informativos y orientativos, y se facilitan a tales efectos, por lo que este documento no constituye una oferta o recomendación para la contratación, adquisición o venta, o para realizar cualquier transacción.

Queremos
ser tu banco

 **Santander**
un banco para tus ideas

bancosantander.es
bsan.mobi

DEBATE

Ética para fiscales*

Manuel ATIENZA

Hay una anécdota famosa que tiene como protagonistas a Learned Hand y a Oliver Holmes, dos de los jueces más influyentes en toda la historia de los Estados Unidos. Al parecer, después de haber almorzado juntos, Holmes subió a su carruaje para trasladarse al tribunal, pero en seguida oyó los gritos de Hand que, en un arrebatado de entusiasmo, había salido corriendo tras el coche y le animaba así: “¡Haga justicia, señor, haga justicia!” Holmes detuvo el carruaje y le espetó: “Ese no es mi trabajo. Mi trabajo consiste en aplicar el Derecho”. En otra ocasión, Holmes escribió en una carta lo siguiente: “Muchas veces he dicho a mis colegas en el tribunal que odio la justicia, lo que quiere decir que, si alguien empieza a hablar de ella, sé muy bien que por una u otra razón está dejando de pensar en términos jurídicos”.

Una persona lega en Derecho consideraría, me parece, por lo menos extraño que un juez que ha servido de modelo a tantos jueces (y a tantos juristas) y no sólo en su país¹ tuviera, sin embargo, una opinión tan escéptica a propósito de la justicia. ¿Por qué esa actitud no les resulta, sin embargo, tan chocante a los profesionales del Derecho: a quienes participan en la administración de justicia (como jueces, como fiscales o como abogados) o a quienes elaboran el pensamiento jurídico? La respuesta breve que parece habría que dar a esta pregunta es que, si no todos, la inmensa mayoría o al menos una buena parte de los juristas de un país como el nuestro son positivistas jurídicos, esto es, asumen la tesis de la separación entre el Derecho y la justicia (o la moral) y, en consecuencia, ven el ejercicio de su profesión como una práctica que no tiene que ver en sentido estricto con la justicia. O, quizás mejor, muchas o la inmensa mayoría de las decisiones que ellos toman (o que promueven) las consideran seguramente justas, pero simplemente porque se han producido siguiendo los cauces señalados por el Derecho. La justicia sería así algo que se plantea, si acaso, en el momento de crear las normas (algo que atañe al legislador), pero no cuando se trata de aplicarlas e interpretarlas. El oficio del

* Ponencia presentada en el curso “Ética y Deontología en el Ministerio Fiscal”, Madrid, noviembre de 2013.

1 La primera de las anécdotas la refería hace unas semanas un juez español —Carlos Gómez— en una conferencia sobre ética judicial en la Escuela Judicial de Barcelona. Y tengo en mis manos un artículo sobre la reforma de la administración de justicia escrito por el actual fiscal general del Estado que arranca para su reflexión del “concepto positivista” pero, aclara, “también profundamente liberal de lo que significa el Derecho y la justicia” de Holmes; Eduardo Torres-Dulce (en “La inevitable reforma de la administración de justicia”, *El Notario del siglo XXI*, nº 50, julio/agosto 2013, p. 10) se refiere en concreto a la convicción del jurista estadounidense de que el bien común siempre se alcanza mejor mediante el libre intercambio de ideas.

juez, como diría Holmes, consiste en aplicar el Derecho (y, en ocasiones, en crearlo, pero no abiertamente, sino de una manera que él llamaba “intersticial”: llenando los huecos dejados por las normas) y no en promover una determinada concepción de la justicia y de la moral; una actitud esta última que se habría visto reflejada en muchas de sus sentencias, como en el famoso caso *Lochner*, en el que defendió (frente a la mayoría del tribunal) la constitucionalidad de una ley que limitaba los horarios de trabajo en las tahonas del Estado de Nueva York, a pesar de que la medida —de inspiración socialista— no parecía estar nada de acuerdo con sus concepciones políticas. Y otro tanto habría que decir —o incluso más— de las actuaciones de los fiscales, profesionales que no raramente son definidos con expresiones como la de “guardianes de la legalidad” o alguna otra semejante.

El debate en torno al positivismo jurídico y a la relación entre el Derecho y la moral reviste, como es bien sabido, una considerable complejidad y no es por tanto cosa de referirse aquí al mismo con ningún detalle. Me limitaré a formular, y de manera inevitablemente dogmática, algunas tesis sobre el particular que son importantes para encarar el tema que nos ocupa, el de la ética de los fiscales. Son éstas:

1) No ser partidario del positivismo jurídico, como es mi caso, no significa pensar que existe algo así como el Derecho natural, o sea, no supone negar que el Derecho sea un fenómeno artificial, una creación humana, un producto histórico y social. Cuando se plantean (al menos hoy) las cosas en términos de una alternativa entre ser iusnaturalista o iuspositivista, se está incurriendo, me parece, en el paralogismo de la falsa contraposición. (Paralogismo que, por cierto, se da con bastante frecuencia en contextos jurídicos; seguramente cualquier lector de este texto tendrá algún ejemplo que poner de ello.)

2) No ser positivista (yo calificaría mi postura de postpositivista o constitucionalista —entendida esta última expresión en el sentido de una teoría general del Derecho—) no significa identificar el Derecho con la moral. Por supuesto, hay ciertas perspectivas desde las que tiene pleno sentido efectuar esa distinción. Y, en todo caso, aunque la argumentación jurídica contenga, en mi opinión, siempre un fragmento de razonamiento moral, eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan: el jurista (juez, fiscal o abogado) que construye una tesis jurídica utilizando razones morales no se convierte por ello en un moralista; o sea, no debe —no puede— argumentar para defender esa tesis de la misma manera que lo haría, por ejemplo, un filósofo moral.

3) El Derecho —esta es la tesis postpositivista o constitucionalista básica— no es sólo un sistema de normas establecidas autoritativamente, sino, además de eso (y sobre todo), una práctica social que persigue obtener ciertos fines y valores dentro de los límites fijados por el sistema (por los materiales jurídicos). En el contexto de esa práctica, el papel de la moral es considerable: por ejemplo, a la hora de identificar qué es lo que tal Derecho establece a propósito de tal cuestión; o de motivar una decisión, de aportar en favor de la misma argumentos de carácter justificativo.

4) El positivismo jurídico no es tanto una concepción falsa cuanto una concepción excesivamente pobre de lo que es el Derecho, especialmente en el contexto de los Estados constitucionales. Una consecuencia de esa pobreza teórica es que los juristas formados en esa cultura no están en las mejores condiciones para poder hacer frente a los problemas que les plantea la práctica, la experiencia jurídica. Así, entre otras posibles deficiencias, el jurista de formación positivista no cuenta con instrumentos adecuados para resolver problemas de interpretación (piénsese en una concepción

como la de Kelsen, que de poco ha de servirle al operador del Derecho); ignora casi todo de lo que es la filosofía moral contemporánea; y tiene también ciertas dificultades para comprender el sentido de la ética de los jueces o de los fiscales. Veamos esto último con un mínimo detalle, y permítanme que haga referencia para ello a una experiencia personal.

Hacia mediados de los años 90 fui invitado a participar en algunos foros, con jueces españoles y latinoamericanos, para discutir acerca de la ética judicial. Como se sabe, los primeros códigos de ética judicial surgieron en el mundo anglosajón en los años 70 del siglo pasado y, progresivamente, el tema de la deontología profesional (la ética aplicada a la conducta de los jueces o de los abogados, pero también a la de los médicos, los periodistas, los empresarios...) fue cobrando importancia por diversas razones, entre las que se encuentran la complejidad creciente de esas profesiones y la sensación de vivir en una época de crisis en la que muchas cosas —incluyendo valores y normas de comportamiento— que hasta entonces parecían indiscutibles, habían dejado de serlo. La impresión que entonces tuve fue que los jueces latinoamericanos mostraban, en general, un interés en la materia que era muy superior al de los españoles; y, a su vez, que entre estos últimos quizás los más escépticos respecto a las virtualidades de la ética judicial eran los jueces progresistas. La explicación no era difícil de encontrar: estos últimos vinculaban el discurso sobre las virtudes judiciales, sobre la moralidad del juez, etc. con el franquismo y, en general, con sistemas autoritarios y antiliberales, enemigos de la independencia judicial; y se temían que la apelación a la moral (a una moral teñida inevitablemente de religión) proporcionase un (indeseable) medio de control ideológico de la profesión que facilitase, entre otras cosas, una (ilegitima) incursión en la vida privada de los jueces. Cuando se profundizaba más en el tema, las dos razones fundamentales que daban para negar la ética judicial (o sea, para poner en duda que tuviera, por ejemplo, sentido embarcarse en la tarea de elaborar un código de ética judicial) podrían resumirse así: no es necesaria y tampoco es posible.

La ética no es necesaria porque, venían a decir, lo que tiene que hacer el juez en cuanto juez es exclusivamente aplicar el Derecho, y en esto consiste su moral: en seguir el Derecho. Pero además es imposible, en el sentido de que no habría forma de saber lo que significa “la” ética judicial, ya que cada juez tiene la suya y no hay criterios racionales que permitan optar en favor de una o de otra. Como se ve, dos argumentos típicamente positivistas (sobre todo, el primero) y, en mi opinión, equivocados. Tampoco aquí voy a entrar en ningún detalle, sino que me limitaré a señalar algunas deficiencias importantes que plantean esos dos argumentos. Sobre el primero de ellos, lo que podía decirse es que, aunque fuera cierto que lo que tiene que hacer un juez siempre es obedecer el Derecho, ocurre que, por un lado, puede ser imposible saber en ocasiones en qué ha de consistir esa obediencia si se prescinde de la moral, pues ¿cómo interpretar si no (si no es recurriendo a una teoría moral) los términos que aparecen en los materiales jurídicos y que tienen una carga explícita o implícitamente moral?; y, por otro lado, la propia opción asumida por ese juez (discutible o no; esa es otra cuestión) tiene un carácter inevitablemente moral: las razones que le llevan a pensar que ha de seguir siempre el Derecho no pueden ser otra cosa que razones morales. Y sobre el segundo de los argumentos, el que suscribe la tesis del escepticismo moral, la razón que me parece de más peso en su contra, y para defender algún tipo de objetivismo moral, podría sintetizarse así: el escepticismo moral es incompatible con la práctica judicial y, en general, con las prácticas jurídicas del Estado constitucional. Si un juez fuera realmente un escéptico en materia moral, entonces no podría propiamente fundamentar (motivar

adecuadamente) sus decisiones puesto que, como antes decía, el razonamiento de carácter justificativo incluye siempre un componente moral. Ésta es seguramente la razón de que los jueces (al igual que muchos ciudadanos) suelen incurrir en esta materia con bastante frecuencia en contradicción pragmática: dicen ser escépticos, relativistas morales, pero su propia práctica, su propio comportamiento, desmiente que lo sean: ¿o acaso no creen los jueces que, al menos en un porcentaje muy alto de los casos que tienen que decidir, sí que son capaces de justificar adecuadamente sus decisiones, de producir argumentos jurídicos que puedan pasar también el test de la moralidad?

Pues bien, lo que vale para los jueces vale también, *mutatis mutandis*, para los fiscales. También ellos parecen ver (al menos, hasta hace poco tiempo), y quizás sobre todos los fiscales de significación progresista, la moral, la deontología profesional, con bastantes dosis de escepticismo y por razones semejantes a las de los jueces. La intervención de José María Mena en este curso me parece que puede servir como un ejemplo de lo que quiero decir. Su planteamiento, al menos en buena parte, parece estar dirigido a mostrar que las normas deontológicas que regulan el comportamiento de los fiscales establecen exigencias de carácter corporativo (más o menos cuestionables en cuanto a su contenido) centradas en la idea del honor (el honor de un grupo, de una profesión) y son, en cierto modo, una reliquia del pasado: “En el actual contexto histórico democrático la exigibilidad de virtudes específicas debe quedar reducida a las previsiones legales, excluyendo pautas de comportamiento privadas, extraprofesionales”. La razón para pensar así es que el comportamiento de los fiscales (establecer qué es lo correcto o incorrecto de sus actuaciones) no puede venir fijado por normas “extralegales” o “infralegales”, como denomina a las normas deontológicas, sino únicamente por el Derecho, por normas legales que, por lo demás, no tendrían que recurrir tampoco a “conceptos jurídicos indeterminados”: “Los deberes inherentes a la condición de fiscal, para ser auténticos deberes, vinculantes y exigibles, deben estar descritos en la ley. No pueden ser otros que los descritos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículos 48, 49 y 50 y Disposición Adicional Primera de supletoriedad de la ley judicial, con una enumeración que no cabe tener por exhaustiva, pero que contiene la única descripción normativa de las virtudes corporativas exigibles a los fiscales. Fidelidad, prontitud, eficacia, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad, asiduidad profesional, deber de residencia, secreto profesional.” De manera que, cabría concluir, la ética fiscal no es, en sentido estricto, necesaria, puesto que esa ética es precisamente la ya contenida en las normas jurídicas que regulan la profesión; o sea, las normas deontológicas serían las normas disciplinarias y las normas penales que fijan los supuestos de las conductas ilícitas (y las correspondientes sanciones) en las que podrían incurrir los fiscales en el ejercicio de su profesión. Y por lo que se refiere a si es posible o no sostener que existen normas morales que se aplican a una profesión (por ejemplo, a la de fiscal), Mena da una respuesta positiva, pero referida únicamente a las normas de moral social, esto es, a las aceptadas por un determinado grupo social o por una profesión, y no entra en la cuestión de si habría o no normas morales justificadas referentes a cómo debería comportarse un fiscal y que, naturalmente, puede que coincidan o que no (o que en parte coincidan y en parte no) con las normas aceptadas o practicadas por el grupo en cuestión. En seguida vuelvo sobre esto.

Esa misma idea (negativista en el fondo) es la que se encuentra también en uno de los pocos trabajos teóricos que se han escrito en nuestro país a propósito de la deontología del Ministerio fiscal. Muy al comienzo del mismo, la autora, María Leonor

Suárez², declara ya que “en el marco jurídico la deontología sólo puede referirse al deber ser de las normas del Derecho” (p. 112). Y por si hubiera alguna duda en cuanto a cómo interpretar la anterior expresión, “en el marco jurídico”, el último párrafo de su trabajo deja las cosas claras a este respecto: “Finalmente... y por poner un punto final, vuelvo al planteamiento inicial, esto es, a la necesidad de reconsiderar las normas deontológicas del MF como verdaderas normas jurídicas referidas a una sociedad contextualizada y que deben responder seriamente, máxime en el caso del fiscal como representante público de los intereses sociales, generales y de justicia, a un desarrollo saneado de la actuación judicial y a las exigencias neoconstitucionales, —tal es el único sentido inteligible de la exigencia deontológica de la moralidad del MF—” (p. 140).

Pero realmente no es así. Si uno quiere explicarse el auge que en los últimos tiempos ha cobrado la ética aplicada a las profesiones (jurídicas y no jurídicas), con lo que se encuentra (y de ello ha hablado ya Justino Zapatero en este curso) no es con la exigencia de reglamentar jurídicamente cierto tipo de comportamientos, sino de regularlos en una forma que no cabe dentro de los moldes, digamos, del Derecho oficial, porque no son propiamente reglamentaciones jurídicas, sino morales, aunque sea frecuente hablar al respecto de “códigos”. Y si no pueden consistir en reglamentaciones propiamente jurídicas es porque con las mismas no se trata (o no se trata sólo) de deslindar la conducta lícita de la ilícita, sino, fundamentalmente, de definir qué es lo que debe entenderse por *excelencia* en la práctica de una profesión. No se trata, dicho de otra manera, propiamente de establecer “prescripciones” (lo que von Wright llamaba así: normas que establecen que, dadas determinadas circunstancias, alguien puede hacer, debe hacer o tiene prohibido hacer una determinada conducta, amenazándosele con una sanción —una consecuencia negativa— en caso de incumplimiento), sino de fijar “normas ideales”: las que definen qué es lo que hay que entender por un buen lo que sea: un buen juez o un buen fiscal.

Es importante, creo yo, darse cuenta de esta diferencia entre prescripciones y normas ideales, para entender el sentido de la deontología, esto es, de las normas éticas que se aplican a las profesiones. Pues hay, por lo menos, dos aspectos en los que los dos tipos de normas mencionados difieren, regulan la conducta de manera distinta. Por un lado, la exigencia de ser un buen (en el sentido de excelente) juez, fiscal o profesor rebasa en algún sentido la idea de lo meramente debido (lo que puede ser regulado mediante prescripciones). Yo no cumplo con los requisitos del concepto de buen profesor simplemente porque no infrinja ninguna de las normas administrativas o de otro tipo (normas jurídicas) que se aplican a mi conducta como profesor, de la misma manera que nadie es un buen juez o un buen fiscal (ni tiene reputación de serlo), simplemente porque no haya cometido ninguna acción delictiva o merecedora de alguna medida disciplinaria. Todos parecemos manejar alguna idea de lo que significa ser un profesor excelente o un excelente juez o fiscal que no se reduce a la del cumplimiento de las normas jurídicas (prescripciones) que son aplicables a su conducta. Naturalmente, para ser un excelente X hay que ser también un aceptable X, y eso explica con facilidad que exista una zona más o menos amplia de solapamiento entre lo regulado por los códigos éticos de, por ejemplo, los jueces o los fiscales y las normas jurídicas que disciplinan esas profesiones. Por otro lado, otra diferencia también de cierta significación es que no cumplir con las normas ideales (con el ideal

² María Leonor Suárez Llanos, “Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° XXV, enero de 2008.

de buen profesor, buen fiscal, etc.) no puede llevar aparejadas las consecuencias que conlleva la infracción de las prescripciones. Entre otras cosas porque parece bastante razonable pensar que suelen ser muy pocos los miembros de una profesión que realizan de manera completa el ideal de la misma lo que, por cierto, no supone que la plasmación más o menos normativa (en realidad, no sólo normativa; luego hablaré de la ética de las virtudes) de la profesión carezca de sentido. Lo tiene porque (o si) opera como una especie de ideal regulativo que cumple una función de dirección y de justificación de las conductas.

Por supuesto (y me parece que este es el punto —sin duda, importante— de razón que hay que conceder a los escépticos), es bien posible, y en ciertas circunstancias incluso probable, que de la apelación a la moral se haga un uso puramente ideológico, interesado, y que la elaboración de excelsos códigos deontológicos juegue en realidad el papel de embellecer falsamente la realidad (de dificultar la crítica fundada a las profesiones). Ese falseamiento de la realidad se produce, por ejemplo, cuando la elaboración de un código ético se presenta como la mejor medida para resolver un problema que exigiría, sin duda, movilizar otros recursos que resultarían más eficaces para ello. Justino Zapatero trae muy oportunamente a colación una frase de Savater que no puede ser más expresiva: “confiar la solución de todos los males de nuestra sociedad sólo a la ética es como pretender apagar incendios forestales con hisopos de agua bendita”. Si nos trasladamos al campo de las profesiones jurídicas, sin duda el mayor atentado contra la ética es el fenómeno de la corrupción en la administración de justicia. Pues bien, la manera más eficaz de combatirla (y sé que eso no es un problema —me refiero a la corrupción, no a las corruptelas— en España, pero sí en muchos países latinoamericanos) no es a base de prédicas morales o de promulgar y difundir códigos deontológicos, sino introduciendo sanciones efectivas, llevando a cabo cambios institucionales que garanticen la independencia de los jueces o la objetividad de los fiscales, remunerando decentemente el ejercicio de esas profesiones, etc. Y, desde luego, en el ámbito de nuestra cultura jurídica, hay muy buenas razones (todavía hoy) para mantener cierta actitud de sospecha en relación con los promotores de las diversas éticas profesionales. Una actitud de sospecha, por cierto, que entiendo también se tenga conmigo, puesto que yo soy el primero en practicarla. Pongo un ejemplo de esto último.

Para preparar esta exposición leí, entre otros, un trabajo de Luis Beneytez Merino titulado “Reflexión deontológica sobre el Ministerio fiscal”³. Me ha parecido interesante en más de un aspecto (y en alguna medida coincidente con lo que acabo de decir, al destacar la importancia del elemento de valor junto al componente normativo para entender los problemas deontológicos de los fiscales), pero resulta que los ejemplos concretos que pone de comportamientos éticos (modélicos) de los fiscales parecen consistir en una reacción frente a actuaciones (éticamente deficientes) de otros profesionales que el lector adivina fácilmente vienen motivadas por ideologías, digamos, de izquierdas: el fiscal que logra que se acuse por imprudencia temeraria al conductor del tren causante de un accidente —por saltarse un semáforo— y no exclusivamente al ingeniero jefe de señalización, oponiéndose así a los propósitos de un juez de instrucción que actuaba con la finalidad de proteger los intereses de la clase trabajadora; o el que se enfrenta a las órdenes de sus superiores —de la fiscalía— dirigidas a no actuar contra un político que había hecho manifestaciones ofensivas para un sector de la judicatura. Ahora bien, si hay buenas razones para ocuparse de (y para preocuparse por) la ética de los fiscales, parecería que deberíamos buscarlas

3 En *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, UCAM-AEDOS, Murcia, 2000.

más bien en otro lado: en otro tipo de delitos (los que verdaderamente ponen en peligro la convivencia social), en otro tipo de actitudes y quizás también en otro tipo de agentes.

Pero, en fin, una cosa es que haya razones para sospechar que en la elaboración de un código de ética profesional pueden deslizarse fácilmente elementos ideológicos, prejuicios, etc.; y otra cosa es que esas sospechas se lleven hasta el extremo de descalificar por completo cualquier iniciativa en ese sentido. Esto último me parece, como digo, equivocado, porque se basa en una idea también equivocada de lo que significa la ética profesional —la deontología— y de lo que significa la ética sin más. Y aquí me parece que conviene hacer de nuevo algunas aclaraciones de carácter conceptual.

Cuando se pretende conocer —o establecer— en qué consiste la ética de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los abogados, de los empresarios o de los banqueros es usual requerir el parecer de los “expertos” en ética. La especialización creciente del saber hace que, cada vez más, estemos en manos de los expertos, lo que, como ustedes saben muy bien, tiene una aplicación en el ámbito procesal, en el que la prueba pericial se encuentra evidentemente en alza: en muchos casos son efectivamente los expertos (médicos forenses, contables, etc.) los que juegan el papel determinante en la resolución de los pleitos. Ahora bien, ¿quiénes son los expertos en ética? Como es bien sabido, la ética es uno de los campos tradicionales de la filosofía, y un campo que tiene su “réplica”, por así decirlo, en el interior de la filosofía del Derecho: supongo que la razón para que yo esté aquí no es otra que la de suponérsese ciertos conocimientos de “experto” en la materia. ¿Pero en qué podría ser yo experto? Desde luego, no en saber mejor que los que ejercen la profesión de fiscal cuáles son las pautas morales de conducta que son aceptadas y seguidas en la práctica; esta es una pretensión de conocimiento que quizás pudiera arrogarme si hubiera hecho algún tipo de investigación empírica sobre la materia, pero no es el caso. Ni tampoco sería experto a la hora de determinar qué es lo correcto o lo incorrecto, lo que está moralmente bien o no que haga un profesional (con independencia de qué sea lo que suela hacerse en la práctica), o qué cualidades debería tener un fiscal para alcanzar la excelencia y poder considerársele como un modelo para otros. Entiéndaseme, puedo tener ideas razonables, bien fundadas, sobre el particular, pero lo que quiero decir es que yo no podría pretender estar en mejores condiciones que los fiscales —por el hecho de que sea un filósofo del Derecho, experto en ética jurídica— a la hora de establecer esos juicios. Sería, casi diría, una idea ridícula por mi parte, dado que no tengo ninguna experiencia en la profesión, no conozco desde dentro ni con detalle los problemas éticos a los que tienen que hacer frente los fiscales, etc. Mi “experticia”, de existir, tendría que consistir en otra cosa; si efectivamente soy un experto en la materia, tendría que estar en condiciones (o en mejores condiciones que quien no tiene esa formación) de aclarar una serie de cuestiones de naturaleza teórica, pero que pueden suponer una ayuda muy significativa a la hora de resolver el segundo tipo de los problemas que acabo de distinguir: los problemas de ética normativa. Los primeros serían cuestiones de ética descriptiva, pues de lo que se trata es de describir y de explicar cuáles son las pautas morales que rigen en una determinada profesión o en una cierta sociedad, cómo evolucionan, cómo se explica que sean esas y no otras, etc. En lo que es experto el filósofo, en definitiva, es en lo que se llama teoría ética o metaética, aunque, como es lógico, no se puede hacer teoría ética de manera competente si se desconoce todo sobre los otros dos niveles de reflexión sobre la ética (la ética descriptiva y la normativa), como no se puede hacer tampoco filosofía

del Derecho si se carece de una formación jurídica. De manera que las distinciones que acabo de hacer son seguramente útiles a efectos clarificadores, pero no hay por qué empeñarse en considerarlas como compartimentos estancos.

Pues bien, hablando en términos muy generales, hay un par de clasificaciones que suelen hacerse en el nivel de las teorías éticas y que me parecen relevantes para lo que aquí nos interesa: la deontología de los fiscales. La primera es la clasificación que divide a las teorías de la ética en deontológicas y teleológicas. Sin entrar en muchos detalles: las primeras (como la concepción de Kant) consideran que lo “correcto” tiene cierta prioridad sobre lo “bueno”, lo que quiere decir que uno puede tener ciertos deberes, aunque la realización de los mismos no produzca buenas consecuencias (no persiga lo bueno); la idea que trata de captar esa concepción es que hay deberes morales que son absolutos, en el sentido de que se tienen con independencia de cuáles sean las consecuencias a las que pueda llevar su cumplimiento; pensemos, por ejemplo, en el principio de dignidad humana: la razón para respetar la dignidad de otro no es el beneficio que pueda obtenerse con ello, sino el convencimiento de que la dignidad es un valor último. El segundo tipo de teorías morales (como el utilitarismo de Bentham) invierte las cosas, las prioridades: lo correcto está subordinado a lo bueno. Lo que uno debe hacer es aquello que produzca las mejores consecuencias, como quiera que se entiendan las consecuencias, puesto que hay muy diversas maneras de hacerlo; la fórmula de Bentham, como se sabe (pero sería sólo una de las posibles maneras de ser utilitarista), hace referencia al logro de la mayor felicidad para el mayor número. Pues bien, algo que podría resultar sorprendente y que se desprende de lo anterior es que Bentham, el filósofo que suele ser citado como el introductor del término “deontología”, no sería, sin embargo, un deontologicista en ética, o sea, Bentham no es un partidario de la deontología en el sentido técnico en el que hoy suele emplearse la expresión en la filosofía moral⁴. Pero esto no debe tampoco preocuparnos demasiado, pues no va más allá de constituir un simple problema de ambigüedad: no siempre se entiende “deontológico” o “deontología” de la misma manera. Cuando hoy se habla (en el plano de la ética prescriptiva) de deontología (o de código deontológico) a lo que se hace referencia es a la ética aplicada a una determinada profesión, pero el rótulo no nos dice nada sobre si esa ética (ese código ético) se inspira en una teoría de la moral deontológica o teleológica. Y, en realidad, me parece que puede afirmarse sin mucho temor a equivocarse que las éticas profesionales (y los correspondientes códigos deontológicos) recogen principios tanto de carácter deontológico como teleológico o consecuencialista.

La otra distinción que nos importa es la que permite diferenciar las teorías normativistas de la ética, de las concepciones de la ética basadas en la virtud. Las primeras tratarían de contestar a la pregunta de qué debe uno hacer para comportarse de manera éticamente adecuada, cuáles son nuestros deberes éticos: por ejemplo, cumplir con el imperativo categórico kantiano o realizar las acciones que produzcan la mayor felicidad para el mayor número. Las segundas (un ejemplo notable de este tipo de concepción es la ética aristotélica) tratan de contestar más bien a la pregunta de cómo construir una personalidad moral, qué rasgos de carácter —qué virtudes— son los que debería esforzarse por adquirir el que aspira a llevar una vida buena, una vida moral. Ahora bien, tampoco esta contraposición hay por qué verla de manera excluyente, sino que podríamos considerar que esas dos concepciones vienen a ser en

⁴ Sobre esto puede consultarse, por ejemplo, el *Diccionario de filosofía* de Ferrater Mora; pero, por lo que he podido ver, los jueces y los fiscales que se interesan por averiguar el significado de “deontología” suelen quedarse en el Diccionario de la Real Academia.

realidad visiones distintas pero complementarias de la ética. Es lo que parece ocurrir también en relación con la ética de los jueces o de los fiscales: los jueces deben ser independientes y los fiscales imparciales y hay virtudes, como el valor, la honestidad, etc. que, si se poseen, contribuyen efectivamente a que los jueces cumplan con sus deberes de independencia y los fiscales con los de imparcialidad.

2.

El modelo de construcción de la ética judicial, de un código deontológico para los jueces, puede ser de interés para los fiscales, al menos por un par de razones: porque sin duda la ética judicial ha alcanzado un mayor grado de desarrollo tanto teórico como práctico; y porque se trata de dos figuras afines, de manera que mucho de lo que es aplicable al comportamiento de los jueces se podría extender, analógicamente, al caso de los fiscales. Existe sin embargo una dificultad que no se puede soslayar: la institución judicial tiene contornos mucho mejor definidos que la del ministerio público y eso parece tener consecuencias importantes. Si es posible fijar (en un código deontológico) las exigencias normativas que configuran la excelencia judicial, es porque pensamos que hay alguna noción básica y compartida de lo que sería el “buen juez”. ¿Pero cómo construir el concepto del “buen fiscal” cuando resulta que lo que se entiende por fiscal o por ministerio público (las funciones que se le confían) puede(n) variar considerablemente de un sistema jurídico a otro, e incluso puede ocurrir, como en el caso del Derecho inglés, que ni siquiera puede decirse que exista en puridad un ministerio fiscal? ¿Tiene razón uno de los mayores estudiosos de la figura del fiscal cuando, en un escrito reciente, la califica de “misteriosa institución”?⁵

Bueno, el misterio naturalmente no consiste en que no sepamos (y no sepa muy bien el autor citado: Luis María Díez-Picazo) lo que es un fiscal, cuáles son sus funciones (incluyendo las diferencias que pueden advertirse de un país a otro), cómo ha evolucionado la figura en diversos sistemas jurídicos, etc. El misterio, la dificultad, estriba en que parecen existir diversas maneras de concebir el ministerio fiscal, y una de ellas —el modelo norteamericano—, parece estar ganando mucho terreno en los últimos tiempos. Se plantea así una especie de batalla jurídico-cultural que en España se centra sobre todo en la cuestión de quién debe instruir: el juez o el fiscal. No es un debate, por cierto, sólo de dogmática —de técnica— jurídica sino, fundamentalmente, de filosofía moral y política. Por eso, yo creo que casi todos los participantes en el mismo estarían de acuerdo en que (como lo ha sostenido aquí Mena) ambas opciones son constitucional y conceptualmente posibles, de manera que el debate estriba en realidad en precisar cuáles son los valores a los que se desea dar prioridad en la configuración del proceso y hasta qué punto se lograrían satisfacer según que la instrucción se confiara a los jueces o a los fiscales⁶. Y si planteáramos así las cosas, me parece que podría hablarse de un consenso bastante sólido por lo que hace a

5 Vid. L.M. Díez-Picazo, “Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador”, en *Teoría&Derecho*, 1/2007, p. 33 y 29. No falta, sin embargo, quien califica la institución del fiscal como “de derecho natural”, aunque con ello lo único que pretende decir es que en nuestros sistemas jurídicos “no se concibe ya que la función de acusar quede en manos de los particulares” (Luis Pacheco Carve, “El fiscal en el Derecho comparado”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio fiscal*, VI, 2001, p. 133).

6 La representante de la Asociación Profesional de Fiscales dijo en su presentación algo importante y en lo que parece existir un consenso amplio: en todo caso, antes de convertir a los fiscales en instructores habría que modificar su estatuto orgánico, precisamente para asegurar que no se pondrían en riesgo los valores característicos de un proceso garantista. Y, desde el otro lado, parece existir también un amplio consenso en que la instrucción por parte de los jueces plantea ciertas disfunciones bastante obvias; las discrepancias estarían en si las mismas podrían corregirse (o aminorarse significativamente) continuando con el modelo del juez instructor.

los valores a perseguir (los que deberían presidir el proceso penal: valores de tipo garantista), mientras que las discrepancias se concentran más bien en cuestiones de medios, de carácter instrumental: qué cambios institucionales habría que llevar a cabo para conseguir esos fines. Dicho de otra manera, parece indudable que en la cultura jurídica española (incluyendo, claro está la de los propios fiscales) la figura del ministerio público se ve como esencialmente afín a la del juez y alejada en consecuencia de la del abogado, el abogado de parte. Lo cual, naturalmente, tiene consecuencias de cierto relieve en el plano deontológico.

Por supuesto, nadie (cualquiera que sea el sistema jurídico del que parta) piensa que un fiscal deba comportarse exactamente igual que tendría que hacerlo un juez o un abogado. Claramente se trata de una figura distinta: la del acusador público. Pero que, en términos relativos, puede aproximarse más a la del abogado (el caso estadounidense), o a la del juez (el modelo de Europa continental y, en particular, el italiano en el que los fiscales se integran dentro de la magistratura). Y ello, como decía, tiene consecuencias en el plano ético. Así, en el contexto estadounidense, la ética del fiscal (que ocupa regularmente un capítulo en cualquier manual de ética jurídica: ésta es una materia a la que se concede una considerable importancia académica) se centra mucho en la necesidad de subrayar las diferencias entre el fiscal y el abogado de parte: se insiste, por ejemplo, en que el deber del fiscal es el de hacer justicia (actuar de manera imparcial) y no el de lograr condenas (lo que, supongo, no sería necesario subrayar en relación con el fiscal español). Y en la misma cobra gran importancia, por ejemplo, la discusión a propósito de bajo qué condiciones debería un fiscal llevar adelante una acusación: si basta con que considere probable que el acusado es culpable, o debería estar convencido de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” (sí, como exigencia no sólo para condenar, sino para perseguir penalmente a alguien)⁷. Mientras que en contextos como el español, los problemas deontológicos tienen mucho más que ver con la “dependencia jerárquica”, esto es, con un principio organizativo que, al menos potencialmente, podría plantear problemas éticos al fiscal que quisiera actuar con independencia de criterio⁸. De manera que lo que se subraya en un caso es que los fiscales tienen que ser imparciales, a diferencia de los abogados; y en el otro caso, que no son (¿no podrían serlo?) independientes, al menos de la misma manera que lo son los jueces.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias de acento, me parece que podría decirse que, cualquiera que sea el modelo de fiscal del que se parta, lo que hace que cobre tanta importancia la ética de los fiscales es el carácter discrecional del poder que, en uno u otro caso, caracteriza a la institución del ministerio público:

⁷ Vid., por ejemplo, Monroe H. Freedman, *Understanding Lawyers' Ethics*, Matthew Bender, New York, 1990, pp. 218 y ss.

⁸ O, en el caso extremo, que plantee una objeción de conciencia para no intervenir en un caso. Antonio del Moral (en “La objeción de conciencia de los miembros del ministerio fiscal”, en *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007) entiende que podría admitirse la objeción (está pensando en casos en que la ley impusiera la pena de muerte, en los que se autorizase el aborto a practicar por una menor o se impusiera la expulsión a un extranjero “en medida que se le presenta [al fiscal] como inhumana y patentemente injusta”) si se dieran ciertas circunstancias: sinceridad de la objeción, sustituibilidad fácil y disposición a asumir otros asuntos en compensación (p. 279). Al respecto, trae a colación el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, aunque no establezca una previsión “que sirva para afrontar la objeción de conciencia frente a una norma legal, sino frente a órdenes o indicaciones concretas”, en su opinión, “mitiga los efectos de una dependencia jerárquica entendida como obediencia ciega “ y “estimula el debate interno”. Todo lo cual le lleva a lamentar el escaso uso que se hace de ese artículo 27: “El mecanismo allí previsto debiera ser algo de administración ordinaria —es normal que existan esas discrepancias y no debe ser insólito que en determinados casos se desencadenen esas fórmulas para provocar el debate y, como fruto del mismo, la decisión adecuada—. Sin embargo se ha convertido en algo excepcional, cuya utilización parece requerir ciertas dosis de heroísmo o estar reservada a fiscales “rebeldes”. En eso creo que los fiscales tenemos una importante cuota de responsabilidad” (p. 298).

el poder de acusar. Sin duda, esa discrecionalidad es más patente en el caso del fiscal estadounidense, pero no deja de existir —ni mucho menos— en los fiscales de los sistemas de Derecho continental⁹. En el caso español, como es bien sabido, el fiscal aparece definido en la Constitución y en su Estatuto Orgánico como un órgano que actúa en defensa de la legalidad y con sujeción en todo caso al principio de legalidad. Pero, claro está, si existe política criminal (que es lo que justifica que el fiscal general del Estado sea nombrado por el ejecutivo) es porque se supone que hay un margen de discrecionalidad a la hora de establecer prioridades sobre qué delitos perseguir y sobre cómo utilizar los recursos (escasos: insuficientes para perseguir eficazmente todos los delitos) de los que se dispone. Por eso, ningún fiscal que se plantee con seriedad los aspectos éticos de su profesión puede ignorar un hecho que parece irrefutable: la desproporción existente entre los actos delictivos cometidos y los efectivamente perseguidos y castigados. Luigi Ferrajoli (refiriéndose básicamente a Italia pero parece claro que sus palabras son también aplicables al caso español, donde en las últimas décadas hemos vivido un proceso incesante de inflación de las normas penales) afirmaba hace años lo siguiente: “Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, y no digamos si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión”¹⁰. De manera que el fiscal, por supuesto, tiene que esforzarse por defender la legalidad, pero no puede escudarse en ella y pensar que así ha resuelto todos los problemas éticos que le plantea el ejercicio de su profesión. No puede sentirse justificado para hacer interpretaciones formalistas¹¹ de las normas que dejen de lado lo que tendría que ser el valor último a perseguir en el ejercicio de su profesión: garantizar los derechos de los individuos, y no solo los de carácter procesal, sino también los de naturaleza sustantiva. Y para ello tendría que hacer, sin duda, un amplio uso de la equidad que, en la célebre formulación de Aristóteles, es una adecuación de la ley a las circunstancias de la realidad para evitar un resultado injusto: un castigo desproporcionado para algunos (para algunos delitos) y la impunidad para otros. Si se quiere decirlo de otra manera: el fiscal no puede (ni debe) evitar cierto ejercicio de la discrecionalidad¹². Lo que le está vedado es hacerlo de manera arbitraria.

Como es sabido —y nos recordó Miguel Carmona en su exposición— en España (a diferencia de lo que ocurre ahora en muchos países europeos y americanos) no existe un código propio de ética judicial. Sin embargo, en el año 2006 se aprobó, en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial en cuya elaboración participó activamente el Consejo General del Poder Judicial y que, en algún sentido de la expresión, podríamos considerar “vigente”. Merece la pena, en

9 Resulta por ello absurdo que alguien pueda pensar (pero me temo que así ocurre a veces) que la diferencia entre los jueces y los fiscales radica en que los primeros toman decisiones, mientras que los segundos se limitan a aplicar la ley.

10 Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 152, mayo 2005, p. 23.

11 He aquí dos ejemplos de formalismo y, en mi opinión, de comportamientos contrarios a la ética. El primero tendría lugar si, dado que un fiscal no puede retirar las acusaciones en juicio sin pedir permiso y realizar luego un informe, para evitarse las incomodidades que eso supondría, mantiene su posición “pro forma”, incluso en casos de absoluta falta de pruebas. Y el segundo sería aquel en el que, existiendo antecedentes que tendrían que haber sido cancelados, mantiene sin embargo la solicitud de aplicación de la agravante de reincidencia por considerar que la petición de que no se aplique la agravante concierne sólo a la defensa.

12 En una reciente tesis de doctorado leída en la Universidad de Valencia (Arturo Todolí, “La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español: Naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema”) hay todo un capítulo, el VI, dedicado a los “Supuestos de discrecionalidad en el funcionamiento real del sistema”.

mi opinión, prestar alguna atención al mismo, porque podría ser una referencia de cierto interés de cara a elaborar un código de ética del Ministerio fiscal o algún otro documento por el estilo.

El Código consta de una (extensa) exposición de motivos y de casi un centenar de artículos divididos en dos partes: en la primera se desarrollan los “principios de la ética judicial iberoamericana” (independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional), y la segunda está dedicada a regular la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Es importante subrayar que se trata de un código sin sanciones, pero no creo que por ello deba considerársele carente de eficacia. En realidad, las funciones que el mismo trata de cumplir son las de facilitar a los jueces la reflexión sobre su propia práctica, orientar esa práctica al explicitar los criterios que la guían (o que debieran guiarla) y facilitar a otros la crítica justificada de la profesión. Lo que quiere decir (y me parece que es importante subrayarlo) que los destinatarios de un código deontológico no son sólo los miembros de una determinada profesión. Si se piensa, por ejemplo, en los casos de actuaciones judiciales que, en los últimos años, han sido objeto de polémica, no me parece exagerado afirmar que la opinión pública podría haber encontrado en ese código una orientación útil. Más útil que limitar la discusión a si tal determinada conducta de un juez está o no prohibida por el Derecho positivo. Repitémoslo una vez más: un código deontológico no es una alternativa al código penal o a las normas disciplinarias. Un juez, al igual que un fiscal, puede actuar mal en el ejercicio de su profesión (o no de la mejor manera posible), aunque no haya cometido un ilícito jurídico.

Pues bien, ese conjunto de principios podría suministrar seguramente un esquema útil de cara a elaborar un código deontológico para los fiscales si bien, como es lógico, no se trataría tampoco de seguirlo mecánicamente. Puede que haya que introducir algún nuevo principio; desde luego, habrá que reinterpretar los antes mencionados al aplicarlos a la conducta de los fiscales; y algo parecido a esto último habría que hacer también en relación con las virtudes: las de los fiscales tendrían que ser, por así decirlo, más “activas” que las de los jueces¹³. Pero, con todo, me parece que lo más interesante no se encontraría tanto en el contenido, cuanto en el método seguido para su elaboración. En líneas generales, podría decirse que se trató de alcanzar una especie de “equilibrio reflexivo”, o sea, se procuró explicitar primero las pautas que los profesionales consideraban adecuadas en relación con cada uno de esos principios, para confrontarlas luego con los criterios que cabría obtener de una teoría ética justificada y proceder entonces a un ajuste mutuo: en algún caso, un principio general de la ética tuvo que ser “modulado” al aplicarlo a las circunstancias de la conducta profesional de los jueces, y en otras ocasiones hubo de reconocerse que ciertas prácticas más o menos consagradas de la profesión no eran justificables desde un punto de vista ético. A su vez, la articulación de cada uno de esos principios sigue una cierta lógica interna: se comienza señalando su finalidad, lo que sirve de justificación para el principio en cuestión; se procede luego a dar una definición del principio; se incluyen a continuación algunas reglas específicas

13 Por ejemplo, la perseverancia y la indignación ante la impunidad de ciertos comportamientos socialmente muy nocivos bien podrían ser consideradas como virtudes características de los fiscales, pero seguramente no de los jueces (o, al menos, no en el mismo grado). Me parece que es ilustrativo al respecto el relato de Giancarlo De Cataldo que forma parte del libro *Giudici*, publicado por Einaudi en 2011 (y cuya traducción al castellano aparecerá pronto en Marcial Pons); a diferencia de las otras dos narraciones, de Andrea Camilleri y Carlo Lucarelli, que componen el libro, la de De Cataldo no tiene como protagonista a un juez, sino a un fiscal.

que resultan significativas; y se termina señalando ciertas actitudes, ciertos rasgos de carácter o virtudes que favorecen el cumplimiento del principio en cuestión¹⁴. Creo que fue un método en líneas generales acertado, pero que se mejoraría si al mismo se incorporara un ingrediente más: ejemplos de conflictos éticos reales con una (o, ¿por qué no?, varias) propuesta(s) de solución. Al respecto hay una reciente iniciativa que ha puesto en práctica la Escuela Judicial de Barcelona y que me parece de sumo interés: consiste en confeccionar, como base para una posterior discusión, una serie de micro-relatos, a partir de noticias de prensa, sentencias del Tribunal Supremo, o de la propia experiencia de los autores, en los que se plantean problemas conectados con los distintos principios, valores o virtudes de la ética judicial. En fin, si ese elemento más práctico haya de formar parte de un “código” o debiera incorporarse en algún otro tipo de documento es una cuestión que no debe preocuparnos mucho.

Termino mi exposición con una reflexión a propósito de la anécdota con la que la empecé. Mi admiración por el juez Holmes es inmensa y no tengo ninguna duda de que en muchísimos aspectos sigue siendo un modelo a seguir. Pero yo no le seguiría en su crudo positivismo. Me imagino, por eso, una escena en la que un fiscal experimentado acaba de comer con un recién licenciado que quería conocer las interioridades de la carrera fiscal, de cara a encaminar o no hacia ahí su futuro profesional. Cuando ya se han despedido y el fiscal está saliendo del restaurante en dirección a su coche, el joven exclama en alta voz: “¡Siga haciendo justicia!”. El fiscal se da la vuelta y en tono reflexivo le dice: “No es fácil hacer justicia. Requiere mucho esfuerzo y a veces estar dispuesto a aceptar algo más que incomodidades. La verdad es que casi siempre he tenido muy claro cuál habría sido la decisión justa a tomar en el caso. Pero a veces hay obstáculos insalvables; y no todo depende de uno... En fin, por lo menos estoy seguro de haber contribuido a evitar algunas clamorosas injusticias”.

Que no es poco.

14 Una exposición más detallada puede verse en Manuel Atienza, *Reflexiones sobre ética judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

VERDAD, PROCESO Y DERECHO PENAL (Interrogatorios en la habitación 101)

José Luis RAMÍREZ ORTIZ

1. PERSPECTIVAS.

1.1. Bajo el ángulo de la eternidad. Ese era el punto de vista desde el que Spinoza recomendaba analizar las cosas. Sin embargo, estamos irremediablemente condicionados por nuestra temporalidad e insistencia en atribuir carácter objetivo a las perspectivas internas; por lo que, aun hoy en día, seguimos conservando el hábito de otorgar orígenes lejanos y consolidados a fenómenos relativamente recientes y de perfiles inciertos, así como de concederles una existencia autónoma e independiente de nuestras prácticas culturales, cuando no de reputar reales lo que no dejan de ser proyecciones y deseos o estructuras míticas que contradecemos a diario con nuestros actos.

1.2. La asunción de la concepción del proceso penal como sistema de garantías, regulado por normas que contemplan toda la clase, extensión y conformidad a derecho de las violaciones de los derechos fundamentales¹, constituye un buen campo de experimentación para testar el grado de fortaleza o fragilidad de convicciones que creíamos firmemente arraigadas; lo que, a su vez, posibilita someter a contraste la solidez o debilidad de sus fundamentos teóricos y, en definitiva, nuestra particular relación con las reglas del Estado constitucional, pues, como dijo en su día Goldschmidt, “*La estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”².

1.3. El juez penal español³ del siglo XXI tiene de sí mismo la consideración de producto depurado del proceso de racionalización del ius puniendi que, desde la Ilustración, recorre las Revoluciones Francesa y Americana y las distintas teorizaciones del Estado de derecho hasta alcanzar las diversas Cartas, Declaraciones y Convenios Universales y locales de derechos humanos de diverso cuño. A través de diferentes mecanismos, ha interiorizado, o cree haberlo hecho, determinadas reglas de conducta, valores y creencias de su grupo social y profesional, conformando lo que Bourdieu denomina *habitus*, que concibe como formas de pensar y actuar, de sentir y percibir, que se incorporan al individuo y se convierten en principios generadores de prácticas y que, por lo que se refiere al proceso penal, podemos afirmar que se sintetizan en la preeminencia de la dignidad humana y en la consideración de la persona imputada como sujeto de derechos y no mero objeto de indagación y prueba.

1.4. Ahora bien, el Estado constitucional no es una realidad acabada, sino un arquetipo en permanente construcción, nunca plenamente conseguible, sino aproximable, y dentro del cual, al igual que en el seno de todo Estado de derecho histórico, “...per-

1 Tiedemann, Klaus.: *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

2 Goldschmidt, James.: *Principios generales del proceso*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961.

3 El uso genérico de la forma léxica masculina designa en el texto indistintamente a mujeres y a hombres.

*manece encapsulado un Estado absoluto que pugna por perforarlo y hacerlo estallar*⁴. De ahí que, en la medida en que el juez, llamado funcionalmente a ser el tercero que resuelva sobre la viabilidad de la pretensión estatal de verdad y validez penales sigue orgánicamente incrustado en el núcleo del aparato del Estado, esté sometido a idénticas pulsiones que pueden llevarle a arrastrar elementos del régimen absoluto y el germen de destrucción del sistema constitucional.

1.5. En *“Verdad, error y proceso penal”*⁵, Larry Laudan defiende un modelo de epistemología jurídica cuya virtualidad radicaría en potenciar al máximo la averiguación de la verdad y, en consecuencia, la reducción del error. Tanto por el carácter marcadamente técnico de su objeto, como por centrarse en el sistema estadounidense de enjuiciamiento por jurados, podría pasar en nuestro ámbito como una publicación más, prestigiosa, pero de vocación académica. Sin embargo, el texto cuestiona, en ocasiones de modo reflejo, cuando no abiertamente, el modelo de proceso penal como sistema de garantías. Y lo hace, de modo tan sugestivo como sistemático, arrinconando como contraintuitivas la mayoría de las reglas en que cristaliza aquél, al poner sobre la mesa aparentes contradicciones y aporías y, sobre todo, al resaltar en el entramado discursivo la figura del delincuente que se beneficia de un incomprensible sistema de reglas orientado a obstruir el acceso a la verdad, el texto redirige las pulsiones judiciales latentes hacia la neutralización de la garantía.

Su publicación en España, en un momento convulso de proyectos de reformas estructurales que comprometen las bases sustantivas y adjetivas del sistema penal así como la significación y función del Poder Judicial⁶, al tiempo que de una expansión sin precedentes de la tecnología en el ámbito de la investigación de los delitos, debe reavivar el debate de la relevancia de las garantías y del abuso y uso maligno de la verdad, *“un uso que cala fácilmente en el público del derecho penal, un público cada vez más extenso, menos ilustrado y con mayor peso político”*⁷.

1.6. Este breve comentario, a propósito del texto de Laudan, pretende ser una modesta contribución al debate, esencialmente dirigida a los jueces. Y lo hace, tomando partido en una controversia que, como todas, se encuentra fuertemente contextualizada, marcada por el momento histórico en el que tiene lugar, y que, sin duda, irá adquiriendo tintes más dramáticos a medida que el incremento de las desigualdades genere mayor conflictividad social y que los medios de investigación vayan progresando en los dominios de la neurociencia, la genética y las tecnologías de la información.

2. VERDAD SIN GARANTÍAS.

2.1. El texto contiene observaciones compartibles, como la exigencia de un estándar de prueba objetivo y no subjetivo o ambiguo, o la crítica al tratamiento anómalo de las causas excluyentes de la responsabilidad penal, incompatible con la presunción de inocencia, de la que no parece que se parta cuando se exige al acusado que pruebe algo para recibir la absolución. Me centraré, sin embargo, en los aspectos que, a mi juicio, bajo una cobertura epistemológica pretendidamente neutra, sientan las bases de un nuevo modelo que no deja de ser un regreso al viejo modelo llámese ahora neoinquisitivo o postacusatorio⁸.

4 Zaffaroni, E. Raúl.: en Introducción a *La reforma penal nacional-socialista*. Ediar. Buenos Aires. 2009.

5 Laudan, Larry.: *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons. Barcelona. 2013.

6 Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, de 20 de septiembre de 2013 (http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288777620918/Detalle.html); Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.htm). Por lo que respecta a las reformas relativas al Poder Judicial, Ramírez Ortiz, José Luis.: *Independencia Judicial en España. De dónde venimos y a dónde vamos. Jueces para la Democracia, Información y debate*. Número 78. 2013.

7 Vives Antón, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.

8 En terminología de Cordero, Franco.: *Procedimiento penal. Tomo I*. Temis. Bogotá. 2000.

2.2. En opinión de Laudan, en el sistema de justicia penal confluyen tres grupos de valores, intereses, fines u objetivos básicos. En primer lugar, el objetivo de la reducción del error que se produce en los supuestos de falsas condenas y falsas absoluciones. En segundo lugar, el fin de la distribución del error; esto es, siendo inevitable que, en ocasiones, tengan lugar errores, se trata de resolver qué clase de error, una condena falsa o una absolución falsa, es más serio y, por tanto, más prioritario que se reduzca. Por último, concurre una heterogeneidad de valores de política pública, no epistémicos, cuya meta es la salvaguarda de otro tipo de intereses (v.gr. la protección de los derechos de los acusados o de otros bienes).

El autor considera prevalente el primer objetivo, que coincide con el de averiguación de la verdad⁹, pues sólo una determinación acertada de los hechos permite la subsunción en el supuesto de hecho de la norma y, consecuentemente, su justa aplicación. A tal fin, competiría a la epistemología jurídica analizar si los procedimientos y reglas que estructuran el proceso penal cuentan con un diseño apropiado, proponiendo el cambio de las reglas existentes que obstaculicen el acceso a la verdad. Igualmente, establecer criterios de solución de los conflictos en los casos de colisión de valores epistémicos y no epistémicos. Destaca, en todo caso, la necesidad de distinguir unos y otros pues estima que la tendencia predominante en la doctrina es fusionarlos, lo que dificulta el análisis.

Partiendo de lo anterior, estima que la satisfacción del objetivo de la reducción de la frecuencia de los errores pasa por instaurar un diseño sustentado en la regla de que todas, y únicamente, las pruebas relevantes sean admitidas. Además, los mecanismos de distribución de errores deberían idearse de manera que reflejaran nuestra opinión colectiva sobre la gravedad de las dos clases de error que se cometen¹⁰, a cuyos efectos habría de implementarse un estándar de prueba “muy demandante” para la acusación (en la línea de “más allá de toda duda razonable”, pese a que no entiende satisfactoria la formulación), con lo que cabría esperar que las absoluciones falsas fueran más frecuentes que las condenas falsas, de acuerdo con nuestras convicciones culturales. Ahora bien, una vez fijado ese estándar no cabría en ningún caso excluir las pruebas relevantes pues, en caso contrario, aumentaría la frecuencia de los errores y se alteraría significativamente su distribución al hacer más frecuentes las absoluciones falsas de lo esperaríamos, dado el estándar de prueba operante. Tampoco deberían incorporarse reglas, cualquiera que fuese su tipología, que impactaran sobre las cargas probatorias asignadas a las partes, pues, de ser así, se volvería imposible determinar cuál es la carga de persuasión real exigible. En otros términos: si al estándar probatorio, ya *per se* exigente, se adicionan otras reglas que excluyen pruebas relevantes o que repercuten en la determinación del sustrato fáctico favoreciendo al acusado, en realidad el estándar requeriría para la condena algo más que la destrucción de la duda razonable.

2.3. En relación con dicha fórmula, que cuestiona por oscura y pantanosa, después de un largo recorrido sobre su alcance, concluye con la aceptabilidad, aunque no la

9 Como dice la sentencia de la Corte Suprema *Tehan vs. US*, 383 US 406 (1966): “...el propósito básico del proceso penal consiste en la determinación de la verdad”.

10 “El costo principal de una absolución falsa es que un delincuente genuinamente culpable eluda el castigo correspondiente y quede libre, quizá para cometer otros delitos. En este sentido, no se ha hecho justicia. La víctima del delito en cuestión no ha cerrado adecuadamente la experiencia traumática de haber sido victimizada e, incluso, es probable que termine resentida contra el sistema que le falló. Por otro lado, el mensaje que se envía a otros delincuentes potenciales es que quizá también ellos puedan evitar ser perseguidos y castigados... Tales costos no son triviales; sin embargo, hay costos similares en el caso de las condenas falsas. En estos casos, ni siquiera se aprehende al verdadero delincuente... Hasta aquí, parece que los costos de ambas clases de error son equivalentes... No obstante, las condenas falsas acarrearán costos aún mayores, como la mancha permanente en el buen nombre de la persona inocente que es erróneamente condenada, la privación de su libertad... así como la pérdida de ciertos beneficios importantes asociados a su estatus de ciudadano... Estos costos son claramente más grandes que los relacionados con las absoluciones falsas. Por esta razón, queremos que sea más difícil condenar a un inocente que absolver a alguien genuinamente culpable”.

comparta del todo, de la traducción de Allen “*ausencia de una historia plausible capaz de reconciliar la inocencia del acusado con las pruebas presentadas en un juicio oral*”. No obstante, abre el interrogante acerca de la conveniencia de utilizar el mismo estándar para todo tipo de delitos, estimando inconsecuente el hecho de que muchas infracciones penales tengan asignadas consecuencias menos gravosas que otros ilícitos civiles, rigiendo en este último ámbito el estándar menos exigente de la preponderancia de las pruebas.

2.4. Por otro lado, y en línea con su tradición jurídica, asigna un ámbito muy reducido a la presunción de inocencia. Laudan distingue conceptualmente entre estándar de prueba (EdP), concebido como umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha sido probada, que suele reflejar una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral en un punto y no en otro; beneficio de la duda (BdD), que tiene lugar cuando se establece el umbral de la prueba en un punto mayor al de la preponderancia de las pruebas; más allá de toda duda razonable (BARD), estándar que concede dicho beneficio al acusado; y presunción de inocencia (PdI), considerada como mecanismo para establecer quien tiene la carga de la prueba (la acusación) y prevenir la realización de inferencias adversas a partir del hecho de que se ha instaurado un juicio penal en contra del acusado. De ahí se sigue que la presunción tiene un ámbito limitado de aplicación tanto objetivo (limitado al juicio oral, pues de otro modo no se podría justificar la adopción de medidas cautelares respecto de la persona investigada), como subjetivo (circunscrito a quien ha de decidir en juicio oral sobre los hechos).

2.5. A continuación, Laudan se detiene en el análisis de diversas normas de las *Federal Rules of Evidence* y las *Federal Rules of Criminal Procedure* estadounidenses, que, en su opinión, violan el principio de que las reglas probatorias deben promover la reducción de errores al producir efectos directos en el ámbito de la distribución de aquéllos; por lo que, superponiéndose al estándar probatorio dificultan injustificadamente el acceso a la verdad. A título de ejemplo, y partiendo de que en el sistema de enjuiciamiento por jurados, corresponde al juez el control de la fiabilidad de las pruebas y, en su caso, su exclusión, de modo que no puedan ser valoradas por aquéllos, cuestiona reglas como las siguientes:

a) La exclusión de las confesiones en las que no se haya informado al acusado de sus garantías.

b) La regla que prohíbe a la acusación usar pruebas obtenidas ilícitamente, sean las directas o las reflejas.

c) La exclusión de pruebas que puedan generar sobre los miembros del jurado prejuicios distorsionantes acerca de la culpabilidad del acusado, tales como las pruebas sobre su mal carácter o su carácter violento, su vinculación con causas o personas que probablemente provocarán antipatía al jurado o las que resalten aspectos grotescos del delito.

d) La existencia de “testigos privilegiados”, no obligados a declarar sobre aquello que el acusado pudo haberles dicho, por razón de determinadas relaciones personales o profesionales que puedan tener con aquél, o

e) La inadmisibilidad del testimonio indirecto cuando se disponga del directo.

En opinión del autor, cada una de estas reglas confiere al acusado un beneficio de duda adicional e indeterminable al ya incorporado en el estándar de prueba, por lo que muchos acusados reciben más concesiones probatorias de las aprobadas en el pacto social.

2.6. Del mismo modo, cuestiona la existencia de reglas procedimentales inconsistentes con la meta de la reducción de errores, como el hecho de que el acusado declare, cuando así lo solicite, después de que haya visto las pruebas físicas y escuchado los testigos presentados en su contra.

2.7. El libro se cierra con un análisis de los valores no epistémicos que pueden entrar en colisión con los epistémicos (fundamentalmente, la salvaguarda de los derechos del acusado, la disuasión a la policía de conductas inaceptables y el mantenimiento de la integridad moral de los tribunales, que se enturbiaría de admitir la recepción de material probatorio de origen ilícito), para concluir que la protección de los primeros no justifica el desplazamiento de los segundos, ya que, en la medida en que existen otras soluciones jurídicas de tutela, resulta desproporcionado el altísimo costo en términos de verdad que se paga.

3. VERDAD Y GARANTÍAS

3.1. A nadie escapa que el pretendido antagonismo entre valores epistémicos y no epistémicos trae causa de la distinción entre una llamada *verdad material* y otra *formal*, concebida esta última como una suerte de no verdad, un sucedáneo de la única verdad a la que debe aspirar el proceso penal, que puede satisfacer las limitadas exigencias del procedimiento civil pero no colmar las elevadas pretensiones del instrumento a través del que se ejerce el *ius puniendi* del Estado.

3.2. Ahora bien, Foucault¹¹ pone de relieve cómo la búsqueda de la verdad histórica, origen del sistema inquisitivo, no fue el resultado del progreso de la racionalidad. Por el contrario, el propio procedimiento indagatorio fue concebido como técnica de gobierno, como una concreta manera de ejercer el poder. Cordero describe plásticamente el nuevo estilo¹²: *“Cambia la parte interna del juez, ya que entonces se sobreponía impasible a la contienda; opuesto a los enemigos ocultos, se convierte en órgano militante. Nace una mística: descubre y elimina herejías o delitos, combate potencias maléficas en una cruzada cotidiana; es mérito suyo que el mundo no termine devorado por el diablo; si fuera neutral, sería cómplice del infierno...El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejante al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables...”*.

En otros términos, quien tiene el poder busca y proclama unilateralmente la verdad histórica, una verdad, tributaria de una determinada estructura de gobierno, que se establecía por un sujeto aislado con solo comparar el enunciado y la cosa¹³.

3.3. El tránsito al proceso acusatorio supuso una doble implicación, al menos a nivel teórico¹⁴. En primer lugar, la introducción de un sistema de garantías mediante el cual el ciudadano podía oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal. Y, en segundo lugar, la configuración de una estructura constitucional que pretendía mantener a los jueces alejados de ese aparato, independientes de él, para decidir imparcialmente entre las pretensiones del Estado y las del acusado. Lo cual materializaba una redefinición del alcance de la verdad, de la que se hacen eco dos posiciones que se nutren de sustratos culturales distintos.

3.4. Desde la perspectiva garantista, debemos partir de la teoría de la correspondencia de Tarski (el contenido de la decisión sobre los hechos es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial). Ahora bien, como

11 Foucault, Michel.: *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial. Barcelona. 2005.

12 Cordero, Franco.: Obra citada.

13 Vives Antón, Tomás S.: Obra citada.

14 Vives Antón, Tomás S.: Obra citada.

se trata de decidir acerca de distintos enunciados sobre hechos pasados, la verdad sólo puede ser probabilística o aproximativa, de modo que un enunciado será verdadero o falso en función del grado de confirmación que las pruebas pueden proporcionarle. Y a tal efecto, la mejor, y única, manera de adquirir dicha verdad pasa por la observancia de un conjunto de garantías que permitan, finalmente, el libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso enfrentadas en la más racional reconstrucción de unos hechos que han de ser valorados libremente por el juez, tercero imparcial.

Para estas tesis¹⁵, los ordenamientos de los Estados Constitucionales reconocen derechos fundamentales, concebidos como derechos frente al poder que se atribuyen a todos los individuos en cuanto personas. Pero, además, se estructuran como sistemas de garantías, introduciendo diversas técnicas de tutela de esos derechos fundamentales. Una de las manifestaciones del poder es el ejercicio del ius puniendi, el derecho del Estado a sancionar a sus ciudadanos. Precisamente, para prevenir los excesos en que el Estado pueda incurrir en dicho ejercicio, en un ámbito especialmente delicado para los ciudadanos por la intensidad con que pueden verse afectados sus derechos fundamentales, el sistema democrático articula diversas garantías orgánicas, penales y procesales¹⁶.

Las garantías orgánicas están concebidas para proteger a los sujetos institucionales que tienen encomendada la salvaguarda de los derechos fundamentales. En los ordenamientos constitucionales, la magistratura en su conjunto y el juez o el tribunal del caso. Estas garantías están destinadas a dotarles de un estatuto que les coloque a salvo de interferencias, y se sintetizan en el principio de independencia. Las garantías procesales, por su parte, son garantías establecidas frente al Juez quien, como sujeto de Poder, también está expuesto al abuso, tales como la contradicción, la publicidad, la motivación o la presunción de inocencia. Operan en el marco de la actividad jurisdiccional y, por tanto, en y a través del proceso. Finalmente, las garantías penales tienen como misión limitar el Poder del Estado en el momento de la definición del ámbito de lo perseguible.

Consecuentemente, las garantías no sólo presentan una dimensión política, sino también una vertiente marcadamente epistemológica¹⁷ que se evidencia en dos prescripciones de método: el tratamiento de la acusación como hipótesis y la vigencia, por regla general del principio de contradicción¹⁸, sin las cuales no podría alcanzarse una verdad de calidad.

3.5. Desde otra perspectiva¹⁹, verdadero no puede ser ya lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió (que, como hecho pasado, nos es ya inaccesible), sino lo mejor justificado. La verdad podría definirse como la creencia justificada racionalmente y, por tanto, capaz de producir un consenso racional, consenso que pasa a ser no sólo el método de búsqueda y criterio de la verdad sino su núcleo conceptual. Concebida como justificación racional, la cuestión central sería la presencia de unas condiciones próximas a la *situación ideal de habla* habermasiana. Siendo evidentes las oscuras relaciones entre verdad y poder, pues

15 Con pretensión de exhaustividad, Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*. Trotta. Madrid. 2006.

16 Una exposición detallada puede verse en Andrés Ibáñez, Perfecto.: "Las garantías del imputado en el proceso penal" en *Justicia penal, derechos y garantías*. Temis. Lima-Bogotá. 2007 y, del mismo autor, en "La función de las garantías en la actividad probatoria", en *Cultura constitucional de la jurisdicción*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2011.

17 "...las garantías en la intervención policial y en el proceso no sólo aseguran un trato humano a las personas afectadas, sino también mayor probabilidad de acierto en la investigación. Así pues, no sólo se dan en beneficio del justiciable, como con frecuencia se afirma", en Andrés Ibáñez, Perfecto.: "Las garantías del imputado en el proceso penal". Obra citada.

18 Andrés Ibáñez, Perfecto.: "La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad". En *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 2009.

19 Ver Vives Antón, Tomás S.: obra citada.

sólo el segundo declara en última instancia y de modo indiscutible la primera, la cuestión se reconduce al establecimiento de límites al poder que operen como garantías procedimentales para asegurar que el debate se produzca bajo esas “condiciones ideales”²⁰.

3.6. Ambos planteamientos nos conducen a idéntica conclusión: la inescindibilidad entre proceso como sistema de garantías y verdad. Dicho en otros términos: la imposibilidad conceptual de alcanzar la verdad al margen del debido proceso. “*Si se vulneran los derechos fundamentales, quiebra el principio de igualdad de armas entre las partes: la determinación de la verdad queda, en definitiva, en manos del Estado. La reconstrucción del suceso histórico efectuada unilateralmente por los representantes del poder estatal no reuniría las condiciones necesarias y suficientes para poder ser tenida por verdadera a la hora de justificar la imposición de un castigo*”²¹. De hecho, a los efectos que nos interesan, y sin perjuicio de los matices, a mi entender hay un punto decisivo de convergencia entre una y otra aproximación: la *situación ideal de habla*, en materia probatoria, se potencia, entre otros medios, cuando se opera, al menos tendencialmente, bajo parámetros cognoscitivistas.

3.7. Hay aún otro enfoque: del de la legitimidad del castigo. El proceso penal no es un instrumento al servicio de la investigación desinteresada de la verdad²². La verdad interesa a los solos efectos de ejercitar el ius puniendi, potestad estatal que se encuentra sujeta a precisos límites que la Constitución y las leyes establecen, entre los que destacan los que representan los derechos fundamentales. Una hipotética verdad adquirida fuera de esos límites nunca podría legitimar el ejercicio de esa potestad. El dilema no debería plantearse en los ambiguos términos de verdad material/formal sino de legitimidad/ilegitimidad de la intervención penal. Huelga decir que esta perspectiva es por completo ajena al programa procesal de Laudan.

3.8. A la vista de los argumentos precedentes, estamos en condiciones de abordar críticamente el planteamiento de aquél:

a) En primer lugar, no es ni filosófica ni política ni jurídicamente posible considerar prevalente en un sistema de justicia penal el objetivo de la reducción del error (obje-

20 En esta línea, el FJ 2º de la STC 81/1998: “*Afirmamos ya en la STC 25/1981, fundamento jurídico 5º, que los derechos fundamentales ostentan un doble carácter. “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.*

Pues bien, estas afirmaciones, que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen, respecto de los que hemos llamado sustantivos, una consecuencia específica. Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones.

Ese principio general ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal. “*En efecto, al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases -iniciación (STC 111/1995, fundamento jurídico 3º); imputación judicial (STC 153/1989, fundamento jurídico 6º); adopción de medidas cautelares (STC 108/1994, fundamento jurídico 3º); sentencia condenatoria (SSTC 31/1981, 229/1991 y 259/1994), derecho al recurso (STC 190/1994, fundamento jurídico 2º), etc.- se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986, fundamento jurídico 1º), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado” (STC 41/1997, fundamento jurídico 5º).*

21 Vivés Antón, Tomas.: Obra citada.

22 De ahí la inconsistencia de la pretensión de articular procesos penales sólo para conocer la verdad histórica. Vid, Ramírez Ortiz, José Luis.: “Los límites del derecho y de la jurisdicción penal”, en *Jueces para la Democracia: información y debate*, nº 65. 2009.

tivo entendido como aséptica averiguación de la verdad en sentido especular, como el reflejo fiel en el enunciado de la misma cosa) con independencia de cualquier otra consideración. No hay espacios de verdad en el proceso al margen de las garantías. Esta afirmación no es sólo un juicio de valor, que repetimos en ocasiones como un mantra sin detenernos en su contenido. Es una realidad ontológica. Sin garantías, el Estado que quiere penar reconstruye unilateralmente el pasado histórico y establece como verdad el resultado de su propia reconstrucción. Richard Rorty consideraba que las palabras son herramientas con las que hacemos cosas, más que símbolos que reflejan cómo es el mundo. Fácilmente se advierte que fuera de las “condiciones ideales de habla” sólo hay imposición; monólogo, donde debiera haber habido construcción dialógica.

b) En segundo lugar, no cabe oponer la regla de distribución del error a unas supuestas consideraciones no epistémicas, de orden secundario. Esta regla forma parte del núcleo duro del mismo sistema de garantías —en el que, si no le he entendido mal, el autor incluye el conjunto heterogéneo de valores no epistémicos—, lo que entronca con una tradición que postula una concepción amplia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, concebido como la expresión abreviada de un conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto de la persona imputada, tanto dentro del proceso como fuera de él²³.

Como principio estructural del proceso penal implica tomar la inocencia material del acusado como punto dialéctico de partida a todos los efectos, de tal modo que se ha llegado a sostener que dicha presunción no es un principio más del proceso, sino el proceso mismo, una metáfora funcional que significa que la consecuencia del proceso, la condena o la absolución, se encuentra abierta hasta que sea dictada la sentencia, porque de otro modo no estaríamos ante un proceso, de modo que la verdadera función de la presunción no sería otra que la protección del proceso mismo²⁴.

Como regla de juicio, ciertamente, el estándar BARD presenta problemas de anclaje a precisas referencias empíricas, pero son inevitablemente consustanciales a la vaguedad del lenguaje en un ámbito valorativo como el que nos ocupa. En todo caso, algunas resoluciones de la Sala II del Tribunal Supremo evidencian un esfuerzo clarificador que debiera proyectarse sobre el control que las sentencias de apelación habrían de realizar sobre las dictadas en segunda instancia evitando el recurso al principio de la inmediatez como razón que impide el control²⁵.

23 En palabras de la STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1º: *“El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2.º del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada «presunción de inocencia», con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. De este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos”*.

24 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier.: *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*. Marcial Pons. Barcelona. 2012.

25 Así, la STS nº 922/2011, nº recurso 2/2011, de 16.9.11: *Los medios de prueba practicados han de autorizar a “tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación...”*, lo que implica *“...la inexistencia de alternativas a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables . Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables”*.

c) La oposición entre reglas epistémicas y reglas no epistémicas, por otra parte, no es nítida. El hecho de que las reglas, supuestamente no epistémicas, tengan un fundamento político no excluye su vertiente cognoscitiva. Bajo otro ángulo, la conclusión de la tesis de que hay reglas no epistémicas que impactan sobre las cargas probatorias asignadas a las partes, incrementando la carga de prueba real exigible por encima del estándar BARD, por lo que convendría admitir toda la prueba relevante, no es universalizable. La supuesta validez de la conclusión en un caso concreto no permite que se preconice como regla para la generalidad de los casos. Un ejemplo puede aclarar lo que se pretende sostener.

Supongamos la regla que impide valorar la declaración de un testigo ocular prestada en sede policial. En opinión de Laudan, el acta de declaración sería un medio de prueba relevante, en tanto que sirve para adquirir conocimiento acerca de los hechos. Los problemas de la eventual falta de fiabilidad no deben llevar a excluir la prueba. En otros términos: no deben confundirse los problemas de valoración con los de admisibilidad.

Desde el otro lado del Atlántico, muchas de las propuestas concretas de Laudan implican el respaldo de usos forenses de la realidad procesal española. Esta es una de ellas, pues, con independencia de la regla que se decanta del artículo 730 Lecrim, no son pocos los órganos judiciales que valoran automáticamente las actas policiales de declaración, incluso sin previa petición de parte y sin previa lectura en el plenario²⁶. El conocimiento de la realidad debe llevarnos por derroteros distintos a los que recorre Laudan.

Las reglas procesales y probatorias se dictan y aprueban con pretensión de generalidad, para ser aplicadas a un elevado volumen de asuntos en el que intervendrán un no menos elevado número de jueces, fiscales, policías. Una visión no idealizada de la realidad pasa por aceptar que no puede partirse *a priori* de que todos los partícipes vayan a estar en posesión de óptimas capacidades sintéticas y valorativas y a actuar guiados por las mejores intenciones. Por ello, es epistemológicamente correcto excluir de antemano determinadas vías de conocimiento, pese a su eventual vinculación con el objeto procesal, si es posible sostener que por su naturaleza y características pueden propiciar abusos y multiplicar los errores valorativos.

En el concreto caso de las declaraciones prestadas en sede policial, de otorgarles rango probatorio no sólo se incentivaría la ampliación del espacio policial de investigación autónomo, como efecto reflejo. Además, habría una repercusión directa en la devaluación de la calidad de la información incorporada al proceso. Una de las peculiaridades del método de indagación y comprobación jurisdiccional es el enorme peso de los testimonios. Esto es, de un material altamente maleable y manipulable como la memoria. La psicología ha puesto de manifiesto la determinante influencia que ejerce la pregunta sobre la respuesta del preguntado²⁷. El interrogado responde de modo diferente, incluso opuesto, según si las preguntas son abiertas o cerradas; si contienen elementos desviantes o sugeridores; según la estructuración de la pregunta, su formulación verbal, el tono utilizado, la relación con el interpelante, etcétera. La relevancia de estos factores se acrecienta en determinados contextos, como el policial, caracterizado por una consustancial opacidad. Los interrogatorios policiales, a menudo se destinan no tanto a saber qué sucedió de verdad cuanto a confirmar una hipótesis. Por ello,

²⁶ Un capítulo aparte merecería el análisis del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 28 de noviembre de 2006, que reconoce a "*las declaraciones policiales practicadas legalmente valor de prueba si se reproducen en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción*".

²⁷ En lo que sigue, Igartua Salaverri, Juan.: "Valoración de la prueba y motivación racional", en *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Temis. Lima-Bogotá. 2009.

suelen ser interesados y unilaterales, articulados en base a preguntas cerradas, formuladas además en plan compulsivo y sugeridor, propicias para obtener respuestas complacientes para quien interroga.

En la práctica, el efecto *contaminante*²⁸ de esta primera declaración es incuestionable. Y a ello contribuyen ciertas carencias culturales de jueces y fiscales. “A la declaración inicial ante la policía suelen sucederle —ya en sede judicial— otras; lo que, por lo regular, induce al declarante a no apartarse de lo dicho en comisaría; o, en la misma onda, a perfeccionar las narraciones antecedentes —p.ej. ante el juez instructor— a fin de ganar en credibilidad, pero sacrificando de ese modo la espontaneidad y la fidelidad de las respuestas. A ello debe sumarse otra posible perturbación. Como la transcripción de las declaraciones efectuadas por el testigo (ante la policía o ante el juez instructor) no suele ser literal, puede ocurrir que, cualquier elemento (expresión, matiz, etc.) que aparezca en una declaración posterior y se separe de lo que consta en las diligencias o en el sumario, dé pie a que el testigo sea asaetado en el contrainterrogatorio ofreciendo una imagen de perplejidad o desorientación artificiosamente provocada y en detrimento de su credibilidad”²⁹.

Ello provoca, a la postre, la distorsión del juicio oral, pues no se pretenderá tanto obtener información del testigo a los efectos de confirmar alguna de las hipótesis en lid, cuanto hacer ver las supuestas contradicciones en que ha incurrido en sus sucesivas declaraciones, como si la existencia de la contradicción constituyera prueba necesaria de la veracidad de la primera declaración. Situación que trae causa del hecho de que en el fondo cultural judicial sigue latiendo la perniciosa idea de que a medida que avanza el procedimiento se pierde en espontaneidad, fundamentalmente por la entrada de las defensas, de ahí la relevancia de la primera declaración. Aplicando esta reflexión acerca de la declaración del testigo en sede policial a la declaración de la persona investigada se comprende el alcance y graves consecuencias de la deformación.

De todo ello se sigue, que la regla de inadmisión cumple un efecto preventivo de graves, y con frecuencia inevitables, distorsiones epistémicas. No resulta preciso acudir a complejos experimentos de laboratorio. La realidad procesal propia constituye una valiosa fuente de conocimiento. Máxime en un contexto institucional en que se confunden instancias de garantía y de indagación, merced a la subsistencia de la figura del juez instructor.

d) Lo que nos lleva a otra cuestión: la centralidad del contexto en el que se produce la prueba judicial. Laudan inicia el capítulo IX con un ejemplo ilustrativo de sus tesis. Sostiene que el sistema jurídico se ha convertido en algo complejo y anquilosado, contrario a su propia finalidad pese a que comparte con el modelo de investigación científica el objetivo principal de la búsqueda de la verdad. Afirma, a continuación, imaginando una investigación astrofísica, que no habría progreso científico en pos de esta meta si se excluyeran a priori conjuntos enteros de pruebas relevantes. Si un grupo de técnicos trabajaran en la solución del problema “¿es probable que la trayectoria de este asteroide lo haga colisionar con la tierra?”, es obvio que si se les dijera que no pueden realizar indagaciones por su cuenta para recopilar pruebas, que no pueden consultar fuentes externas, o que no pueden valorar determinadas pruebas relevantes, abandonarían la investigación por considerarla una farsa. El propio autor advierte, en todo caso, de las diferencias entre el método judicial y el científico. Pero no lo suficientemente.

28 Dicho sea en términos descriptivos y no valorativos. Este tipo de interrogatorios puede ser necesario, y con frecuencia lo es, a los efectos investigadores. Lo único que cuestionamos es que se les otorgue valor probatorio, por lo que advertimos de sus riesgos.

29 Igartua Salaverria, Juan.: Obra citada.

Tratándose de investigaciones científicas³⁰, la actividad probatoria desplegada se caracteriza, en principio, por el carácter ilimitado del tiempo en que han de ser probados los hechos, la posibilidad de revisar ilimitadamente las hipótesis fácticas si surgen nuevas pruebas o informaciones y la vigencia del principio de “inclusión”, en cuya virtud ha de admitirse toda prueba relevante. Frente a ello, la prueba judicial se singulariza por su carácter institucionalizado, por su subordinación a las finalidades del sistema penal, lo que, necesariamente, repercute en sus características y, consecuentemente, en su régimen. Ni se dispone de un tiempo ilimitado para investigar y confirmar, ni cabe revisar de forma indefinida las tesis. Por otro lado, el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la actuación judicial, sino el paso previo y necesario para tomar una decisión sustentada en la norma. Una decisión, que en el proceso penal, implica amparar o rechazar la pretensión estatal de castigo de un sujeto. La cuestión a responder es si el marco y la vocación institucionales exigen la matización del principio de “inclusión”.

Ciertamente, una perspectiva, directa o indirectamente cognoscitiva³¹ en la materia suele ir ligada a la regla de libertad de prueba. Ahora bien, en todo diseño procesal hay, entre otras³², reglas que excluyen o restringen la admisión de ciertas pruebas, impidiendo a las partes utilizar toda la información relevante de que dispongan, reglas que regulan el modo de formación y control de las pruebas, restringiendo la posibilidad de usar como prueba las informaciones recabadas a través de procedimientos distintos, así como reglas que obligan a que la actividad probatoria tenga lugar dentro de un tiempo predeterminado. Laudan propone un modelo de desregulación, entregando por completo la materia probatoria a las reglas de la epistemología. Sin embargo, ello supone depositar, de forma irrestricta, la confianza para la determinación del sustrato fáctico al que aplicar la norma en la entera subjetividad de los Jueces, y, en las contribuciones que competan, en mayor o menor grado, al resto de intervinientes estatales, con los peligros que dejamos señalados en 3.8. c).

Pero, además, gran parte de las concretas reglas que cuestiona el autor constituyen verdaderas garantías epistemológicas. Así, la inadmisibilidad del testimonio de referencia, la exclusión de las confesiones producidas en condiciones de legalidad dudosa o la exclusión de pruebas obtenidas mediante torturas. Y ello, al ser claro que la información adquirida a través de tales vías puede reputarse de baja o ínfima calidad. Pero es que, incluso las prohibiciones de fuentes o medios de prueba cuya meta principal es la preservación de otros intereses o valores (v.gr.: testigos privilegiados, pruebas obtenidas mediante la violación de determinados derechos fundamentales), en la medida en que se traducen en la quiebra del proceso justo no dejarán de generar dudas acerca de la fiabilidad de la reconstrucción histórica unilateralmente llevada a cabo. En otros términos: el sujeto de conocimiento no es un grupo de científicos que lleva a cabo continuamente múltiples ensayos y revisa una y otra vez sus hipótesis, sino un juez, incrustado en la estructura del Estado que pretende el castigo³³, armado de sus particulares intuiciones acerca de la verdad y de su posición institucional, que tiene que decidir, en un tiempo limitado, de una vez y para siempre, si un ciudadano es merecedor de reproche penal. En ese escenario, la existencia de algunos cauces, preestablecidos por el legislador, para homogeneizar y modular la actividad probatoria no es sólo legítimo sino epistemológicamente deseable³⁴.

30 En lo que sigue, véase Gascón Abellán, Marina.: *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons. Barcelona. 1999.

31 Me remito a la observación hecha en 3.8, *in fine*.

32 Según la clasificación de Gascón Abellán, Marina.: obra citada.

33 Esta es la permanente contradicción de los sistemas organizativos continentales de corte burocrático.

34 Cuestión distinta es el grado de racionalidad que haya presidido la labor del legislador procesal.

4. VERDAD Y DERECHO PENAL

4.1. En el ámbito de la teoría del derecho es tradicional la distinción entre derecho sustantivo o material y derecho adjetivo o procesal, de tal modo que el segundo no sería otra cosa que el vehículo a través del cual se actúa el primero. Sobre la base de esta diferenciación se ha llegado a considerar el derecho sustantivo como el sector del ordenamiento cargado de valores, por excelencia, y el derecho procesal como la parte del sistema normativo axiológicamente aséptica³⁵. De hecho, del texto de Laudan se desprende la idea de la desvinculación de uno y otro ámbito, de modo que el proceso, sustentado en exclusividad en los patrones de la racionalidad empírica, permitiría la obtención de la verdad necesaria para aplicar la norma.

Sin embargo, esta pretendida neutralidad se sustenta en una construcción puramente racional sin base fenomenológica. Por el contrario, la opción por un concreto modelo de proceso penal, en la medida en que éste puede ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profese sobre la orientación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre sí, y respecto del Estado³⁶. Existe así una evidente correlación entre derecho sustantivo y procesal.

En esta línea, Hassemer³⁷ ha sostenido que las normas fundamentales del derecho penal no sólo se contienen en el Código Penal, sino también en las leyes de enjuiciamiento criminal y en la Constitución, dado que el derecho penal no contiene sólo normas de determinación (mandatos y prohibiciones) dirigidas a los ciudadanos, sino también normas reguladoras de la actuación de los funcionarios públicos y jueces encargados de la investigación y enjuiciamiento de los delitos. En el Estado constitucional, la pena se erige como referente de todo el sistema, al conllevar su imposición la intervención de bienes jurídicos esenciales de aquéllos a los que se aplica. Por ello, encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal, de modo que *“esta rama del ordenamiento no sólo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de derecho, entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo”*.

4.2. Ello nos permitiría afirmar que todo juicio penal supone, en realidad, un doble enjuiciamiento: el de la persona acusada, al objeto de comprobar si, efectivamente, es responsable del hecho que se le atribuye a modo de enunciado hipotético, y el del Estado, con la finalidad de determinar si las fuentes de prueba, convertidas en medios, se han obtenido e incorporado al proceso para confirmar la hipótesis acusatoria regularmente y con sujeción al ordenamiento. Ejemplos de esta vinculación son los efectos que sobre la penalidad tienen las violaciones de derechos fundamentales cometidas durante el proceso. Paradigmático es el reconocimiento legal de la doctrina jurisprudencial introductora de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, que traduce la vulneración del derecho a un proceso sustanciado en un plazo razonable en la correspondiente reducción penalógica. Cauce que está aún por explorar y del que cabe esperar rendimientos en el futuro, como lo demuestra la Sentencia 535/2013, de 4.10.13, dictada por la

35 Serra Domínguez, M.: “Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesal)”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972: “Las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas... Las normas procesales deben únicamente garantizar que el derecho material se concrete de modo irrevocable a través de la declaración judicial en la forma más idónea posible”.

36 Fernández Entralgo, Jesús.: “Los principios procesales y procedimentales de la LO 7/1988”, en *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

37 Hassemer, Wierfried.: “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?” En *Persona Mundo y responsabilidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga en el denominado “Caso Malaya”, en la que construye una atenuante analógica por violación del derecho a la libertad personal, estimando que la insuficiencias motivadoras de las resoluciones judiciales que acordaron la detención de varios procesados, y, sobre todo, la injustificada transgresión del plazo de detención judicial de 72 horas, debe tener la trascendencia atenuatoria adecuada.

4.3. Pero la conexión entre lo sustantivo y formal encuentra otra vertiente: el de la capacidad genérica del supuesto de hecho de la norma penal para poder ser investigado y probado en juicio.

Ferrajoli³⁸ señala que los diversos modelos de control penal se articulan sobre la base de dos elementos: la definición legislativa de la infracción penal y la comprobación jurisdiccional de la misma. A partir de ahí distingue entre el modelo garantista y el autoritario, concebidos como modelos límite o ideales. El primero se identificaría por el carácter formal del criterio de definición de la conducta desviada y el carácter empírico de la hipótesis normativa, así como por el cognoscitividad procesal, entendido como la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica, en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación. Por el contrario, en el modelo autoritario lo característico sería la naturaleza sustancial del criterio de definición de la conducta y la índole no empírica de las hipótesis normativas; lo que se traduciría, en el momento jurisdiccional, en puro decisionismo, pues el objeto de la prueba no podría versar sobre afirmaciones sobre hechos sino sobre juicios de valor, por definición, no verificables ni refutables al no poder ser verdaderos o falsos. En consecuencia, dejaría de ser espacio de saber para convertirse en espacio de poder.

Parece claro, por tanto, que la estructura y contenido de la norma penal, determina necesariamente el tipo de proceso, la naturaleza de la actividad probatoria y, en última instancia, la esencia y fundamento de la decisión judicial. Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, por esa razón, forman parte del mismo pack normativo que define los espacios de libertad de los individuos al acotar el ámbito (espacial, temporal y material) en que es admisible su persecución y castigo. Constituyendo la traducción directa de un acto de poder, integran una unidad ideológica inescindible que acusa inevitablemente los rasgos del sistema político en el que se insertan. De ahí que en el Estado constitucional, como vimos en 3.4, del mismo modo que se instauran garantías procesales, se reconocen garantías penales cuya misión es la de limitar el Poder del Estado en el momento de la definición del ámbito de lo perseguible. Los principios de legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, necesidad, lesividad, culpabilidad y los relativos a los fines y cometidos de las penas, constituyen materializaciones de estas garantías.

4.4. La legislación penal, sin embargo, parece seguir un camino inverso. Sin ánimo de exhaustividad, y por lo que nos interesa, siendo indiferente el juego en cada caso de las mayorías políticas en las cámaras parlamentarias³⁹, el derecho penal de la globalización se viene caracterizando por la concurrencia de las siguientes notas⁴⁰:

a) Inflación de tipos penales que contemplan, cada uno de ellos, numerosas conductas típicas superpuestas mediante el empleo de verbos de contenido vago (“promover, favorecer, facilitar...”).

38 Ferrajoli, Luigi.: Obra citada.

39 Como demuestra Díez Ripollés, José Luis.: “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas”. *Boletín criminológico*. Instituto Andaluz Universitario de Criminología. Marzo. 2013.

40 Corcoy Bidasolo, Mirentxu.: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”. En la obra colectiva *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons. Barcelona. 2012. Y A. Riquert, Marcelo.: *Crisis penal*. Ediar. Buenos Aires. 2007.

b) Multiplicación de preceptos que operan la transformación funcionalista de las clásicas diferenciaciones dogmáticas (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia, etc...) fundadas en la imputación objetiva y subjetiva del delito.

c) Creación de tipos cuyo núcleo de prohibición ya estaba previsto en otro capítulo o de delitos autónomos respecto de circunstancias agravantes de diversos preceptos de la parte especial (v.gr: la organización criminal), lo que genera graves problemas concursales.

d) Expansión de delitos de peligro presunto, con lesión del principio de lesividad.

Es evidente, que estas técnicas de definición de la desviación penal, dificultan el hallazgo objetivo de la *verdad factual* de la norma.

4.5. En este estado de cosas, la modificación del Código operada por LO 5/2010 inoculó dos virus que el Proyecto de reforma, en la actualidad en trámite parlamentario en el Congreso, expande en el ordenamiento penal y que suponen, por una parte, una merma de las garantías del proceso y, por otra, una gradual pero intensa transformación de su objeto y, por ende, de la actividad probatoria. Así, y respectivamente, la tipificación de conductas que pugnan con el derecho a la presunción de inocencia y modifican las cargas probatorias inherentes al derecho fundamental y, sobre todo, la generalización de la aplicabilidad de las medidas de seguridad a personas imputables, lo que nos lleva directamente al enjuiciamiento de hechos futuros, aún no ocurridos.

a) Por lo que respecta al primer virus, la reforma introducida por LO 5/2010, con el pretexto de la lucha contra la delincuencia profesional, introdujo la falta reiterada de hurto en el artículo 623.1 CP⁴¹. El párrafo segundo de este apartado introduce una cláusula definitoria con arreglo a la cual: *“Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas”*.

Una falta cometida es aquélla que ya ha tenido lugar en el complejo espacio-tiempo, que tiene entidad histórica, y que es atribuible a la persona a la que se pretende aplicar la respuesta penal agravada. Si la presunción de inocencia opera *“...como el derecho del acusado a no sufrir condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”* (STC 81/1998, FJ 3º), no se ve cómo pueda conciliarse con el derecho fundamental la afirmación de que se ha cometido la falta cuando el hecho en que se subsume no ha sido declarado probado por una sentencia firme. El sintagma *“falta cometida no enjuiciada”* constituye una anomalía, una verdadera contradicción semántica desde la perspectiva constitucional. Pero la expresión *“falta cometida enjuiciada”* sigue siendo insuficiente, pues el término *“enjuiciada”* no equivale necesariamente, ni mucho menos, al más restringido *“sentenciada en firme”*.

La dicción legal permitiría que en el juicio en el que se pretende aplicar el supuesto agravado de reiteración se afirmara, a tal fin, la existencia de otras denuncias por faltas de hurto que han dado lugar a los correspondientes procedimientos, en trámite, o incluso la existencia de previas sentencias no firmes de condena. La aportación de la prueba documental pertinente podría acreditar, efectivamente, que tales denuncias o sentencias no firmes existen. La cuestión a dilucidar es si de tal dato cabría inferir que tales hechos se han *cometido* y que la persona cuya habitualidad se afirma es su autora. La respuesta ha de ser, obviamente, negativa: el procedimiento seguido

41 El párrafo primero del artículo 623.1 CP tiene la siguiente redacción: *“En los casos de perpetración reiterada de esta falta (hurto), se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado...”*. El párrafo segundo del mismo precepto se encarga de completar la disposición señalando: *“Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas”*.

para la sustanciación de las denuncias podría sobreseerse o concluir por sentencia absolutoria. O bien, la sentencia de condena podría ser revocada. En realidad, fueren cuales fuesen los medios de prueba practicados para la acreditación de los hechos, nunca tendrían, por definición, aptitud para destruir la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que tal destrucción sólo puede tener lugar en el proceso en el que se enjuician tales faltas.

Por tanto, si en un Estado Constitucional sólo tiene sentido predicar de una falta la cualidad de cometida cuando así lo ha declarado una sentencia firme, ha de concluirse que el mandato normativo creado por el legislador, al introducir en la descripción legal las expresiones “*falta cometida enjuiciada*” y “*falta cometida no enjuiciada*” alberga múltiples supuestos que implican una responsabilidad penal basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad. Contiene, en definitiva, una presunción en contra del acusado: la de que es autor de otras infracciones que aún no han sido juzgadas o ejecutoriamente sentenciadas. Dicha presunción, por lo demás, determina la agravación de la respuesta punitiva (localización permanente, con posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario). En definitiva, estaríamos afirmando que una persona merece más pena por la mera posibilidad, claudicante, de que haya podido cometer otras faltas. Desde otra perspectiva: la admisión, como “*cometidos*” de hechos delictivos que no han sido declarados probados como tales en sentencia firme, supone desnaturalizar el concepto mismo de proceso, pues la culpabilidad no es una realidad preexistente al proceso, sino su consecuencia.

Pese a lo anterior, un gran número de sentencias de apelación⁴² parten de la validez de la norma. En consecuencia, consideran suficiente para dar por acreditada la reiteración la existencia de otras denuncias.

El Proyecto profundiza en esta técnica. Y, con el mismo pretexto⁴³, introduce como agravante específica, para los delitos de hurto y robo, la ejecución del hecho “*cuando el autor actúe con profesionalidad*”, lo que se produce “*cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional*”. Del tenor literal se desprende que para colmar las exigencias de la agravación no es necesaria la realización de conducta alguna, sino simplemente la presencia de un concreto elemento subjetivo que impregne la acción del tipo básico lo que exigirá, bien la presencia de

42 Entre otras: a) Sentencia dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, 143/2012, número de recurso 111/2011, de 1 de febrero de 2012: “*Y en el presente caso, del atestado se desprende la existencia de las condiciones necesarias para apreciar la reiteración delictiva del denunciado en la comisión de faltas de hurto puesto que consta en la diligencia de habitualidad que el Sr Isaac ha sido denunciado en dos ocasiones por la comisión de una falta de hurto a lo largo del año 2011*”; b) Sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, 93/2012, nº de recurso 14/2012, de 30 de enero de 2012. El fundamento de derecho primero contiene el siguiente razonamiento: “*En el presente caso obra a folios 21 y ss. documentación relativa a las 10 faltas de hurto imputadas a la recurrente cometidas entre junio y octubre de 2011, por lo que se puede hablar de reiteración delictiva. Por ello necesariamente debe imponerse la pena de localización permanente, siendo ajustado a derecho y proporcional, a la vista del número de infracciones cometidas tan solo en cuatro meses, su cumplimiento en centro penitenciario*”. La “imputación”, por tanto, se hace equivaler a “comisión”; c) Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, sección quinta, 545/2012, nº de recurso 240/2012: “*...dos días después de los hechos, las denunciadas estaban realizando hechos similares en otro establecimiento, por lo que no puede decirse que haya existido arbitrariedad ni falta de motivación, no se trata pues, de una afirmación gratuita*.” Esto es, entiende correctamente construida la reiteración incorporando un hecho posterior al que es objeto de enjuiciamiento, que se da por acreditado sobre la base de la declaración de un testigo; d) Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, sección cuarta, 120/2012, nº de recurso 203/2012, de 13 de marzo de 2012. En la misma línea señala lo siguiente: “*La perpetración de la infracción de manera reiterada está descrita en el propio art. 623.1 del Código al indicar que se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas. No se trata de un supuesto de reincidencia, pero la reiteración ha de apreciarse cuando al enjuiciar la falta de hurto en cuestión, conste que el denunciado ha sido condenado o se siguen contra él diversas denuncias por la misma falta de hurto, y que las mismas hayan sido cometidas con una cierta proximidad temporal*”.

43 El arquetípico delincuente por convicción que obra profesionalmente.

capacidades adivinatorias en el juzgador, bien la realización de inferencias contrarias al derecho a la presunción de inocencia sobre las base de medios probatorios tales como denuncias preexistentes contra el sujeto.

Otra plasmación de esta concepción es la dicción del artículo 189.1. párrafo segundo c), que define la pornografía infantil como “*Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes*”. Si la “*tenencia*” o el “*acceso*” a la pornografía infantil constituyen delito, parece que la mera posesión de material en el que aparece una persona que *parezca* ser menor sería típica, con lo que la prueba de la mayoría de edad se trasladaría a la persona acusada, con violación del artículo 24.2 CE.

b) Pero, sin duda, el elemento verdaderamente perturbador, es la profunda reforma de las medidas de seguridad que, por lo que nos ocupa, afecta al juicio de peligrosidad. El artículo 95.1.2) del Proyecto mantiene idéntica redacción que el actual 95.1.2^a. Por tanto, exige que “*del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*”, esto es, un juicio de probabilidad referido a posibles comportamientos de una persona concreta. A este respecto, se ha dicho, con razón⁴⁴, que no existe constancia de que sea científicamente posible dar, ni por medio de estudios criminológicos ni por los restantes métodos empleados, un pronóstico sobre la probabilidad de que un sujeto concreto cometa un delito. Los pronósticos sirven tan sólo para determinar el porcentaje de delincuentes que, en una muestra determinada, pueden cometer la infracción, pero no valen para establecer *más allá de toda duda razonable* que una persona cometerá un hecho futuro.

En el modelo vigente, las medidas de seguridad encuentran su fundamento en la peligrosidad, si bien ello se basa en que las causas de inimputabilidad (20.1, 2 y 3 CP) son factores criminógenos y puede establecerse, de forma racional, una presunción de que, concurriendo la eximente, concurre también un pronóstico de reincidencia futura. Consecuencia de este planteamiento es que la medida de seguridad se aplica sobre dicho pronóstico, pero su duración y las condiciones de cumplimiento se hacen depender del componente terapéutico vinculado a la causa de inimputabilidad, de manera que la duración de la medida o el tipo de centro de cumplimiento se hacen depender, de forma flexible, de la evolución del tratamiento médico que constituya el contenido de la medida. La lógica es que si el tratamiento tiene éxito, la valoración de peligrosidad es menor. La peligrosidad criminal no actúa de forma autónoma en el sistema, sino vinculada al elemento de la necesidad terapéutica. Solo así se puede justificar que la duración de una privación de libertad, por internamiento, pueda ser superior en un inimputable que en un imputable (en abstracto), dadas las previsiones de los arts. 6.2 y 101.1 CP.

La reforma introduce la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas imputables y, por tanto, toda esa construcción se derrumba. La peligrosidad criminal pasará a operar de forma independiente y autosuficiente, determinando el contenido de las decisiones judiciales. Ahora bien, el concepto de peligrosidad, sin el complemento de la necesidad terapéutica, pone en peligro el principio de taxatividad, derivado del principio de legalidad, si el mismo es predicable respecto al momento judicial de determinar la consecuencia jurídica del delito. Por sí sola, la peligrosidad no es, en relación a la decisión judicial, un hecho a probar, sino una cualidad a declarar, un pronóstico de

44 Camarena Grau, Salvador: “El Anteproyecto de Código Penal y la criminología de la intolancia”, en *Boletín de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, 4º trimestre 2012.

futuro incierto, y eso comporta la existencia de inevitables déficits en la motivación y un elevado riesgo de arbitrariedad. Ello implica, en definitiva, un incremento exponencial del poder discrecional del juez en el momento de llenar de contenido el elemento nuclear del supuesto de hecho (la peligrosidad), de difícil, cuando no imposible, fiscalización.

La norma penal exige la realización de un diagnóstico y la formulación del correspondiente pronóstico. En la fase de diagnóstico⁴⁵, habrá de realizarse un estudio individualizado de la personalidad del sujeto y circunstancias vitales (formativas, culturales, ambientales, laborales...), así como del hecho cometido, a fin de detectar la existencia de signos indiciarios del riesgo de reiteración delictiva. En la fase de prognosis, se trata de formular ya el juicio de peligrosidad criminal. A tal fin, pueden emplearse varios métodos: el intuitivo, basado en las apreciaciones subjetivas del juez sin apoyo científico; el técnico, basado en procedimientos científicos; y el estadístico, basado en la aplicación de técnicas de predicción con ayuda del cálculo de probabilidades.

La hiperextensión⁴⁶ de las medidas de seguridad a personas plenamente imputables provocará una mutación del objeto procesal, de modo que, inevitablemente, adquirirán prevalencia las cuestiones atinentes a la personalidad del sujeto sobre las del hecho. Hecho que, a lo sumo, se valorará como mero síntoma de una personalidad potencialmente peligrosa, circunstancia elevada a verdadero objeto de intervención penal. Para la realización del debido diagnóstico será preciso adentrarse en la vida del sujeto, con lo que el riesgo de vampirización de la “peligrosidad criminal” por la peligrosidad social” salta a la vista: el juez puede ceder a la tentación de partir de estándares sociológicos estimando como indicio de probabilidad de daño futuro todo lo que resulte contrario o ajeno al modo de vida “mayoritario”. Por otra parte, es palmario que la inferencia será siempre y necesariamente abierta, con lo que el pronóstico no dejará de ser un ejercicio de voluntarismo.

Toda norma penal atribuye poder. Cuanto menor sea la verificabilidad fáctica de la norma, mayor poder atribuido. Poder que usurpa el espacio del saber. Derecho sin verdad⁴⁷.

5. EPÍLOGO. INTERROGATORIOS EN LA HABITACIÓN 101: LA PRUEBA P300

5.1. En diciembre de 2013, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza acordó someter al imputado, del que se sospechaba que había dado muerte a su mujer, cuyo cuerpo no aparecía, a la práctica de la prueba del potencial evocado cognitivo, conocida como P300. Dicha prueba se funda en la relación existente entre el potencial P300, una especie de impulso eléctrico en la actividad cerebral que se inicia 300 milisegundos después de que una persona detecte un estímulo informativo relevante o que le parece significativo, y la información que se le proporciona. A tal efecto, se registra la actividad fisiológica del sujeto interrogado mientras se le formula una pregunta y, a continuación, se le ofrecen varias alternativas de respuesta⁴⁸. Si el sujeto muestra, consistentemente, una mayor reacción psicofisiológica ante las opciones relevantes (v.gr:

45 Romeo Casabona.: *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Bosch. Barcelona. 1986.

46 Se generaliza la posibilidad de aplicación de medidas a una heterogeneidad de tipos delictivos que comprenden desde el terrorismo al hurto de uso de vehículos a motor, sin justificación criminológica.

47 Dejamos para otra ocasión el espinoso tema de la supuesta “libertad de interpretación” para los titulares del Poder Judicial, que abre un interesante interrogante que pone sobre la mesa Vives Antón: si todas las interpretaciones posibles de una norma son, a la vez, correctas y expresan lo que la norma verdaderamente dice, la interpretación verdadera es la que realiza cada juez que tiene la potestad de hacerla sólo y exclusivamente porque él puede establecer el auténtico sentido de la ley. Así, la verdad queda librada al poder de los jueces, y los ciudadanos expuestos al abuso.

48 En el caso en cuestión, cabe suponer que habrían preguntas del tipo: “¿Cómo murió su mujer?” y alternativas tales como “¿Se cayó por las escaleras? ¿La atropelló un coche? ¿Asesinada?”

las que se corresponden con la hipótesis inculpativa⁴⁹) que ante las neutras, cabría inferir que la información relacionada con el caso le resultaría significativa y, dando un paso más, verdadera, en la medida en que se correspondería con detalles del caso conocidos únicamente por él.

5.2. A mediados de febrero de 2014, la Audiencia Provincial de Zaragoza, constituida en pleno ante la relevancia del caso, resolvió el recurso de apelación que el imputado interpuso frente al acuerdo de la diligencia desestimándolo. La resolución, que afortunadamente cuenta con dos interesantes votos particulares, despachó la impugnación, tras un excurso, con la obligada cita jurisprudencial, sobre el significado del derecho a la no autoincriminación, en un brevísimo párrafo. En síntesis, estima que la diligencia tiene acomodo en el artículo 363 Lecrim⁵⁰ y que, comoquiera que el imputado prestó el consentimiento a su realización, debe primar el fin de averiguación de la verdad, sin perjuicio del valor probatorio resultante que deberá reflejarse *“en la resolución que recaiga y que ponga fin al procedimiento”*.

5.3. Siguiendo la diferenciación trazada en este trabajo⁵¹, la admisibilidad de la diligencia debe evaluarse desde dos perspectivas, aunque se encuentran vinculadas. Desde el punto de vista de la legitimidad, vulnera, frontal y flagrantemente la dignidad humana (artículo 10.1 CE). La prueba implica la conversión del sujeto investigado en objeto de indagación para el aporte dinámico de información mediante el empleo de una técnica que impide el control del individuo sobre sus respuestas. Convertido en mero objeto de observación, libertad y voluntad, elementos constitutivos del ser humano y presupuestos fundacionales como verdaderas asunciones de toda sociedad no totalitaria, quedan por completo anuladas. No es afortunada la comparación con la obtención de los perfiles identificativos de ADN del investigado, caso en el que el sujeto nada puede hacer para alterar el dato informativo. Ninguna acción dependiente de su voluntad podría alterar su información genética. Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa, lo que degrada al interrogado a la condición de cobaya es el hecho de haber sido colocado en una posición en la que es observado por el Estado sin poder controlar sus respuestas.

Además, e indisolublemente vinculado en este caso con el derecho anterior, la diligencia vulnera el derecho a la no autoinculpación (artículo 24.2 CE). No se trata del supuesto del análisis químico o del test alcoholimétrico, en el que no se emite una declaración, sino que se somete al sujeto a una diligencia para la obtención de un dato estático o no modificable en el momento de su captura, como el grado de impregnación alcohólica. En el supuesto que nos ocupa, el *subconsciente* es forzado a declarar contra la consciencia. No hay técnica más invasiva: antes de la verbalización, que implica el ejercicio de la libertad y de la voluntad, se proporciona la información.

Resulta, por otra parte, irrelevante la eventual prestación del consentimiento⁵²: algunos derechos fundamentales, por la magnitud de la lesión que se derivaría de su falta de ejercicio, no admiten renuncia alguna. Tratándose de la dignidad humana, siendo discutible su carácter de derecho fundamental autónomo, es indudable que constituye la base última del Estado constitucional, que se torna inviable si se prescinde de ella.

49 “¿Asesinada?”.

50 Dice la resolución: *“...si bien es cierto que el citado precepto únicamente se refiere a análisis químicos y pruebas de ADN, no lo es menos que, entiende esta Sala, que siempre que no se constriña la voluntad del sometido a tales pruebas o se afecte a su intimidad, es extensible a la práctica de cualquiera que, con inclusión de los medios técnicos más modernos, pueda arrojar luz sobre el delito investigado”*.

51 Dejamos a un lado las analogías con la prueba del polígrafo, sobre la que la STS nº 833/2010, de 29.10, declara que *“se trata de una prueba que no tiene reconocida ninguna validez en el ordenamiento jurídico español”*.

52 Más que dudosa en el caso concreto cuando el acta de declaración refleja lo siguiente, según reconoce la resolución: *“Que está en total desacuerdo con la prueba, que no quiere ser el conejillo de Indias, pero que si su Señoría lo ordena, él se somete. Que se somete por su orden, porque si no, qué iba a hacer”*.

La dignidad implica la imposibilidad de que el Estado trate al ser humano instrumentalmente respecto de sus fines y políticas. Al resultar inseparables, en el caso analizado, la dignidad y el derecho a no autoinculpación, ha de concluirse que el consentimiento carece de toda operatividad. El desconocimiento de ambos hace ilusorio el principio de igualdad de armas entre las partes, y la determinación de la verdad queda, en exclusiva, en manos del Estado.

5.4. Lo que nos lleva al examen de la fiabilidad de la diligencia. No nos detendremos en exceso en la cuestión, pero resulta llamativo que no se hayan tomado en consideración, tratándose de una técnica invasiva y novedosa, las conocidas *reglas Daubert*. No hay la menor alusión a elementos esenciales tales como el grado aproximado de controlabilidad y falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba; el porcentaje de error que tiene la técnica empleada o la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría y/o técnica entre los científicos del gremio. Se ha puesto de relieve que no existe consenso científico acerca de qué procesos cognitivos refleja exactamente la prueba, que se ve afectada por variables tales como el estrés, la edad y la presencia de patologías, que su virtualidad depende de que se preste gran atención al interrogatorio, que las tasas de detección disminuyen cuando los sujetos utilizan contramedidas para ocultar la onda P300, o que la misma no diferencia entre falsas memorias y recuerdos reales. Dejémoslo ahí, sin recurrir a todas las enseñanzas de la psicología del testimonio. La prueba, en el mejor de los casos, aportaría un indicio equiprobable (la activación de la onda como respuesta al estímulo es reconducible a la hipótesis de que el sujeto asesinara a su esposa, pero también al impacto emocional sufrido por verse sometido a la pregunta en el marco de un interrogatorio *oficial*, o a muchas otras). En esta tesitura, ¿está justificada la admisibilidad dada la eventual relevancia del medio para el descubrimiento de la verdad, como parece desprenderse del auto de la Audiencia Provincial, debiendo el juzgador, en su caso, otorgarle el valor acreditativo que estime oportuno?

5.5. La respuesta ha de ser negativa. Dejando a un lado los problemas, insalvables, derivados de la ausencia de cobertura legal, nos encontramos ante un método de investigación prohibido, dado su inaceptable grado de compromiso constitucional. Pero, además, los efectos epistémicos de la admisibilidad de un medio escasamente fiable, dotado de un falso marchamo de científicidad, son devastadores.

a) Dentro del cuerpo judicial es imprevisible el peso probatorio que acabará otorgándose a la prueba. No es descabellado pensar que se emplee el conocido par de comparación “a efectos instructores y a efectos de sentencia”, lo que, en la práctica, se traducirá en que numerosos sujetos investigados sufran medidas cautelares tales como la prisión preventiva de difícil reparación posterior, aun cuando la sentencia sea absolutoria. Tampoco es irrazonable estimar que se utilice la fórmula de que diversos indicios integran una prueba suficiente, cuando el caso exigiría concluir que varios indicios débiles no permiten realizar una inferencia dotada del suficiente grado de conclusividad. O, con mayor claridad: la suma de varias pruebas malas no hacen una buena. O, finalmente, que el palpito⁵³ de que nos encontramos ante el verdadero autor pueda materializarse en la condena gracias a la cobertura de la prueba. Pero, más inquietante aún, es el impacto mediático y su efecto reflejo sobre el juzgador.

b) En nuestras sociedades, la apariencia de científicidad implica, en demasiadas ocasiones, el reconocimiento de un prestigio inmerecido. Proliferan *expertos* de toda índole cuyas opiniones son respetadas por la opinión pública por la aureola

⁵³ El instinto es un método de adquisición de conocimiento más frecuente de lo que se piensa. Al pasar del contexto de descubrimiento al de justificación dispondríamos de una polivalente prueba científica.

que les rodea de un supuesto conocimiento científico que les otorga invulnerabilidad. La ciencia pasa a convertirse así en la nueva magia. En este contexto, si ya ha calado la idea de que el “detector de la onda P300” puede leer tu cerebro⁵⁴, la sociedad no comprenderá jamás que en el concreto caso de asesinato sometido a enjuiciamiento el Tribunal no otorgue valor alguno a tan “exacta” pericia. Ello seguirá agrandando la brecha existente entre el conocimiento judicial y el pretendido sentido común supuestamente inherente a la condición de ciudadano o el profundo sentido de la justicia que sólo las víctimas poseen. ¿Cabe descartar que en algún asunto que haya alcanzado el rango de mediático el juzgador no acabe cediendo a la presión y utilice algunos de los esquemas argumentales arriba citados?

Siendo considerables los riesgos, parece aconsejable partir de la regla de exclusión, por las inseparables razones epistémicas y no epistémicas que he ido analizando en este trabajo. A cuyos efectos convendría que el legislador fijara definitivamente un marco general y explicara a la opinión pública, en lugar de abandonar al juzgador a su suerte, porqué el argumento: “*¿Qué problema hay? Un inocente no tiene nada que ocultar*”, no es un principio político desde el que quepa diseñar un sistema de convivencia. Y es que, tras ser convenientemente interrogado en la habitación 101 del Ministerio del Amor, Winston Smith acabará creyendo que 2 más 2 “...a veces son cinco. Y otras, tres. Y en ocasiones son cuatro, cinco y tres a la vez”⁵⁵. Lo que demuestra que cuando la determinación de la verdad queda en exclusiva en manos del Estado, lo que equivale a decir sin garantías, verdad y poder se confunden.

54 Y así parece a tenor de lo que publican los medios de comunicación, que han acogido con entusiasmo la novedad.

55 Orwell, George.: 1984. Destino. Barcelona. 2009.

EL ABORTO Y LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: EL CASO CONCRETO DEL NASCITURUS CON DISCAPACIDAD

José Manuel VIDAGANY PELÁEZ

I. CONCEPCIÓN HISTÓRICA DEL ABORTO

El debate entorno al aborto es una de las cuestiones jurídicas que más ha tendido a la politización, influyéndose de connotaciones externas al Derecho, donde factores sociales, culturales, religiosos y demográficos han intentado justificar una u otra postura.

Reminiscencias de este tema podemos encontrarlas desde la antigua Grecia, donde en alguna etapa el aborto llegó a considerarse beneficioso para evitar el aumento descontrolado de población¹, o en el propio Derecho Romano², donde no se castigó el aborto hasta la época imperial, por cuanto anteriormente existía el concepto del feto como *mulieris portio vel viscerum*.

Siguiendo con esa línea, el aborto tampoco era admitido por Hipócrates y su escuela³, y por tanto, el juramento hipocrático encerraba una promesa de no adoptar ninguna medida destinada a interrumpir el embarazo.

No cabe duda de que el cristianismo⁴, si analizamos el fenómeno desde la perspectiva histórica, ha tenido una influencia decisiva en muchas culturas, donde se prohibía cualquier práctica abortiva. Así, el Código Justiniano cita el feticidio asimilándolo al homicidio.

En cualquier caso, no sólo ha sido la fe cristiana, sino que manifestaciones en esa esfera de moral religiosa las encontramos en la doctrina Budista o las antiguas religiones indias que prohibían el aborto.

En el caso concreto de España, ese componente jurídico-moral del legislador nacional se ha transmitido hasta fechas muy recientes, participando de una forma decisiva en esta cuestión, intentando trasladarla a una esfera de lo moral y con una visión muy determinada de la vida, el alma humana, las relaciones de pareja, la mujer y el pecado. En estas tendencias, que llegan hasta nuestros días, se afirma que la doctrina constitucional ha consagrado un bloque de leyes y sentencias de jurisprudencia sustentadas en la negación del carácter de persona al no nacido, concluyendo que “se abre la puerta decisivamente hacia una consideración

1 Nuñez Barbero, Ruperto, «Significación y trascendencia actual del sistema romano de la “portio mulieris” en el aborto consentido», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n.º 4-mayo, 1990, p. 123.

2 Cuello Calón, Eugenio, *Tres temas penales*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1955, p. 9.

3 Hipócrates de Cos (en griego: Ἱπποκράτης, Cos, c. 460 a. C.-Tesalia c. 370 a. C.) fue un médico de la Antigua Grecia que ejerció durante el llamado siglo de Pericles. Es considerado una de las figuras más destacadas de la historia de la medicina y muchos autores se refieren a él como el «padre de la medicina» en reconocimiento a sus importantes y duraderas contribuciones a esta ciencia como fundador de la escuela que lleva su nombre. Esta escuela intelectual revolucionó la medicina de la Antigua Grecia, estableciéndola como una disciplina separada de otros campos con los cuales se la había asociado tradicionalmente (notablemente la teúrgia y la filosofía), convirtiendo el ejercicio de la medicina en una auténtica profesión.

4 Encíclica Sedes de Pío IX, considera el aborto como un feticidio, es decir, un atentado contra el quinto mandamiento (“no matarás”).

puramente fisiológica de la procreación humana, privándola de su carácter espiritual y sobrenatural”⁵.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ABORTO EN ESPAÑA.

España, que siempre ha sido un país con tendencia al debate encarnizado y la confrontación de las ideas a través de la radicalización de mensajes, como muestra el convulso siglo XIX en el ámbito constitucional, no podía quedar al margen de este debate, entrando nuestro legislador en la materia influido por condicionantes ideológico-políticos.

El Código Penal español de 1822 en sus artículos 639 y 640 establecía penas de reclusión en distinto grado, que podían alcanzar los 14 años, para los profesionales que lo facilitaran, así como de hasta 8 años para las mujeres embarazadas que abortaran, aunque durante la II República Española se despenalizó la práctica del aborto.

Posteriormente, y bajo el régimen totalitario, nuestro país volvió a recurrir al derecho penal como instrumento para controlar la natalidad, las relaciones sexuales y la libertad de sus ciudadanos, conformándose en ese sentido todo un entramado legislativo de privación de libertades, pudiendo citarse entre otras la *Ley de 24 de enero de 1941 sobre protección de la natalidad*, donde se aumentó las penas del delito de aborto e incluso se crearon nuevos tipos que sancionaran los meros actos preparatorios de la interrupción del embarazo⁶.

Con la entrada de la democracia y la aprobación de la Constitución española, entra en nuestro ordenamiento toda una carta de derechos fundamentales de los individuos, avanzándose en la despenalización del aborto por medio de la *Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos*, norma que nos introduce en otro debate, mucho más interesante y asentado en Derecho, donde se plantea la cuestión desde la óptica de la preeminencia de intereses dignos de protección, como es el derecho a la vida del feto y la libertad de la mujer para planificar su sexualidad, como tendremos ocasión de analizar.

El antiguo artículo 417 bis del Código Penal se introdujo por la *Ley Orgánica 9/1985*, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, de 11 de abril, donde se declaraba disconforme con la Constitución Española ciertos aspectos del originario proyecto de Ley de despenalización parcial del aborto, no en razón a los supuestos que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias derivadas del artículo 15 CE, como dice el Constitucional.

Esa importante STC 53/85 hizo una clara distinción entre los derechos que pudieran corresponderle al nasciturus y la protección del feto. En ese sentido, declaró que el término “todos” del artículo 15 CE era equivalente al de “todas las personas”, empleado en otros preceptos constitucionales y que, en consecuencia, el nasciturus no resultaba ser sujeto titular del derecho a la vida.

Sin embargo, y partiendo de esa premisa, el Tribunal Constitucional entendió que la vida era un valor constitucionalmente protegido por el propio artículo 15 CE, por lo que el feto, como embrión de vida humana, quedaba incluido en dicha protección. Así, la protección constitucional de la vida del feto suponía la necesidad de sancionar penalmente ciertas conductas que atentasen contra ella, siempre y en todo caso,

5 Peris Cancio, José Alfredo, «El matrimonio y la familia en la actual situación cultural, social y jurídica española», Reig Plá, Juan, *Preparación al Matrimonio Cristiano*, Madrid, Editorial EDICE-Conferencia Episcopal Española, 2001, pp. 38 y 39.

6 Lorenzo Copello, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

ponderando en cada caso los bienes y derechos que justificaban cada uno de dichos supuestos.

El artículo 417 bis⁷ configuraba tres supuestos en los que la práctica del aborto dejaba de ser delito, encontrándonos los llamados casos terapéuticos, éticos y eugenésicos. Como veremos, en todos ellos prevalece una visión muchas veces paternalista y machista del legislador —recordemos que nos encontramos todavía en el año 1985—, que camufla un concreto interés de protección a la mujer, salvaguardando su honor o su equilibrio emocional, más que la propia libertad del individuo para delimitar y planificar sus relaciones sexuales y familiares.

El primero de los supuestos poseía el siguiente tenor literal: “que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso”.

En este caso, y siguiendo las recomendaciones del Tribunal Constitucional, se añadió en el Proyecto legislativo que debía preceder informe de un especialista médico, salvo casos de riesgo vital para la gestante.

El segundo de los supuestos es el denominado ético, y comporta la despenalización del aborto cuando “el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado”.

En este caso, el Tribunal Constitucional determinó que era suficiente la denuncia previa, no siendo exigible, esperar a la comprobación judicial, ya que debido a la duración media de estos procedimientos, de condicionarla a ese requisito judicial, quedaría ilusoria esta posibilidad de abortar.

El último de los supuestos de despenalización del aborto, que venían regulados en la legislación anterior, era el denominado eugenésico, y que hacía referencia a los casos en que se presuma que “el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

A raíz de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, este supuesto también sufrió modificaciones respecto de su originaria redacción, ya que antes se decía “que sea probable” y finalmente se concretó en “que se presuma”, extremo que apunta a un menor rigor en su exigencia. Otro de los cambios, fue el requisito de que ese dictamen fuera emitido por dos especialistas, pero pertenecientes a centro hospitalario acreditado al efecto.

A partir de esa significativa sentencia del Constitucional, algunos autores han intentado justificar la imposible despenalización del aborto sustentado en un sistema de plazos, bajo el inconsistente argumento del citado pronunciamiento, y que con el mismo, se acotaba en exclusiva la legitimidad constitucional de esos supuestos. A este respecto, y con acierto, quedaba claro “que la citada sentencia, como todo pronunciamiento del alto Tribunal, venía condicionada por la ley que se sometía a su consideración, basada

7 El artículo 417 bis del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973 no fue derogado por la reforma operada con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de conformidad con su Disposición derogatoria 1ª.

en un sistema de supuestos, por lo que no puede entenderse que esté excluida sin más la legitimidad de un sistema de despenalización basado en plazos”⁸.

En definitiva, el bien jurídico que se protegía con la penalización del aborto era la vida humana, si bien no pocos autores han añadido especificidades a esa vida, por su condición de no nacido. A ese respecto, algunos la han justificado con el argumento de vida “dependiente”, para diferenciarla de la vida de las personas (ser humano nacido), mientras que otros se inclinan por el término de “vida prenatal”⁹, para identificar de forma precisa el momento del desarrollo vital del ser humano al que se vincula el delito de aborto.

En septiembre de 1998 tuvo lugar en el Congreso de los Diputados un tenso debate sobre la posibilidad de despenalizar el aborto, que finalmente no fructificó, y por el que se pretendía introducir un cuarto nuevo supuesto o también llamado económico-social¹⁰, que en la práctica se configuraba como la aceptación del mismo, cuando éste entrañaba una dura carga para la madre, al encontrarse en un difícil estado económico o social. Quienes defendía esa postura, lo hacía sobre la base de la situación discriminatoria en la que se situaban miles de mujeres, que por razones económicas no podían trasladarse a otros países donde sí que se practicaba el aborto con las debidas garantías sanitarias, careciendo de eficacia penal la norma. Se trataba de hacer visible una hipocresía legislativa de la sociedad.

Con el transcurso de los años, y principalmente los cambios políticos, el legislador ha ido tomando conciencia de la necesidad de proteger con mayor amplitud el derecho de las personas, principalmente de las mujeres, a gestionar su propia fecundidad sin interferencias de terceros, comenzando por el propio Estado. Ésta es la idea que precede a la aprobación de la *Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, en cuyo artículo 3 se determina que “en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes”.

La *Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, que entró en vigor el día 5 de julio de 2010, tiene como objetivo principal garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y salud reproductiva, fijados por la Organización Mundial de la Salud.

Son los artículos 13, 14 y 15 los que despenalizan la práctica del aborto inducido, estableciéndose un tipo general durante las primeras 14 semanas del embarazo, que se ve aumentado hasta las 22 semanas en caso de “graves riesgos para la vida o la salud de la madre o el feto”. A partir de la vigésima segunda semana, sólo podrá interrumpirse el embarazo en caso de que se detecten anomalías en el feto incompatibles con la vida o que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico¹¹.

Bajo ese principio de protección de la mujer y su salud, el artículo 13 recoge los requisitos necesarios para garantizar una correcta interrupción voluntaria del embarazo,

8 Espín Templado, Eduardo, *Derecho Constitucional*, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994. p. 197.

9 Término que proviene del desarrollo jurisprudencial de Magistrados del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) Mahrenholz y Sommer.

10 Vidagany Peláez, José Manuel y Vidagany Peláez, Amparo, «Debate alrededor del aborto», *Revista Enfermería Integral*, Ilustre Colegio de Enfermeras de Valencia, n° 49, 1999, p. 36.

11 Lloria García, Paz, «Las propuestas de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 11, 2009, p. 11

exigiéndose que se practique por un médico especialista o bajo su dirección; que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado; que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la *Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

Estamos ante una Ley que opta por un sistema mixto de plazo-indicaciones, que siguiendo los argumentos tradicionales, concede mayor libertad y autonomía a la mujer, garantizando la seguridad jurídica en la medida de que dicha autorización no dependen de terceros agentes, sino de una reflexión libre e informada, es decir, del máximo respecto a la libertad sexual y la planificación familiar que pueda realizar la mujer¹². Junto con esto, como hemos tenido ocasión de analizar, se han dejado los supuestos terapéuticos, eugenésicos y los de falta de viabilidad del feto, dentro de ese sistema de indicaciones.

III. EL ABORTO COMO FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Es evidente que todo aborto conlleva una situación de conflicto jurídico y moral, pero abstrayéndonos de los posicionamientos más extremos y polarizados respecto de la cuestión, debemos analizar la confrontación de derechos que se produce con el reconocimiento del aborto, tal y como está regulado en la actualidad.

Desde la esfera del derecho constitucional, el reconocimiento de la vida es un derecho plenamente consolidado en nuestro ordenamiento, y tras la doctrina jurisprudencial que hemos analizado del Tribunal Constitucional, está claro que el nasciturus es un sujeto digno de protección legal. A partir de ahí, las iniciales justificaciones “paternalistas” del legislador para mantener los supuestos de despenalización del aborto, con un encaje constitucional menos concreto, han evolucionado hacia una apertura de miras y racionalización del debate.

Es en este punto donde verdaderamente se produce el paso decisivo hacia la configuración de un nuevo derecho, que pretende evitar las situaciones de violencia generadas contra la mujer, por considerarla un sujeto subordinado, dominado y con unos derechos limitados o condicionados a la esfera privada.

A nivel internacional se ha venido conformando una nueva categoría de derechos sexuales y reproductivos, con los que garantizar los derechos de la mujer y evitar situaciones de violencia derivadas del aborto, ya sea por pretendidas imposiciones gubernamentales basadas en elementos demográficos, como por su negación al ejercicio libre de la mujer. Estos derechos sexuales y reproductivos son concebidos como derechos de autonomía y de libertad de la mujer, y bajo ese prisma, cuestionan la relación entre las mujeres y el Estado, sustrayéndolos de la esfera privada y trasladándolos al ámbito de lo público, como ejercicio de la libertad sobre el propio cuerpo como un medio para la igualdad¹³.

Fue justamente las Naciones Unidas en la Conferencia sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) quien definió estos nuevos derechos sexuales y reproductivos, hablando concretamente de los derechos de las mujeres y los hombres a tener control respecto de su sexualidad, a decidir libre y responsablemente sin verse sujetos a la coerción, la discriminación y la

12 Lloria García, Paz. op. cit. p. 12.

13 Mestre i Mestre, Ruth M, «Derechos sexuales y derechos reproductivos», Fabregat Monfort, Gemma, *Mujer y Derecho. Jornadas de igualdad de la Facultad de Derecho – Universitat de València*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. p. 242.

violencia¹⁴. En ese mismo aspecto, se encuentran otras exigencias como la necesidad de alcanzar un nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, así como dotar de los mecanismos necesarios para una información y educación responsable.

La Conferencia sobre Población y Desarrollo ratificó el derecho de las mujeres a controlar su propia fecundidad a través del acceso y la información sobre métodos anticonceptivos, siendo el Programa de Acción emanado de esta Conferencia el que se comprometía a “promover la equidad y la igualdad entre los sexos y los derechos de la mujer, así como a eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de que sea ella quien controle su propia fecundidad”.

En esa Conferencia, concretamente en el Principio 4, se subrayaba la necesidad de que los derechos humanos de la mujer debían ser parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales, exigiendo la plena participación de la misma en condiciones de igualdad, reclamando igualmente, la intervención por igual de la mujer en la vida productiva y reproductiva.

Las Naciones Unidas entendieron que la discriminación social que sufre la mujer sólo podía resolverse con medidas educativas, culturales y políticas, que tendieran hacia el igualitarismo, mejorando la condición de la mujer y favoreciendo sus capacidades para adoptar decisiones libres a todos los niveles y en las distintas esferas de su vida, principalmente, y como señala la citada Resolución de El Cairo, sobre la sexualidad y reproducción.

Por su parte, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer aprobó la llamada Plataforma de Acción Mundial, donde se confirman los trabajos de El Cairo. Aquí se vuelve a incidir en la existencia de un sesgo de género en la sociedad, que permite las diferencias de género y el aumento de las desigualdades entre mujer y hombre, al reforzar las tendencias discriminatorias, principalmente y como se indicaba anteriormente, por la falta de educación sexual y la salud reproductiva existente en muchos países.

Dos son los factores que influyen en este cambio de mentalidad social respecto de la sexualidad de la mujer, y que posteriormente afectan al legislador. Por un lado, la visibilidad de los derechos de la mujer en la esfera sexual, reconociendo la existencia de dos sujetos activos en las relaciones (hombre – mujer). Junto con ello, el trabajo desarrollado por el movimiento feminista, denunciando la situación de desigualdad y de poder entre los géneros, la cual se manifiesta en todas las esferas de la vida, imponiendo unos roles y unas clasificaciones basadas en la superioridad del género masculino, donde la mujer era reducida a un mero objeto pasivo reproductivo en la relación, que carecía de poder de disposición sobre su cuerpo y sexualidad.

Como se puede observar en la despenalización del aborto, durante la época democrática de nuestro país, y así hemos tenido ocasión de señalar, en un primer momento, el legislador mantenía un cliché paternalista sobre la materia, donde imponía una conducta sexual frente a la mujer, y sólo en los supuestos donde peligraba su vida o se había producida una situación de deshonor (agresión sexual), cabía entender lícita la interrupción del embarazo. En este sentido, y sería un argumento que refrendaría el ámbito de actuación delimitado por la *Ley Orgánica 2/2010*, en la actualidad se había tendido por aquellas doctrinas¹⁵ que incluyen dentro de ese concepto de derechos sexuales y reproductivos muchas más circunstancias, que el simple derecho al aborto, los anticonceptivos y la planificación familiar, englobando también otros elementos que no pueden separarse de la sexualidad, como el consentimiento informado y la

14 Maoño, Cristina y Vázquez, Norma, «Derechos sexuales y reproductivos», Pérez de Armiño, Karlos (coord.), *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Barcelona, Icara y Hegoa, 2001.

15 Shallat, Lezak. «Derecho de la vida». *Revista Mujer y Salud – Santiago de Chile*, n.º 3, 1993.

calidad de los servicios sanitarios o asistenciales prestados, con lo que el sujeto de ese derecho se vería ampliado no sólo a las mujeres, sino también a los hombres, las parejas, los matrimonios, los adolescentes, los homosexuales y lesbianas, así como otros colectivos.

IV. PASOS PARA UNA NUEVA MODIFICACIÓN POLÍTICO-LEGISLATIVA EN ESPAÑA

Desde ciertos sectores sociales se vio con recelo la reforma del aborto introducido por la *Ley Orgánica 2/2010*, y a partir de ese momento, se ha producido todo un movimiento de rechazo frontal a la misma, promovido principalmente por las organizaciones más próximas a los movimientos católicos. Sus argumentos, están asentados en premisas de contenido religioso, y lo que buscan en definitiva, es configurar un Estado de derecho sustentado en una determinada moral, que respetable en otras esferas privadas de la vida, no puede convertirse en referente de modelo de Estado democrático, por cuanto además, constituyen una vulneración de los derechos y la dignidad de la mujer.

En marzo de 2012, el ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, acuñó un nuevo concepto pseudo-jurídico para avalar un retroceso en los derechos sexuales de la mujer, como es la “violencia estructural” que lleva a las mujeres a abortar. Bajo esa premisa, el Gobierno central parece que quiere configurar una nueva regulación política del aborto en España, donde no sólo se derogaría la *Ley Orgánica 2/2010*, sino que con el Anteproyecto impulsado en diciembre de 2013¹⁶ se retrotraería a situaciones de desamparo constitucional anteriores a la *Ley Orgánica 9/1985*.

Afirmaciones realizadas por el ministro de Justicia, tales como que “la legislación sobre el aborto de casi toda la Unión Europea es éticamente inconcebible” o interpretaciones doctrinales totalmente ajenas a la postura constitucional ya analizada sobre el prenatal, son en su conjunto, una forma de desprotección de la mujer y de introducir en la legislación aspectos de conciencia moral privados, que deben quedarse en la esfera de lo individual.

V: EL CASO CONCRETO DE LOS NASCITURUS CON DISCAPACIDAD.

Resulta cuanto menos paradójica y digna de estudio, la situación que se ha producido respecto de la posible derogación del aborto en los supuestos terapéuticos, eugenésicos o falta de viabilidad del feto, es decir, aquellos que en este momento vienen establecidos en el sistema mixto de plazo-indicaciones de las 22 semanas, o para los casos graves, a partir de la vigésima segunda semana sin limitación.

Han sido justamente las asociaciones ciertamente representativas en materia de discapacidad, como el Cermi¹⁷ o Down España¹⁸, las que más se han posicionado a

¹⁶ Ministerio de Justicia, *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*, informado por el Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 2013.

¹⁷ El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, más conocido por sus siglas, CERMI, es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad, más de 3,8 millones de hombres y mujeres, más sus familias, que conscientes de su situación de grupo social desfavorecido, deciden unirse, a través de las organizaciones en las que se agrupan, para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de componentes de la sociedad. El CERMI es la plataforma de encuentro y acción política de las personas con discapacidad, constituido por las principales organizaciones estatales de personas con discapacidad, varias entidades adheridas de acción sectorial y un nutrido grupo de plataformas autonómicas, todas las cuales agrupan a su vez a más de 6.000 asociaciones y entidades, que representan en su conjunto a los 3.8 millones de personas con discapacidad que hay en España, un 10% de la población total. www.cermi.es.

¹⁸ Down España se constituye como Federación el 23 de abril de 1991. A través de nuestras 83 asociaciones,

favor de esta desregulación del aborto en los supuestos donde exista la posibilidad de que el niño nazca con discapacidad, entiéndase los casos no graves.

El argumento legal empleado por estas organizaciones, y que ha hecho suyo el ministro de Justicia, es que los discapacitados deben tener los mismos derechos que el conjunto de los españoles, defendiendo este principio tanto para aquellas personas que han nacido como para las que están en proceso de nacer. En ese sentido, las organizaciones representativas de la discapacidad en España mezclan argumentos jurídicos totalmente asentados en el derecho a la igualdad de todos los individuos, reforzados en aquellas personas que padecen algún tipo de discapacidad, con resoluciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, donde se cuestionan ciertos aspectos discriminatorios de la *Ley Orgánica 2/2010*.

Como axioma inicial para afrontar esta discusión, debemos tener claro que la Constitución hace referencia en el artículo 49 a los derechos de las personas con discapacidad, dentro de los llamados principios de la política social y económica, los cuales necesitan de un desarrollo legislativo posterior. Sin embargo, de la lectura de ese artículo se extraen dos conclusiones:

- a) Que existe un concepto que debe de cobrar eficacia directa e inmediata como concurrente de algún otro derecho constitucional.
- b) Que además se requiere de una regulación específica, a través de la cual, asentar los objetivos básicos de la política social española en relación a ambas figuras, cuestiones que se han ido desarrollando durante estos años, y que en relación a la atención de las personas con dependencia tiene su punto culminante en la Ley que estamos estudiando.

Pero para complementar adecuadamente este apartado, es imprescindible vincular el derecho programático enunciado en el artículo 49 CE con el principio de igualdad, este último como “elemento definidor de la noción de ciudadanía”¹⁹, tal y como también sucede con el concepto de género. Siguiendo esa interpretación integral de la Constitución, debemos enlazar el artículo 49 CE con lo establecido en el artículo 9.2 CE, en cuanto que se indica que los poderes públicos promoverán las condiciones de igualdad del individuo y de los grupos para que la libertad e igualdad de todos sea real y efectiva²⁰, así como con la prohibición de discriminación del artículo 14 CE.

De esta forma, la discapacidad pasa de entenderse como un simple derecho programático, por el que se encomienda a los poderes públicos una determinada actividad, para convertirse en un auténtico tránsito hacia la igualdad de oportunidades y no discriminación. Así, debe concebirse “no desde las limitaciones de las personas discapacitadas en sí mismas consideradas, sino desde aquella que tiene una sociedad para no ajustarse a las diferencias que supone la discapacidad y para todos los ciudadanos”²¹.

estamos presentes en todas las Comunidades Autónomas, lo que nos convierte en la única organización de síndrome de Down de ámbito nacional en nuestro país. Se ha convertido en la organización de referencia del síndrome de Down en España e Iberoamérica, así como pertenece a asociaciones de ámbito internacional como la *European Down Syndrome Association* y *Down Syndrome Internacional*, siendo miembro fundador de la *Federación Iberoamericana de Síndrome de Down* y del Instituto Iberoamericano de Investigación y Apoyo a la Discapacidad. www.sindromedown.net

¹⁹ Entre otras muchas la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 12/2008, de 29 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069/2007.

²⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2000. p. 1118.

²¹ Garrido Pérez, Eva, «El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y*

Con este planteamiento, podemos llegar a entender que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en las observaciones finales que realizó al Gobierno de España en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011, pidiera que se suprimiera la distinción hecha en la *Ley Orgánica 2/2010*, en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente, no en los casos graves.

Además, tendremos una mejor perspectiva de la situación si acudimos al Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad²² emitido por el Cermi, donde argumentaba y recomendaba al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU que considerara discriminatorio el citado artículo 15 de la *Ley Orgánica 2/2010*, por cuanto vulneraba el artículo 2, párrafo 3º de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, donde se establece el concepto de discriminación, como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

Este Comité internacional, sin entrar sobre la posible existencia de razones objetivas que conforman dicha distinción entre los supuestos de aborto, admite la discriminación por una cuestión exclusivamente de plazo. Pese a ello, y profundizando en nuestro estudio, debe quedar claro que detrás de toda esta articulación promovida por ciertos sectores de la discapacidad en España, no se esconde sólo la supuesta defensa del principio efectivo de igualdad respecto del plazo legalmente establecido en la *Ley Orgánica 2/2010*, como intenta justificar la recomendación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino más bien, su propósito es hacer inviable, desde el punto de vista objetivo y sanitario, la posibilidad de que se realicen abortos en supuestos de prenatales con discapacidad.

Es decir, estas organizaciones buscan que se prohíba el aborto en los casos donde el prenatal pueda padecer una discapacidad, principalmente aquellas que hacen referencia al Síndrome de Down. Y esto es así, porque el juego de los plazos haría inviable desde el punto de vista científico la posibilidad de realizar un aborto.

La triple screening es el recurso sanitario con la que se permite conocer, a través de una prueba no invasiva (análisis de sangre), la probabilidad de que el feto sea portador de alguna anomalía cromosómica como Trisomía 21 (Síndrome de Down), Trisomía 18 (síndrome de Edwards) o algún defecto del tubo neuronal como espina bífida. La fiabilidad de la prueba no es muy elevada, además de que se trata del encaje de los datos en un estudio estadístico, y sobre todo, la misma tiene directa relación con la fecha de gestación en la que se realice.

Partiendo de ese resultado, y si el mismo da un índice de probabilidad de riesgo alto, se recomienda seguir con estudios más concluyentes, pero invasivos, como es la amniocentesis. Las características y complicaciones de esta prueba, y ahí estriba el juego de los plazos planteados por estas organizaciones de la discapacidad, es que la misma conlleva un elevado riesgo de ruptura de la placenta, por lo que no puede realizarse hasta una determinada fecha, que en todo caso, y siguiéndose los actuales protocolos sanitarios, no podría culminarse dentro de las 14 semanas generales.

bienestar social, núm. 59, 2001, p. 173.

22 CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Ediciones Cinca, 2012.

A este respecto, y sólo a los meros efectos divulgativos, debemos señalar que se está trabajando en un nuevo test no invasivo de segunda general²³, que tendrá la misma fiabilidad que la prueba de amniocentesis, y con unos plazos muchos más reducidos de tiempo, aunque evidentemente se trata de un producto en fase experimental y que por el momento tiene el carácter de privado. En cualquier caso, todas las propuestas planteadas por las organizaciones representativas de la discapacidad, no estaban pensadas para esa nueva situación sanitaria que puede producirse.

En definitiva, y teniendo claro las anteriores premisas, el hecho de que exista una distinta fijación de plazos respecto de las 14 semanas genéricas y las 22 específicas para los supuestos terapéuticos, entiendo que responde más a cuestiones objetivo-sanitarias, que a una pretendida discriminación del legislador en función de la condición de discapacitado del prenatal. Por este motivo, se hace necesario discrepar de la recomendación efectuada el pasado 2011 por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, ya que no estamos frente a un supuesto de discriminación, sino más bien de distinción en el trato, totalmente reconocido y aceptado por el Tribunal Constitucional²⁴.

IV. CONCLUSIONES.

El fenómeno de la discapacidad es sumamente complejo, y si el objetivo de estas dos importantes organizaciones del sector era dar visibilidad a un problema grave de discriminación o de selección inducida de los individuos en función de sus futuras capacidades, creo que es totalmente respetable, puesto que igual que sucede con la violencia de género, existe un tabú social y una profunda desinformación sobre las personas con discapacidad y los enfermos mentales.

La imagen estereotipada que tiene la sociedad española de las personas con Síndrome de Down, no se corresponde con la realidad de su vida diaria. No estamos ante esos idílicos niños que todos los años se fotografían con distintos deportivos o políticos para el diseño de sus calendarios, y sobre todo, para cumplir con ese compromiso social que tienen “una vez al año”. El Síndrome de Down es una patología que puede llevar asociada toda una serie de graves enfermedades y problemas sanitarios, que deben ser conocidos, para su normalización social.

Nadie cuestiona que todas las personas con discapacidad tienen el derecho a la vida, y además, debemos tener claro que la discapacidad verdaderamente la tiene una sociedad que discrimina, que diferencia y que condiciona al distinto, pero esos argumentos no pueden llevarnos a admitir la reducción de los derechos sexuales y de planificación familiar que tiene la mujer.

Apartándonos por completo de ese *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*, que pretende imponerse desde el actual Gobierno, lo que verdaderamente se debería realizar en este apartado, es una revisión y ampliación de la *Ley Orgánica 2/2010*, en lugar de derogarla, básicamente respecto de ese asesoramiento e información previa al aborto que recibe la mujer o la pareja, donde pudieran conocer en primer persona los aspectos positivos y negativos que tienen ese tipo de discapacidades, y sobre todo, que se creara y financiara adecuadamente una red social asistencial,

23 Labco Quality Diagnostics. Esta prueba prenatal, basada en el análisis del ADN fetal en sangre de la madre, detecta trisomías fetales en embarazos de a partir de 10 semanas de gestación, gracias al cribado de los cromosomas sexuales y del par 13, 18 y 21, estos tres últimos responsables del 95 por ciento de las anomalías fetales.

24 STC 75/1983; 14/1985; 26/1987; 114/1987 o 128/1987 entre otras muchas.

con la que todos pudiéramos conformar una sociedad integradora e igualitaria para cualquier ciudadano.

Respetando las legítimas inquietudes de esas organizaciones de la discapacidad, lo que tampoco podemos es reducir los derechos y libertades de la mujer, y mucho menos, permitir que sea el ministro de Justicia quien se excuse en “violencia estructural” para justificar la supresión de los supuestos de aborto, y menos en esta materia, por cuanto forma parte de un Gobierno que ha desnaturalizado la *Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, ha recortado los presupuestos para la discapacidad y sus centros un 35% de media en el último año, y además, pretende convertir los derechos de las personas con discapacidad y las políticas sociales en pura beneficencia.

Con todo ello, cabría preguntarse quién ejerce “violencia estructural” en los supuestos de nasciturus con discapacidad y quién está desdotando al Estado de los recursos necesarios para garantizar el cumplimiento del artículo 9, 14 y 49 de la Constitución.

Anticipándome a lo que puede ser la tramitación de este Anteproyecto de Ley Orgánica, es factible que en la búsqueda de algún apoyo parlamentario, o simplemente, escuchando las muchas voces discrepantes que se han alzado dentro del partido que ostenta la mayoría parlamentaria y al Gobierno, en el Senado o Congreso, se introducirá alguna referencia a los supuestos de malformaciones graves del feto o discapacidades incompatibles con la vida. En ese tótum revolútum intencionado del Gobierno, lo que se haría es mezclar dos cuestiones que con la vigente regulación de 2010 quedaban perfectamente dibujadas en el apartado b) y c) de su artículo 15, como eran las 22 semanas siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto, y sin limitación, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida.

Es decir, parece que se ha pretendido crear un escenario legislativo fatalista, incluso más restrictivo que la propia Ley de 1985, para posteriormente contentar a la ciudadanía con alguna pequeña corrección, que en todo caso, y debemos darlo por seguro, siempre supondrá una limitación de los derechos de la mujer.

LOS PODERES PÚBLICOS DEBEN CUMPLIR SUS DEBERES DE PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES DE LA BANCA*

Comisión de Derecho Privado de Jueces
para la Democracia

Todos los poderes públicos, en el marco de sus respectivas competencias, están obligados a:

1. Controlar mediante inspecciones preventivas las prácticas de las entidades financieras en la contratación con consumidores, ejerciendo la potestad sancionadora frente a las que incurren reiteradamente en el uso de cláusulas abusivas.
2. Adoptar medidas dirigidas a que los organismos de control como el Banco de España, CNMV y el FROB, actúen con transparencia, facilitando información de sus actividades, inspecciones y expedientes, exigiendo a sus consejeros, vocales y consejos rectores que den cuenta de sus actividades y retribuciones por todos los conceptos, con un rígido sistema de incompatibilidades antes y después de su ejercicio.
3. Adoptar medidas dirigidas a controlar a personas y entidades que sin estar sujetas a la fiscalización del Banco de España o de la CNMV, se dedican a actividades de préstamo, imponiendo en muchos casos intereses usurarios o abusivos.
4. Proscribir y perseguir la publicidad engañosa de las entidades financieras dirigida a consumidores, evitando que se disfracen como créditos fáciles y rápidos lo que son préstamos que rayan o incurren en la usura.
5. Promover y en su caso imponer de forma obligatoria para el empresario, especialmente en el sector bancario, el sometimiento a mediación de las controversias, incumplimientos o interpretación de los contratos con consumidores, especialmente los que puedan comprometer la vivienda familiar o los ingresos mínimos de la unidad familiar, antes de acudir a la vía judicial.
6. Establecer legalmente tipos máximos de interés moratorio en la contratación con consumidores.
7. Promover normas imperativas del deber de información de las entidades financieras, en la contratación con no sólo con consumidores sino también

* Conclusiones alcanzadas por la Comisión de Derecho Privado de Jueces para la Democracia, en el encuentro sobre «La protección del cliente de banca», celebrado en Zaragoza el 7 de marzo de 2014, en el sentido de instar al Gobierno de la Nación y a los de las Comunidades Autónomas, a los partidos políticos y al poder legislativo, en el ámbito de sus respectivas competencias, a cumplir sus deberes de protección de los clientes bancarios,

- con autónomos y pymes, similares a las que protegen a los destinatarios de servicios de inversión (realización de tests, exposición de escenarios, etc.).
8. Realizar campañas divulgativas para mejorar el conocimiento por los consumidores de sus derechos.
 9. Conseguir una mejor independencia del cuerpo de notarios impidiendo su vinculación a entidades financieras, debiendo cumplir sus deberes de expulsión de cláusulas abusivas, como forma de garantizar la observancia por su parte del deber de protección del consumidor.
 10. Impulsar el efectivo y eficiente funcionamiento del fondo social de viviendas destinadas a las personas que han sido desalojadas de su vivienda, extendiendo el ámbito de su adjudicación a más colectivos (ejemplo familias monoparentales con un solo hijo menor o cualesquiera vulnerables con hijos menores), y efectuar un seguimiento público que permita conocer el real funcionamiento del fondo y el número de ciudadanos beneficiados y rechazados.
 11. Elaborar una ley que aborde las causas subyacentes en los impagos de los préstamos hipotecarios y que trate de evitar las ejecuciones hipotecarias, contemplando los cambios en las circunstancias económicas de los prestatarios, los cambios sustanciales en el valor de los inmuebles y el posible resultado de hipotecas inviables, manteniendo al mismo tiempo incentivos apropiados tanto para deudores como para acreedores y reduciendo al mínimo el posible riesgo moral, tal como han solicitado a España el Banco Central Europeo en su dictamen de 22-5-2013 y el Parlamento Europeo en su sesión de 11-6-2013.
 12. Elaborar una ley de sobreendeudamiento de los ciudadanos, que proporcione protección a los deudores de buena fe y les posibilite su recuperación económica.

LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE CESARE BECCARIA*

Luigi FERRAJOLI

1. TRES ASPECTOS DE LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE BECCARIA

¿Cuáles son los principios y los valores que expresa el libro de Beccaria? ¿Y qué es lo que los mantiene actuales, todavía revolucionarios, hoy no menos que entonces? En otras palabras, ¿qué es lo que sigue haciendo de aquel áureo librito un manifiesto al mismo tiempo teórico y político, no sólo del liberalismo penal, sino en general de lo que hoy llamamos el constitucionalismo democrático y garantista? En esta ponencia señalaré tres aspectos de esta extraordinaria actualidad.

El primer aspecto se refiere específicamente al derecho penal. De Cesare Beccaria bien se puede decir que es el padre del moderno derecho penal, concebido por él como un *sistema de garantías* del individuo, es decir, como un conjunto de límites racionales al arbitrio y a los excesos represivos, dirigido a minimizar la violencia punitiva. Desde entonces, durante dos siglos y medio, tal modelo garantista ha informado la cultura penal liberal. No obstante, más allá de los homenajes puramente formularios, el mismo ha sido ampliamente contradicho por las legislaciones y por las prácticas penales incluso de los ordenamientos democráticos. Permanece, de hecho, como un modelo normativo límite, todavía irrealizado, que nunca será perfectamente realizable y aún en gran parte por realizar.

El segundo aspecto de la actualidad de Beccaria es todavía más relevante. Beccaria inauguró, junto a los demás pensadores de la Ilustración, la doctrina del poder público limitado. Bajo este aspecto, se le puede considerar un padre del actual constitucionalismo garantista, es decir, de un modelo o paradigma del derecho como sistema de límites y vínculos, apto para de ser ampliado a todos los poderes y en garantía de todos los derechos fundamentales, mucho más allá de las garantías de los derechos de libertad frente al poder punitivo. Dicho modelo, como mostraré, está aún en

* Texto de la ponencia presentada en el seminario organizado en Bogotá en septiembre de 2013, con ocasión del 250 aniversario de *De los delitos y de las penas*. Deseo expresar al profesor Fernando Velásquez y a los otros colegas que han organizado este seminario mi gratitud y mi aprecio por la iniciativa. Esta celebración, hoy, en Colombia es más que unas jornadas de estudio sobre un clásico —tal vez el mayor de todos, el clásico por antonomasia— del pensamiento filosófico-penal. También expresa una postura ético-política a favor de los principios y de los valores que aquel pequeño volumen expuso de manera tan radical y a la vez tan revolucionaria.

La traducción es de Tatiana Effer.

gran parte por actuar, y sobre todo por construir. De su actuación y de su construcción depende el futuro del estado de derecho y de la democracia. Y esto justifica, a mi juicio, la caracterización del pensamiento ilustrado, y en particular el de Beccaria, como *pensamiento político constituyente*.

En fin, el tercer aspecto de la actualidad de Beccaria se refiere a la dimensión pragmática implantada en la ciencia jurídica por su reflexión filosófica sobre los fundamentos axiológicos del derecho penal y, en general, del derecho y del estado. Esta dimensión pragmática, contestada y amputada por la corriente técnico-jurídica que se consolidó a inicios del siglo pasado, se manifiesta en el rol crítico y proyectual frente al derecho, asignado a la ciencia jurídica por la filosofía de la justicia, sobre la base de los valores que lo justifican. Por eso, el carácter *militante* que, en defensa de aquellos valores, asume la reflexión teórica y filosófica sobre el derecho penal, en el pensamiento de Beccaria, y que su obra sigue aún hoy sugiriendo a toda la cultura jurídica y política.

2. LA MINIMIZACIÓN DE LA VIOLENCIA PUNITIVA A TRAVÉS DE LAS GARANTÍAS

Comencemos por el primer aspecto de la actualidad del pensamiento de Beccaria. Beccaria teorizó un modelo garantista de derecho penal y procesal basado en la minimización de la violencia punitiva. “Derecho penal mínimo”, quisiera recordar en esta ocasión, es una expresión acuñada por mí hace aproximadamente treinta años, con ocasión de una polémica ponencia realizada en Barcelona contra las doctrinas abolicionistas, posteriormente retomada en mi libro *Derecho y razón* y presente desde entonces no sólo en el léxico penalista, sino también en el del debate público¹. Pero es claro que esta expresión me fue sugerida por los diversos momentos en que Beccaria formula su proyecto de minimización de la intervención penal.

Recordaré tres de ellos: El primero es la célebre “conclusión” de *De los delitos y de las penas*, donde Beccaria enuncia, a propósito de las penas, su “teorema general”: “para que la pena no sea la violencia ejercida por uno o por muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, *la mínima posible* en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes¹”. El segundo es la tesis filosófico-contractualista sobre los fundamentos del “derecho de penar”, enunciada en el segundo párrafo: “Fue pues la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es cierto por tanto que cada uno sólo quiere colocar en el público depósito la *mínima porción* posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo. La suma de estas mínimas porciones posibles forma el derecho de penar: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho, no derecho²”. El tercer pasaje es el párrafo XXVIII contra la pena de muerte, donde Beccaria retoma el argumento contractualista sosteniendo que “el derecho de despedazar a sus semejantes que los hombres se atribuyen” no puede formar parte de la “*suma de estas mínimas porciones* posibles de la libertad privada” conferidas por cada ciudadano al estado; y se pregunta: “¿Quién ha querido nunca dejar a otros hombres el arbitrio de matarlo? ¿Cómo el *mínimo*

1 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. de Livorno de 1766. El texto aquí utilizado será la traducción al castellano, que incluye el texto original, *De los delitos y de las penas*, prefacio de Piero Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez, texto italiano establecido por Gianni Francioni, Trotta, Madrid 2011 (el texto en italiano fue publicado en la Edición Nacional de las Obras de Cesare Beccaria de 1984, reproducido también en la versión en francés, acompañada con el texto original, *Des délits et des peines*, de Ph. Audegean, Ens, Lyon 2009), § XLVII, p.281.

2 *Ibid.*, II, p.112.

sacrificio de la libertad de cada uno puede incluir el de la vida, el máximo entre todos los bienes?”³

Pues bien, un aspecto extraordinario del pensamiento de Beccaria, generalmente desatendido, consiste en el complejo fundamento filosófico-político de sus tesis sobre la minimización de la violencia punitiva y sobre la inadmisibilidad de la pena de muerte. Es a Beccaria a quien debemos ambas máximas morales, en las que reside este fundamento, y con las que anticipa las dos corrientes principales de la actual filosofía moral y política, habitualmente contrapuestas, pero en su pensamiento felizmente integradas: una de tipo contractualista, utilitarista y relativa, la otra de tipo anticontractualista, categórica y absoluta. El primer principio es el utilitarista por él formulado desde la Introducción a *De los delitos y de las penas: la máxima felicidad dividida entre el mayor número* como objetivo de cada legislación racional⁴; que es la célebre fórmula que será retomada por Jeremy Bentham⁵ y en torno a la que gira toda la filosofía moral utilitarista. El segundo principio es el formulado categóricamente por Beccaria con otra máxima sumamente expresiva: “no hay libertad cuando las leyes permiten que en algunas circunstancias el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa”⁶; que es la no menos célebre máxima recuperada por Immanuel Kant como fundamento de su moral categórica⁷.

Las dos fórmulas son comúnmente consideradas opuestas⁸. Estas representan, por decir así, los dos principios o postulados de las dos principales y divergentes corrientes de la filosofía moral. Por lo demás, sobre la base de la segunda fórmula, anticipada por Beccaria, Kant desarrolló su durísima crítica contra todo utilitarismo moral⁹. En el pensamiento de Beccaria, en cambio, la contradicción entre las dos máximas es en realidad sólo aparente. En el modelo penal garantista por él inaugurado,

3 *Ibid.*, § XXVIII, p.205. Y más adelante: “No es la intensidad de la pena, sino su extensión, lo que produce mayor efecto sobre el ánimo humano; porque nuestra sensibilidad resulta más fácil y establemente movida por mínimas pero reiteradas impresiones que por una fuerte pero pasajera agitación” (*Ibid.*, p. 207). Poco antes Beccaria había escrito: “los males, incluso mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre los ánimos humanos” (*Ibid.*, § XXVII, p.201).

4 *Ibid.*, p.106. El principio es retomado por Beccaria en el § XLI: “Es mejor prevenir los delitos que castigarlos. Éste es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres hacia el máximo de felicidad o al mínimo de infelicidad posible” (*Ibid.*, p.263).

5 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (1780), ch.I, § 4, en *Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, Russell and Russell, New York, 1962, vol.I, p.2 (trad. esp. «Principios de legislación», en *Tratados de legislación civil y penal*, ed. de M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 27 ss.); *Id.*, *A Fragment on Government*, (1776), *Ibid.*, ch.I, § 48, p.271; (hay trad. esp. de J. Larios Ramos, *Fragmentos sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973).

6 C.Beccaria, *De los delitos y de las penas*. cit, § XX, p.185.

7 I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, (1797), trad. esp. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, Primera parte, § 49, E, p.166: “el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real” Y más adelante: “el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en eso consiste precisamente su dignidad (la personalidad)”. (*Ibid.*, Segunda parte, § 38, pp. 335-336).

8 Philippe Audegean recuerda las numerosas críticas dirigidas a Beccaria, en relación con el carácter contradictorio de las dos fórmulas, o al menos de la incongruente asociación del *utilitarismo contractualista* heredado de Hobbes y expresado en la primera fórmula, y el *moralismo categórico* expresado en la segunda (*Introduction a Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, cit., pp.97-100).

9 “La pena judicial...no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus ciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica “es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo”! Porque si parece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra”. (I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., Primera parte, § 49, E, pp.166-167). Pero recuérdese también la explícita crítica dirigida por Kant a Beccaria, *ibid.*, pp. 171-172.

que ciertamente no es el modelo kantiano, el condenado no es en absoluto tratado como un medio para fines que no sean suyos. Una crítica semejante puede valer contra el que he llamado “utilitarismo a medias” y que se encuentra en la base de todas las doctrinas utilitaristas que justifican la pena *solamente* como medio de prevención de los delitos¹⁰. No vale, en cambio, para el modelo de derecho penal mínimo, en virtud del cual, la justificación del derecho penal se funda no en uno, sino en dos fines justificativos: no sólo en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de los castigos injustos, arbitrarios, excesivos o informales, que se producirían en su ausencia; por tanto, no sólo en el fin de la máxima utilidad para los no desviados, sino también en el de la mínima aflicción para los desviados¹¹. Y son precisamente los límites teorizados por Beccaria en lo tocante al poder de castigar —en otras palabras, el conjunto de las “garantías” penales y procesales— los que minimizan la violencia punitiva, satisfacen la segunda finalidad justificativa del derecho penal, se establecen en interés de los desviados, considerados por tanto no como medios, sino como fines en sí mismos, y en ese sentido permiten, sobre la base de un utilitarismo penal reformado, la conciliación de las dos citadas máximas de la moral, ambas coherentemente anticipadas por Beccaria.

En suma, entre el *utilitarismo contractualista* que hace de Beccaria un precursor de Bentham, y el valor por él asociado a la *persona como fin en sí misma*, que lo hace un precursor de Kant, no sólo no hay contradicción, sino que existe incluso una implicación. Es en este punto donde reside la originalidad de Beccaria y el fundamento filosófico del garantismo en general. La hipótesis del contrato social, en efecto, aunque utilitarista, se erige precisamente sobre la idea de los derechos fundamentales —a comenzar por el derecho a la vida— como derechos indisponibles, es decir, como cláusulas rígidas que designan la razón de ser del pacto, y por tanto permiten fundar por un lado la idea de que las personas no son cosas, sino fines en sí mismas, y por otro y correlativamente, la idea del derecho y del estado como artificios, es decir, como instrumentos para finalidades que no son propias, como la tutela de la vida y de los demás derechos de las personas. En definitiva, el contrato social es para Beccaria el pacto de convivencia mediante el que se estipula lo que no es negociable, ni disponible, ni derogable: la vida de las personas, que, por consiguiente, afirma el autor: no son cosas ni medios sino fines en sí mismos cuya tutela es la razón y el objetivo del pacto social.

Pero ¿cómo se alcanza, o mejor, como debería alcanzarse esta minimización de la violencia punitiva, realización de la segunda finalidad justificativa del derecho penal en garantía del reo? Deberá obtenerse, según Beccaria, a través de las *garantías* penales y procesales, es decir, a través de los límites impuestos a cada uno de los tres momentos en los que se articula el poder punitivo: la pena, el delito y el proceso penal.

En primer lugar, por medio de la limitación de las *penas*. En este sentido Beccaria formula dos principios. El primero es el *principio de necesidad*: “Como dice el gran Montesquieu¹², toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica”; de lo

10 Cf. *Derecho y razón*, cit., § 20.3, pp. 263-264 y § 24.1, p. 331. El primer fin justificativo, el de la prevención de los delitos, es formulado, obviamente, también por Beccaria: “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni eliminar un delito ya cometido... El fin pues no es otro que impedir que el delincuente cause nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo que el hizo” (*De los delitos y de las penas*, cit., § XII, p. 151). Es por esto que Beccaria llama las penas “motivos sensibles” y “obstáculos políticos” contrapuestos a los delitos. (*Ibid*, § I, p. 111 y § VI, p. 129).

11 Cfr. nuevamente *Derecho y razón*, cit., § 20.2, p.261, § 23.4, p.330 y, en general, todo el capítulo VI, pp. 321-349.

12 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*. cit., II, p.113. Y poco después: “por justicia no entiendo sino el vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares, que sin él se disolverían en el antiguo estado de insociabilidad:

que se sigue, como corolario, la concepción del derecho penal como *extrema ratio*, cuya intervención se justifica sólo si no es posible reducir los delitos con medios no penales: “no puede llamarse precisamente justa (que quiere decir necesaria) la pena de un delito, mientras la ley no haya utilizado el mejor medio posible en las circunstancias dadas de una nación para prevenirlo”¹³. Y ¿cuáles son estos mejores medios extra-penales? Beccaria los identifica sobre todo con la educación: “el medio más seguro pero más difícil de prevenir los delitos es perfeccionar la educación”¹⁴. En general, diríamos hoy, la prevención de los delitos depende principalmente de las políticas sociales en materia de educación, de salud y de subsistencia, mucho más eficaces, como instrumentos de prevención de los delitos, que las políticas penales invocadas como una varita mágica por la demagogia populista.

El segundo principio de mitigación de las penas es el humanitario que Beccaria llamó “benignidad de las penas”: “uno de los mayores frenos de los delitos”, escribe Beccaria, “no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad [...] La certeza de un castigo, aun moderado, producirá siempre una impresión más honda que el temor de otro más terrible, unido a la esperanza de la impunidad”¹⁵. Por otro lado, agrega el autor retomando una tesis de Montesquieu sobre la suavidad de las penas como medida de la civilización de un país¹⁶, existe un nexo entre la ferocidad de las penas y el incremento de los delitos de sangre: “Los países y los tiempos de los suplicios más atroces fueron siempre los de las acciones más sanguinarias e inhumanas, pues el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador, regía la del parricida y del sicario. Desde el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos que obedecían. En la privada oscuridad estimulaba a inmolar a los tiranos para crear otros nuevos”¹⁷.

Pero ¿de qué dependen esta certeza y esta minimización de las penas? Dependen, dice Beccaria en una de sus páginas más hermosas, de la certeza y de la minimización de sus presupuestos, es decir de los delitos, una y otra realizables a través del *principio de legalidad* y, antes aún, del *principio de economía*: “prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas pudieran nacer, sino crear otros nuevos... ¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, simples, y que toda la fuerza de la nación se concentre en defenderlas y ninguna parte de la misma se emplee en destruirlas... Haced que los hombres las teman, y las teman sólo a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo en delitos. Los esclavos son más voluptuosos, más desenfrenados, más crueles que los hombres libres”¹⁸.

todas las penas que vayan más allá de la necesidad de conservar ese vínculo son injustas por naturaleza” (*Ibid.*, p.115). El pasaje Montesquieu citado por Beccaria se encuentra en *De l'esprit des lois* (1748), Garnier-Flammarion, Paris 1979, vol. I, liv. XIX, 14, p.468; (trad. esp. de M. Blázquez y P. De Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972).

13 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas* cit., § XXXI, p.229.

14 *Ibid.*, § XLV, p.277.

15 *Ibid.*, § XXVII, p.201.

16 Ch. Montesquieu, *Lettres Persanes* (1754), LXXX, en *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris 1951, vol.I, p.252; (trad. esp. de J. Marchena, *Cartas persas*, Alianza Editorial, Madrid, 2000).

17 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*. cit., § XXVII, p.201. El pasaje continúa así: “A medida que los suplicios se hacen más crueles, los ánimos humanos, que como los fluidos se ponen siempre al nivel de los objetos que los circundan, se endurecen, y la fuerza siempre viva de las pasiones hace que, después de cien años de crueles suplicios, la rueda espante lo mismo que antes la prisión. Para que una pena produzca su efecto, basta con que el mal de la misma supere al bien que nace del delito. En consecuencia todo lo demás es superfluo, y por eso tiránico”. La misma tesis es retomada en el capítulo conclusivo: “Las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo apenas salido del estado salvaje deben ser más fuertes y sensibles... Pero a medida que los ánimos se atemperan en el estado de sociedad, crece la sensibilidad, y al crecer ésta, debe disminuirse la fuerza de la pena”. (*Ibid.*, § XLVII, p.281).

18 *Ibid.*, § XLI, p.263.

El eje que sostiene todo el modelo es, sobre todo, el principio de legalidad. De este principio Beccaria formula dos versiones, una formal y otra sustancial: el principio de *mera legalidad*, en virtud del cual “sólo las leyes pueden establecer las penas correspondientes a los delitos, y esta potestad no puede residir más que en el legislador”¹⁹ y el *principio de estricta legalidad*, que se resume en el *principio de lesividad*, por cuya virtud “la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación”²⁰. Merced al primer principio, nadie puede ser castigado sino por un hecho previsto en la ley como delito; conforme al segundo, la ley, a su vez, no puede prever como delitos hechos que no produzcan algún daño a terceros²¹.

En fin, en el *proceso penal*, la claridad y la simplicidad de las leyes es el principal factor de limitación del arbitrio punitivo, y por tanto la principal garantía de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos. “Donde las leyes son claras y precisas” escribe Beccaria, “el oficio de un juez no consiste más que en comprobar un hecho”²². Naturalmente una tesis semejante —al igual que la del “silogismo perfecto” y antes aún la de la imagen del juez “boca de la ley”²³ debida a Montesquieu— designa un modelo límite, nunca realizable y por consiguiente utópico. Pero su mayor o menor grado de realización depende de la semántica del lenguaje legal, es decir, del grado de determinación, taxatividad, claridad y precisión de las figuras de delitos. En ese orden de ideas, no hay que olvidarlo, cuando estas tesis fueron formuladas, aunque ingenuas e insostenibles si tomadas en su literalidad, expresaban un principio revolucionario: el principio de la máxima garantía de la persona frente al arbitrario despotismo de los jueces.

Sobre el conjunto de estas garantías —los principios de economía, certeza, legalidad, taxatividad y lesividad de las figuras de delito— se basan todavía hoy los principales valores del garantismo penal y procesal. En primer lugar, la libertad de los ciudadanos: “La opinión que debe formarse cada ciudadano de poder hacer todo lo que no sea contrario a las leyes, sin temer otro inconveniente que el que puede nacer de la acción misma”, escribe Beccaria retomando otra clásica tesis ilustrada, “es el dogma político que debería ser creído por los pueblos y preconizado por los supremos magistrados con la incorrupta custodia de las leyes; dogma sagrado, sin el que no puede existir sociedad legítima”²⁴. En segundo lugar, el modelo cognoscitivo del proceso, que Beccaria llamó “proceso *informativo*”, es decir “la investigación

19 *Ibid.*, § III, p. 117.

20 *Ibid.*, § VII, p.133.

21 Ambos principios, por cuya virtud la legalidad es al mismo tiempo condicionante y condicionada, se encuentran enunciados en el artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene”.

22 *Ibid.*, § XIV, p.159. El texto prosigue: “Si para buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si al presentar el resultado se necesita claridad y precisión, para juzgar del resultado mismo no se precisa más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez habituado a querer hallar culpables, y que todo lo reduce a un sistema facticio prestado por sus estudios”. Aún más explícitamente, Pietro Verri le atribuía al juez la “verificación de los hechos: él debe encontrar la verdad, y buscarla con prontitud, y conocer bien cómo es la cosa; y una vez hecho eso, la ley hace el resto, es decir comanda cómo debe ser” (*Sulla interpretazione delle leggi*, (1765), en *Scritti vari*, Le Monnier, Firenze 1854, vol.I, p.170).

23 “Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (Ch. Montesquieu, *De l’esprit des lois* cit., vol.I, liv.XI, 6, p.301); “De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les homes... devient, pour ainsi dire, invisible et nulle” (*Ibid.*, p.296). Y Beccaria: “En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez sea constreñido o quiera hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. Nada hay tan peligroso como el axioma común de que es preciso consultar el espíritu de la ley. Éste es un dique roto frente al torrente de las opiniones.” (*De los delitos* cit., *ibid.*, p.121).

24 C. Beccaria, *Dei delitti* cit., § VIII, p.139.

indiferente del hecho” donde el juez es un “un investigador indiferente de la verdad”, en oposición al llamado “*proceso ofensivo*”, donde “el juez se convierte en enemigo del reo, de un hombre encadenado [...], no indaga la verdad del hecho, sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas”²⁵. En tercer lugar, la separación de poderes: “Es pues necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho. De ahí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negaciones de hechos particulares”²⁶. Se trata, en síntesis, del conjunto de límites, separaciones y contrapesos que hacen del poder punitivo un “poder limitado”.

3. UN PENSAMIENTO JURÍDICO CONSTITUYENTE

Es este el segundo y tal vez el más importante aspecto de la actualidad del pensamiento de Beccaria. Se debe a Beccaria, y en general al pensamiento de la Ilustración, la elaboración teórica del modelo normativo del “poder limitado”²⁷: un modelo que la filosofía política ilustrada teorizó con referencia al derecho penal, dado que el poder punitivo es el terreno en el que más dramática, violenta y virtualmente arbitraria es la relación entre la autoridad y la libertad, entre poderes del estado y derechos del ciudadano²⁸.

Pero Beccaria no solo inauguró la reflexión teórica sobre el garantismo penal, es decir, sobre los límites que es necesario imponer al despotismo punitivo en garantía de la libertad y de la dignidad de las personas. El modelo del poder limitado, compartido por todo el pensamiento de la Ilustración, es un paradigma formal, que por consiguiente puede ser ampliado, de una parte a todos los poderes, y no exclusivamente al poder penal, y, de otra, en garantía de todos los derechos, y no sólo de aquellos de libertad. Es lo que ocurrió con el desarrollo histórico del estado de derecho, inicialmente en forma de estado legislativo y posteriormente de estado constitucional. Y, sobre todo, es lo que la razón jurídica y política sugiere que debe ocurrir, a través de los posteriores desarrollos del mismo paradigma, requeridos para afrontar los desafíos originados por los nuevos poderes y por las violaciones que causan a los derechos viejos y nuevos. Un paradigma que he llamado “garantista” porque la limitación y la regulación del poder que determina, se realizan mediante

25 *Ibid.*, § XVII, p.175 e 177. Está claro que esta imagen no es una representación descriptiva, sino una fórmula prescriptiva, que equivale a un conjunto de cánones deontológicos: el rechazo de la concepción del reo como enemigo y de la jurisdicción como lucha contra el crimen; la honestidad intelectual que como en cada actividad de investigación debe excluir condicionamientos externos, así como preconceptos y prejuicios en la interpretación de la ley y en la valoración de las pruebas; la independencia de juicio y el comportamiento de “tercero” o “imparcial” con respecto a los intereses de las partes en conflicto y a las diversas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos presentados por las mismas.

26 *Ibid.*, § III, p.117. “Oficio” de los jueces, de hecho, “es sólo comprobar si un cierto hombre ha cometido o no una acción contraria a las leyes” (*Ibid.* IV, p.120), Estipuladas por un “código fijo de leyes, que deben observarse a la letra” (*Ibid.*, p.122). Por otra parte, “El soberano, que representa a la sociedad misma, sólo puede establecer leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar si uno de ellos ha violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano, que afirma la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la niega”. (*Ibid.* § III, p.117).

27 Sobre la cuestión, cf. los recientes volúmenes de L. Delia y G. Radica, *Penser la peine à l'âge des Lumières*, en “Lumières”, n.º 20, 2º semestre 2012, y el de D. Ippolito, *Diritti e potere, Indagini sull'illuminismo penale*, Aracne, Roma, 2012, en particular el primer capítulo, titulado “El paradigma ilustrado del poder limitado”, donde Ippolito contesta la asociación entre Ilustración y absolutismo, evocado por la abusada fórmula historiográfica del “despotismo ilustrado” y encuadra el pensamiento político ilustrado en el horizonte filosófico-jurídico del constitucionalismo moderno, a cuyo desarrollo el siglo de las Luces ha proporcionado una contribución determinante” (*Ibid.*, p. 21).

28 Recuérdese la representación del poder punitivo como “terrible” en el pasaje de Montesquieu citado precedentemente en la nota 24, y como “odioso” por parte de M. Condorcet: “Le despotisme des tribunaux est le plus odieux de tous” (*Idées sur le despotisme* (1789), in *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, Paris 1847, tome IX, p.155).

la introducción de “garantías”, es decir, de otras tantas prohibiciones y obligaciones impuestas al ejercicio de los poderes, correlativamente a las expectativas negativas o positivas en que consisten todos los derechos que estas garantizan. Por eso, el papel crítico, proyectual y constructivo que dicho paradigma —inaugurado por la filosofía política de la Ilustración y de manera ejemplar por Beccaria— confía al derecho, a la política y antes aún a la cultura jurídica y política. De lo anterior se deriva el carácter *constituyente* que cabe apreciar en el pensamiento político de la Ilustración y que hace de sus principales exponentes —Montesquieu, Voltaire, Beccaria, y antes aún Thomas Hobbes y John Locke— los verdaderos padres constituyentes del moderno estado de derecho y de las actuales democracias constitucionales.

Distinguiré cuatro expansiones del paradigma garantista, cabe decir, implícitas en su interna sintaxis lógica, que le confieren actualidad y fecundidad proyectual: las dos primeras se produjeron, al menos en el plano normativo, con el desarrollo histórico del estado de derecho; las otras dos están todavía en gran parte por cumplirse, a pesar de que sus líneas de desarrollo sean ya evidentes en el plano teórico; las cuatro han sido confiadas, por su rol constituyente, a la introducción legislativa de las garantías de los derechos, como límites y vínculos impuestos a otros tantos tipos y niveles de poder, y por ende a la construcción, por obra de la política, de las correspondientes funciones e instituciones de garantía.

La primera expansión es aquella en virtud de la cual el *garantismo penal*, para tutelar la inmunidad de las personas frente al arbitrio punitivo, ha sido integrado por el *garantismo social*. Este segundo garantismo se ha ido consolidando a través del desarrollo de una forma ulterior de regulación del poder y de “poder regulado”, en garantía de otra clase de derechos: no sólo el “poder limitado”, sometido a límites o prohibición de lesiones, en garantía de aquellas expectativas negativas que son los derechos de libertad, sino también los “poderes vinculados”, sometidos a vínculos u obligaciones de prestaciones en garantía de esas expectativas positivas que son los derechos sociales: a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia sanitaria, la seguridad social. Por consiguiente, no implica sólo la imposición de un paso atrás al derecho y al estado bajo las formas del estado liberal mínimo y en particular del derecho penal mínimo, sino también un paso adelante de uno y otro en las formas del estado social máximo²⁹. El instrumento de esta ulterior regulación del poder es, de nuevo, el principio de legalidad: ya no en la forma negativa de la limitación del poder, como se manifiesta en la estipulación legislativa de las garantías penales y procesales equivalentes todas, comenzando con la estricta legalidad de las figuras de delito, a otros tantos límites y prohibiciones a la potestad punitiva; sino también en la forma positiva de la activación de los poderes públicos, según resulta de la estipulación legislativa de las garantías sociales, que equivalen todas, como las de la asistencia sanitaria y la enseñanza pública, a los correspondientes vínculos y obligaciones de prestación impuestos a la administración pública.

La segunda expansión consiste en el fortalecimiento del estado de derecho, ya no sólo con la estructura del estado legislativo sino con la del estado constitucional de derecho: en el tránsito, en síntesis, del *garantismo legislativo* al *garantismo constitucional*. También este fortalecimiento ha discurrido a través del desarrollo

29 Sobre la relación de recíproca implicación entre las expectativas positivas o negativas, en las cuales consisten todos los derechos, y las obligaciones y las prohibiciones que corresponden a los mismos, en las cuales consisten sus garantías, reenvío a *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. esp. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchis y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, vol. I, § 2.3, pp.138-145, §§ 3.5 y 3.6, pp.194-201, §§ 10.10 y 10.11, pp.600-608 y § 11.9, pp.729-733.

del principio de legalidad: precisamente, por medio de la subordinación de la ley misma a la constitución, en la que los derechos fundamentales han sido incorporados como normas sustanciales sobre la producción legislativa³⁰. En el estado legislativo de derecho las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales está confiada a la voluntad arbitraria del legislador y, en una democracia, a la omnipotencia de las mayorías. El constitucionalismo rígido, consolidado sobre todo con las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, suprime esta última forma de gobierno de los hombres sometiendo a la ley, y precisamente a las normas constitucionales, la legislación misma, y ya no sólo la administración y la jurisdicción. De esta manera, el paradigma garantista del “poder limitado” y “vinculado” se extiende a todo el derecho público y al conjunto de todas las instituciones estatales. Y así hace su aparición, con la virtual divergencia deóntica entre constitución y ley, el derecho legislativo ilegítimo, por acción o por omisión: de una lado las *antinomias*, es decir, la producción de normas de ley violando los límites o las prohibiciones correlativos a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos, cuya remoción está atribuida al control jurisdiccional de constitucionalidad; y por otro lado, las *lagunas*, es decir, la omitida producción de leyes de actuación de los vínculos y de las obligaciones correlativas a los derechos sociales, igualmente establecidos en las constituciones, que deberá cubrir la legislación de actuación.

La tercera expansión está todavía en gran parte por cumplirse. Consiste en la ampliación del paradigma garantista más allá de la esfera de los poderes públicos, es decir al conjunto heterogéneo de los poderes privados, comenzando por los económicos y financieros: en la integración, en definitiva, del actual *garantismo de derecho público* con un *garantismo de derecho privado*. En efecto, el “estado de derecho”, como la misma palabra lo dice, se ha desarrollado únicamente como sistema de límites y vínculos legales concerniente a los poderes estatales. Los poderes privados, como los derechos patrimoniales de propiedad y los derechos civiles de autonomía contractual, en cambio, han sido concebidos por la tradición liberal como libertades fundamentales, del mismo tipo de los derechos de libertad consistentes en simples inmunidades o facultades. Estos consisten en cambio en derechos-poderes, entendiendo como “poder” cualquier facultad cuyo ejercicio interfiera en la esfera jurídica de otros³¹. Y en cuanto poderes deben por tanto ser sometidos a la ley, al no ser compatible con el estado de derecho la existencia de poderes *legibus soluti*. Es una cuestión de gramática jurídica: el ejercicio de los poderes privados, como el que se manifiesta en los contratos y en los negocios, y más en general en la actividad económica y financiera, se coloca en un nivel normativo más bajo respecto del legislativo y más aún del constitucional³². De aquí, frente a la reinante supremacía incontrolada de los poderes financieros y a su insumisión a las reglas, sostenida por las actuales ideologías neoliberales, la necesidad, hoy más actual y urgente que nunca, de un garantismo y un constitucionalismo de derecho privado, que someta también a los mercados a los límites y a los vínculos que se requieren para garantía de los derechos fundamentales.

30 Sobre esta característica de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos como normas sustanciales sobre la producción legislativa, cf. *Principia iuris* cit., vol. I, § 11.1, pp.729-731 y §§ 12.10-12.18, pp. 890-937, y recientemente *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 37, 77-78, 95, 113 (edición española en preparación por Editorial Trotta, Madrid).

31 Es esta la noción de “poder” jurídico que he estipulado en *Principia iuris* cit., vol. I, § 10.1, pp.556-561, con la definición D10.1.

32 Sobre la cuestión, reenvío nuevamente a *Principia iuris* cit., vol. I, § 2.4, pp.151-155, § 10.10, pp.600-603 y §§ 11.4-11.6, pp.701-717 y a *La democrazia attraverso i diritti* cit., pp. 46-48, 144-146, 151.

La cuarta expansión se refiere casi por completo al futuro del garantismo: el desarrollo de un *garantismo supraestatal*, en adición al actual *garantismo estatal*. El estado de derecho y la democracia, junto con sus instituciones de gobierno y de garantía, nacieron y se desarrollaron en el marco de los estados nacionales. Sin embargo, frente a la actual globalización, los poderes que cuentan —ya sean políticos y públicos, o, sobre todo, los económicos y privados— se han trasladado a la esfera global, fuera de las fronteras nacionales. Piénsese en las actuales instituciones internacionales —no sólo en las formales, como el Fondo Monetario y la Organización mundial del Comercio, sino también en las informales, como el G8, el G20, el G24 y similares— y, sobre todo, en el gran poder financiero especulativo. La consecuencia ha sido una asimetría entre el carácter global o supraestatal de los poderes y el carácter local o estatal tanto del derecho como de la política, y por consiguiente, un vacío de derecho público supraestatal; el desarrollo de poderes salvajes que están de hecho atentando no sólo contra los derechos de las personas y contra la democracia de los estados nacionales, sino incluso contra la conservación del ambiente y la supervivencia de la humanidad. Piénsese en las catástrofes ecológicas y nucleares, en las crisis económicas globales y en las emergencias humanitarias del aumento de la desigualdad y de la miseria provocadas por el desarrollo anárquico de la economía y de la política. De aquí la necesidad, cada vez más dramáticamente urgente, de un garantismo cosmopolita a través de la construcción de una esfera pública a la altura de los nuevos poderes globales.

Ciertamente, todas estas expansiones del paradigma garantista pueden parecer demasiado lejanas del garantismo penal de Cesare Beccaria. Pero la sintaxis lógica del paradigma es la misma: vínculos, no sólo límites a los poderes públicos; impuestos constitucionalmente a la legislación, no sólo legalmente a la administración y a la jurisdicción; dictados a los poderes privados, económicos y financieros, y no sólo a los poderes públicos; estipulados respecto de los poderes supraestatales y globales, y no sólo de los poderes estatales; en garantía de los derechos sociales y de los bienes fundamentales, y no sólo de los derechos de libertad y de inmunidad del arbitrio punitivo. En todo caso, el secreto del paradigma garantista consiste en la feliz ambivalencia de las garantías: límites y vínculos a los poderes de cualquier tipo y nivel, y al mismo tiempo, técnicas de tutela y satisfacción de los derechos fundamentales de todos, que la política tiene la obligación de introducir en actuación de las tantas cartas constitucionales e internacionales.

4. UNA FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA MILITANTE

Abordo de esta manera el tercer aspecto de la extraordinaria actualidad del pensamiento de Beccaria. Hoy el paradigma garantista se encuentra en crisis, en todas sus dimensiones y niveles. Está en crisis el garantismo social, por las políticas antisociales impuestas a los estados por los poderes financieros desregulados. Después de la disolución del derecho del trabajo y del desarrollo sin reglas de los mercados financieros, falta prácticamente cualquier tipo de garantismo supraestatal y/o de derecho privado. Pero está en crisis también el garantismo penal, debido a las políticas represivas y antigarantistas promovidas por el populismo penal en materia de seguridad, y por las culturas autoritarias que siempre invocan la perenne emergencia: en crisis con respecto a sus fundamentos filosóficos externos, los trazados por Beccaria, pero en crisis, además, con respecto a sus fundamentos jurídicos internos, acogidos en todas nuestras cartas constitucionales de derechos, sean estatales o supraestatales.

Frente a esta crisis, el libro de Beccaria sugiere a la reflexión jurídica y política un rol pragmático: crítico frente al derecho existente y proyectual del derecho futuro. El mismo es consecuentemente un “libro militante”³³, como lo ha llamado Perfecto Andrés Ibáñez en su *Introducción* a la espléndida edición en español cuidada por él. Lo es, sobre todo, porque no se trata de un libro de derecho penal positivo, sino de teoría normativa y de filosofía del derecho sobre los fundamentos morales y políticos que justifican el derecho penal. Este carácter filosófico-jurídico ha sido incomprendido o, peor aún, refutado por gran parte de la cultura jurídica penalista. No fue comprendido por quienes, como recuerda Perfecto Andrés Ibáñez, lo manipularon, en sus diversas ediciones y versiones, para transformarlo en un “Tratado”³⁴, es decir, en el género literario dotado de mayores pretensiones científicas en el campo jurídico. Y fue también duramente contestado, en Italia, por los promotores de la corriente técnico-jurídica, caracterizada por el abierto rechazo de toda contaminación filosófica y crítica del saber puramente “técnico” y “científico” en que únicamente debería consistir la ciencia penalista: baste recordar la lección inaugural de Arturo Rocco el 15 de enero de 1910 en la universidad de Sassari, que inauguró el método “técnico-jurídico” en las ciencias penales³⁵, así como las primeras páginas del monumental *Tratado de derecho penal italiano*, del más importante penalista italiano del siglo pasado: Vincenzo Manzini³⁶.

33 P. Andrés Ibáñez, *Introducción a De los delitos y de las penas*, cit., p.10.

24 *Ibid.*, pp.16-18. Perfecto Andrés Ibáñez, *Introducción cit.*, pp.16-18, recuerda ante todo la manipulación más notoria, que se impuso por largo tiempo también en las ediciones italianas, operada por el abate Morellet, que la publicó con el título *Traité des Délits et des Peines, traduit de l'italien d'après la troisième édition, revue et corrigée et augmentée par l'auteur, avec des additions de l'auteur qui n'ont pas encore paru en italien*, Lausanne (en realidad París) 1766; recuerda además la intervención más reciente operada en España por el penalista Quintiliano Saldaña, *El Derecho Penal (De los delitos y de las penas)*, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid, 1930, que la motivó, escribe Perfecto Andrés Ibáñez, “con el argumento de que ‘para la conciencia de un técnico, esta edición por fuerza había de ser ordenada’, con un orden que a su juicio no podía ser el de Morellet, quien, como Beccaria ‘tampoco era técnico del derecho penal, por lo que la edición francesa [...] queda tan desprovista de coherencia como la edición *princeps* que no responde a un módulo sistemático’. ‘Así ordenado y dispuesto’ —concluye Saldaña— ‘el libro de Beccaria adviene a la categoría de Tratado —un breve Tratado de Derecho penal— que bien puede servir, en las cátedras elementales para la enseñanza de esta ciencia’”.

35 Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, extracto dalla “Rivista di diritto e procedura penale”, año I, fasc.X, 1910, Vallardi, Milano 1910, pp.4 y 3, en el cual se desencadena un duro ataque a la Escuela Clásica Italiana que, desde Beccaria hasta Carrara, “había pretendido estudiar un derecho penal por fuera del derecho positivo, esa, se había ilusionado con poder forjar un derecho penal diverso de aquel consagrado por las leyes positivas del Estado” abandonándose así “a la desenfundada voluntad de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes”. Contra estas “agrestes tendencias reformadoras” (*Ibid.*, P 3), Arturo Rocco formula su programa metodológico: “Este es principalmente, si es que no exclusivamente, la tarea y la función de la ciencia del derecho penal: la elaboración técnico-jurídica del derecho penal positivo y vigente, el conocimiento científico, y no simplemente empírico, del sistema del derecho penal así como es, en fuerza de las leyes que nos gobiernan (*Ibid.*, p. 25).

36 Recuértese el pesado ataque de Vincenzo Manzini a la filosofía del derecho, y en particular a la reflexión sobre el problema de los fundamentos del derecho penal, en las primeras páginas de su célebre tratado: “Resulta del todo superflua, para nuestros estudios, aquella parte estrictamente filosófica que los criminalistas del siglo XVIII y XIX solían anteponer a sus tratados. El investigar los llamados fundamentos supremos y la noción del derecho... hoy ya no está permitido a una disciplina eminentemente social, positiva y de buen sentido, como es la nuestra” (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino 1933, vol.I, § 3, p. 6; trad. esp. de S. Sentís Melendo, *Tratado de derecho penal*, prólogo y notas de R. Núñez y E. Gaviera, Ediar, Buenos Aires, 1948)). Y sin embargo Manzini había escrito, treinta años antes, un brillante artículo filosófico claramente liberal e ilustrado sobre el problema de los fundamentos del derecho penal, donde —comentando una liquidación idéntica a aquella realizada por él treinta años después (“Haciendo caso a Carnevale, el Estado penaliza porque penaliza, y como no se siente la necesidad de justificar el ejercicio del derecho civil, asimismo es perfectamente superfluo indicar sobre cuales principios de razón se funda la sanción penal”)— escribe: “la susodicha afirmación es mucho más digna de ser escrita sobre la puerta de un cuartel, que de ornamentar un propileo de uno de los templos de la ‘escuela crítica’ del derecho penal” (V. Manzini, *Diritto penale*, en *Il Digesto Italiano*, Utet, Torino 1899, vol. IX, parte III, p.60). La explicación de este viraje, considerando las diversas fechas de los dos escritos, es ofrecida por el mismo Manzini: “La filosofía nunca ha tenido y nunca tendrá alguna influencia sobre las relaciones sociales, si no refleja la conciencia y la opinión de la colectividad dominante” (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Utet, Torino 1931, I, p.63; trad. esp. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, *Tratado de derecho procesal penal*, con prólogo de N. Alcalá Zamora, EJEA, Buenos Aires, 1951-1954.).

Mas la filosofía del derecho penal de Beccaria es una filosofía militante, como la filosofía política de la Ilustración en su conjunto³⁷, por otro motivo: por la pasión civil, la fuerza polémica y la indignación moral que inspiran la crítica del derecho penal y de las practicas punitivas vigentes —de la pena de muerte a la tortura, de los métodos violentos del proceso inquisitivo y ofensivo a la inútil inflación de las normas penales, desde los excesos punitivos hasta la oscuridad de las leyes— desde la perspectiva de los fundamentos racionales del derecho de penar elaborados por esa filosofía. Bajo este aspecto, lamentablemente, como escribe Perfecto Andrés Ibáñez, las reflexiones de Beccaria “no pueden envejecer”³⁸: son siempre actuales, a causa de la degradación del derecho penal en sus prácticas abyectas, y en sus doctrinas de legitimación, incluso en los países de democracia avanzada. Piénsese en las leyes de excepción emanadas en nuestros países contra el terrorismo (comenzando por el *Patriot Act* estadounidense del 26 de octubre de 2011, en las horrendas torturas en las prisiones de Guantánamo y de Abu Ghraib, en los secuestros de personas encarceladas en prisiones secretas, y por otro lado, en las tesis de Alan Dershowitz sobre la legitimidad de la tortura en casos “excepcionales” y en la doctrina del derecho penal del enemigo elaborada por Gunther Jakobs en apoyo de la lógica de guerra en el tratamiento penal de los terroristas y del crimen organizado.

Las enseñanzas de Beccaria y su ejemplo de filósofo civilmente comprometido, son permanentemente actuales frente a estos horrores. Diré más aún, son hoy más actuales que nunca. En efecto, el carácter crítico y proyectual de la cultura jurídica y su carácter militante en defensa de los derechos humanos son hoy necesarios no sólo en el plano moral y político, sino también en el plano jurídico y científico. Los principios de razón y los fundamentos morales del derecho elaborados por Beccaria y la filosofía política de la Ilustración, por su positivización en constituciones rígidas, han dejado de ser principios políticos externos al derecho, para convertirse en principios jurídicos internos al mismo derecho positivo y de grado superior al artificio jurídico en su totalidad. La divergencia entre justicia y legalidad, entre valores ético-políticos y prácticas efectivas, se ha transformado en gran parte, en una divergencia interna al derecho mismo: entre sus principios constitucionales por un lado y la legislación ordinaria y la práctica judicial por otro. Así, los parámetros de científicidad exigidos a los discursos sobre el derecho, han experimentado un vuelco. El enfoque puramente descriptivo y avalorativo, reclamado a estos como condición de científicidad por el viejo método técnico-jurídico, no es hoy científicamente sostenible. En efecto, pues la crítica del derecho vigente y la proyección del derecho futuro, ya no son competencia exclusiva de la filosofía política o de la filosofía de la justicia. Las mismas corresponden también, y como un cometido científico y no sólo civil, a la ciencia jurídica positiva, que no puede ignorar sino que, al contrario, debe comprobar las violaciones de la constitución, ya sean por acción, como las antinomias, o bien por omisión, como las lagunas, y además promover su superación por vía judicial o legislativa. De aquí se sigue el compromiso militante impuesto a toda la cultura jurídica y no solo a la penalista, por el paradigma constitucional y sus expansiones, de las que he hablado antes; además, ya no exclusivamente como fruto de una opción moral o política, sino como hábito científico³⁹.

37 “L’illuminismo: una filosofia militante” es el título de la Introducción de Dario Ippolito a su libro *Diritti e potere*, cit. pp. 11-19.

38 P. Andrés Ibáñez, Introducción, cit., p.11.

39 Reenvío, sobre mutación del estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y en particular sobre su rol pragmático por efecto del paradigma constitucional, a mi libro *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 2.8, pp.81-89.

Por todo lo anterior, el mayor homenaje que hoy cabe brindar a Cesare Beccaria, a 250 años de distancia de su libro *De los delitos y de las penas*, consiste en tomar en serio su enseñanza: asumiendo el modelo normativo del poder regulado —elaborado por él para el derecho penal, pero hoy ampliado a todo el derecho e incluso en gran parte constitucionalizado— como parámetro de la crítica del derecho vigente, no sólo del derecho penal, y como proyecto de construcción de un sistema político capaz de disciplinar a todos los poderes y hacerlos funcionales a la garantía de los derechos de todos. Está en juego el futuro, no únicamente del derecho penal, sino también de la democracia e incluso de nuestra propia supervivencia y de la convivencia pacífica.

Tipología de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes (una aproximación comparada)

Jesús M. CASAL

I.- INTRODUCCIÓN: LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE (IN)CONSTITUCIONALIDAD

Un tema que ha cobrado especial importancia en el Derecho Procesal Constitucional, desde una perspectiva comparada, es el de las modalidades de sentencias que pueden ser dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes. La evolución de este control ha conducido a una diversificación de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, generalmente asociada al fortalecimiento de los mecanismos de protección judicial de la Constitución y al afinamiento de las técnicas de la revisión judicial de la constitucionalidad.

En un contexto más amplio, esta diversificación se relaciona con la expansión de la fuerza normativa y el alcance material de la Constitución, ya que su proyección sobre el ordenamiento jurídico con una especial intensidad y extensión lleva aparejadas mayores tensiones con la legislación. En el esquema clásico de los tribunales constitucionales como legisladores negativos y bajo la concepción predominantemente orgánica de la Constitución que suponía, la intervención de estos órganos se perfilaba más bien como eventual, pues se partía de la premisa de que las Constituciones debían contener pocas regulaciones materiales. En cambio, la ampliación de los aspectos sustantivos de las Constituciones (derechos o principios) y su mayor fuerza jurídica propenden a hacer más frecuentes los choques o tropiezos entre las normas constitucionales y la legislación y llevan a los tribunales o salas constitucionales a ser más exactos en la calibración de los instrumentos de control con que cuentan para asegurar la supremacía de la Constitución.

Este robustecimiento material de las Constituciones se origina no solo ni principalmente en el alargamiento del catálogo de derechos que caracteriza a muchos textos constitucionales aprobados en las últimas décadas, sino también en el desplazamiento funcional de la jurisdicción constitucional hacia la temática de los derechos¹, así como en el desarrollo de teorías jurídicas y construcciones jurisprudenciales que potencian los contenidos constitucionales sustantivos. El impacto que ello ha tenido sobre la jurisdicción constitucional es de índole tanto cuantitativa como cualitativa, ya que la prolongación material de las Constituciones ha estado acompañada del reconocimiento de formas de inconstitucionalidad que antes raramente podían suscitarse. Así, las tesis que han servido de fundamento a un control de constitucionalidad cuyo parámetro son los deberes estatales de protección de los derechos fundamentales (o las obligaciones positivas de los Estados en materia de derechos humanos, desde una óptica internacional) dan lugar a un examen de constitucionalidad que mide la

¹ *Vid.*, entre otros, Ahumada Ruiz, Marian, *La Jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 17 y ss.

suficiencia de la tutela ofrecida por la regulación legislativa, antes que la contradicción predominantemente formal entre lo dispuesto en un precepto constitucional y en otro de rango legal. Algo similar ocurre cuando se evalúa, con base en el principio de igualdad, la constitucionalidad de una ley que excluye tácitamente a alguna persona o grupo del disfrute de algún beneficio, pues aquí se cuestiona lo que la ley calla, no lo que la misma establece². Estas y otras vertientes novedosas de la inconstitucionalidad deben ser adecuadamente canalizadas y resueltas por el Derecho Procesal Constitucional.

La principal manifestación de las alteraciones que se han producido en el control de constitucionalidad de las leyes y, en particular, en lo que algunos denominan los modos de reparación de la ley inconstitucional, se encuentra en la superación de la disyuntiva tradicionalmente planteada entre la declaratoria con lugar del recurso o demanda de inconstitucionalidad, con la consecuencia, entendida como ineludible, de la anulación de la disposición impugnada, y la total desestimación del recurso incoado³. Esta disyuntiva podía encasillar a la justicia constitucional en el dilema de anular un precepto que no fuera completamente inconstitucional, o desechar pura y simplemente el recurso interpuesto, frente a una disposición que fuera, a ciertos efectos, inconstitucional. Ni uno ni otro proceder resultan plausibles, ya que, en cuanto al primero, no está en consonancia con el respeto debido a la obra del legislador democrático y propende a generar innecesariamente un vacío normativo y, en lo que respecta al segundo, no se aviene con la supremacía y fuerza jurídica de la Constitución, la cual se resiente si salen indemnes del control de constitucionalidad leyes que poseen elementos de inconstitucionalidad.

Ese enfoque dilemático, que resta adaptabilidad al control de constitucionalidad de las leyes, a fin de cuentas lo debilita, porque los jueces a menudo se inclinarían a dejar totalmente a salvo la disposición legal impugnada, aunque tenga algunas posibilidades de aplicación inconstitucionales, en lugar de declarar su entera nulidad. Por eso, la diversificación de las sentencias de inconstitucionalidad, que se expresa mediante los fallos denominados intermedios o atípicos, es una respuesta judicial a la necesidad de hacer valer la normatividad constitucional pero sin lesionar el campo de decisión política del legislador y sin ocasionar injustificadamente vacíos normativos.

Algo similar puede ocurrir con las relaciones entre los tribunales o salas constitucionales y los jueces ordinarios, ya que estos deberán atender al sentido del precepto que resulte de la adaptación jurisprudencial, debiendo precisarse en cada sistema hasta dónde llega el efecto vinculante de los correspondientes pronunciamientos. Este asunto adquiere especial relevancia desde la óptica de la seguridad jurídica, no solo frente a los jueces sino frente a los operadores jurídicos en general, ya que la disposición publicada en la gaceta o boletín oficial del Estado puede sufrir una notable alteración de sus implicaciones normativas.

Estas transformaciones en la actividad de la jurisdicción constitucional suelen caracterizarse como la conversión de los tribunales o salas constitucionales en legisladores positivos, lo cual evidencia los nuevos problemas que deben ser abordados y es también revelador de las ambigüedades o inexactitudes habituales en el tratamiento del tema y de las diferentes posturas adoptadas frente a esta evolución. La calificación de los tribunales o salas constitucionales como legisladores positivos es muy discutible, al menos si ello no está acompañado de múltiples salvedades, pero lo que ahora interesa subrayar es que tal conceptualización es utilizada con una intencionalidad muy diversa:

2 Vid. González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.; Casal, Jesús M., *Constitución y Justicia Constitucional*, UCAB, Caracas, 2004, pp. 107 y ss. y 175 y ss.

3 Vid. Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bolonia, 1988, p. 280.; González Beilfuss, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

para describir un proceso en curso; para justificarlo; o más bien para cuestionarlo, sin que sean siempre claros los fundamentos con los que se asume una posición favorable o crítica. Todo ello complica el examen doctrinal.

Este artículo pretende aproximarse a esta diversificación de las sentencias emitidas en el control de constitucionalidad de las leyes. Ello supone exponer una tipología básica, no sin antes esbozar algunos de los elementos conceptuales con apoyo en los cuales se ha superado la disyuntiva de la nulidad o la incolumidad de la disposición legal. En una segunda parte se mencionarán algunas sentencias de esta índole dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

II.- PRINCIPALES BASES CONCEPTUALES DE LAS TRANSFORMACIONES PRODUCIDAS

Son múltiples los factores de la disociación entre los conceptos de la inconstitucionalidad y la nulidad. Además, los términos de la vinculación original entre los mismos y el alcance de la ruptura varían de un ordenamiento jurídico a otro. En este apartado intentaremos tan solo enunciar los principales fundamentos conceptuales que han sustentado tal separación.

Una pieza conceptual básica para el desarrollo de las sentencias comúnmente denominadas intermedias, o atípicas, que escapan a la disyuntiva de la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o la completa desestimación del recurso interpuesto, se encuentra en la distinción entre la disposición y la norma⁴. La primera es el precepto, es decir, la formulación textual o lingüística emanada del legislador; la segunda es un contenido o consecuencia normativa deducible del texto legal, mediante la interpretación. Se discute cuál de las dos, o si más bien ambas, son el objeto del control de la constitucionalidad de las leyes, o del pronunciamiento judicial.

La distinción entre disposición y norma ha sido de singular importancia en el contexto de ordenamientos en los que la regulación de la jurisdicción constitucional, o la tradición que la respalda, han estado ancladas a la idea de que el objeto del control de constitucionalidad es la ley entendida como disposición y, en especial, de que esta es el objeto del pronunciamiento judicial⁵. Este perfil técnico-procesal, asumido inicialmente de forma dogmática, ha evolucionado hacia un punto de partida o rasgo característico que no excluye que el control y, sobre todo, el fallo judicial comprendan al precepto legal en todas sus proyecciones normativas. Este tránsito ha sido impulsado por el reconocimiento de la posibilidad de escindir analíticamente las normas o interpretaciones deducibles de una disposición, del texto que la contiene, de tal modo que la eventual declaración de una inconstitucionalidad puede recaer sobre una norma particular sin afectar al texto normativo, en la medida en que dicha norma no coincida completa o sustancialmente con un componente literal del precepto.

La escisión entre la disposición y la norma ha sido fundamental en el desarrollo de la jurisdicción constitucional italiana, procesalmente sustentada, de manera principalísima, en la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes. Ello porque en el contexto de este mecanismo el caso concreto marca el examen de constitucionalidad y el juez ordinario puede identificar con facilidad la interpretación o norma relevante en las circunstancias sometidas a su conocimiento, en la cual estará centrada la cuestión que ha de elevarse ante la Corte Constitucional. Adicionalmente, la dinámica de la cuestión de inconstitucionalidad en Italia ha adquirido rasgos particulares en los que la mencionada escisión

4 Respecto de esta distinción *vid.*, entre otros, Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 279 y ss.; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova. Valladolid, 2001, pp. 35 y ss.

5 *Vid.* Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 483 y ss.

juega un papel capital para la escenificación de un fructífero diálogo constante entre la Corte Constitucional y los jueces, que ha puesto en un primer plano, además, un “componente interpretativo del ordenamiento” en la jurisdicción constitucional⁶.

La apertura de la revisión judicial a contenidos normativos implícitos en el precepto favorece un replanteamiento de la conexión necesaria entre la inconstitucionalidad y la nulidad, total o parcial, de la disposición. Esta es a fin de cuentas el punto de referencia y, en este sentido, la fuente de la inconstitucionalidad, pero puede comprender muchos contenidos o implicaciones normativas compatibles con la Constitución, separables del elemento inconstitucional, susceptible de ser extirpado mediante un pronunciamiento que incide en una norma o interpretación pero conserva el precepto y el resto de sus proyecciones normativas.

Admitida la escisión entre la disposición y la norma en el marco de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, se discute si el objeto del control de constitucionalidad es solo la norma, o si pueden serlo tanto la disposición como la norma, alternativamente y según el caso. Lucen sólidas las tesis que se decantan por esta última posición, ya que sería excesivo expulsar una disposición del ordenamiento por incluir alguna norma, o posibilidad interpretativa, inconstitucional, la cual puede ser además completamente ajena al plan de la ley. Como también sería erróneo que, para evitar tal exceso, se mantengan incólumes todas las implicaciones normativas de un precepto, aun las inconstitucionales, bajo el postulado dogmático de que la inconstitucionalidad solo puede referirse a elementos textuales.

Conviene, no obstante, apuntar que no parece indispensable adoptar de manera explícita o sistemática, en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, la distinción entre disposición y norma para desarrollar un control de constitucionalidad que supere la asociación forzosa entre la inconstitucionalidad y la nulidad de un precepto (total o parcial). La diferenciación entre la disposición y su (s) norma (s) es un recurso argumentativo cuyo sustento lógico o teórico es controvertido y su alcance relativo, pues las normas no se examinan con independencia de las disposiciones. La disociación entre inconstitucionalidad y nulidad también puede lograrse, según lo establecido en el respectivo sistema jurídico, al entender que la nulidad es la manifestación más incisiva de las consecuencias posibles de la inconstitucionalidad, y que el tribunal o sala constitucional puede administrar los efectos de esta declaración según las circunstancias del caso y en función de parámetros que pueden ser construidos jurisprudencialmente. Ello aunado a una visión del objeto del control que tenga en cuenta a la disposición de manera global, considerando tanto su literalidad como sus implicaciones normativas implícitas.

Lo esencial son los principios de fondo que han impulsado la modulación de los fallos de inconstitucionalidad y que pueden encontrar en cada ordenamiento una plasmación dogmática y procesal diferente. Los tribunales o salas constitucionales, al ejercer sus funciones de control de la constitucionalidad, no pueden perder de vista las peculiaridades de la inconstitucionalidad denunciada ni las consecuencias de una sentencia que se mantenga en los moldes clásico de la expulsión o anulación de disposiciones o incisos normativos. La rigidez de la respuesta jurisdiccional que el esquema tradicional impone es contraria a la variedad de las situaciones normativas inconstitucionales que la realidad ofrece, más aún en atención a los cambios producidos en el parámetro de la inconstitucionalidad. La necesidad de procurar la conservación de la ley, en virtud del principio democrático; de evitar en lo posible vacíos normativos y, a la vez, de hacer valer la supremacía y fuerza normativa de la Constitución exige la apertura de cauces técnico-procesales que permitan a los jueces constitucionales canalizar prudencialmente los diversos reclamos de inconstitucionalidad surgidos en el marco de dicho control.

6 Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 282.

La rigidez o estrechez de la respuesta jurisdiccional ante la inconstitucionalidad normativa puede repercutir negativamente en los propios derechos de los justiciables, desde la óptica del acceso a la justicia, ya que, como se apuntó previamente, un tribunal constitucional encasillado en el dilema de la inconstitucionalidad y la nulidad podría estar inclinado a desechar pretensiones sustancialmente fundadas de inconstitucionalidad, en detrimento también por supuesto de la supremacía constitucional.

La diversificación de los fallos de inconstitucionalidad debe sin duda desarrollarse de manera respetuosa con la división de poderes, y tanto la praxis jurisprudencial como el contexto normativo deben ser examinados continuamente para alertar sobre excesos cometidos y proponer correctivos. No tendría sentido salirse de los moldes clásicos del control de constitucionalidad con el propósito, entre otros, de resguardar la obra del legislador democrático para luego lesionar, con una incidencia no solamente ablativa sino reconstructiva, su esfera de atribuciones. El riesgo de creación de vacíos normativos, que en el esquema tradicional de la inconstitucionalidad con nulidad solía favorecer la desestimación del recurso, puede propiciar, en manos de una jurisdicción constitucional librada de ese lastre y dotada de un amplio instrumental decisor, un incremento de pronunciamientos directamente reparadores de la inconstitucionalidad. De esta forma el punto problemático de la inacción judicial injustificada se traslada al de la eventual intervención excesiva, por lo cual es preciso observar que la recomposición normativa unilateral es ilegítima cuando la solución a la inconstitucionalidad constatada no se deriva directamente de la Constitución sino que presupone optar entre políticas públicas, modelos ideológicos o programas técnicos o socioeconómicos, u otros que confluyen en el espectro de alternativas sujetas a discusión en el proceso democrático. Recuértese, además, que en ocasiones el legislador tendrá incluso la libertad de prescindir por completo de la normativa inicialmente dictada, declarada inconstitucional, lo cual también debe ser respetado por la jurisdicción constitucional.

En todo caso, la inclinación de los tribunales o salas constitucionales a enmendar las disposiciones objeto de control para ajustarlas a la Constitución y soslayar su expulsión del ordenamiento lleva consigo, previsiblemente, efectos institucionales generales. La activación de diversos mecanismos resolutivos, que permitan ajustar el fallo a las peculiaridades e implicaciones de la inconstitucionalidad advertida, conduce a una relación distinta de la jurisdicción constitucional con el legislador, lo cual, al margen de la invasión ilegítima de su esfera de competencias que en algunos casos ocurra, puede colocar con frecuencia a los tribunales o salas constitucionales en una zona gris en la que ganen protagonismo en la construcción del derecho y en la articulación de las soluciones finales a problemas de alto impacto social, económico o político. De allí la importancia de hacer seguimiento a la utilización de pronunciamientos atípicos por la jurisdicción constitucional, para poner de relieve los supuestos en los que una reparación bilateral (o multilateral)⁷ de la inconstitucional hubiera sido más respetuosa de la Constitución en su conjunto.

Por otro lado, la modulación de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad ha de tener en cuenta las facultades de los jueces ordinarios en la resolución de controversias concretas, incluyendo el margen que ha de estar a su alcance para interpretar la Constitución al dictar sus decisiones. Todas estas cautelas dejan sin embargo intacta la justificación de la adaptación de las sentencias emitidas en el control de constitucionalidad de las leyes a las características de la ilicitud denunciada y a las circunstancias o consecuencias del posible pronunciamiento judicial.

7 Sobre la reparación unilateral (o inmediata), bilateral o multilateral (o mediata) de la inconstitucionalidad *vid.* Jiménez Campo, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 33 y ss.; González Beilfuss, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

Es preciso, por último, apuntar que junto a los fundamentos materiales antes bosquejados han concurrido algunos de índole procesal que han facilitado la modulación o diversificación de los fallos de inconstitucionalidad. Al respecto es necesario subrayar que esta evolución se ha producido en buena medida sin un claro respaldo en las disposiciones legales relativas a las atribuciones de los tribunales o salas constitucionales. Es comprensible que haya sido así, pues son estos órganos jurisdiccionales los que han tenido en sus manos la responsabilidad de resolver adecuadamente controversias normativas, teniendo en cuenta la supremacía de la Constitución, el principio democrático y las consideraciones prudenciales referidas a los efectos institucionales de sus decisiones. La camisa de fuerza que podía significar para el cumplimiento de las funciones de la jurisdicción constitucional la asociación entre inconstitucionalidad y nulidad textual fue apreciada primeramente por los propios tribunales o salas constitucionales y exigió de estos respuestas inmediatas, algunas de las cuales fueron luego confirmadas por la legislación.

En este recorrido se ha acudido a categorías como la autonomía procesal del tribunal constitucional, que le permitiría colmar lagunas de la legislación procesal con amplias facultades de integración, bajo una orientación que lo erige en “señor de su procedimiento” y le reconoce poderes especiales de adaptación de la normativa procesal para la realización de los fines del proceso constitucional⁸. Con estas premisas, en Perú se ha desarrollado la diversificación de los fallos de inconstitucionalidad. Sin apelar explícitamente a la categoría de la autonomía procesal, en algunos sistemas se sostiene que entre las facultades inherentes a las funciones del tribunal o corte constitucional se halla la de precisar los efectos de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad⁹. La tesis de la autonomía procesal del tribunal constitucional no ha estado exenta de críticas, pues se ha sostenido que la singular posición institucional de este tribunal aconseja más bien que se mantenga dentro de los límites que a todo juez impone la normativa procesal¹⁰. Pero al margen de la validez general de aquella tesis, que en todo caso ha de estar sujeta a condiciones como los arriba señalados, lo cierto es que en relación con la modulación de las sentencias de inconstitucionalidad pueden encontrarse distintos asideros normativos indirectos, así sea por la vía de poderes implícitos, para sustentar las facultades de modulación de los tribunales o salas constitucionales sobre los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad. Habrá que estudiar en cada ordenamiento hasta dónde puede llegar la jurisdicción constitucional en ejercicio de tales facultades.

III.- TIPOLOGÍA BÁSICA

No es fácil formular una tipología de las sentencias de fondo dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes. Especialmente si se quiere que tenga carácter orientador con un enfoque de Derecho Comparado. Ello porque en cada ordenamiento jurídico la clasificación de esas decisiones puede estar influenciada por el concreto marco normativo y decantarse en una dirección contrastante con la aplicable a otros sistemas. En especial, esta tarea se hace compleja cuando predomina o es exclusivo el criterio formal al elaborar la tipología. Una cosa es lo que un fallo dice textualmente ser y otra lo que verdaderamente es desde el punto de vista del juicio que el tribunal o sala constitucional haya emitido respecto de la constitucionalidad de la disposición legal objeto de revisión. Conscientes de estas dificultades, nuestro interés es bosquejar las grandes líneas de una categorización, como reflejo de la

8 Vid. Landa, César, “Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II, UNAM, México, 2008, pp. 233 y ss.; Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, München, 2007, pp. 33 y 34.

9 Vid., entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-109/95 y C-325/09.

10 Schlaich/Korioth, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

evolución antes apuntada, en lugar de hacer una diferenciación que llegue hasta los últimos detalles. De ahí la alusión a una tipología básica, la cual tendrá en cuenta la jurisprudencia constitucional venezolana y la de otros sistemas, así como diversos aportes doctrinales.

Con el fin de establecer una tipología básica de las sentencias de (in) constitucionalidad, conviene mencionar los principales criterios clasificatorios de los pronunciamientos dictados en el control de constitucionalidad de las leyes. En primer término, desde el punto de vista del sentido de la decisión, cabe distinguir entre las sentencias estimatorias y las desestimatorias, subdividiéndose las primeras en las que declaran totalmente con lugar el recurso o demanda y las que lo hacen parcialmente. En segundo término, desde el ángulo de sus efectos sobre la ley o el poder legislativo, puede diferenciarse entre las sentencias que comportan la supresión de algún elemento literal o textual de una disposición legal; las que fijan una interpretación del precepto impugnado que, respetando su sentido literal, lo reconduce al terreno de la constitucionalidad; las que reconstruyen, con carácter reductor o aditivo, el contenido normativo de la disposición; las que combinan el efecto ablativo con el aditivo y tienen naturaleza sustitutiva; las que se limitan a declarar la inconstitucionalidad, o incompatibilidad con la Constitución, de la disposición legal impugnada; y las que contienen mandatos o exhortaciones dirigidas al legislador. Por último, desde la óptica de sus efectos en el tiempo, las sentencias que declaran la nulidad de una disposición pueden tener carácter retroactivo (*ex tunc*) o proyectarse solo hacia el futuro, desde la publicación del fallo (*ex nunc*), o pueden tener efectos diferidos.

Con base en estas clasificaciones generales puede construirse la tipología que a continuación se expone, la cual no pretende ser exhaustiva sino intenta recoger las categorías fundamentales y está centrada en la apreciación de los efectos sobre la ley o el poder legislativo de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad. El análisis está focalizado en las decisiones que de una u otra forma inciden en una norma legal o en el legislador. Se dejan de lado los pronunciamientos puramente desestimatorios, que pueden ser relevantes desde otros puntos de vista, como el de su repercusión sobre los jueces ordinarios en virtud de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional. Es preciso observar que, en el desarrollo de esta tipología, se considera una perspectiva tanto formal como material, ya que una sentencia formalmente desestimatoria (aquella cuyo fallo se formula en tales términos) puede ser parcialmente estimatoria desde una óptica material, al tratarse, por ejemplo, de un pronunciamiento interpretativo que desecha una norma (o interpretación) inconstitucional derivada del precepto en cuestión. Conviene además advertir que se aludirá a clases de sentencias que no necesariamente conviven en un mismo ordenamiento jurídico. Cuando corresponda se intentará poner de relieve algunos equivalentes funcionales entre sistemas jurídicos diferentes que subyacen a la clasificación general.

1. Sentencia estimatoria anulatoria del texto, en todo o en parte

Se trata de las decisiones que declaran con lugar el recurso o demanda interpuesto y que, como consecuencia de la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, acuerdan la nulidad de un precepto legal o de una parte del mismo. Lo característico de estas sentencias es que sustraen algunas palabras, frases o párrafos del artículo cuestionado, o suprimen uno o varios artículos o una ley completa. Son pronunciamientos ablativos o supresores, que expulsan de la normatividad textual aquello que se ha considerado inconstitucional.

Estas son las sentencias tradicionales de la justicia constitucional, que más se ajustan al modelo de los tribunales o salas constitucionales como legisladores negativos y respecto de las cuales no es necesario introducir aquí alguna ejemplificación. No obstante, ello no significa, como pudiera creerse, que sean decisiones inofensivas desde el

punto de vista de las relaciones de la jurisdicción constitucional con el poder legislativo. Téngase en cuenta que un pronunciamiento formalmente supresor puede poseer una relevante carga reconstructiva. Al eliminar una palabra en un artículo este puede cambiar completamente de sentido y adquirir uno que no se corresponda con el plan o sentido de la ley. De allí que se haya señalado que estas decisiones pueden ostentar un carácter manipulativo. Esta clase de sentencias ponen de manifiesto que el esquema supuestamente ortodoxo en el que los tribunales o salas constitucionales se configuran como legisladores negativos, al reducirse sus facultades decisorias a la posible emisión de un fallo anulatorio, no está atado a un mayor respeto a las atribuciones del legislador democrático, pues la vertiente ablativa del texto que posee el control de constitucionalidad puede ser tan lesiva de las facultades propias del poder legislativo como la de carácter interpretativo-reconstructivo.

Desde el punto de vista temporal, estos pronunciamientos pueden tener efectos inmediatos, retroactivos o diferidos.

2. Sentencia estimatoria o desestimatoria interpretativa (materialmente estimatoria)

Un segundo grupo de decisiones está conformado por aquellas que realizan una interpretación de la disposición impugnada que la pone en consonancia con la Constitución. Esta clase de sentencias ha cobrado gran importancia en la justicia constitucional comparada en las últimas décadas. Las sentencias interpretativas son la mejor expresión de una jurisdicción constitucional que se rehúsa a quedar anclada en la disyuntiva de la nulidad o la intangibilidad del contenido normativo de la ley y que busca, como es propio de la justicia, el punto medio en el cual se logre hacer valer la fuerza jurídica de la Constitución sin menoscabar los principios que soportan la pervivencia de la ley. Las decisiones interpretativas han abierto a los tribunales o salas constitucionales enormes posibilidades para la reparación de la inconstitucionalidad de un precepto legal. Ello impacta además en la actividad de los jueces ordinarios, especialmente en virtud del carácter vinculante que varios ordenamientos reconocen a los criterios interpretativos de la Constitución establecidos por tales órganos jurisdiccionales.

Las decisiones interpretativas pueden adoptar la fórmula de las sentencias estimatorias o desestimatorias, pero en cualquiera de estos supuestos son pronunciamientos materialmente estimatorios, aunque no lo sean formalmente. Son materialmente estimatorios porque reconocen que al menos una de las posibilidades o alternativas interpretativas del precepto cuestionado es contraria a la Constitución. El tribunal o sala constitucional establece cuál o cuáles de las lecturas posibles de la disposición debe o deben excluirse o cuál es la interpretación constitucionalmente correcta de la disposición. La relatividad de la distinción entre las sentencias interpretativas desestimatorias y las estimatorias, desde el punto de vista material, se hace patente en Italia en virtud de la fluidez del posible tránsito de unas a otras frente a una misma ley, a través de la figura del “doble pronunciamiento”, en el cual el primero, de carácter formalmente desestimatorio, deviene luego en uno estimatorio, si es necesario a la luz de la actuación jurisdiccional, lo cual tiene sentido en razón de la especial eficacia jurídica que posee el pronunciamiento estimatorio de la inconstitucionalidad (de la norma) en ese ordenamiento¹¹.

Lo distintivo de las sentencias interpretativas¹², o de lo que para algunos son las sentencias interpretativas en sentido estricto¹³, es que se utilizan cuando un precepto admite dos o más alternativas interpretativas, de las cuales alguna es inconstitucional.

11 Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

12 Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 292 y ss.

13 Vid. Figueroa, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa, México, 2011, pp. 102 y ss.

El papel del tribunal o sala constitucional consiste en realizar una interpretación de la disposición en conformidad con la Constitución, a la luz de la cual sea posible reconocer las lecturas lícitas o admisibles del precepto, o las que resulten inconstitucionales. El texto legal permanece formalmente inalterado. En algunos sistemas se les denomina sentencias condicionales, porque el precepto es declarado compatible con la Constitución siempre que sea asumida, o excluida, una determinada interpretación del mismo¹⁴. Al definir los límites de las sentencias interpretativas, o de la interpretación conforme con la Constitución, suele señalarse que no debe sobrepasarse o contrariarse la literalidad del precepto, ni debe adulterarse la finalidad fundamental de la norma legal. La jurisprudencia alemana, por otro lado, suele reconocer, en determinadas circunstancias, una cierta preferencia a la declaración de inconstitucionalidad y eventual nulidad frente al pronunciamiento puramente interpretativo, ya que en el primer supuesto el legislador será el encargado de evaluar si insiste en la regulación dictada pero con correctivos; si desarrolla normativamente una nueva concepción; o si se abstiene de dictar disposición alguna, cuando constitucionalmente cuente con esta libertad¹⁵.

Un ejemplo que suele citarse al estudiar esta clase de sentencias es la decisión del Tribunal Constitucional español que interpretó en conformidad con la Constitución la disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reconoce al extranjero “que no comprenda o no hable el castellano”, y sea detenido por la policía en el marco de un procedimiento penal, el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete¹⁶. En contra del precepto se aducía que este derecho estaba previsto para el extranjero, mientras que nada se decía sobre el español que se hallara en la misma situación, lo cual se consideraba discriminatorio y violatorio del derecho a la defensa. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso interpuesto porque consideró que “el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía, deriva, como se ha dicho, directamente de la Constitución...”. De allí que el artículo impugnado no debiera interpretarse como una exclusión de la titularidad de ese derecho por un español que no hable o comprenda el castellano. Respecto de los españoles es posible presumir, dice la sentencia, que conocen el castellano, pero esta presunción puede quedar desvirtuada en los casos particulares. Más allá de la cuestión de si el fallo interpretativo dictado debía o no ser estimatorio¹⁷, importa observar que el Tribunal Constitucional se mantuvo dentro del campo de la interpretación. Cabe sostener que la disposición admitía dos lecturas alternativas, una de las cuales contenía una exclusión tácita, y la sentencia vino a aclarar que los ciudadanos españoles, si se hallan en aquella situación, ya gozan de ese derecho por mandato constitucional, sin que la disposición impugnada, interpretada conforme a la Constitución, lo excluyera de manera explícita o implícita.

Los principales problemas relacionados con esta clase de decisiones pueden referirse a la afectación de la seguridad jurídica que eventualmente resulte de la existencia de disposiciones legales que ya no dicen todo lo que cabría deducir de su texto.

3. Sentencia estimatoria reconstructiva (manipulativa o normativa)

Una categoría de sentencias ampliamente estudiada en la doctrina italiana es la de las sentencias manipulativas. Bajo este concepto suelen incluirse las decisiones que recomponen la constitucionalidad de una disposición, en principio sin alterar su texto pero modificando su posible significación, en supuestos en los que un pronunciamiento

14 Así, en el caso colombiano *vid.* Olano, Hernán, “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Universitas*, 2004 (108), pp. 571 y ss.

15 Schlaich/Korioth, *op. cit.*, pp. 249 y ss.

16 STC 74/1987.

17 Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 186.

meramente interpretativo no hubiera sido admisible y la completa anulación de la misma hubiera resultado excesiva.

El tal sentido en Italia se ha sostenido que:

“La jurisprudencia constitucional, siempre con el fin de salir de la rígida alternativa entre declaración de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, ha elaborado algunos tipos de decisión no presentes originalmente en el instrumental a disposición de la Corte y no deducibles de la letra de la ley. Usando una fórmula más comprensiva se habla, al respecto, de decisiones manipulativas, para indicar que, con ellas, la Corte procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original”¹⁸.

La doctrina italiana califica a estas decisiones como manipulativas (*manipolative*), ya que su propósito es “la transformación del significado de la ley, antes que su eliminación o su interpretación conforme a la Constitución”¹⁹. El verbo manipular que soporta esa adjetivación se emplea en este caso de modo neutral, pues no posee una connotación peyorativa o crítica sino más bien descriptiva, que permite subrayar el alcance de la actividad jurisdiccional destinada a adaptar, con una cierta eficacia reconstructiva, el material legislativo objeto de control con el fin de reparar la inconstitucionalidad advertida. En Costa Rica estos pronunciamientos suelen denominarse normativos, para enfatizar el efecto de creación de derecho que poseerían²⁰. Las decisiones manipulativas se expresan por lo general mediante un fallo estimatorio de la inconstitucionalidad, aunque a veces tienen un carácter formalmente desestimatorio pero materialmente estimatorio.

Las confusiones que puede suscitar el uso en castellano del calificativo de manipulativas en relación con esta especie de sentencias aconsejan emplear otra denominación, por lo que preferimos aludir a ellas como decisiones reconstructivas. La caracterización de esta clase de sentencias como manipulativas sugiere que existe una adulteración o alteración indebida del contenido normativo de una disposición, una suerte de manifestación patológica de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, lo cual obviamente no se corresponde con el sentido de la clasificación que se está esbozando. Mientras que con la alusión a la naturaleza reconstructiva del pronunciamiento se hace énfasis en el alcance del control de constitucionalidad que lleva a cabo la jurisdicción constitucional mediante las sentencias que serán examinadas. La vertiente reconstructiva presente en estas no les resulta exclusiva, pues también se puede desplegar en otro tipo de pronunciamientos, pero adquiere en ellas una intensidad y relevancia general que no ostentan otras categorías de esta tipología básica.

Existen posturas divergentes en relación con la naturaleza de las sentencias manipulativas o reconstructivas y el ámbito que comprenden. Para algunos estas decisiones serían una expresión de las sentencias interpretativas, dentro de las cuales habría que distinguir entre las que lo son en sentido estricto y las que lo serían en sentido amplio, siendo las manipulativas una manifestación de estas últimas²¹. No obstante, resulta preferible poner de relieve la especificidad de las decisiones manipulativas o reconstructivas, mediante su tratamiento como una categoría separada. No es lo mismo optar, a la luz de la Constitución, entre dos o más interpretaciones posibles, alternativas,

18 Romboli, Roberto, “Tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Núm. 48, 1996, pp. 64.

19 Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 296-297.

20 Vid. Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Juricentro, Costa Rica, 1995, pp. 378 y ss.

21 Vid., entre otros, Figueroa, *op. cit.*, pp. 95 y ss.; también Díaz Revorio, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

de una disposición, caso en el cual la labor interpretativa, guiada por la Constitución, permite resolver completamente la cuestión o interrogante suscitada, que desechar por inconstitucional una interpretación o norma deducible de un precepto y que se integra, como componente concurrente o cumulativo, con los restantes contenidos normativos que aquel despliega. Lo primero tampoco puede equipararse a una decisión que añade elementos normativos al precepto cuestionado, con carácter aditivo. El primer proceso está dominado por la interpretación, los últimos por la reconstrucción.

Se ha intentado igualmente agrupar a las decisiones manipulativas o reconstructivas bajo el concepto de sentencias integradoras, que comprendería también a las interpretativas²². No obstante, nuevamente sale a relucir la diferencia entre las decisiones fundamentalmente interpretativas y las de carácter principalmente reconstructivo, que recomienda separar las primeras de las reductoras, aditivas o sustitutivas.

Las decisiones reconstructivas o manipulativas pueden dividirse inicialmente en dos grupos:

a) Reductoras: Son las que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo de una disposición, a los fines de excluir una norma o interpretación deducible de la literalidad del precepto, la cual integra, conjuntamente con otras, su alcance normativo completo. La decisión manipulativa o reconstructiva lo que hace es desechar la interpretación o norma contraria a la Constitución. Estos pronunciamientos no suponen la nulidad de una disposición. A diferencia de las sentencias interpretativas antes examinadas, las reductoras no se enfrentan a interpretaciones alternativas de una disposición, sino a interpretaciones o normas de un precepto deducibles conjunta o concurrentemente con otras. Un buen ejemplo de una decisión reductora es la sentencia del Tribunal Constitucional español que declaró contrario a la Constitución que el régimen de intervención de los padres, alumnos y profesores en el control y gestión de los centros escolares privados se aplicara indistintamente a centros privados financiados con fondos públicos y a los que no reciben tal aporte²³. Las disposiciones correspondientes no eran inconstitucionales a todos los efectos, sino solo respecto de los centros financiados con fondos públicos, por lo cual se acudió a un fallo reductor que censuró la interpretación (o norma), deducible del texto, que comprendía a estos últimos.

b) Aditivas: Son las que, para reparar la inconstitucionalidad advertida en una disposición, proceden a ampliar el contenido normativo de la misma. Se trata de supuestos en los que al precepto legal le falta algo para ser conforme a la Constitución. El caso más frecuente de sentencia aditiva es el de aquellas que se dictan frente a una omisión legislativa relativa, es decir, frente a la llamada exclusión arbitraria de beneficio, derivada de una norma tácita impeditiva. La sentencia es aditiva porque, después de declararse la inconstitucionalidad de la norma implícita de exclusión, se establece que la disposición es aplicable a supuestos que en principio quedaban fuera de su ámbito material de validez. Un caso característico de estas decisiones se encuentra en aquella que declaró la inconstitucionalidad de la exclusión (implícita) de los hijos o hermanos de pensionistas del disfrute de ciertas pensiones de la seguridad social, reconocidas expresamente solo a las "hijas o hermanas" del pensionista, lo cual estuvo aunado a la extensión del beneficio a los primeros²⁴.

Las sentencias manipulativas, en su vertiente aditiva, o en la de las decisiones sustitutivas, que serán comentadas de seguida, han sido objeto de intensos debates. Para evitar abusos en su utilización se ha señalado que el contenido que los jueces incorporan al ámbito normativo del precepto debe venir impuesto por la Constitución (lo

22 *Vid.* en este sentido la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-325/09.

23 STC 5/1981.

24 STC 3/1993.

cual se ilustra con la exigencia de que su inserción ocurra “*a rime obbligate*”), esto es, ha de ser una solución constitucionalmente necesaria, por lo que el pronunciamiento aditivo (o sustitutivo) no procede cuando existe campo o margen para elecciones político-legislativas²⁵. Cabría, no obstante apuntar que en ciertos supuestos el tribunal o sala constitucional puede verse llamado a integrar provisionalmente una normativa legal insuficiente, acudiendo a principios constitucionales que permitan identificar, eventualmente en concordancia con otras normas del ordenamiento, una opción reconstructiva altamente plausible que salva la inconstitucionalidad detectada, sin que ello signifique que se haya recogido la única solución lícita. De ahí se colige justamente su naturaleza provisional, en lo que atañe al contenido reversible por vía legislativa.

Una especie singular de las decisiones denominadas aditivas son las sentencias aditivas de principio, en las cuales el tribunal o sala constitucional establece un principio jurídico que debe ser desarrollado por el legislador al reelaborar la ley inconstitucional y que, entretanto, puede ser concretado por los jueces ordinarios en los casos sujetos a su conocimiento. Este es un supuesto excepcional en el cual la sentencia aditiva no repara directamente la inconstitucionalidad advertida, sino que reclama la actuación del legislador para solventarla de manera definitiva, y de los tribunales, para hacerlo de manera provisional. Por su naturaleza estas decisiones se corresponden más con las sentencias meramente declarativas de la inconstitucionalidad a las que luego se aludirá.

Dentro de las sentencias manipulativas suelen incluirse las de carácter sustitutivo. Estas representan el punto máximo de creatividad dentro de la clasificación de las sentencias de inconstitucionalidad, ya que combinan un efecto supresor sobre el texto de la disposición con una dimensión reconstructiva (generalmente aditiva). Estas decisiones no se limitan a declarar la inconstitucionalidad de frases o palabras de un precepto, sino que luego precisan lo que ha de entenderse incluido en el contenido normativo correspondiente en virtud de esa declaración. En ocasiones el aspecto reconstructivo o integrador se desprende directamente del motivo de la inconstitucionalidad, pero en otras presupone una tarea interpretativa adicional, que a veces linda con el ámbito de la elección normativa. Un caso frecuentemente citado de sentencia sustitutiva es la decisión de la Corte Constitucional italiana por la cual se declaró la inconstitucionalidad de un artículo del Código Penal que supeditaba a la autorización del Ministro de Gracia y Justicia la acción penal por el delito de vilipendio cometido contra la Corte Constitucional. La sentencia respectiva estableció que la disposición correspondiente era inconstitucional, en la medida en que otorgaba esta competencia autorizatoria al Ministro, en lugar de conferirla a la propia Corte²⁶.

Una sentencia ilustrativa de la Corte Constitucional colombiana es la dictada para remediar la inconstitucionalidad de la ley que fijó, en relación con los diputados de las asambleas departamentales, una condición de inhabilidad por parentesco con funcionarios de la administración departamental más flexible o laxa que la establecida por la Constitución para los congresistas²⁷. El problema estribaba en que la Constitución colombiana dispone que el legislador, al regular las inhabilidades de los diputados en el ámbito departamental, no puede establecer un régimen “menos estricto” que el fijado constitucionalmente para los congresistas. De allí que se haya declarado la inconstitucionalidad del precepto legal que prevé la inhabilidad de los candidatos a diputados que tengan parentesco de segundo grado de consanguinidad con algunos de esos funcionarios, siendo que la Constitución incluye el tercer grado de consanguinidad en la inhabilidad, cuando se trata de los congresista. La sentencia emitida no se limitó a

25 Romboli, *op. cit.*, p. 65.

26 Sentencia 15/1969.

27 Sentencia C-325/09.

hacer tal declaración, sino que pasó a remediar directamente la inconstitucionalidad señalada y estableció que regía la inhabilidad del tercer grado de consanguinidad, lo cual quedó recogido en la versión reformulada del precepto que el mismo fallo enuncia. Nótese que aquí la Corte Constitucional, para evitar el vacío normativo, optó por integrar la norma que resultaría de la simple declaración de inconstitucionalidad y nulidad con una solución constitucionalmente inobjetable y razonable, aunque al mismo tiempo no necesaria, pues el legislador podría definir, en lo concerniente a los diputados departamentales, un régimen de inhabilidad por parentesco más estricto al de los congresistas.

Las decisiones sustitutivas se examinan a menudo bajo la categoría de las sentencias manipulativas, en virtud del carácter reconstructivo que poseen. Conviene, sin embargo, apreciar su naturaleza compleja o mixta:

“La decisión sustitutiva se compone, por tanto, de dos partes diferentes: una que demuele el contenido de la disposición impugnada; otra que lo reconstruye, a través de la cual la Corte procede a dotar a la misma disposición de un contenido diferente, en línea con los principios constitucionales”²⁸.

En atención al peso de la dimensión reconstructiva en esta clase de decisiones, pueden ser tratadas dentro del grupo de las sentencias manipulativas, aunque ostentan una faceta ablativa del texto legal que es anómala en esta categoría de sentencias. Su ubicación junto a las decisiones reductoras y aditivas puede fundamentarse observando que, en todo caso, la parte reconstructiva del pronunciamiento, si se le considera separadamente, pertenece sin duda a este grupo y, más aún, prevalece en la sentencia si es examinada globalmente. Además, con razón se ha dicho que ellas se aproximan más a las sentencias manipulativas que a cualquier otra categoría de pronunciamientos²⁹.

Un tipo particular de decisión empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que puede insertarse dentro de esta categoría general de las sentencias reconstructivas, son las sentencias de nulidad sin modificación del texto. Se trata de decisiones que poseen un carácter reductor del alcance de una disposición, dado que excluyen su aplicabilidad a situaciones que, en principio, quedarían comprendidas por el supuesto de hecho del precepto normativo. Estas sentencias guardan semejanza con las interpretativas, pero presentan la singularidad de que no se limitan a efectuar una interpretación del texto legal conforme a la Constitución, considerando lecturas alternativas del mismo, sino que declaran la inconstitucionalidad de una norma deducible en conjunto con otras del precepto legal, lo cual, además, va acompañado de la nulidad de tal norma, sin que ello se traduzca en la eliminación de algún elemento textual.

La sentencia que reduce el alcance de la disposición legal declara la nulidad de la norma (interpretación) en virtud de la cual la disposición regiría unos supuestos que constitucionalmente no deberían estar bajo su manto normativo. De ahí que se les denomine sentencias de nulidad sin alteración del texto o sentencias anulatorias en sentido cualitativo, no cuantitativo, que sería el propio de las que sí afectan el texto del precepto³⁰. Se les puede calificar como sentencias reductoras, pues restringen el ámbito de aplicación de una disposición. Aquí también hay una diferencia con las sentencias interpretativas, pues estas se aplican a disposiciones que admiten varias interpretaciones alternativas, cónsonas con el texto legal, mientras que las de nulidad cualitativa presuponen la existencia de una determinada norma que se colige del precepto, de manera conjunta o concurrente

28 Romboli, *op. cit.*, p. 65.

29 Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 147.

30 Schlaich/Korioth, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

con otras, la cual no es pues una alternativa interpretativa frente a otras posibles. Dicho de otra forma, esta última clase de pronunciamientos recae sobre una norma referida a ciertos supuestos de aplicación de la disposición. Estas decisiones se caracterizan por incluir en el fallo o parte resolutive la mención del aspecto o proyección normativa de la disposición considerado inconstitucional, bajo la fórmula “en la medida que” o “en cuanto que” admite cierta posibilidad aplicativa (*Soweit-Formeln*)³¹. El uso creciente de esta fórmula en la jurisprudencia, también en el ámbito de las sentencias interpretativas, ha suscitado preocupación en la doctrina, en lo que atañe a la falta de claridad del derecho vigente.

La singularidad de esta clase de sentencias ha llevado a algunos a observar que el binomio o asociación entre la inconstitucionalidad y la nulidad pierde carácter dogmático o restrictivo del control de constitucionalidad cuando el objeto del pronunciamiento del tribunal constitucional no es necesariamente formal, sino que puede referirse, incluso en el caso de la nulidad, a una norma interpretada³². La amplitud o flexibilidad con la cual la jurisprudencia alemana ha asumido el objeto del pronunciamiento de (in) constitucionalidad explica en parte el desarrollo de este tipo de fallos, ajenos a tradiciones como la española o la de varios países latinoamericanos, en los que difícilmente se concibe una nulidad normativa que no recaiga directamente sobre un elemento textual. En todo caso, los supuestos de inconstitucionalidad que en Alemania son enfrentados mediante las decisiones de nulidad parcial cualitativa pueden ser encarados en nuestros sistemas a través de las sentencias reconstructivas de carácter reductor.

4. Sentencia estimatoria meramente declarativa (o de incompatibilidad)

Lo propio de estas decisiones es que declaran la inconstitucionalidad de una disposición pero carecen de efecto anulatorio o invalidante. Por eso suelen llamarse sentencias de mera inconstitucionalidad o de simple incompatibilidad. Representan una técnica de control de la constitucionalidad de las leyes usada principalmente en Alemania³³, aunque no es desconocida en la jurisprudencia constitucional latinoamericana³⁴. Lo distintivo de estos pronunciamientos es que, a diferencia de las categorías antes esbozadas, no proceden a solventar directa o unilateralmente la inconstitucional verificada, sino que se inscriben dentro de un modelo bilateral (o multilateral) de reparación de la inconstitucionalidad, en el cual la intervención del propio legislador es primordial. Las sentencias de mera inconstitucionalidad surgieron, precisamente, para no generar un vacío normativo y dejar al legislador la oportunidad de corregir la normativa considerada inconstitucional, en lugar de hacerlo inmediatamente el tribunal o sala constitucional mediante su decisión.

Se acude a esta clase de pronunciamientos, por ejemplo, cuando la mentalidad social o jurídica dominante sobre un tema ha cambiado y la legislación vigente, hasta entonces constitucional, comienza a dejar de serlo. De ahí que corresponda al legislador la reparación de la inconstitucionalidad declarada, especialmente si la revisión de la legislación en vigor, a la luz de las ideas emergentes, requiere la ponderación entre diversas elecciones normativas. A menudo estas sentencias fijan un plazo dentro del cual la legislación debe ser reformada, vencido el cual quedan abiertas las puertas para el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad que desemboque, ahora sí, en un pronunciamiento anulatorio.

Las sentencias de mera inconstitucionalidad no siempre son tan inofensivas frente al legislador como pudiera pensarse, pues en ocasiones fijan parámetros provisionales para el tratamiento de la materia examinada, aplicables hasta la intervención reconstructiva del

31 *Ibidem*.

32 González Beilfuss, *op. cit.*, p. 60.

33 Schlaich/Korioth, *op. cit.*, p. 225 y ss

34 *Vid.* en el caso colombiano, bajo la modalidad de la constitucionalidad temporal (o inconstitucionalidad diferida), la sentencia de la Corte Constitucional C-221/97.

legislador. Esta última clase de pronunciamientos se asemeja a las sentencias aditivas de principio usadas en Italia. En este contexto puede aludirse a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa al apellido familiar (de los cónyuges y de los hijos nacidos en el matrimonio), la cual declaró incompatible con el principio de igualdad la regulación civil según la cual, a falta de acuerdo entre los cónyuges al momento del matrimonio, debía asumirse al apellido del marido como el de la familia. La decisión de mera inconstitucionalidad adoptada no se conformó con esperar a la reordenación de la materia por el legislador, sino que fijó criterios provisionales aplicables hasta que ello ocurriera³⁵.

Una sentencia más reciente que apunta en la misma dirección es la dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con disposiciones del Código de la Seguridad Social que fueron declaradas contrarias al derecho a un mínimo existencial³⁶. El Tribunal Constitucional Federal estimó que algunos de los preceptos legales objeto del control eran violatorios de la Constitución, lo que condujo a la declaración de su incompatibilidad con las disposiciones constitucionales correspondientes, esto es, a una sentencia de mera inconstitucionalidad, y a la fijación de un plazo dentro del cual los artículos afectados de esa normativa debían ser revisados por el legislador para adecuarlos a la Constitución. Con la particularidad de que, en el caso de las normas que al reconocer ciertos beneficios partían de las situaciones regulares o promedio, lo cual no fue objetado por la sentencia, pero no comprendían los supuestos singulares de personas que tuvieran ciertas necesidades especiales adicionales asociadas a la garantía del mínimo existencial, lo que sí fue estimado inconstitucional, el Tribunal Constitucional Federal ordenó a la Federación dar cobertura a esas prestaciones superiores a las previsiones legislativas hasta la promulgación de la nueva regulación, según los criterios contenidos en la misma decisión.

5. Sentencia estimatoria o desestimatoria exhortativa

Se trata de sentencias que contienen exhortaciones o llamados (“apelaciones” dice la doctrina por el influjo de la terminología foránea) dirigidos al legislador, destinados a advertirle sobre la inconstitucionalidad, actual o potencial, de una disposición. Estas exhortaciones tienen la particularidad de que frecuentemente no quedan reflejadas en el dispositivo de la sentencia, sino se hallan en sus fundamentos, con un carácter a veces tangencial. Una sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad puede, por ejemplo, contener un llamado al legislador para la futura reforma de un precepto o normativa considerada *aún* compatible con la Constitución³⁷, o que resulta salvable mediante la interpretación. Estos pronunciamientos, que a veces van adosados a algunos de los tipos de sentencias antes analizados, suscitan la problemática de que no siempre es claro si el tribunal o sala constitucional se mueve en el campo de lo jurídicamente vinculante o de lo simplemente aconsejable. Las sentencias exhortativas pueden desembocar, si el legislador no atiende la indicación jurisdiccional, en una decisión de inconstitucionalidad, lo cual queda comprendido en Italia bajo la categoría del “doble pronunciamiento”³⁸ que puede emitir la Corte Constitucional en estos supuestos, como también suele hacerlo en relación con las sentencias interpretativas.

IV.- ALGUNOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

A continuación se mencionarán algunas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ilustrativas de la diversificación de los fallos de in-

35 *BVerfGE* 84, 9.

36 *BVerfG*, 1 *BvL* 1/09 vom 9.2.2010.

37 *Vid.*, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, *BVerfGE* 39, 169.

38 Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 323.

constitucionalidad y de algunos problemas que pueden apreciarse en el uso de las nuevas modalidades de decisión o de pronunciamientos aparentemente clásicos que encubren sentencias atípicas³⁹. La siguiente selección no pretende ser representativa de la variedad de tipos decisorios a los que acude dicha Sala, sino tan solo una muestra de los pasos que este órgano jurisdiccional ha dado en relación con los temas antes tratados.

1. El cómputo de los lapsos procesales

Una sentencia que conviene mencionar al aplicar la tipología expuesta a la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es la que resolvió una demanda o recurso de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil⁴⁰. Este artículo regula el cómputo de los lapsos procesales y en su redacción original solo exceptuaba a los lapsos de pruebas de la regla del cómputo por días calendarios consecutivos. Son dos los aspectos de este caso que importa subrayar en estos comentarios.

Por un lado, la decisión adoptada evidencia la fragilidad de la visión según la cual la contraposición entre los pronunciamientos clásicos de inconstitucionalidad, anclados en la conexión inconstitucionalidad-nulidad, y las sentencias atípicas se corresponde con una menor o mayor posibilidad, respectivamente, de invadir la esfera competencial del legislador. Mediante un pronunciamiento de nulidad parcial del precepto impugnado la Sala Constitucional reescribió la disposición en cuestión, con un alcance similar al de una decisión manipulativa o reconstructiva. Ello porque al acordarse la nulidad parcial no se suprimió directa y exclusivamente una frase o palabra que comprendiera el contenido normativo considerado inconstitucional, sino que se jugó con la formulación del artículo para hacerle decir, a través de un procedimiento formalmente ablativo, algo distinto a lo que resultaría de aquella supresión. Todo fallo anulatorio de un precepto conduce por supuesto a una alteración de su significado, pero lo que queremos destacar es que esta manipulación del material normativo permitió inicialmente a la Sala Constitucional ocultar, bajo un fallo anulatorio, una decisión atípica de carácter sustitutivo.

En lo que concierne al tema de fondo controvertido, importa observar que es muy discutible que la única solución constitucionalmente correcta al regular el cómputo de los lapsos procesales sea la de no tomar en cuenta en ningún caso “los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes santo, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”. Lo sostenido por la Sala, con fundamento en el derecho al debido proceso y a la defensa, es razonable respecto de ciertos lapsos breves de presentación de recursos o defensas contemplados en el Código de Procedimiento Civil, pero no puede argumentarse de la misma forma ante plazos extensos previstos en ese Código. En consecuencia, pareciera que la Sala Constitucional ha debido acudir a una modalidad de decisión que involucrara al legislador en la reparación de la inconstitucionalidad, pues la existencia de varias opciones normativas en la materia determinaba que la jurisdicción constitucional debía dejar a salvo las competencias legislativas de configuración del ordenamiento.

Esto se hizo patente cuando la misma Sala Constitucional debió resolver la solicitud de aclaratoria de la sentencia presentada por uno de los recurrentes, la cual se refería a la repercusión del pronunciamiento anulatorio dictado respecto de “lapsos largos” previstos

39 En relación con estas sentencias pueden consultarse los comentarios, en varios aspectos coincidentes con los que expondremos, de Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional*, EJV, Caracas, 2007; y de Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

40 SSC/TSJ N° 80/2001.

en el Código de Procedimiento Civil, cuyo cómputo por días de despacho atentaría contra la celeridad procesal⁴¹. Esta solicitud puso de relieve las implicaciones de la anulación declarada y la Sala se vio obligada, cobijándose bajo la supuesta necesidad de interpretar o aclarar el alcance de la norma nueva emanada de su fallo de anulación parcial, a precisar respecto de qué lapsos no regía el cómputo por días de despacho, incluyendo aquí lapsos correspondientes tanto a actuaciones jurisdiccionales como a actos de las partes. En conjunto, estas dos sentencias, apoyadas en nociones tan relativas como la del carácter más o menos extenso de un plazo, que el legislador debía evaluar, terminaron reconstruyendo, con carácter sustitutivo, la regulación del cómputo de los lapsos procesales de una manera que, siendo acaso plausible en algunos aspectos, como una opción normativa más, a todo evento invadió el ámbito funcional del legislador.

2. La notificación por carteles en los procedimientos de declaración del carácter ocioso o inculto de tierras

Otra sentencia de la Sala Constitucional digna de mención al considerar esta temática es la emitida con motivo de la acción de inconstitucionalidad incoada contra varios artículos del Decreto Ley de Tierras y Desarrollo Agrario del 2001⁴². La Sala Constitucional se pronunció, entre otras denuncias, sobre el alegato de inconstitucionalidad basado en que los artículos 40 y 43 de este decreto ley no preveían la notificación personal del propietario o afectado directo, a los fines de su participación en el procedimiento administrativo correspondiente y del ejercicio de recursos contra una eventual decisión que le fuera desfavorable. Solo se ordenaba la notificación mediante cartel de emplazamiento publicado en la Gaceta Oficial Agraria. La sentencia declaró que esta regulación atentaba contra el derecho a la defensa, pues debía procurarse la notificación personal, de ser esta posible, antes de efectuar la publicación del cartel.

La sentencia dictada se perfila, a tenor de su fallo, como interpretativa, pero ello no refleja con exactitud el alcance que, de acuerdo con la argumentación de la Sala Constitucional, tenía la decisión, pues ella, al rechazar el alegato de la Procuraduría General de la República según el cual lo planteado podía resolverse aplicando supletoriamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que:

“en las normas contenidas en los artículos 40 y 43 no existe supuesto insuficiente alguno que suplir, no hay, dentro del contexto literal, un vacío en el tipo normativo que haga permisible la aplicación supletoria de la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera que la interpretación a la cual fuerza la redacción de la norma atenta contra el derecho a la defensa, debiéndose entonces entender, en aras de lo que dispone el artículo constitucional y con apoyo adicional en el principio del procedimiento administrativo de *audire alteram partem*, que siempre, de ser conocidas o identificables, las personas a cuyo favor o en contra a los cuales deriven los efectos propios del acto, éstas sean notificadas personalmente de la apertura del procedimiento administrativo como del acto administrativo que dentro de él se dicte”.

Lo dicho sugiere que, para la Sala Constitucional, la propia formulación o literalidad del precepto excluía la notificación personal, conclusión que se refuerza por la invocación que ella realiza de un precedente de la propia Sala en el cual se ejerció, frente a una norma que guarda similitud con la impugnada, el control difuso de la constitucionalidad. Esto indicaría que la Sala Constitucional no acudió propiamente a una interpretación constitucional de los artículos 40 y 43 del decreto ley, es decir, no se hallaba ante dos o

41 SSC/TSJ N° 319/2001.

42 SSC/TSJ N° 2855/2002.

más interpretaciones que ella estimara posibles del texto legal, sino que más bien se decantó por un pronunciamiento materialmente aditivo aunque formalmente interpretativo. La Sala hubiera podido seguir un camino diferente, formal y materialmente interpretativo, si consideraba que los artículos 41 y 43 del decreto ley admitían una interpretación que no excluía la notificación personal y declaraba a esta como necesaria en virtud del derecho a la defensa, directamente aplicable, lo cual resultaba además favorecido por la supletoriedad de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

3. Las operaciones de crédito público y la autorización de la Asamblea Nacional

Otra caso relevante desde la perspectiva de este estudio es el de la sentencia de la Sala Constitucional que se pronunció sobre el recurso de nulidad interpuesto contra el artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁴³. En el recurso se aducía que el artículo 80 de la ley citada permitía al Ejecutivo Nacional llevar a cabo las operaciones de crédito público que no excedieran el monto máximo de endeudamiento fijado por la ley de endeudamiento anual, lo cual quedaba sujeto únicamente a una obligación de información periódica a la Asamblea Nacional sobre las operaciones efectuadas; mientras que los artículos 150 y 187, numeral 9, segunda parte, de la Constitución exigen, respecto de aquellas operaciones de crédito público que representen “contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”, la autorización previa de la Asamblea Nacional. La Sala Constitucional determinó que, ciertamente, el artículo 80 de esa ley, al sujetar las operaciones de crédito público, de manera general, a un régimen de simple información ante la Asamblea Nacional, sin dejar a salvo las operaciones de crédito público que constitucionalmente requieren de una autorización del cuerpo parlamentario, vulneraba los preceptos constitucionales mencionados. En otras palabras, la simple obligación de información podía ser constitucionalmente aceptable respecto de ciertas operaciones de crédito público, pero no de todas ellas.

Esta decisión resulta sustancialmente acertada aunque no necesariamente desde la óptica del tipo de pronunciamiento adoptado. Así, cabe sostener que la Sala Constitucional podía dictar una sentencia interpretativa, en la cual estableciera que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 150 y 187, numeral 9, segunda parte, de la Constitución, las operaciones de crédito público calificables como “contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela” debían quedar sometidas a un control parlamentario más intenso que el de la simple remisión de información, esto es, a una autorización previa. Ello porque estos artículos constitucionales son directamente aplicables y el artículo 80 de la ley citada dejaba un margen para dos interpretaciones alternativas, una de las cuales excluía tal control autorizador, mientras que la otra no lo hacía. No obstante, si se entiende que el artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público no dejaba tal margen interpretativo sino que contenía una norma implícita de exclusión, la solución hubiera estado en un pronunciamiento aditivo subsecuente a la declaración de inconstitucionalidad de esta norma tácita de exclusión (o del artículo 80, último aparte, en la medida en que no prevé...). La sentencia se decantó en cambio por un fallo anulatorio del último aparte del citado artículo 80, pese a que no todo él era inconstitucional, lo cual además estuvo acompañado de la enunciación de la norma que debía reemplazarlo, por lo que formalmente se utilizó sin justificación un fallo sustitutorio.

43 SSC/TSJ N° 2241/2002.

4. El impuesto sobre la renta y los ingresos de tipo salarial

Una sentencia que ha suscitado con razón gran polémica fue la dictada con ocasión de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra algunas disposiciones del Decreto Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999⁴⁴. La Sala Constitucional, después de declarar inadmisibile la acción incoada, en virtud de la derogación sobrevinida de tales preceptos, procedió sin embargo a efectuar de oficio un control de constitucionalidad sobre una disposición, distinta de las impugnadas, de la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente al momento del fallo.

Lo esencial de la decisión fue que la Sala, a partir de una serie de principios constitucionales relativos al sistema tributario, consideró que el artículo 31 de esa ley debía ser ajustado, mediante una sentencia interpretativa, a los postulados constitucionales, de tal manera que determinadas remuneraciones percibidas en una relación de trabajo no quedaran comprendidas por dicho impuesto. Bajo esta premisa, procedió a reescribir este artículo 31, exigiendo, entre otras cosas, que las remuneraciones objeto del tributo fueran de carácter “regular y permanente”, quedando excluidas *“las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial”*.

Esta sentencia merece tres comentarios fundamentales. El primero estriba en que el fallo adoptado excede evidentemente del alcance de una sentencia interpretativa. La Sala Constitucional, al reescribir el artículo 31 de la ley citada, no se mantuvo dentro de los límites de una interpretación posible de la disposición legal, sino que contrarió abiertamente —“modifica” según admite el pronunciamiento— la letra y sentido del precepto, siendo este uno de los límites que, como ya apuntamos, esta clase de decisiones no puede sobrepasar. Pero el aspecto sustancial es otro: la Sala Constitucional entró claramente en un terreno político-legislativo, ya que luego de aludir genéricamente a ciertos principios constitucionales y de reconocer que “el debate en torno a tales límites, resulta harto complejo si se ha de efectuar sobre una base abstracta, pues se corre el riesgo de entorpecer el funcionamiento de políticas fiscales que no compete a los jueces implementar”, pasó sin embargo a establecer, con carácter vinculante, la regulación relativa a los ingresos laborales objeto del impuesto sobre la renta, apartándose del diseño legislativo y sustituyéndolo por otro, para lo cual argumentó que este diseño atentaba contra la protección al trabajo constitucionalmente consagrada y que:

“El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados”.

La Sala añadió que no existía “contrariedad absoluta” entre estos principios y el artículo 31, y seguidamente intentó “adecuar” esta regulación a los principios constitucionales, lo cual se traduce en que la sentencia “modifica”, como asevera la propia Sala, el artículo 31 de la ley citada, en los términos previstos en la decisión. Es sorprendente que la Sala Constitucional, con base en principios tan generales, susceptibles de di-

44 SSC/TSJ N° 301/2007.

versos desarrollos o concreciones normativas lícitas en el ámbito del impuesto sobre la renta aplicable a ingresos enmarcados en relaciones laborales, haya pretendido petrificar, mediante una interpretación constitucional vinculante, una opción regulativa que el legislador debía ponderar. Si existían suficientes razones para estimar contrario a la Constitución el régimen tributario al respecto fijado por la ley, la Sala hubiera podido acudir a un fallo anulatorio con efectos diferidos, o a una sentencia de mera inconstitucionalidad, para dar tiempo a la Asamblea Nacional a revisar la normativa vigente con base en los principios constitucionales señalados en el fallo.

Por último, este caso ilustra sobre la importancia de que en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes se garantice el derecho a ser oído por parte del órgano autor de la norma, pues ello permite que sea puesta de manifiesto la relatividad o incorrección de la solución que los jueces constitucionales pueden avizorar como necesaria. Ello no es posible cuando se aprovecha una demanda de inconstitucionalidad que tiene un objeto muy distinto para emitir una interpretación (transformadora) vinculante, después de que la acción original ejercida ha sido declarada inadmisibile, sin que haya habido oportunidad para un debate sobre la constitucionalidad de la disposición enjuiciada de oficio. Esto explica en parte lo errático del pronunciamiento y las reacciones y vicisitudes ulteriores a la sentencia.

5. La adscripción de la Defensa Pública a la Defensoría del Pueblo

Conviene comentar brevemente la sentencia de la Sala Constitucional que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley Orgánica de la Defensa Pública del 2006⁴⁵. Esta ley adscribía la Defensa Pública, institución prevista en la Constitución de 1999 y que estaba pendiente de desarrollo legislativo, a la Defensoría del Pueblo, pese a que hay fundamento constitucional para considerarla vinculada —no necesariamente adscrita orgánicamente— al Tribunal Supremo de Justicia. Así lo entendió la sentencia, la cual procedió a anular artículos de esa ley que aludían a tal adscripción a la Defensoría del Pueblo o cuya formulación partía de esta premisa, junto a otro que regulaba el procedimiento de designación. La decisión no se limitó a anular estas disposiciones sino que las reconstruyó y sustituyó las referencias a la Defensoría del Pueblo por la del Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual adoptó, bajo la apariencia de una decisión de simple anulación parcial, una sentencia sustitutiva, mediante las cuales se anula una parte del texto del precepto para reemplazarla por un contenido normativo nuevo.

Al valorar el proceder de la Sala debe examinarse principalmente si lo establecido normativamente por la sentencia era la única solución constitucionalmente lícita para reemplazar la regulación que contemplaba la vinculación de la Defensa Pública a la Defensoría del Pueblo por otra que lo hiciera en favor del Tribunal Supremo de Justicia. Resulta patente que en algunos aspectos no lo era. Buena prueba de ello se encuentra en la disposición relativa a la designación de la máxima autoridad de la Defensa Pública, como ente dotado de autonomía funcional. El artículo 12 de la ley impugnada había previsto un procedimiento participativo para la preselección de los aspirantes al cargo, cónsono con los principios de la Constitución y análogo al fijado en ella para la escogencia de otras altas magistraturas. No solo se transfirió de la Asamblea Nacional al Tribunal Supremo de Justicia la competencia para la designación del titular de la Defensa Pública, lo cual no era constitucionalmente necesario, sino que se modificó el procedimiento respectivo, suprimiendo las fases e instancias que propiciaban una amplia participación de distintos sectores sociales en su escogencia. Tal como lo advirtió el voto salvado formulado por uno de los Magistrados firmantes:

45 SSC/TSJ N° 163/2008

“...se modificó el mecanismo que preceptuaba el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública para la selección de quien deba ser designado Director Ejecutivo de ese Servicio, mecanismo que tenía, como fundamento, el ejercicio del derecho a la participación política de los ciudadanos que recogió el artículo 62 de la Constitución...”.

Salta a la vista, pues, que en este particular la Sala Constitucional sustituyó la regulación del artículo 12 de la ley citada, que ni siquiera había sido objeto de impugnación específica, por otra que no venía impuesta por la Constitución. En suma, esta disposición no guardaba conexión directa con el motivo de la ilicitud de otros artículos de la ley y, a todo evento, no estaba viciada de inconstitucionalidad, por lo que no debió haber sido anulada. Conviene apuntar que en la reforma parcial de la Ley Orgánica de la Defensa Pública promulgada meses después de la sentencia de la Sala Constitucional se mantuvo, o restableció, el procedimiento de elección del titular de la Defensa Pública por la Asamblea Nacional, pese a eliminarse la adscripción a la Defensoría del Pueblo.

Los recurrentes habían solicitado a la Sala Constitucional declarar la nulidad del artículo 3 de la ley mencionada, el cual adscribía la Defensa Pública a la Defensoría del Pueblo, y sostuvieron que su inconstitucionalidad debía comportar la anulación de toda la ley. Los argumentos que al respecto ofrecieron, relacionados con el supuesto carácter programático de este artículo, no eran pertinentes y fueron rechazados por la sentencia. No obstante, cabría preguntarse si hubiera sido razonable declarar, por otros motivos, la inconstitucionalidad de toda la ley, lo cual hubiera podido canalizarse a través de un pronunciamiento de mera inconstitucionalidad. Teóricamente ello hubiera sido procedente si se estima que, al eliminar la adscripción a la Defensoría del Pueblo y sustituirla por la vinculación al Tribunal Supremo de Justicia, se producía un cambio en la concepción general de la institución que debía dejar en manos del legislador la revisión global de la normativa. Sin embargo, no pareciera que esta fuera la situación jurídica planteada en este caso.

Un aspecto adicional de esta controversia que debe ser referido es que la Defensoría del Pueblo solicitó ante la Sala Constitucional una aclaratoria de la sentencia dictada, en la que rechazó el poder normativo que abusivamente habría sido ejercido. Al respecto la Sala Constitucional aseveró que⁴⁶:

“La mayor ilustración de la necesaria labor en el ejercicio de la jurisdicción constitucional de esta Sala no solo como un legislador negativo sino también positivo, la constituye su competencia para conocer de la inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, para *“establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”* (cardinal 7 del citado artículo 336). De tal modo que, si aun en el plazo fijado el órgano legislativo no cumple con sus obligaciones, puede la Sala, conforme al Texto Constitucional, ejercer competencias políticas o legislativas, las cuales resultan temporales *hasta tanto el órgano legislativo cumpla con el mandato constitucional* (vid. sentencia de esta Sala No. 1043 del 31 de mayo de 2004, caso: *“Freddy Alberto Pérez, en su condición de legislador del Consejo Legislativo del Estado Lara”*).

De lo anterior, se observa la imposibilidad por parte de esta Sala de obviar la laguna o el vacío ocasionado, no sólo por una declaración de inconstitucionalidad por omisión, sino por la nulidad de una norma por razones de inconstitucionalidad, por cuanto si bien

46 SSC/TSJ N° 1683/2008

todas las normas constitucionales son eficaces por sí mismas, el vacío ocasionado implica una ausencia de regulación de un postulado fundamental. Por tanto, se precisa que esta labor integradora de la Sala Constitucional más bien resulta plausible, pues no se deja a la deriva la efectividad de un derecho constitucional sino que se cubre la ausencia normativa cuando ésta sea imprescindible para dotar un derecho fundamental de eficacia y hacer posible su ejercicio, *sin soslayar el carácter provisional de lo decidido en sede constitucional, tal como se apuntó, hasta tanto se produzca la intervención del legislador*”.

Prescindiendo ahora de la crítica al alcance que la Sala Constitucional atribuye al artículo 336, numeral 7, de la Constitución, importa observar, frente a su discutible aseveración de que ella estaba facultada para integrar con criterios político-legislativos provisionales los vacíos derivados de su fallo anulatorio, que no había necesidad alguna de anular el artículo 12 de la ley citada.

V. COLOFÓN

La diversificación de los pronunciamientos de inconstitucionalidad lleva consigo nuevos desafíos para la justicia constitucional. Implica, por un lado, una ampliación de las posibilidades de actuación de los tribunales o salas constitucionales y un enriquecimiento o fortalecimiento del control de constitucionalidad de las leyes, que les permite modular el alcance de sus sentencias, adaptándolas a las dimensiones concretas y a la significación específica de la inconstitucionalidad constatada. Por otro lado, ofrece mayores riesgos de extralimitación por parte de esos órganos jurisdiccionales, especialmente respecto de la libertad política y de configuración del ordenamiento que ostenta el legislador. Pero estos riesgos, que en buena medida son inevitables pues responden al definitivo perfilamiento de los tribunales o salas constitucionales como órganos jurisdiccionales y al robustecimiento de la Constitución como norma, deben ser contrarrestados mediante la permanente consideración de los límites que la justicia constitucional no debe sobrepasar.

LA REPRESIÓN Y DEPURACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: NAVARRA, 1936-1945. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN*

Roldán JIMENO ARANGUREN

A Esther Erice, impulsora de este trabajo

1. INTRODUCCIÓN

Navarra fue considerada por el conjunto de España como un ejemplo de lealtad inquebrantable al Régimen. Se trata de una idea forjada desde la propia guerra civil, elevada a categoría de símbolo con la Cruz Laureada de San Fernando, concesión de Francisco Franco en reconocimiento del mérito de los navarros en el “alzamiento”, por Decreto núm. 411 de 8 de noviembre de 1937, del “II Año Triunfal”, que orló el escudo de Navarra desde entonces y durante toda la dictadura. Se llegó a repetir, hasta constituir un lugar común, que la provincia se sumó como un solo hombre al Movimiento Nacional. La realidad, empero, fue muy distinta, como lo prueban las 3.444 víctimas mortales, en su mayoría libertarias, republicanas, socialistas, ugetistas, anarquistas, cenetistas y nacionalistas vascas, centenares de mujeres a las que cortaron el pelo e hicieron tragar aceite de ricino y pasearlas después por las calles de sus pueblos, el drama de la prisión, para los presos y sus familiares... humillaciones sin fin. Todo en una provincia donde no llegó a existir una guerra propiamente dicha, es decir, un frente donde combatieron dos bandos enfrentados, hecha salvedad de unos bombardeos esporádicos de la aviación republicana, soldados, según parece, con 38 fallecidos.

La Audiencia Territorial de Pamplona recibió la Orden de la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado del 14 de septiembre de 1937 disponiendo la suspensión de los juicios orales por delitos cometidos antes del 18 de julio de 1936 y que implicasen preparación del Movimiento Nacional¹. En Navarra no llegaron a existir tales juicios. No hubo tiempo para ello, y eso a pesar de que la denominada “Conspiración” se había fraguado en la provincia foral por Emilio Mola Vidal, gobernador militar de Navarra desde el 14 de marzo de 1936, y Raimundo García “Garcilaso”. Este diputado a Cortes por la coalición de derechas y director del Diario de Navarra, había puesto en contacto en el mes de mayo a Mola con los requetés navarros. Los soldados carlistas llevaban preparándose para la guerra desde abril de 1931, y de manera más organizada desde marzo de 1934, cuando conocidas personalidades visitaron en Roma a Mussolini, de quien lograron armamento y financiación.

La Administración de Justicia no fue ajena a la barbarie. Se fusiló a Natalio Cayuela, uno de los dos secretarios de la Audiencia Territorial de Pamplona. Luis Elío, juez municipal de Pamplona, logró escapar y se escondió durante tres años hasta que,

* Ponencia presentada en el 28º Congreso de Jueces para la Democracia. Justicia y calidad de la democracia, celebrado en Pamplona los días, 23 y 24 de mayo de 2013.

1 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, Secretaría de Gobierno, Expediente de gobierno, núm. 42, 1937.

acabada la guerra, pudo pasar a Francia, donde sufrió los rigores del campo de Gurs, para lograr, finalmente, exiliarse a México, donde se pudo reencontrar con su familia. La represión se cebó de manera especial en los jueces y secretarios de juzgados municipales. Fueron fusilados los jueces municipales de Sartaguda (Gabriel Martínez Sádaba), Corella (Ricardo Campos Ardanaz), y Yesa-Javier (Juan Zarranz Labari), a los que hay que sumar los fusilamientos de los secretarios de los juzgados municipales de Fitero (Carmelo Mustienes Carreras) y Murchante (Ricardo Rosel Aguirre). Nos queda por averiguar si estos jueces eran juristas; alguno pudiera serlo, pues la Ley de Justicia Municipal, de 5 de agosto de 1909, estableció, para el nombramiento para estos cargos, la preferencia de abogados y, en su defecto, de personas que poseyeran títulos académicos.

La depuración de los trabajadores de la Administración de Justicia no se circunscribió a la trágica eliminación de estos profesionales; otros fueron separados de sus puestos, y los que permanecieron hubieron de mostrar en todo momento una lealtad al Régimen.

El Gobierno de Franco hizo tabla rasa de las innovaciones introducidas por la Justicia republicana, y se ajustó al modelo de la Administración de Justicia de la Restauración, y más concretamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870², que, como ha observado Sebastián Martín, se concibió y sirvió como eficaz instrumento católico-liberal para reprimir los ataques del “enemigo”, es decir, de la burguesía progresista y las izquierdas³. Se trató, en suma, y en expresión de este iushistoriador sevillano, de la “restauración de la Restauración”⁴. Ni siquiera se tuvo en cuenta el programa de política judicial para el nuevo régimen político diseñado en 1937 por Falange Española Tradicionalista y de las JONS, inspirado en la doctrina nacionalsocialista, y que no fue aceptado por la comunidad jurídica ni por el Ministerio de Justicia⁵. Ese continuismo debe mucho al político tradicionalista navarro Tomás Domínguez Arévalo, el conde de Rodezno, ministro de Justicia del primer Gobierno nacional (1938-1939), artífice de la reconstitución del Tribunal Supremo en la zona nacional a través de la Ley de 27 de agosto de 1938, con la que el nombramiento de los magistrados del Alto Tribunal y de las Audiencias quedaba en manos del Ministerio de Justicia⁶. Acabada la guerra y fuera ya del Ministerio, realizó el denominado Proyecto Constitucional (1942), donde plasmó su concepción de la estructura judicial basada en principios tradicionalistas e inspirada en la obra de Víctor Pradera, *El nuevo Estado*⁷, y en el que concebía la Justicia como institución fundamental de la nación, vinculada directamente al rey, con una Administración que conservaba la estructura orgánica de la Restauración, con las novedades de la figura del Justicia Mayor y un Consejo Judicial, que otorgaban

2 Mónica Lanero Táboas, “Notas sobre la política judicial del primer franquismo, 1936-1945”, Javier Tusell (coord.), *El régimen de Franco, 1936-1975: política y relaciones exteriores*, 1993, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, vol. 1, pp. 259-263; *Ibid.*, *Una milicia de la Justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 27-53.

3 Sebastián Martín, “Criminalidad política y peligrosidad social en la España Contemporánea (1870-1970)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2009), p. 885.

4 Sebastián Martín, “Génesis y estructura del nuevo Estado (1933-1945)”, en Federico Fernández-Creheuet y Daniel J. García López (eds.), *Derecho, Memoria histórica y dictaduras*, Granada: Comares, 2009, pp. 116-120.

5 Mónica Lanero Táboas, “Proyectos falangistas y política judicial (1937-1952): dos modelos de organización judicial del nuevo estado”, *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea*, 15 (1995), pp. 353-372; “La depuración de jueces y fiscales: 1936-1944”, *Comunicaciones presentadas al II Encuentro de Investigadores del Franquismo: Alicante, 11, 12 y 13 de mayo de 1995*, Alicante: Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, 1996, vol. 1, pp. 353-372.

6 *Vid.* Mónica Lanero Táboas, “Notas sobre la política judicial del primer franquismo, 1936-1945”, *op. cit.*, pp. 257-258.

7 Víctor Pradera, *El nuevo Estado*, Madrid: Fax, 1935, p. 259.

un autogobierno a la magistratura, y que deberían responder ante el monarca y unas Cortes corporativas⁸.

El último cambio significativo en la demarcación y planta judicial vino de la mano de la Ley de Reforma de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944, del ministro Eduardo Aunós, que introdujo una importante novedad en cuanto a los juzgados municipales, ahora más profesionalizados y vinculados al Ministerio: los municipios de más de 20.000 habitantes y capitales de provincia contarían con juzgados municipales, y los de menor población o capitales de comarca pasarían a denominarse juzgados comarcales. Una Orden posterior, de 24 de marzo de 1945, aprobó las demarcaciones de los juzgados municipales y comarcales, cuyas competencias fueron reguladas por Decreto de 24 de enero de 1947, que también estableció la subordinación de estos a los juzgados de Primera Instancia e Instrucción. El control por parte del Ejecutivo de la actividad de jueces y magistrados se hizo absoluto con la Ley de 17 de julio de 1945, tanto por el sistema de nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo como por la introducción de la Inspección Central, que sin anular las facultades inspectoras del Alto Tribunal, inició un sistema de control ministerial paralelo. El Decreto de 8 de febrero de 1946, orgánico de la Carrera judicial, refundió las disposiciones anteriores.

Es nuestro propósito analizar la represión y depuración de la Audiencia Territorial de Pamplona, que además de de Navarra abarcaba, en lo civil, toda Gipuzkoa; lo criminal era competencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, creada por Ley Adicional del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882 (art. 1). Esta provincia contaba para la administración de la justicia civil y criminal con los juzgados de San Sebastián, Tolosa, Azpeitia y Bergara. Los partidos judiciales navarros eran los de Pamplona, Aoiz, Estella, Tafalla y Tudela. No está de más recordar que en cada partido judicial existía un registro de la propiedad, y que cada ayuntamiento poseía un juzgado municipal que, a su vez, contaba con un registro civil.

Tenemos la fortuna de contar con una sólida historiografía sobre la depuración de la Administración de Justicia a partir del golpe militar de 1936, con trabajos tan relevantes como las monografías de Juan Cano Bueso (1985)⁹, Mónica Lanero Táboas (1996)¹⁰, Manuel Álvaro Dueñas (2006)¹¹, y Federico Fernández-Crehuet (2011)¹², y las actas de las Jornadas sobre la administración de justicia durante la guerra civil española, organizadas por la Sección Guerra Civil del Archivo Histórico Nacional y celebradas en Salamanca en noviembre de 1987¹³. Entre los artículos dedicados al tema nos limitaremos a señalar, por su perspectiva general, los de Mónica Lanero

8 Vid. Mónica Lanero Táboas, "Notas sobre la política judicial del primer franquismo, 1936-1945", *op. cit.*, pp. 257-258; y más extensamente en *Ibid.*, *Una milicia de la Justicia*, *op. cit.*, pp. 101-108. El proyecto del Conde de Rodezno fue reproducido por Laureano López Rodó en "Los inicios del proceso institucional en los años 40 y la Ley Orgánica del Estado", *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 67 (1990), pp. 249-285.

9 Juan Cano Bueso, *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1985, pp. 116-160.

10 Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, *op. cit.*, pp. 27-53.

11 Manuel Álvaro Dueñas, "Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo". *La jurisdicción Especial de Responsabilidades políticas (1939-1945)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

12 Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo. Once historias (y una nota sobre la depuración de los funcionarios judiciales)*, Granada: Comares, 2011.

13 *Justicia en guerra. Jornadas sobre la administración de justicia durante la guerra civil española: Instituciones y fuentes documentales*, Madrid: Ministerio de Cultura, 1990.

Táboas (1993, 1995, 1996, 2008, 2009)¹⁴ y Alfons Aragoneses (2009)¹⁵. Contamos, además, con un amplio abanico de historias personales de magistrados, jueces y fiscales, que iluminan el dramatismo de las casuísticas concretas y que han rescatado a sus protagonistas del olvido. Destacamos las doscientas biografías que trabajó Federico Fernández-Crehuet¹⁶, y, por su trascendencia, la figura de Mariano Gómez, presidente del Tribunal Supremo durante la Segunda República, exiliado primero en Francia y finalmente en Buenos Aires, donde falleció en 1951, dada a conocer por Pedro Pablo Miralles Sangro (2010)¹⁷. Algunos testimonios son autobiográficos, como el del fiscal José Luis Galbe Loshuertos, que tras denunciar la desviación de la justicia republicana producida en verano del 36 por la guerra, la pretendió encauzar hacia la legalidad institucional¹⁸. La obra de este fiscal exiliado a Cuba fue analizada por Ramón Sáez Valcárcel (2012)¹⁹. En Navarra contamos con el estremecedor testimonio del juez Luis Elío Torres, escrito desde el escondrijo secreto en el que estuvo oculto durante tres años. La obra vio la luz en México en 1980 y fue reeditada en Pamplona en 2002²⁰, libro, en esta edición, que ha sido distribuido a los asistentes a este 28º Congreso de Jueces para la Democracia. Volveremos sobre este caso más adelante.

Falta, sin embargo, el análisis monográfico de una Audiencia Territorial determinada, con el que poder observar no solo la depuración de magistrados, jueces y fiscales, sino la de todo el conjunto del personal auxiliar de la Audiencia, desde los porteros hasta los forenses, sin olvidar a los jueces y secretarios de juzgados municipales. Es lo que me propongo hacer con la Audiencia Territorial de Pamplona. Esta exposición no es sino una primera aproximación al tema, elaborada en forma de esbozo diacrónico, donde apuntaré el marco legal y los rasgos fundamentales de la depuración de la Administración de Justicia entre julio de 1936 y 1945. Se trata del germen de un futuro libro donde analizaré minuciosamente todas estas cuestiones y descenderé al estudio institucional pormenorizado de la represión y depuración de los magistrados, jueces, fiscales, personal auxiliar, y jueces y secretarios municipales de la Audiencia Territorial de Pamplona. Este posterior trabajo pretende servir de modelo para ulteriores estudios de otras audiencias, que permitan, a través de un análisis comparativo, poder desarrollar estudios de conjunto más afinados. Limitaciones de espacio me impiden abordar

14 Mónica Lanero Táboas, "Notas sobre la política judicial del primer franquismo, 1936-1945", *op. cit.*, pp. 255-266; "Proyectos falangistas y política judicial (1937-1952)", *op. cit.*, pp. 135-142; "La política de personal de la Administración de Justicia en la dictadura franquista (1936-1952)", Federico Fernández-Crehuet y António Manuel Hespanha (edits.), *Franquismus und Salazarismus. Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt am Main: Vitorio Klostermann GmbH, 2008, pp. 31-60; "La depuración de la magistratura y el ministerio fiscal en el franquismo (1936-1944)", *Jueces para la Democracia*, 65 (2009), pp. 39-57; "De jueces y docentes: reflexiones sobre las lógicas de la depuración administrativa", Josefina Cuesta Bustillo (dir.), *La depuración de los funcionarios bajo la dictadura franquista (1936-1975)*, Madrid: Fundación Largo Caballero, 2009, pp. 140-159.

15 Alfons Aragoneses, "El derecho bajo el franquismo. Transformaciones del sistema jurídico español", Margalida Capellà y David Guinard (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Palma de Mallorca: Documenta Balear, 2009, pp. 123-158.

16 Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, *op. cit.*, biografías incluidas en el cd-rom que acompaña al libro.

17 Pedro Pablo Miralles Sangro, *Al servicio de la justicia y de la República, Mariano Gómez (1883-1951) Presidente del Tribunal Supremo*, Madrid: Editorial Dilex, 2010.

18 José Luis Galbe Loshuertos, *La Justicia de la República. Memorias de un fiscal del Tribunal Supremo en 1936*, edición de Alberto Sabio Alcutén, Madrid: Marcial Pons, 2011.

19 Ramón Sáez, "Memoria e historia de la justicia: el fiscal republicano Galbe y los funcionarios depurados del franquismo", *Jueces para la Democracia*, 75 (noviembre 2012), pp. 27-33.

20 Luis Elío Torres, *Soledad de ausencia. Entre las sombras de la muerte*, México: UNAM, 1980, con prólogo de su nieta Guadalupe Noriega Elío. Reed. Pamplona: Pamiela, 2002, con prólogo de Javier Eder, "Luis Elío o los desastres de la guerra", pp. 9-11.

ahora la represión y depuración acaecidas en los juzgados municipales. Tampoco trataré sobre el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Navarra, que está siendo objeto de un estudio monográfico por parte del historiador pamplonés César Layana. Su monografía llenará un importante vacío historiográfico.

Esta investigación la vengo desarrollando, por el momento, en el Archivo Judicial General de Pamplona (AJGP) y en el Archivo General de Navarra (AGN), a donde se vienen trasladando algunos fondos relativos a la guerra civil y el primer franquismo que obraban originariamente en el AJGP. Sirvan estas líneas para hacer constar un agradecimiento expreso a Iñaki Montoya Ortigosa, técnico de archivo responsable del AJGP, y a sus compañeros Teresa Eslava Ochoa e Iñaki Baztan Carrera. Considero que no está de más, en este foro de Jueces para la Democracia, reivindicar la profesionalidad y buen hacer de los archiveros de los palacios de justicia en la catalogación de estos fondos, que tanto contribuye al desarrollo de las investigaciones relativas a la represión y depuración en la Administración de Justicia.

2. EL JUEZ LUIS ELÍO, EL PRIMER DETENIDO DE LA GUERRA

Luis Elío Torres (Tarragona, 1895-México, 1968) fue el primer detenido tras la sublevación, pues su detención tuvo lugar el 19 de julio por la mañana, en su vivienda, situada en el núm. 2 de la calle Roncesvalles, junto a la comisaría²¹.

El juez municipal de Pamplona era un rico terrateniente que, por herencia familiar, poseía el pueblo de Barañáin, extensas fincas en Pamplona —en los términos de Landaben, Berichitos y San Juan de la Cadena—, y una casa y molino en Aoiz. Emparentaba con lo más granado de la aristocracia navarra, en concreto con los marqueses de Vesolla, los duques de Elío, los condes de Guenduláin, el conde de Uzqueta e incluso con el mismo conde de Rodezno. Licenciado en Derecho en Madrid, regresó a Navarra y se colegió como abogado en 1920. Tres años después fue nombrado abogado fiscal sustituto (1923), y logró el puesto de juez municipal en 1926. Su inclinación izquierdista le valió que fuera propuesto por diversas asociaciones obreras para presidir, desde su constitución en 1927, el Comité Paritario Interlocal de Despachos, Oficinas y Bancos de Pamplona, uno de los Jurados Mixtos de Trabajo, que tenía como fin la resolución de los conflictos laborales. También fue juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pamplona, y, como tal, dejó en libertad, tras las correspondientes diligencias previas, a tres militantes de la CNT detenidos por su relación con el movimiento revolucionario (julio de 1933)²².

21 Los detalles sobre la trayectoria profesional, detención, encierro y exilio del juez Elío pueden reconstruirse a través del texto ya mencionado de Javier Eder, "Luis Elío o los desastres de la guerra", *op. cit.* (precedido de diversos artículos periodísticos de este autor publicados desde principios de los ochenta), y de las obras de Indalecio Prieto, *Cartas a un escultor. Pequeños detalles de grandes sucesos*, Buenos Aires: Losada, 1961 (reed. Barcelona: Fundación Indalecio Prieto; Planeta, 1991); María Luisa Elío Bernal, *Tiempo de llorar*, México: El Equilibrista, 1988; Eduardo Mateo Gambarte, *María Luisa Elío Bernal. La vida como nostalgia y exilio*, Logroño: Universidad de La Rioja, 2009; *Ibid.*, "Elío Torres, Luis", Ángel García-Sanz Marcotegui (coord.), *El exilio republicano navarro de 1939*, Pamplona: Gobierno de Navarra, 2001, pp. 358-368 (se trata de la biografía más completa sobre Elío); Pablo Larraz Andía y Víctor Sierra-Sesúmagá, *Requetés: de las trincheras al olvido*, Madrid: La Esfera de los libros, 2010, p. 756 (donde recoge el testimonio de Pilar Huarte Zulaica, hija de Generoso Huarte Vidondo); y Fernando Pérez Olló, "María Luisa Elío y la vida propia como fabulación", *Diario de Navarra*, 10 de agosto de 2009.

22 AJGP, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pamplona, Diligencias previas 60/1933: Diligencias previas por la detención de Joaquín Díaz Garde, de la CNT, por su posible relación con el movimiento revolucionario. 30-07-1933/02-08-1933. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pamplona, Diligencias previas 61/1933: Diligencias previas por la detención de Dionisio Ríos Francés, de la CNT, por su posible relación con el movimiento revolucionario. 30-07-1933/02-08-1933. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pamplona, Diligencias previas 65/1933: Diligencias previas por la detención de Nicolás Erro Cilveti, de la CNT, por su posible relación con el movimiento revolucionario. 30-07-1933/02-08-1933. Estas tres diligencias constituyen una documentación preciosa para la historia del anarquismo en Navarra.

Compaginó su trabajo con la administración de su patrimonio, experiencia que le llevó a escribir la obra *Contratos de arrendamientos de fincas urbanas* (1932), elenco de textos legales comentados sobre la materia²³. Se destacó por su generosa donación de las casas de Barañáin que hizo a sus renteros (1935).

Carecía de toda significación política activa, aunque se le conocía como republicano, liberal, socialista y vasquista. No rompió con su cuna, hasta el punto de que en su casa eran frecuentes las tertulias a la hora del café con su primo, el conde de Uzqueta, o con el cabo de requetés Antonio Lizarza. Llegó a ser amigo de José Antonio Primo de Rivera, que ejerció como abogado de Elío en el Tribunal Supremo. Hombre religioso, encabezó la Junta diocesana contra la blasfemia y Pro catecismo, a propuesta del obispo Mateo Múgica (1925).

El 19 de julio de 1936 lo apresaron dos policías secretas y dos falangistas, en presencia de su mujer, Carmen Bernal López de Lago, murciana de Mazarrón —con la que se había casado en 1920—, y de sus tres hijas, Carmenchu, Cecilia y María Luisa. En la escalera le esperaban cuatro requetés. Fue escoltado por aquellos ocho hombres hasta la comisaría cercana, que estaba entre las calles Roncesvalles y Paulino Caballero. Su autobiografía nada dice sobre quién pudo ser el causante de tan expeditiva medida²⁴, y nada se apunta al respecto en el Expediente de responsabilidades políticas del juez²⁵. Iba a ser fusilado, pero logró la complicidad del comisario, Germán Izquierdo Larramendi, que lo dejó escapar. También de Generoso Huarte Vidondo (1886-1978), impresor y librero, capitán de requetés, del Tercio de Nuestra Señora del Camino, amigo de Luis Elío y compañero suyo en el Comité Paritario, del que había sido vocal obrero suplente. Huarte lo sacó de la comisaría y lo escondió en su vivienda, de la calle García Ximénez, durante cerca de un mes. Parece que él y su círculo de confianza pensaron entregarlo²⁶, pero optó finalmente por proporcionarle un lugar más seguro. Lo hizo Blas Inza Cabasés, otro destacado miembro de la Junta de Guerra Carlista, que había trabajado para los Elío como administrador de bienes de las tierras de Barañáin, y que en esos momentos trabajaba como administrador de la Casa Misericordia, un geriátrico pamplonés extramuros de la ciudad, y donde él mismo vivía, en una casa hoy derribada. Escondió al juez durante tres años en una habitación ciega de su domicilio, desde la que oía los disparos de los fusilamientos que tenían lugar en los fosos de la Ciudadela. Su sobrina Fermina se encargaba de llevarle la comida.

Se divulgó la noticia de que se había suicidado e incluso —como recoge Pío Baroja en sus memorias— de que lo habían fusilado en el fuerte de San Cristóbal²⁷. Al sufrimiento de su mujer y sus hijas de creerlo muerto se añadió una orden de detención de la Junta de Guerra Carlista a la propia Carmen Bernal (22 de agosto)²⁸.

23 Luis Elío, *Contratos de arrendamientos de fincas urbanas*, Pamplona: García Enciso, 1932 (83 págs.).

24 Pudo haber sabido algo, quizás, Jaime del Burgo, destacado requeté, uno de los pilares del golpe militar en Navarra, y vecino de Elío, aunque nada dijo al respecto en ninguna de sus obras, ni siquiera en la erudita *Conspiración y Guerra Civil*, Madrid; Barcelona: Alfaguara, 1970.

25 AGN, Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas, rollo del TRP núm. 775.

26 Un documento elaborado en una reunión de la Junta Central de Guerra Carlista el 13 de agosto de 1936, en la que participaron Generoso Huarte y Blas Inza, manda detener al juez Elío por dos policías de confianza y dar cuenta de su detención a Vuestra Excelencia, quizás el gobernador civil o el militar (Miguel Sánchez Ostiz, *El escarmiento*, Pamplona: Pamiela, 2013, pp. 369-370).

27 Pío Baroja dejó escrito en *La Guerra civil en la frontera* que su fusilamiento era falso, “porque me ha dicho gente que está enterada de que se sabe ha podido escaparse a Francia”. Pío Baroja, *Memorias. Tomo VIII. La guerra civil en la frontera*, edic. de Fernando Pérez Ollo, Madrid: Caro Raggio, 2005, p. 116 (texto orig. elaborado hacia 1951-1952, inédito hasta esta edición).

28 Dato que dio a conocer recientemente Miguel Sánchez Ostiz *El escarmiento*, *op. cit.*, p. 398: La Junta de Guerra

No parece que, como otras mujeres, hubiera estado encerrada en algún convento de Pamplona. Las cuatro pudieron huir a París, tras un angustioso periplo que les llevó desde San Sebastián a Valencia y Barcelona. En la capital francesa se alojaron en casa de Mercedes Elío, prima del juez y mujer del carlista Manuel González Andía²⁹, responsable este, junto con Primitivo Erviti, de la Delegación que la Junta Central Carlista de Guerra de Navarra (JCCGN) poseía en París, con la misión de entablar contacto con grupos franceses afines³⁰. Pronto tomaron el camino del exilio mexicano. Carmen Bernal conoció en el viaje al socialista Indalecio Prieto y, ya en México, trabajó como su secretaria.

Acabada la guerra, Blas Inza y Generoso Huarte organizaron la huida del juez a Francia. Se ponía fin a un encierro de 3 años, 37 meses y 1.138 días. Lo hicieron en dos coches. En el primero viajaban Generoso, su mujer Pilar Zulaica, su hija pequeña M.^a Rosa –vestida de uniforme de colegio, con el fin de despistar–, y el propio Luis Elío; en el segundo iban otros dos hijos de Generoso, José Miguel, sacerdote, y Pilar, además de Carmen Maraver y otra persona, que pudo haber sido Javier Arvizu. Pasó la frontera conducido por el mugalari Justo Sonante. Acudió al Consulado de Bayona, y de allí lo enviaron al campo de concentración de Gurs, donde estuvo varios meses, en los que enfermó. Pudo contactar finalmente con su familia, y se reunieron todos en París. Llegaron a México el 18 de marzo de 1940.

Nada volvió a ser lo mismo. En palabras de María Luisa Elío, “pasaron veinte o treinta años antes de que muriera, no sé cuántos exactamente, pero el anterior papá ya había muerto”³¹. Trabajó durante algún tiempo para la Junta de Auxilio a los Republicanos Españoles (JARE), con un sueldo mísero, tres veces menor que el de su mujer, retribuida por Indalecio Prieto, que, según apunta Eduardo Mateo Gambarte, estaba enamorado de ella. Carmen Bernal acabó sufriendo un grave trastorno psiquiátrico, y el matrimonio acabó separándose³². Luis Elío hubo de trabajar como dependiente en una ferretería en Acapulco, hasta que pudo, tras superar algunas asignaturas en la Universidad, convalidar el título de Derecho, trabajar en algunas aseguradoras y ejercer como abogado llevando pequeños casos. Ni siquiera entonces le fueron bien las cosas. Volvió a casarse con una mexicana, aunque tampoco parece que hubiera encontrado aquí la ansiada felicidad. Sus últimos años de vida los pasó con su hija Carmenchu, en Coyoacán.

Entre tanto, su rebeldía fue juzgada por el Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas. Se le acusaba de pertenecer al Partido Socialista, a la Casa del Pueblo y a la Liga de los Derechos del Hombre. La condena, por el único delito de pertenecer al Partido Socialista Obrero Español, consistió en una elevadísima multa de 75.000 pesetas —en atención a su rico patrimonio—, y la inhabilitación durante quince años prevista en el art. 11 de la Ley de Responsabilidades Políticas. Elío malvendió sus propiedades, con las que logró saldar su multa con el Estado, y otras deudas en Pamplona y en México.

Carlista encargó detener a las “esposas de Salvador Goñi, de Fernández Arcaya (esposa de José Goñi), Sra. de Artola (gobernador de Guipúzcoa), Sra. De Elío, Sras. de Cayuela, hermana y mujer de Cayuela, Sra. de García Fresca...”.

²⁹ Dato que agradezco a Javier Eder.

³⁰ Javier Ugarte Tellería, “El carlismo en la guerra del 36: la formación de un cuasi-Estado nacional-corporativo y foral en la zona vasco-navarra”, *Historia Contemporánea*, 38 (2010), p. 64.

³¹ La menor, María Luisa (Pamplona-1926, Coyoacán –Ciudad de México–, 2009), llegó a ser una destacada escritora y cineasta, amiga de Gabriel García Márquez, y a la que dedicó su célebre novela *Cien años de soledad*.

³² Indalecio Prieto relata que una noche quiso escapar del sanatorio en que la cuidaban, cuando cayó de una tapia; la encontraron moribunda de amanecida, tras horas de agonía.

3. LA PRIMERA DEPURACIÓN (1936)

Sabido es que los militares sublevados pretendieron desde los mismos inicios del golpe militar garantizar la lealtad de funcionarios y empleados públicos, separando del cargo a los desafectos. Para ello, no necesitaron codificar. Como ya se ha indicado, se asumió la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (las normas del título XIX “De la jurisdicción disciplinaria”), a la que se adecuó el marco normativo depurador establecido entre 1936 y 1939³³. Se mantuvieron, así, las oposiciones de ingreso a la Carrera judicial, la promoción por antigüedad —exceptuando los puestos directivos, discrecionales del Gobierno—, y los sistemas de control, ahora caracterizados por la depuración y por la selección ideológica de los nuevos miembros de todas las categorías de la Administración de Justicia.

El Boletín Oficial de la Junta de Defensa del 24 de julio de 1936 publicó la Orden de suspensión “hasta nueva orden [de] todos los plazos y términos judiciales, con excepción de los que regulan la detención y prisión de los presuntos encartados”³⁴. Se creaba así, como ha indicado Fernández-Crehuet, un auténtico estado de excepción judicial, congelándose toda jurisdicción, salvo la puramente represiva³⁵. Mes y medio después de estar paralizada la tarea judicial se matizó que ese Decreto no afectaba a “la suspensión sistemática de todos los pleitos” “incluso en zonas totalmente normalizadas”. Esta suspensión de los plazos procesales procedería cuando el tribunal o las partes estimaran la imposibilidad objetiva de respetar el plazo determinado para realizar una diligencia³⁶. Por las mismas fechas, la Junta de Defensa Nacional dictaba el Decreto 91, de 6 de septiembre, que establecía los parámetros para la destitución de jueces y fiscales municipales, y el trascendental Decreto 108, de 13 de septiembre, que iniciaba la depuración administrativa de los empleados públicos de las zonas de ocupación, completado con el Decreto de la Junta Técnica de 5 de diciembre de 1936³⁷.

Nos hallamos, desde el principio, ante un férreo control de la actividad judicial que abrió las puertas a la depuración. Una Orden de la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado referente a las plantillas de las Audiencias y Juzgados del Territorio y a las presentaciones del personal de otros territorios no sometidos, fechada en Burgos el 26 de octubre de 1936, indicaba que “al efecto de unificar el servicio de estadística de esta Comisión, remito a V. E.³⁸ los adjuntos estados A y B que se servirá devolver debidamente cumplimentados con la máxima urgencia, y, en todo caso, dentro del término de ocho días”³⁹. La Audiencia de Pamplona envió el 31 de octubre una relación pormenorizada de los funcionarios de plantilla, ordenada por cargos, nombres y apellidos, situación (presente o ausente) y observaciones correspondientes, completada en fechas inmediatamente posteriores con otros datos adicionales relativos a la Audiencia Provincial de San Sebastián y con la casuística de los registradores de la propiedad. En aras a la brevedad no podemos descender a describir cada caso. Nos limitaremos a apuntar el más trágico: Natalio Cayuela Medina, juez y secretario de Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona, preso en la cárcel de

33 Sobre el desarrollo de los procesos depuradores *vid.* Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, *op. cit.*, pp. 220-221; *Ibid.*, “La depuración de jueces y fiscales: 1936-1944”, *op. cit.*, pp. 353-372; Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, *op. cit.*, pp. 112-114.

34 Decreto 6, *Boletín Oficial de la Junta de Defensa*, Burgos, 24 de julio de 1936, art. 1.

35 Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, *op. cit.*, p. 107.

36 Decreto 12, *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, Burgos, 8 de septiembre de 1936. *Vid.* Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, *op. cit.*, p. 107.

37 Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, pp. 211-219.

38 Se refiere al Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial, en nuestro caso el de Pamplona.

39 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 87, 1936.

la ciudad, había sido fusilado en Valcaldera (Bardenas) el 23 de agosto de 1936, junto a su hermano Santiago y otras 48 personas. El día anterior la Junta de Guerra Carlista encargó detener a la hermana y la mujer del juez, orden en la que también se mandaba detener a la mujer del juez Elío⁴⁰. Cayuela aparece en la relación de 31 de octubre como “Ausente”, “en paradero desconocido, instruyéndose expediente”. Sorprende el cinismo del expediente, cuando su trágico final era bien conocido en la Audiencia⁴¹. Natalio Cayuela, militante como su hermano de Izquierda Republicana, pagó con su vida por haber intentado parar el golpe militar del general Mola (18 de julio de 1936)⁴². La farsa se extendió al Expediente de inscripción de defunción fuera de plazo en el Registro Civil de Pamplona⁴³, y al Expediente incoado para averiguar las causas que han motivado el abandono de sus funciones de secretario de Sala de esta Audiencia Territorial⁴⁴. También se le abrió el correspondiente Expediente de Responsabilidades políticas⁴⁵.

El Decreto 101 de la Junta de Defensa, del 8 de septiembre de 1936, dictó las reglas a las que habrían “de sujetarse las presentaciones de empleados públicos que se hallen fuera de su residencia oficial, fijándose las normas que deberán observar las Autoridades y Centros para normalizar la situación de aquellos funcionarios”. Se buscaba “normalizar la situación de los empleados públicos a quienes haya sorprendido el Movimiento Nacional, con causa justificada, fuera de su residencia oficial y no hubieran podido reintegrarse en ella”. Estos empleados habrían de presentarse a la autoridad superior (art. 2º), las autoridades y centros abrirían un registro de presentación del personal, que sería remitido a la Junta de Defensa Nacional (art. 3º), y se confeccionaría una lista con los funcionarios que no estuvieran desempeñando sus funciones (art. 5º)⁴⁶. El golpe militar coincidió con las vacaciones de numerosos funcionarios judiciales, de ahí el celo especial que existió en la Audiencia de Pamplona para dar cumplimiento al Decreto 101 y conocer las circunstancias por las que no habían podido reintegrarse a sus cargos⁴⁷. Los partes mensuales de asistencia de los magistrados jueces del Territorio y Primera Instancia e Instrucción y del personal auxiliar eran habituales con anterioridad al golpe militar, pero huelga decir que estos partes cobraron un mayor significado a partir del Decreto 101, en tanto se consignaron en ellos las razones de las inasistencias⁴⁸. Apenas dos meses después del “alzamiento” se iba obteniendo un retrato detallado de los afectos y desafectos a los sublevados.

Cinco días después, el ya mencionado Decreto 108 de la Junta de Defensa (13 de septiembre), estableció las sanciones para los funcionarios públicos que formaban parte del Frente Popular, por ser consideradas “antipatrióticas”, concepto que, como bien ha señalado Fernández-Crehuet, “podía ser cualquier cosa como, por ejemplo, la mera pasividad ante la rebelión, continuar en el puesto de trabajo o haber

40 Miguel Sánchez Ostiz, *El escarmiento*, op. cit., p. 398.

41 *Vid.* Expediente de inscripción de defunción fuera de plazo de Santiago Cayuela en AGN, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Pamplona, núm. 4, 1937.

42 Formó parte de una especie de gabinete de crisis junto con Ramón Bengaray y Aquiles Cuadra, de IR; Jesús Monzón, del PCE; su hermano Carmelo Cayuela y Constantino Salinas, del PSOE; Antonio García Fresca, concejal; Tiburcio Osácar, director de “Trabajadores”; y Salvador Goñi y Antonio García Larrache, concejales del Ayuntamiento de Pamplona. Nada pudieron hacer, y optaron por huir y salvar sus vidas. Algunos, como Cayuela, no lo consiguieron.

43 AGN, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Pamplona, núm. 3, 1937.

44 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 99, 1936.

45 AGN, Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas, rollo del TRP núm. 258, 1936.

46 Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, Burgos, 12 de septiembre de 1936.

47 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 108, 1936.

48 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 106, 1936.

actuado en procesos con connotaciones levemente políticas⁴⁹. Su artículo 4º fijaba las actuaciones depuradoras, que serían iniciadas “por los jefes del centro en que preste sus servicios el funcionario” y “siguiendo la formación de un expediente”⁵⁰. Parece que este texto suscitó alguna duda, pues la Comisión de Justicia indicó el 30 de octubre que los artículos 3º y 4º del Decreto 108 del 13 de septiembre serían “aplicables a los funcionarios públicos sin distinción, ya sean administrativos, judiciales o fiscales”⁵¹.

A las primeras medidas que pretendieron ser cedazo separador del grano nacional y la paja republicana, siguió, a partir del Decreto de 13 de septiembre, una depuración “ad intra” que estableció los mecanismos para fijar y fortalecer fidelidades. Fernández-Crehuet ha observado que las depuraciones contra jueces y fiscales realizadas a partir de este marco normativo lacónico no se realizaron usualmente a personas con tendencias izquierdistas, o que hubieran necesitado abandonar sus puestos. Fueron expedientes abiertos que buscaban afianzar fidelidades con los que los “pusilánimes” dejarían de serlo, abrazando incondicionalmente el Movimiento⁵².

La Audiencia pamplonesa también cursó la Orden de 3 de noviembre de la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado referente a los funcionarios de las Carreras judicial y fiscal en excedencia forzosa⁵³.

Un nuevo Decreto de la Junta de Defensa, el 93, de 9 de diciembre de 1936, estableció la sanción de los funcionarios ausentes de su residencia oficial en la zona liberada a partir del 18 de julio, y que carecían de “licencia, autorización o comisión concedida por autoridad competente”, y no se hubieran presentado en el plazo debido cuando se hubieran extinguido aquellas”. Serían declarados “cesantes sin formación de expediente”. La sanción no sería impuestas a quienes “estuvieran en activo en el frente al servicio del Movimiento Nacional”⁵⁴.

La vigilancia hacia los trabajadores de la Administración de Justicia era férrea y eficaz, pues cortaba de raíz cualquier veleidad desafecta. El Gobernador militar de Navarra envió un telegrama el 10 de diciembre al presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona, en el que le pedía, con la mayor urgencia, la “relación de funcionarios pertenecientes a cualquier cuerpo u organización dependiente Comisión Justicia suspendidos o en cualquier forma sancionados con motivo Movimiento expresando fecha y antecedentes causantes de la sanción, así como correctivo impuesto. Lo que me dirigirán a Sección Justicia División”. La Audiencia envió dos relaciones complementarias, el 16 y el 21 de diciembre, respectivamente, dando cuenta de un total de seis personas suspendidas o sancionadas con motivo del Movimiento Nacional⁵⁵:

1. Jaime de Olaortua Arana había sido “suspendido de empleo y sueldo el pasado 3 de noviembre, por Orden de la presidencia de la Junta Técnica del Estado en uso de facultades concedidas por el Decreto 108 de la Junta de Defensa Nacional, en relación con el 30 de la misma”.

49 Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, op. cit., pp. 110-111.

50 Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 22, Burgos, 16 de septiembre de 1936. Analiza Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, op. cit., pp. 109-111.

51 Cita *Ibid.*, p. 111.

52 Analiza *Ibid.*, pp. 111-112.

53 *BOE*, 5 de noviembre de 1936. AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 96, 1936.

54 Publicado en el *BOE*, 9 de diciembre de 1936, art. 3. Analiza Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, op. cit., p. 109.

55 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 101, 1936.

2. Enrique Sobrino Alonso, oficial de prisiones en la prisión-fortaleza de San Cristóbal, había sido destituido el 27 de noviembre por Orden de la presidencia de la Junta Técnica del Estado; “fue detenido y recluido en la Prisión Provincial de esta Capital a disposición de la Comandancia Militar de Pamplona, por conversaciones amistosas con presos desafectos al Movimiento Nacional, no merecer la confianza de sus superiores y ha sido advertido en varias ocasiones por su actitud e ideas y ser díscolo, impertinente e inactivo”.

3. José Soler Voz, guardián de prisiones de la Prisión Provincial de Pamplona, fue suspendido de empleo y sueldo por Orden del Inspector delegado de Prisiones, “por falta de respeto al Superior”.

4. Germán Fanego Salaverri, médico forense de Pamplona, fue acusado el 3 de diciembre de haber abandonado su destino. “Se encontraba con licencia y dijo no pudo reintegrarse por falta de locomoción y después de hallarse detenido en Mondoñedo. Se le instruye expediente de destitución. Se halla suspenso de empleo y sueldo”.

5. Eduardo Martínez de Ubago Lizarraga, médico forense sustituto de Pamplona, se le instruyó expediente de destitución el 12 de diciembre, por abandono de cargo. Había sido detenido y puesto en libertad, pero no se había reintegrado a su cargo.

6. Patrocinio San José y Martín Gonzalo, guardián de la prisión de San Cristóbal, abandonó el cargo y se le instruyó expediente de destitución el 12 de diciembre.

4. LA DEPURACIÓN DE 1937 Y 1938

La depuración en la Audiencia Territorial de Pamplona era un hecho para 1937, pero el control continuó durante los años centrales de la guerra. Esta depuración se caracterizó, como ha estudiado Mónica Lanero, por unas políticas de selección, control y promoción que garantizaron la adhesión del personal de la Administración de Justicia al Régimen⁵⁶.

Los procesos depuradores de la Audiencia Territorial pamplonesa de los años 1937 y 1938 se centraron sobre todo en los jueces y secretarios municipales, no en vano el Decreto de 2 de septiembre de 1936 autorizaba a las Salas de gobierno de las Audiencias Territoriales y a las Juntas de Gobierno de las Audiencias Provinciales a destituir, sin formalidades ni expedientes, a los jueces municipales que con su conducta “tratan de dificultar el patriótico Movimiento Nacional” u observasen una aptitud “negligente, contraria al Movimiento Nacional o poco patriótica”⁵⁷, o el ya mencionado Decreto 108 de la Junta de Defensa, de 13 de septiembre de 1936, completado por el Decreto de Junta Técnica de 5 de diciembre del mismo año, confería a las Audiencias Territoriales la potestad de decidir la destitución de jueces y fiscales municipales por desafección, a propuesta de las autoridades de todo orden. En los primeros meses de la guerra, como ha apuntado Mónica Lanero, las autoridades judiciales se limitaron a dar cobertura legal a las destituciones realizadas por autoridades militares y gubernativas⁵⁸. El elevado número de jueces y secretarios municipales depurados en Navarra nos impide analizarlos en este trabajo, de ahí que releguemos esta cuestión a nuestra futura monografía.

56 Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, op. cit., pp. 205-313; *Ibid.*, “La política de personal de la Administración de Justicia en la dictadura franquista (1936-1952)”, op. cit., pp. 31-60.

57 Juan Cano Bueso, *La política judicial del régimen de Franco*, p. 130.

58 *Ibid.*, p. 216.

En 1937 se puso también un énfasis especial en los juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Una Orden de la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado de 31 de agosto, mandaba comunicar a la misma el número de Juzgados de Primera Instancia que en el Territorio de la Audiencia pamplonesa se hallasen servidos por jueces municipales⁵⁹, y otra Orden de la misma Comisión, del 26 de octubre, solicitaba la remisión a la misma de las relaciones expresivas de las vacantes existentes en los Juzgados de Primera Instancia del Territorio a 9 de junio de 1936 y de las producidas posteriormente⁶⁰. Una nueva Orden de la Comisión relativa a la ampliación de la jurisdicción de los jueces de Primera Instancia, generó un voluminoso Expediente que sirvió para ir detallando, mes a mes, y juzgado por juzgado, la asistencia o no de los jueces de Primera Instancia; y en el caso de inasistencia, indicar su causa (vacaciones, enfermedad...). Se trataba de toda una fotografía detallada del momento⁶¹. Lo mismo cabe decir del Expediente de los partes mensuales sobre asistencias de los señores magistrados jueces del Territorio de Primera Instancia e Instrucción y auxiliares del mismo, con todos los datos sobre asistencias e inasistencias (y sus causas), entre el segundo semestre de 1936 y todo 1937⁶². Contamos, por otra parte, con un prolijo Expediente sobre supuestas irregularidades en estos juzgados de Pamplona elaborado en 1937, y que contiene una enorme riqueza de datos⁶³.

Los controles exhaustivos se extendieron a lo largo de 1938. El Ministerio de Justicia dictó una Orden el 8 de marzo disponiendo la remisión al mismo de los antecedentes de los funcionarios del Territorio de las Audiencias Territoriales al objeto de completar los existentes en la sede ministerial⁶⁴. Mes y medio después, una Orden de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia disponía la remisión de datos “del personal adscrito a la Audiencia Territorial de Pamplona, a la Provincial de San Sebastián, a los Juzgados del Territorio y a las entidades jurisdiccionales que actualmente funcionan como Tribunales de Menores, etc.”⁶⁵. Por su parte, el Delegado de Orden Público de la provincia de Navarra comunicaba el 28 de julio a la Audiencia Territorial que habría de hacer comparecer ante la Delegación a los funcionarios que enumeraba de diversos Tribunales y Juzgados⁶⁶. Existe, incluso, un elocuente Expediente en virtud de una comunicación de la Delegación de Información de Falange Española Tradicionalista y de las JONS interesando se le comunicasen los datos que enumeraba⁶⁷. Se trataba de una Comunicación general para todos los juzgados de la “zona liberada de los rojos”, que evidencia la intromisión de FET y de las JONS en la Administración de Justicia. Lo mismo cabe decir del Expediente en virtud de una Orden de la Jefatura del Servicio Nacional de Justicia “sobre expedición de testimonios de sentencias que se soliciten por los Delegados de Justicia y Derecho de FET y de las JONS”, en este caso de 1939 (Ley de 9 de septiembre de 1939)⁶⁸.

En otro orden de cosas, las plazas vacantes obligaban a la apertura de procesos selectivos para cubrir las bajas. La adhesión política resultó filtro eficaz en la

59 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 40, 1937.

60 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 63, 1937.

61 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 61, 1937.

62 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 67, 1937.

63 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, s.n, 1937.

64 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 4, 1938.

65 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 10, 1938.

66 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 25, 1938.

67 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 34, 1938.

68 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 9, 1939. *Vid.* asimismo, AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 11, 1945.

selección de las nuevas promociones de la Carrera judicial, criterio que primaba sobre la competencia técnica. El Decreto de 12 de marzo de 1937 concretaba la provisión de los funcionarios en tres turnos: la mitad de las vacantes se reservaban, en primer lugar, a quienes hubieran participado en frentes de combate, seguidos de aquellos que hubieran perdido familiares en el bando nacional; en último término se abría un turno libre⁶⁹. Un mes después, la Delegación Provincial de Trabajo de Navarra solicitó de la Audiencia Territorial la remisión de relaciones de los funcionarios de esta y de las vacantes existentes con el fin de que estas plazas fueran cubiertas por mutilados de guerra (17 de abril de 1937). Ante las dudas suscitadas, una nueva circular, de 8 de mayo, especificaba que la relación debería ir dividida en dos partes, “una comprensiva de todas las plazas ocupadas con sueldos asignados a cada cargo de los que cobren por nómina y en los que así no sea, haciendo constar que cobran por arancel; y en la otra relación se han de comprender las plazas vacantes con expresión de los mismos datos respecto al sueldo, que para los anteriores. Estas relaciones han de comprender al personal de la Audiencia Territorial y al de la Provincial”⁷⁰. La Administración de Justicia constituía, como otras administraciones, una solución laboral para los héroes de la guerra. Sirva de ejemplo el Expediente en virtud de un escrito del presidente de la Comisión Inspector provincial de Navarra del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria interesando fuera nombrado portero interino de esta Audiencia el caballero mutilado Antonio Goicoechea Cilveti⁷¹.

Aquellos mutilados personajes admirados, no en vano sus compañeros de la Audiencia no se habían destacado, precisamente, por sus servicios en los frentes de guerra, ni siquiera colaborando en el Cuerpo Jurídico Militar. Sorprenden los escasos voluntarios que respondieron al telegrama de la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado ordenando “se explore la voluntad de los Jueces, Fiscales, Registradores de la Propiedad y Notarios por si desean prestar servicios en el Cuerpo Jurídico Militar”⁷². Los escasos números que arroja la Audiencia Territorial de Pamplona no se corresponden con los más abultados del conjunto de la España nacional⁷³. Los jueces, fiscales, registradores de la propiedad y notarios gozaban en Navarra de una situación privilegiada, cómodamente instalados, alejados de todo frente de guerra y de las tensiones inherentes a las denominadas “zonas liberadas”. Hubo voluntarios que acudieron a esta llamada desde una convicción e ideales firmes, pero cabe pensar, también, que algunos se apuntarían para librarse de las sospechas que planeaban sobre ellos, para los que el Cuerpo Jurídico Militar era una tabla de salvación, como ocurrió en el ejército nacional con el enrolamiento de jóvenes de izquierdas y nacionalistas vascos.

5. LA DEPURACIÓN A PARTIR DE LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE 1939

La guerra apuntaba hacia su final en febrero de 1939, cuando se dictaron dos leyes trascendentales: la Ley de 10 de febrero de 1939 fijando las normas para la

69 Sebastián Martín, “Génesis y estructura del nuevo Estado (1933-1945)”, *op. cit.*, p. 109.

70 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 65, 1937.

71 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 31, 1938.

72 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, núm. 57, 1937. *Cfr.*, asimismo, la Circular de la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado sobre la asistencia a su Juzgado de los jueces de Primera Instancia que prestan servicios jurídico-militares (AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 3, 1938).

73 *Cfr.* Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, *op. cit.*, pp. 362-370.

depuración de funcionarios públicos⁷⁴, y la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939⁷⁵, que funcionó como norma general y suplementaria de la anterior. Nos centraremos en la primera, que en su exposición de motivos afirmaba que se castigaría a aquellos funcionarios que “contribuyeron a la subversión y prestaron asistencia no excusable a quienes por la violencia se apoderaron, fuera de toda norma legal, de los puestos de mando de la Administración”. La retroactividad también se contemplaba en la disposición final primera, que establecía la revisión de las sanciones impuestas con anterioridad a la promulgación de esta Ley. Pero esta retroactividad no se extendía solo hasta el 18 de julio de 1936, sino, como bien ha visto Fernández-Crehuet, hasta aquel punto temporal que el juez instructor del caso estimase oportuno, de tal forma que cualquier vicisitud en la vida profesional del funcionario podía ser motivo para la depuración por sus ideas o intereses contrarios al Movimiento Nacional. Para entonces se había producido la represión más cruenta en forma de fusilamientos y encarcelamientos, y habían sido depurados numerosos funcionarios por su conducta de “desafección”⁷⁶; de ahí que la tardía aparición de esta Ley obedezca a fijar con detalle el mecanismo de prevención por el que los funcionarios públicos —en nuestro caso los de la Administración de Justicia—, continuasen aferrados a una fidelidad inquebrantable, y supieran a qué atenerse. El sistema depurador abierto a partir de ahora estaba dirigido por Romualdo Hernández Serrano⁷⁷, juez jefe de los jueces instructores. Uno de estos jueces instructores, el del juzgado número 10, Cirilo de Barcáiztegui y Martín de Villagut, provenía de la Audiencia de San Sebastián. Se destacó por su dureza, y el Régimen premió su labor nombrándolo presidente de la Audiencia Provincial de San Sebastián en 1942 —en 1947 se trasladó a Barcelona— y presidente de la Audiencia Provincial de Pamplona en 1951, donde se jubiló en septiembre de 1960, cuando le fue reconocido su periplo con la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort⁷⁸.

La Ley de 10 de febrero de 1939 para la depuración de funcionarios públicos prescribía que serían depurados, en un primer momento, aquellos sobre los que hubiera menos dudas de su comportamiento y de su fidelidad al nuevo Régimen. Por esta razón, Fernández-Crehuet, ha advertido que los funcionarios judiciales más afectos al Régimen fueron depurados rápida y favorablemente. Cuando el proceso se dilataba en el tiempo, las sanciones aumentaban. Pero, a la postre, la gran mayoría eran reintegrados en sus cargos. Tan solo un “número ínfimo” fue separado. Utilizando el símil de Hannah Arendt de que los regímenes totalitarios estarían dispuestos como una piel de cebolla, este iusfilósofo del Derecho señala que la “cebolla judicial” se construyó progresivamente: al principio se creaba el núcleo con los más afectos, con aquellos que ya eran partidarios del alzamiento militar, simpatizantes de la extrema derecha o especialmente católicos. Sobre ese núcleo inicial se iban añadiendo otras capas, formadas por aquellos que, una vez depurados, quedaban incorporados al sistema judicial. Pocos quedaban fuera. Las capas más externas quedaban sólidamente unidas por el miedo a ser sancionado,

74 Publicada en *BOE*, de 14 de febrero de 1939, pp. 856 y ss. Un análisis de esta Ley y de sus consecuencias en Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, *op. cit.*, pp. 229-257.

75 Sobre esta Ley *vid.* los análisis realizados por Manuel Álvaro Dueñas, “Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo”, *op. cit.*, pp. 97 y siguientes; y Sebastián Martín, Sebastián Martín, “Criminalidad política y peligrosidad social”, *op. cit.*, pp. 885-887.

76 Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, *op. cit.*, pp. 116-129.

77 *Ibid.*, pp. 149-155.

78 *Ibid.*, p. 145.

a que el proceso fuera reabierto a, lo que se añadía en un segundo momento el correspondiente adoctrinamiento ideológico. Estas capas exteriores quedaban de este modo radicalizadas, obligando a que el núcleo del bulbo se volviera aún más duro, más integrista, más radical, y poder, así, mantener su diferencia con las capas externas⁷⁹.

En aplicación del nuevo marco legal, la Audiencia pamplonesa dio cumplimiento metódico a toda la serie de Órdenes de la Jefatura del Servicio Nacional de Justicia que buscaban cerrar el círculo de la depuración. Se dictaron, así, la Orden reclamando relación de los funcionarios del Territorio de esta Audiencia que hubieran fallecido desde el 18 de julio de 1936 hasta la fecha⁸⁰; la Orden autorizando a los presidentes de las Audiencias Territoriales para la designación de un funcionario de la Carrera judicial para conocer de los expedientes de depuración que se instruyen a oficiales de Secretarías Judiciales⁸¹; la Orden disponiendo se remitiera a la Dirección de Justicia los datos que en ella se enumeraban en relación con todo el personal de agentes judiciales de la Administración de Justicia que prestaban sus servicios en el Territorio de la Audiencia⁸²; la Orden para que se remitan a la Dirección de Justicia los datos que se interesaban en un modelo que acompañaba, recogiendo la información relativa a la posesión y fecha de nombramiento de los jueces, fiscales y secretarios municipales del Territorio de la Audiencia⁸³; y la Orden disponiendo se hiciera saber a los presidentes de las Audiencias Provinciales y Jueces de la Primera Instancia del Territorio de esta Audiencia sobre que no se haría ninguna confirmación de nombramientos interinos de subalternos de la Administración de Justicia⁸⁴.

Otras Órdenes de la Jefatura del Servicio Nacional de Justicia acabaron por reorganizar las fidelidades de la Judicatura al Movimiento Nacional. Así, la Orden para que se explorase la voluntad de los funcionarios que con aptitud legal y comprendidos en los artículos 24 y 33 de la Ley de Responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939 desearan ser nombrados para cargos creados por aquellos preceptos⁸⁵; completada por la Orden para que se comunicase a los jueces y magistrados de este Territorio que hubieran sido nombrados jueces y vocales de los Tribunales de Responsabilidades políticas se presentasen para posesionarse de sus cargos en el término de quince días⁸⁶.

Los únicos nombres que quedaban a la libre designación de la Audiencia eran los llamados a cubrir las vacantes de magistrados suplentes, que, en cualquier caso, se debían elevar para su validación al Servicio Nacional de Justicia⁸⁷.

Todavía había supuestos renglones torcidos que enderezar. O renglones enderezados que el sistema consideraba que se habían curvado, como el secretario de Sala de la Audiencia pamplonesa, José Maraver Serrano, detenido e ingresado en prisión, según comunicó la Comisaría de Investigación y Vigilancia de Navarra a la propia Audiencia⁸⁸.

79 *Ibíd.*, p. 163.

80 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, Expediente de gobierno, *Secretaría de Gobierno*, núm. 28, 1939.

81 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, Expediente de gobierno, *Secretaría de Gobierno*, núm. 38, 1939.

82 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, Expediente de gobierno, *Secretaría de Gobierno*, núm. 50, 1939.

83 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, Expediente de gobierno, *Secretaría de Gobierno*, núm. 54, 1939.

84 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, Expediente de gobierno, *Secretaría de Gobierno*, núm. 49, 1939.

85 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 17, 1939.

86 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 29, 1939.

87 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 18, 1939.

88 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 56, 1939.

El control alcanzaba también al personal auxiliar, como lo prueban la Orden de la Dirección General de Justicia disponiendo que se remitiera a la Dirección de Justicia una relación detallada del personal auxiliar de la Administración de Justicia de esta provincia añadiendo los datos relativos que se consignaban⁸⁹; y la Orden disponiendo se hiciera saber a los funcionarios del personal auxiliar de la Administración de Justicia que sus peticiones de traslado formuladas quedaban anuladas y que los que desearan serlo debían formular de nuevo sus peticiones⁹⁰.

Una nueva Orden de la Dirección General de Justicia disponía que por los jueces de Primera Instancia del Territorio de la Audiencia pamplonesa y con arreglo al cuestionario que en la misma se consignaba, se diera cuenta a dicha Dirección de la situación de las Forensías afectas a dichos Juzgados⁹¹.

La Audiencia Territorial tenía incluso que informar al Ministerio, según otra Orden de la Dirección General de Justicia, sobre los antecedentes de las personas que constituían las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados y Procuradores. Este Expediente contiene abundante información sobre los colegiados, aspecto este que deseamos trabajar en un futuro estudio⁹².

El control depurativo continuó siendo exhaustivo en los primeros años cuarenta. Lo ejemplifica el Expediente de la Audiencia Territorial para dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 13 del Decreto de 30 de diciembre de 1939 inserto en el Boletín Oficial del Estado de 18 de enero último, relativo al Registro sobre ausentes⁹³. La Dirección General de Justicia continuó desarrollando en los primeros años cuarenta los habituales controles periódicos de los funcionarios de las Carreras judicial y fiscal. En 1940 solicitaba la remisión a la misma de una serie de datos referentes a la composición de las Salas y Secciones de la Audiencia Territorial pamplonesa⁹⁴, e información sobre la situación actual de los jueces de Primera Instancia del Territorio de esta Audiencia que se hallasen militarizados o desempeñando otras comisiones⁹⁵; controles que se extendieron, en término similares, en los años siguientes⁹⁶. El celo inspector del Ministerio alcanzaba cotas microscópicas, como lo evidencia la Orden de la Dirección General de Justicia para que se manifestase a la misma si en las Audiencias y demás Tribunales del Territorio había sido colocado el Santo Crucifijo y, de no haberlo verificado, se procediera a su inmediata instalación⁹⁷.

89 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 51, 1939.

90 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 53, 1939.

91 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 46, 1939.

92 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 55, 1939.

93 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 5, 1940.

94 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, núm. 66, 1940.

95 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, núm. 65, 1940.

96 *Vid.* Expediente en virtud de orden telegráfica de la Dirección General de Justicia disponiendo se manifestase a la misma si en la Audiencia existían funcionarios de las Carreras judicial y fiscal que se hallasen militarizados o desempeñando otras funciones (AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 6, 1941); Expediente en virtud de Orden de la Dirección General de Justicia para que se dé cumplimiento a la de la Presidencia del Gobierno de 10 de junio de 1941 y se remitiera la plantilla de porteros adscritos a la Audiencia y provinciales del Territorio, con mención de las vacantes existentes en la actualidad (AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 48, 1941); Expediente en virtud de la Orden de la Dirección General de Justicia sobre declaración por cada uno de los funcionarios de la Carrera judicial de Territorio cualquiera que fuera su situación, incluso prestando servicios en otros ministerios a tenor de cuestionario contenido en cierto impreso (AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 43, 1943); Expediente sobre Orden de 18 de mayo de la Dirección General de Justicia, relativa a servicios de presidentes de Audiencia Provincial y jueces de Primera Instancia, en Comisiones inspectoras provinciales y comarcales de Mutilados de Guerra por la Patria (AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 44, 1943).

97 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 5, 1941.

La vigilancia también continuó desarrollándose desde el Tribunal Supremo, cuya Secretaría de Gobierno dictó una Orden el 30 de octubre de 1940 solicitando la relación comprensiva de la categoría, cargo, fecha de nacimiento, de la posesión, si se hallaban o no militarizados, lugar de su destino y vacantes de todas clases existentes en ese momento con las plantillas en vigor el 18 de julio de 1936 de los funcionarios de la Carrera judicial del Territorio de la Audiencia de Pamplona⁹⁸. Tres años después, el TS remitió un modelo en el que se debían consignar los datos de los funcionarios de la Carrera judicial adscritos al Territorio relativos al ingreso, incompatibilidades y vicisitudes en la Carrera⁹⁹.

Las depuraciones del primer lustro de los cuarenta se centraron, sobre todo, en el personal auxiliar. Contamos con dos Expedientes de depuración de médicos forenses, los de Luis Azcue Zabala Anchieta, que en el 18 de julio de 1936 desempeñaba el cargo de médico forense del juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tolosa¹⁰⁰, y Juan Ramírez Pinto, que en 18 de julio de 1936 era médico forense del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de San Sebastián¹⁰¹. Se abrió también Expediente de depuración de los procuradores que componían el Colegio de Pamplona en cumplimiento de lo ordenado por el Ministro de Justicia al presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona y de la comunicación recibida en el Decanato de esta última autoridad con fecha 21 noviembre de 1939, en cumplimiento de las normas prevenidas en la Ley de 10 de febrero de 1940¹⁰².

Existe entre el personal auxiliar un caso especialmente significativo: Modesto Urbiola Oroquieta (Legaria, 1902-Pamplona, 1992), oficial de Juzgado de Pamplona desde 1935 —anteriormente lo había sido del Juzgado de Aoiz, cuando accedió al puesto en 1928—. Militante del Partido Nacionalista Vasco desde 1917, tomó parte, en 1930, en la formación de la Junta Nacionalista de Aoiz, donde residía; cuatro años después fue miembro del Napar Buru Batzar, el órgano directivo del partido en Navarra¹⁰³. Por razón de su oficio, le tocó participar en el levantamiento del cadáver del comandante José Rodríguez-Medel Briones, jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Navarra y primera víctima de la Guerra civil española, al ser asesinado el 18 de julio de 1936 por sus propios hombres a la salida del Cuartel y por la espalda¹⁰⁴. Urbiola fue uno de los componentes de la primera red de información antifranquista montada en agosto de 1937, a iniciativa de Juan Ajuriaguerra, para realizar tareas de espionaje y paso de fronteras, conocida posteriormente como Grupo Álava, denominación tomada de su responsable, Luis Álava. Cuando el ejército alemán ocupó la sede del Gobierno Vasco en París, la Gestapo conoció la identidad de los 21 integrantes de este grupo, y pasó la información a las autoridades franquistas. En enero de 1941 fueron detenidos 19 miembros, entre ellos Modesto Urbiola, que hasta entonces había desarrollado su activismo en la clandestinidad, y continuaba en su puesto de oficial del Juzgado de Pamplona. Urbiola y sus

98 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 43, 1940.

99 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 38, 1943.

100 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 35, 1940.

101 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 37, 1940.

102 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 72, 1940.

103 Sobre su trayectoria política y condena a muerte *vid.* Iñaki Barriola, *19 condenados a muerte*, Bilbao: Ediciones Vascas, 1978; Josu Chueca Intxusta, *El Nacionalismo vasco en Navarra (1931-1936)*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1999, pp. 26, 390; y la voz "Urbiola Oroquieta, Modesto", *Enciclopedia General Ilustrada del País Vasco. Cuerpo A. Diccionario enciclopédico vasco*, vol. 49, San Sebastián: Auñamendi, 1999, p. 106.

104 Mikel Donazar Jaunsaras, "El jefe de la Guardia Civil en Navarra fue asesinado por oponerse a nuestro glorioso alzamiento", *Hermes*, 26 (2008), p. 72.

compañeros fueron juzgados por un Consejo de Guerra, pues, como es sabido, la jurisdicción ordinaria había sufrido un severo recorte competencial desde el final de la guerra por la expansión de las atribuciones de la Justicia militar en materias propias de jurisdicción criminal a las que se atribuía contenido político¹⁰⁵. El Consejo de Guerra los condenó en primera instancia a la pena de muerte, y la Corte Suprema de Justicia ratificó esta pena, en apelación, solo para Luis Álava, que fue ejecutado. El resto de penas fueron conmutadas por trabajos forzados. La condena a Modesto Urbiola consistió en 25 años de trabajos forzados, de los que cumplió 5 años y 19 días, hasta que los 18 jeltzales fueron liberados en febrero de 1946, en uno de tantos gestos aperturistas que tuvo que hacer el Régimen franquista ante el final de la Segunda Guerra mundial. En el Archivo General de Navarra se conserva su Expediente de responsabilidades políticas. Urbiola, que en su día había aprobado las oposiciones para secretario judicial, fue inhabilitado para el ejercicio de su carrera de por vida. En prisión un compañero le enseñó contabilidad, aprendizaje que al salir le sirvió para encontrar trabajo, primero como gerente de la Tejería mecánica Segura Hermanos, en Mendillorri, y posteriormente y hasta su jubilación en Papelera Navarra, en Cordovilla. En la transición se le reconoció la condición de secretario de sala del Tribunal Supremo a efectos de indemnización y correspondiente pensión de jubilación¹⁰⁶.

La creación, por otra parte, de la Sección Especial de Responsabilidades Políticas de las Audiencias Territoriales supuso un nuevo instrumento para la depuración¹⁰⁷. La jurisdicción del Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas fue transmitida en 1942 a las Audiencias Provinciales, a los Juzgados de Instrucción la de las de los Juzgados Instructores Provinciales y a los Juzgados de Primera Instancia la de los Juzgados Civiles especiales, en cumplimiento a la disposición transitoria 1^a inciso A de la Ley de 18 de febrero de este año¹⁰⁸. Sin embargo, en Navarra los Juzgados todavía eran mixtos, pues todavía no se habían diferenciado los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Instrucción. Por tanto, los expedientes pasaron del Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas a la Audiencia Provincial de Pamplona y a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, y, más concretamente, del Juzgado Instructor Provincial de Responsabilidades Políticas de Navarra a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Navarra, y del Juzgado Civil Especial de Responsabilidades Políticas del territorio de Pamplona, a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Navarra, en tanto este último abarcaba la jurisdicción de Navarra y Guipuzkoa¹⁰⁹.

105 Ignacio Díaz de Aguilar y Elízaga, "Justicia militar en la España Nacional. Instituciones", *Justicia en guerra. Jornadas sobre la administración de justicia durante la guerra civil española: Instituciones y fuentes documentales*, Madrid: Ministerio de Cultura, 1990, pp. 395-404. Y Mónica Lanero Táboas, *Una milicia de la Justicia*, op. cit., pp. 318-327.

106 Datos que agradezco a su hijo José Antonio Urbiola.

107 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 39, 1940.

108 Publicado en *BOE*, 7 de marzo de 1942. AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 19, 1942.

109 Información que agradezco a Iñaki Montoya, artífice del cuadro siguiente.

ÓRGANO	JURISDICCIÓN	TRANSMISIÓN DE JURISDICCIÓN Y EXPEDIENTES (1942)
Juzgado Instructor Provincial de Responsabilidades Políticas de Navarra	Navarra (aunque por el volumen de trabajo parece que ayudaba al de Gipuzkoa a instruir sus casos)	Juzgados de [Primera Instancia e] Instrucción de Navarra
Juzgado Instructor Provincial de Responsabilidades Políticas de Guipúzcoa	Gipuzkoa	Juzgados de [Primera Instancia e] Instrucción de Guipúzcoa (eran todos mixtos)
Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas	Navarra y Gipuzkoa	- Audiencia Provincial de Pamplona - Audiencia Provincial de San Sebastián
Juzgado Civil Especial de Responsabilidades Políticas del territorio de Pamplona (a veces también denominado “de Navarra y Guipúzcoa”).	Navarra y Gipuzkoa	- Juzgados de Primera Instancia [e Instrucción] de Navarra - Juzgados de Primera Instancia [e Instrucción] de Guipúzcoa (eran todos mixtos)

En 1943 la fidelidad y buen hacer del personal del antiguo Tribunal de Responsabilidades Políticas fue premiado por dos Órdenes de Subsecretaría de Justicia. La primera establecía la indemnización a magistrados y jueces por trabajos en jurisdicción en Responsabilidades Políticas¹¹⁰; y la segunda ordenaba el cese del personal auxiliar y subalterno de dicho organismo y establecía las normas para el nombramiento de personal y su gratificación¹¹¹.

6. CONCLUSIÓN

El examen de la documentación de la Audiencia Territorial de Pamplona evidencia la represión y depuración en Navarra, un territorio laureado por Franco en reconocimiento de su fidelidad y que siempre estuvo libre de las “hordas rojas”, pero también la represión y depuración guipuzcoanas, provincia donde sí existió un frente de guerra, aunque para septiembre de 1936 quedara prácticamente bajo el dominio de las tropas del bando nacional. La represión en la Administración de Justicia fue un hecho. En primer lugar por el fusilamiento del secretario de la Audiencia, Natalio Cayuela, y el intento frustrado de acabar con la vida del juez Luis Elío —que tras su encierro secreto de más de tres años hubo de tomar el camino del exilio—, casos a los que habría que sumar los de diferentes jueces y secretarios de juzgados municipales fusilados.

La depuración se realizó contra los desafectos, pero también contra los propios¹¹². El proceso depurador de la Audiencia Territorial de Pamplona evidencia el objetivo de controlar a los funcionarios judiciales afectos al Movimiento. Es lo que Mónica Lanero ha denominado el criterio de “reciclabilidad” en su artículo de la revista *Jueces para la Democracia*¹¹³.

110 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 29, 1943.

111 AJGP, Audiencia Territorial de Pamplona, *Secretaría de Gobierno*, Expediente de gobierno, núm. 27, 1943.

112 Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, op. cit., pp. 163-164.

113 Cit. *Ibid.*, p. 164. Mónica Lanero Taboas, “La depuración de la magistratura”, op. cit., pp. 49 y ss.

Hemos cerrado nuestro estudio en 1945, cuando desaparecen los juzgados municipales. Podría haber finalizado, como lo hace Fernández-Crehuet, en 1953, año en el que se cierran los procesos por depuración¹¹⁴. Pero cabría extenderlo en el tiempo, pues algunos expedientes personales alcanzan el año 1965. Ni siquiera entonces podemos situar un punto y aparte. Se trataría de un punto y seguido o, más bien, de un punto y coma. La Justicia franquista estaba compuesta por funcionarios fieles. Constituía una suerte de cesto de mimbres sólidamente entrelazados y uniformemente dispuestos, que formaban un conjunto armónico desde las más altas magistraturas hasta el último portero.

Aquel cesto se mantuvo lozano durante décadas. Solo al final del franquismo, fruto del ilusionante y esperanzador segundo lustro de los sesenta, empezaron a saltar algunos mimbres. Se trataba de algunos jóvenes de reciente incorporación a la Administración de Justicia, como los “miembros históricos” de Jueces para la Democracia, que aguardaron agazapados el final del Régimen. La Transición, como sabemos, no supuso una ruptura. Los jueces, fiscales y funcionarios auxiliares que habían superado el rigor de los filtros depuradores del franquismo continuaron en sus puestos¹¹⁵. Según datos que nos ha proporcionado Carlos López Keller, a 31 de diciembre de 1975 continuaban en activo magistrados nacidos en 1901, que se fueron jubilando a lo largo de 1976, conforme al sistema establecido por la Ley 11/1966 de 18 de marzo, de Reforma Orgánica y Adaptación de los Cuerpos de la Administración de Justicia a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado: jubilación a los 72 años con posibilidad de prórrogas anuales hasta los 75. Así siguió durante algún tiempo (los nacidos en 1902 se fueron jubilando a lo largo de 1977, los de 1903 en 1978, los de 1904 en 1979 y los de 1905 en 1980), aunque también es cierto que durante los años de la transición hubo algunas jubilaciones anticipadas¹¹⁶. En los escalafones de la Carrera judicial figuraban a 31 de diciembre de 1981 los nacidos en 1910 y años siguientes, que hubieron de jubilarse invariablemente a lo largo de 1982, como consecuencia de la Ley 17/1980, de 24 de abril, por la que se establece el régimen retributivo específico de los funcionarios al servicio del Poder Judicial y de la Carrera fiscal, disposición adicional 1ª.1 y 2, que fijó la edad de jubilación a los 70 años, con posibilidad de optar a seguir hasta los 72. Este mismo régimen aparece en los escalafones de 31 de diciembre de 1983 y 1984, en los que constan todavía los nacidos en 1912 y 1913, respectivamente.

No soy la persona más adecuada, y menos en este foro, para apuntar el papel relevante que tuvieron estos magistrados, jueces y fiscales en los tribunales de las oposiciones o, incluso, en la fase previa de formación. Buena parte de estos profesionales continuaban en activo cuando el acceso a la Carrera judicial en España quedó regulado en los artículos 201 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La LOPJ fijó la edad de jubilación en 65 años (art. 368), y en su disposición transitoria 28 estableció una escala basada en que cada año se jubilarían dos “quintas” (una en bloque al comienzo de cada año, la otra a lo largo del mismo) hasta llegar en 1 de enero de 1991 a la edad uniforme

114 Cit. Federico Fernández-Crehuet, *Jueces bajo el franquismo*, op. cit., p. 161.

115 Se ha reflexionado hondamente sobre el particular. Entre las últimas publicaciones destacamos el artículo de Alfons Aragoneses, “Continuidad y discontinuidad del pasado en la justicia del presente”, Federico Fernández-Crehuet y Daniel J. García López (edits.), *Derecho, Memoria histórica y dictaduras*, Granada: Comares, 2009, 61-78 (centrado en el Tribunal Supremo); y el libro de Carlos Jiménez Villarejo y Antonio Doñate Martín, *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial*, Barcelona: Pasado y Presente, 2012, con prólogo de Josep Fontana; esta obra, profusamente documentada, se centra en el seguimiento de distintos procesos penales marcados por un conservadurismo reaccionario, que van desde el de Lluís Companys al de Baltasar Garzón.

116 Vid., por ejemplo, BOEs de 14 de abril de 1978, 10 de mayo de 1979 o 3 de octubre 1980.

anteriormente citada. Sin embargo, antes de completar el proceso se publicó la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, cuando estaban a punto de jubilarse los que iban a cumplir 68 años, en virtud de la cual dicho proceso se paralizó durante cuatro años: se habría de reanudar el 1 de enero de 1993, en que se jubilarían en bloque los que ya hubieran cumplido 67 años, es decir, los nacidos en 1925. Pero tampoco esto se cumplió al promulgarse la Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, por la que se fija la edad de jubilación de Jueces y Magistrados y se integra diverso personal médico en el Cuerpo de Médicos Forenses, que estableció la edad de jubilación en los 70 años, gracias a la cual ningún magistrado se llegó a jubilar antes de cumplir los 68 años, incluso aquéllos que al entrar en vigor esta ley ya la tuvieran decretada (disposición transitoria 2ª). La Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, volvió a modificar la edad de jubilación, esta vez por vía exclusiva de las disposiciones transitorias: hasta el 31 de diciembre de 2003 la edad se fijó en 72 años y hasta el 31 de diciembre de 2004, en 71 años. Pasadas esas fechas, la edad ha vuelto a ser, por ahora, la de 70 años.

Hoy es el día en el que todavía siguen en activo algunos miembros preconstitucionales del escalafón, que irán jubilándose a lo largo del próximo decenio. Pero la estela de la depuración es más honda, pues el continuismo de la transición española nos ha dejado como herencia el estilo de hacer justicia predominante en España. Ardua y magna labor es la que Jueces para la Democracia viene desarrollando desde 1983, y no es pequeña la que le queda por desarrollar en estos tiempos regresivos.

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (I)

Nicolás MAURANDI GUILLÉN

I. BREVE IDEA SOBRE EL PODER PÚBLICO Y LA DISCRECIONALIDAD QUE LE ES INHERENTE, Y SOBRE SUS POSIBLES EXCESOS.

El poder público está siempre relacionado con los intereses generales o las necesidades públicas, que no son sino los problemas de todos; y remite por ello al reconocimiento a los entes que lo detentan de unas posibilidades jurídicas de actuación que no tienen los sujetos privados. Unas posibilidades que son superiores y distintas a las facultades o derechos subjetivos que el ordenamiento privado reconoce a los particulares, y que lo son, precisamente, por la mayor importancia que esas necesidades públicas presentan frente a los intereses privados.

Poder público es, pues, sinónimo de “prerrogativa”, de poder jurídico de actuación exorbitante de lo que es el espacio de actuación propio del Derecho privado.

Y es también con mucha frecuencia “discrecionalidad”, pues la variedad que pueden presentar las necesidades públicas, y la imprevisibilidad de muchas de ellas, hacen imposible que el ordenamiento jurídico pueda agotar las prerrogativas que reconoce a los entes públicos en potestades absolutamente regladas, e imponen como algo inevitable el reconocer a tales entes el margen de actuación o la libertad de elección que es inherente a la discrecionalidad.

Lo que antecede pone claramente de manifiesto que “prerrogativa” y “discrecionalidad” son las notas que frecuentemente caracterizan la actuación de los poderes públicos, pero también revela que una actuación jurídica de esa índole sólo es válida si tiene como objetivo una concreta y visible necesidad pública o de interés general que la legitime.

Por lo cual, es igualmente claro que el ejercicio del poder público es inválido cuando es puro voluntarismo, por no estar apoyado en esa inexcusable necesidad de interés general que ha de legitimarlo.

Mas si esa discrecionalidad es necesaria para que el poder público pueda cumplir debidamente sus objetivos, es también generalizada la convicción del elevado número de excesos y abusos que el poder público puede cometer al abrigo de una indebida interpretación o aplicación de esa libertad que es inherente a la discrecionalidad. En la doctrina es tópica la referencia a la famosa frase de Hans Hubber que advirtió sobre

el peligro de estos excesos en estos expresivos términos: “La discrecionalidad es el Caballo de Troya del Estado de Derecho”

Esa convicción ha determinado, desde hace muchos años, que el control de la discrecionalidad sea un tema estrella dentro del Derecho Público.

En España una aportación antológica fue la que hizo el Profesor García Enterría, en los primeros años de la década de los sesenta del pasado siglo, en su importantísimo trabajo «La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo», que todo el mundo ha coincidido en señalar marca un antes y un después en la historia del Derecho Administrativo español.

Aquel trabajo reflexionó sobre técnicas del control de la discrecionalidad administrativa hasta entonces inaplicadas en España, por ser prácticamente desconocidas. Y significó el estudio mas serio que hasta esa fecha se había realizado sobre el control del sometimiento de la Administración al Derecho, por incidir en una materia, la de la discrecionalidad, en que mayores eran los riesgos de que la Administración huyera o se escapara de los mandatos del Derecho.

Su publicación inició en la doctrina una carrera imparable en el estudio y perfeccionamiento de esas técnicas, pero la influencia no se detuvo en el mundo académico. Pasó también a la jurisdicción contencioso-administrativa, que, a partir de ese trabajo, comenzó a aplicar con frecuencia y normalidad todas las técnicas que en él se exponían.

Desde entonces el control de los hechos determinantes, de los conceptos jurídicos indeterminados y de los principios generales del derecho pasaron a nuestra jurisprudencia, y hoy son ya moneda de frecuente uso en la práctica de todos los tribunales contencioso-administrativos.

La Constitución española es tributaria de la idea poder que inicialmente se ha expuesto, y también es consciente del peligro de sus abusos.

Esa idea de un poder público “servicial de los intereses generales” está presente, por lo que hace a las Administraciones públicas, en su artículo 103.1; y la prevención ante los abusos está contenida en su artículo 9.3, en el mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama como uno de sus primeros y principales postulados.

Un postulado cuya primera lectura es proscribir el mero voluntarismo en el ejercicio del poder público, con la consiguiente necesidad de dar razón del concreto interés general que justifica cada una de las actuaciones públicas.

Nuestra legislación administrativa, como no podía ser menos, no es ajena todo lo anterior, y así lo demuestra el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992 en el requisito de motivación que impone para todos los actos “que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales”. Un requisito, este de la motivación, que no es sino la expresión formal de esa necesidad de justificar, en toda actuación pública, el concreto interés general a que está dirigida y que, como ya se ha dicho, es un presupuesto sustantivo de validez constitucional de todo ejercicio de poder público.

II. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LA LIBRE DESIGNACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO, COMO ESPACIOS DE LIBRE ACTUACIÓN DEL PODER PÚBLICO Y CON SIMILARES RIESGOS DE ARBITRARIEDAD .

La “*discrecionalidad técnica*” y la “*libre designación*” son dos modalidades de actuación administrativa que conceptualmente son diferentes, y la primera, además, no es directamente reconducible a la noción de lo que pudiéramos llamar la discrecionalidad administrativa general o común. Pero tienen esta nota común: el reconocimiento al poder público de un espacio de libre apreciación, para determinar el presupuesto habilitante

de su actuación, que conduce al resultado de que jurídicamente sean admisibles, con idéntica validez, varias alternativas de actuación con distinto contenido decisorio.

La llamada “discrecionalidad técnica” es la expresión que viene utilizándose para caracterizar aquellas actuaciones administrativas que, por representar soluciones de contenido puramente técnico, imponen atribuir su adopción a órganos específicos que estén en posesión del concreto saber especializado que resulta necesario para averiguar cual es la solución técnica más correcta. Lo que más concretamente se intenta subrayar a través de esa expresión es el margen de actuación que debe reconocerse a esos órganos específicos en lo que comporte la estricta aplicación de las reglas o criterios técnicos de ese saber especializado.

Desde un punto de vista jurídico, la configuración de la “discrecionalidad técnica” equivale a reconocer que esos órganos especializados tienen reconocido un espacio de actuación cuyos límites no están taxativamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

Ese espacio, utilizando la misma línea de razonamiento que la seguida sobre los conceptos jurídicos indeterminados, estaría encarnado por lo que también aquí podrían denominarse *zonas de penumbra*, esto es, aquellas situaciones en las que los criterios técnicos del saber especializado no conducen inequívocamente a una concreta solución como la única acertada y, por el contrario, sí permiten razonablemente aceptar varias alternativas y toda ellas con equivalente justificación técnica.

La “*libre designación*” es el reconocimiento también de un espacio de libre actuación administrativa no totalmente predeterminado, pero por razones diferentes a las que acaban de apuntarse. Se trata de un procedimiento de provisión de puestos funcionariales en el que no están legal o reglamentariamente tasados los elementos de mérito y capacidad que necesariamente, por imperativo constitucional, han de decidir el nombramiento, permitiéndose a la Administración pública una amplia libertad para que, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, decida cuales son los hechos y condiciones que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el desempeño del puesto.

Ambas modalidades de actuación administrativa, como al inicio se ha señalado, aun siendo diferentes expresan el mismo fenómeno jurídico: el reconocimiento al órgano administrativo de la posibilidad de optar entre varias alternativas jurídicamente indiferentes ante los mismos hechos,

Ambas presentan también parecidos riesgos de excesos y arbitrariedad. La arbitrariedad se producirá en la “*discrecionalidad técnica*” cuando, con el pretexto de encontrarse ante una de esas llamadas zonas de penumbra, el órgano técnico presente como una solución aceptable, bajo la apariencia de ser una alternativa equivalente técnicamente a otras, la que inequívocamente no lo sea desde los normales parámetros del concreto saber especializado que deba ser aplicado. Y tendrá lugar en la “*libre designación*” cuando los singulares elementos de idoneidad elegidos por la Administración para decidir la designación tengan una relación remota con las necesidades públicas concernidas en el puesto de que se trate y sean muy coincidentes con las circunstancias individuales de uno de los aspirantes

La motivación es una herramienta jurídica especialmente eficaz para eliminar esos riesgos y, en su caso, también para detectar la arbitrariedad ya producida y corregirla.

Lo será cuando, a través de ella, el órgano especializado, de un lado, identifique los criterios técnicos de evaluación que haya utilizado (en el caso de la “*discrecionalidad técnica*”) o los específicos conocimientos o experiencias profesionales que pondera

como necesarios para los cometidos del puesto (en el caso de la “*libre designación*”); y, de otro, consigne los concretos datos fácticos que hayan sido apreciados en el aspirante nombrado para individualizar mejor en él aquellos criterios técnicos o aquellas cualidades profesionales. Y esto porque, dándose ambas exigencias, será posible controlar si unos y otras fueron debidamente elegidos y utilizados.

Se trata, en definitiva, de aplicar con las debidas modulaciones las técnicas de control previstas para la discrecionalidad general o común, especialmente las que representan los principios generales del derecho y los hechos determinantes.

Así: la necesidad de consignar los concretos criterios técnicos o cualidades profesionales tomados en consideración equivale a proclamar que, de no cumplirse con esta exigencia, sólo será de apreciar en el órgano administrativo que efectúa el nombramiento un ejercicio de mero voluntarismo difícilmente compatible con el postulado constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y en cuanto a la necesidad de expresar las circunstancias personales del aspirante nombrado que hayan sido consideradas como las que mejor representan aquellos criterios o cualidades, a lo que va dirigida es a posibilitar el control de la certeza o exactitud de los hechos determinantes.

III. UNA NOTA INICIAL SOBRE LAS METAS PERSEGUIDAS POR LA JURISPRUDENCIA EN SU DOCTRINA SOBRE EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LA LIBRE DESIGNACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la “*discrecionalidad técnica*” se viene preocupando desde hace bastantes años por establecer, simultáneamente a su reconocimiento, unos límites que reduzcan a sus justos términos ese espacio técnico que, por ser ajeno al Derecho, no encarna el normal objeto del control jurisdiccional.

Su estudio revela un esfuerzo progresivo por perfeccionar y ampliar esos límites, por lo que es útil, como se hará a continuación, exponer las dos grandes etapas de esa doctrina jurisprudencial y cuales han sido sus aspectos más significativos en cada una de ellas.

En lo que se refiere a la “*libre designación*”, la preocupación jurisprudencial ha sido evitar que la discrecionalidad libremente reconocida para ajustar los requisitos de provisión del puesto a las necesidades públicas concernidas no sea un fácil mecanismo para el favoritismo personal y la desviación de poder. Por lo cual, es igualmente útil exponer, y así se hará en la parte final de este trabajo, cual es el criterio jurisprudencial sentado en esta materia.

IV. LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA SOBRE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

1. El reconocimiento de la discrecionalidad técnica y su explicación

La admisión de la llamada discrecionalidad técnica como un singular límite para el control jurisdiccional de la actuación administrativa, así como las razones que la explican y el alcance que debe otorgársele, fue objeto de temprano reconocimiento por el Tribunal Constitucional en la STC 39/1983, de 16 de mayo, que hizo esta declaración:

“Resulta claro que esa valoración conjunta de las diversas circunstancias que concurren en un oficial de la Marina para su aptitud previa al ascenso no pueden hacerla más que los órganos de la Administración especializados para ello, en este caso el Consejo Superior de la Armada, y no los Tribunales de Justicia; de donde se deduce que habiéndose fundado expresamente la desestimación del recurso contencioso en dicha causa hay que entender que

la sentencia impugnada no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

CUARTO.- La conclusión a que llega en este caso concreto no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al derecho (art. 103.2) ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico.

Y como en el presente recurso no se ha concretado qué cuestiones de legalidad se suscitan ni pueden deducirse de los datos que constan en autos, al reducirse el problema a una discrepancia del interesado respecto a la valoración de sus circunstancias para su clasificación y ser esa valoración, como ya se ha dicho, de índole estrictamente técnica, procede desestimar por las razones indicadas el presente recurso de amparo.”

Posteriores sentencias del TC han ratificado ese reconocimiento, si bien matizando su alcance o subrayando los contornos del concreto espacio en que debe operar el juicio técnico que da sustento a esta doctrina.

Así lo han hecho las SsTC 215/1991, de 14 de noviembre; 97/1993, de 22 de marzo; 138/2000, de 29 de mayo; 86/2004, de 28 de mayo; y 219/2004 de 29 de noviembre.

2. La habilitación exclusiva de los órganos calificadoros para realizar ese juicio técnico y la improcedencia de la sustitución jurisdiccional de dicho juicio

Esa exclusividad es la consecuencia lógica de la significación que tiene esta llamada “*discrecionalidad técnica*” y es por ello una constante jurisprudencial declararla expresamente y, además, subrayar que opera en **cualquier rama del saber jurídico**, lo que significa aplicarla también en los procesos selectivos que versen sobre materias jurídicas. Está presente en las SsTS de 27.4.1990 13.3.1991 15.12.95, 1.7.96 y 11.10.97

La STS (Sala 3 Sección 7) 13 de marzo de 1991 se expresa así:

“Los tribunales calificadoros de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas, pues, en principio, los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que le puede aportar una prueba pericial especializada en segundos tribunales calificadoros que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación los que, en virtud de esa discrecionalidad técnica,

corresponden al tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder, etc. (De los Considerandos de la sentencia apelada, aceptados).”

La STS (Sala 3 Sección 7) 15 de diciembre de 1995, rec. 5789/1991, es una de las que proclama esa exclusividad incluso en las materias jurídicas, y razona lo siguiente:.

“Es cierto, por otra parte, que la doctrina jurisprudencial sobre los límites de los órganos jurisdiccionales para criticar las decisiones administrativas sobre pruebas selectivas ha hecho frecuente referencia a la falta en aquellos de conocimientos específicos. Pero este fundamento no quiere decir que cuando concorra la presunción de este conocimiento, como acontece en el caso de las materias jurídicas, la aptitud para invalidar las decisiones de los órganos administrativos sea superior, ya que en definitiva las comisiones se constituyen normalmente con una multiplicidad de procedencia en sus componentes, dirigida a establecer no solamente la objetividad e imparcialidad del conjunto, sino también el valor circunstancial que debe darse a cada una de las pruebas o ejercicios en función de la finalidad de selección, de modo que según las plazas que traten de cubrirse, la comisión pueda considerar más o menos puntuales los diversos contenidos de las contestaciones, misión en la que no puede ser sustituido por ningún órgano ni administrativo ni jurisdiccional.

Todas estas consideraciones nos permiten aproximarnos a la idea de que —cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas— solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la comisión determinante de aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada”.

TERCERO.- Continuábamos en la sentencia citada indicando que tenidos en cuenta los límites y precauciones reseñados, que en definitiva tratan de evitar los casos extremos, en los que la en principio inatacable discrecionalidad técnica en que se fundan las resoluciones de los órganos encargados de calificar las oposiciones y concursos para acceder a la función pública, pueda dar lugar a decisiones en que sea ineludible apreciar una vulneración del fin perseguido por aquéllas, en orden a determinar en quienes concurren los mejores méritos y capacidad, por ser concluyente el error técnico padecido por aquéllos, debemos entrar en el examen del caso concreto que aquí enjuiciamos.

Pues bien, partiendo del sistema seguido, consistente en un conjunto de preguntas a las que se ofrecían 4 respuestas posibles, de las que solamente una se consideraba válida por el Tribunal de exámenes, la sentencia de instancia

entendió que las preguntas núm. 57 y 82 ofrecían en ambos casos, de entre las 4 respuestas posibles, 2 que podían entenderse correctas, resultando que en ambos casos el actor contestó señalando como correctas 2 contestaciones que no eran las consideradas válidas por el Tribunal de exámenes, pero que sin embargo pueden estimarse acertadas de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico español.

Ahora bien, en ambos casos no se aprecia un error evidente o manifiesto por parte del Tribunal de exámenes cuando consideró como respuestas válidas otras distintas a las señaladas por el recurrente. La conclusión a la que llega la Sala de instancia sobre la corrección jurídica de las soluciones ofrecidas por el aspirante no resulta de un examen de dichas soluciones del que se desprenda clara e indubitadamente su acierto, sino que, al contrario, precisa de un razonamiento que exige la toma en consideración de diferentes normas jurídicas, algunas de ellas de derecho transitorio, en el caso de la pregunta relativa a las resoluciones del Encargado del Registro Civil; y en cuanto a la referente al número de diputados en el congreso, la opción acogida por el Tribunal calificador ofrece un engarce tan directo e inmediato en CE, que realmente impide también aceptar que podamos sustituir su criterio al elegirla como correcta.”

3. Los límites iniciales de los elementos reglados y los principios generales del derecho

Esta primera delimitación consiste en circunscribir la discrecionalidad técnica a la estricta actividad de calificación o valoración especializada; y en subrayar, al mismo tiempo, que el margen de actuación inherente a esa “discrecionalidad” no exime del cumplimiento de los límites reglados y los principios generales del derecho que puedan resultar aplicables.

Tiene su exponente en la STS de 5 de octubre, rec 10/1989:

“Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE.”

4. La definición del espacio propio de la discrecionalidad técnica mediante la definición de sus límites negativos: las materias no jurídicas cuya constatación no requiere saberes especializados.

La jurisprudencia del TS ha considerado ajenas a ese juicio técnico la constatación de aquellos datos que no requieren los saberes especializados que determinan o justifican esa discrecionalidad técnica.

Especialmente ha dejado fuera del juicio técnico la apreciación de errores que son constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común; y, por esta razón, ha aceptado la posibilidad de revisar jurisdiccionalmente los errores materiales evidentes y los errores matemáticos.

Una muestra de lo anterior son las siguientes sentencias:
STS (Sala 3 Sección 7) 5 de junio de 1995:

“Sólo situaciones extremas y puntuales permiten entrar en la, en principio, inaccesible discrecionalidad técnica de la comisión juzgadora de las pruebas de acceso a la función pública, siendo precisamente una de ellas la que acontece en el caso de autos —de oposición para ingreso en la Administración de Justicia—, en el que se constata no solamente la no coincidencia, sino una auténtica contradicción entre el texto ofrecido a los participantes en las pruebas y el expresado en el texto legal —a que se refería la pregunta—, con un sentido literal absolutamente antitético al apreciado como correcto por el tribunal calificador, lo que no tiene otra explicación razonable que el puro y simple error material padecido, bien al transcribir la opción o bien al ser leída por el tribunal para fijar su valoración como acertada o errónea, siendo la evidencia de este error material, unido a la coincidencia casi palabra por palabra de la respuesta dada por la opositora con la del artículo de la ley, la que permite aceptar la postura que patrocinó la Sala de instancia de haber superado la recurrente las pruebas selectivas, por ser en el caso de autos suficiente una pregunta más acertada para que ello se entendiera así.”

STS (Sala 3 Sección 4) 14 de diciembre de 1991, rec., 1575/1990:

“La jurisprudencia distingue, a los efectos de controlar los actos de selección realizados por un tribunal, aquellos méritos en los que se precisa una valoración del nivel científico de los conocimientos del opositor o concursante, en la cual el tribunal se mueve dentro de un amplio margen de discrecionalidad, y aquellos otros cuya valoración viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos, en la cual el tribunal se limita a aplicar datos numéricos incompatibles con cualquier juicio de discrecionalidad (Cfr. TS SS 7 Dic. 1983 y 27 Jun. 1986) (De los Considerandos de la sentencia apelada, aceptados).”

STS (Sala 3 Sección 7) de 18 de mayo de 2007 , rec 4793/2000:

“Es cierto que la jurisprudencia refiere esa discrecionalidad técnica a aquellas constataciones de cualidades o datos que han de realizarse mediante valoraciones guiadas por los parámetros o criterios que son propios de un saber especializado y, simultáneamente, viene reconociendo la improcedencia de la revisión jurisdiccional de los juicios o dictámenes técnicos que estén situados dentro del margen de polémica sobre la solución correcta que se estima tolerable por los expertos del correspondiente sector de ese saber especializado.

Como también lo es que el error evidente y la arbitrariedad son los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional.

Todo lo cual equivale a declarar que caen fuera del ámbito de dicha *discrecionalidad técnica* las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados.”

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en esa misma línea de apurar el contorno del juicio técnico, y lo ha hecho bien dejando fuera de él los errores matemáticos o patentes, bien diferenciando los elementos fácticos sobre los que necesariamente se ha de asentar ese juicio técnico.

La STC 219/2004, de 29 de noviembre se refiere a la exclusión de las comprobaciones matemáticas o aritméticas

“Pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 5), que es, precisamente, lo que ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia ahora impugnada, dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadoros en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática. La argumentación que realiza el Tribunal al negarse a resolver la cuestión planteada invocando la discrecionalidad técnica de la Administración, vulnera el derecho a la tutela judicial del recurrente por denegación de justicia, ya que dicha alegación nada tiene que ver, ni afecta, a la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras del proceso selectivo.

Como se desprende de la doctrina elaborada por este Tribunal (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales, pero en el caso que nos ocupa, es evidente que el recurrente no planteó al Tribunal nada que tuviera que ver con la discrecionalidad técnica, no puso en duda la valoración de los ejercicios, ni el criterio de valoración para la corrección de los mismos, solamente se limitó a cuestionar la aplicación de la fórmula para la determinación de las calificaciones, siendo ésta una cuestión que entra absolutamente en las competencias de control de la legalidad del proceso selectivo que deben llevar a cabo los Jueces ordinarios.

Este Tribunal ha afirmado, por una parte que “ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica” (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4), pero además, ha recordado (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) que “la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria... no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador”. Del mismo modo, debemos afirmar que la determinación de si la fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente o no, tampoco entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, y por tanto dicha circunstancia, que en absoluto implica sustituir la actividad de la Administración, debe ser controlada por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo.”

La STC 86/2004, de 10 de mayo contiene una referencia al error patente como límite o materia excluida del espacio propio de la discrecionalidad técnica.

“SEGUNDO.- Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de amparo. Por una parte, la de la extensión de los controles de los Tribunales de justicia frente a la actuación de los organismos administrativos encargados de resolver los procesos de

selección de empleados públicos, que pudiera suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE. Por otra, la de la posible existencia de una lesión del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, reconocido en los arts. 14 y 23.2 CE. Las examinaremos por este orden.

TERCERO.- Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de subrayar que “ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica” (STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Y es que “debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese -prudente y razonable-arbitrio, nunca -excesivo- (STC 48/1998; FJ 7.a), -las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una “presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”. Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla -si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado-, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993) - (STC 34/1995) (STC 73/1998, de 31 de marzo, FJ 5).”

La STC 97/1993, de 22 de marzo, diferencia, como algo distinto del juicio de discrecionalidad técnica, los datos objetivos o la base fáctica sobre la que ha de emitirse la valoración inherente a ese juicio técnico.

“Desde luego, la discrecionalidad técnica es compatible con la exigencia de una base fáctica, ya que el juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante, ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o inaptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico, debe ser comprobada por el órgano judicial. Pero tal comprobación se ha hecho en el presente caso.

Según el art. 97 Rgto. de Especialistas de la Armada, la Junta de Clasificación, para su tarea, dispone de una serie de fuentes de información, preceptivas y potestativas. Y lo cierto es que, como razona la sentencia impugnada, la exclusión del recurrente en amparo se hizo sobre la base de los informes personales emitidos sobre él, sin que el recurrente alegue que se hayan tenido en cuenta datos o elementos cuya apreciación pudiera ser en sí misma discriminatoria o atentatoria de un derecho fundamental.

No compete a este Tribunal emitir juicio alguno sobre dichos informes personales, pues dicho juicio se sitúa en el plano de la legalidad ordinaria ajeno al amparo constitucional, y constatado que el motivo por el que el órgano judicial desestimó la pretensión del recurrente es que la Junta de Clasificación había rechazado su solicitud porque los informes personales eran negativos en algunos conceptos, no puede realmente aceptarse que se haya desconocido su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues el órgano judicial ha comprobado que la suficiente base fáctica sobre la que se asentó el juicio discrecional del órgano técnico existía en este caso, y cualquier otro aspecto de la cuestión debe reputarse ajeno a esta sede.”

5.- El perfeccionamiento de la aplicación de los límites iniciales, mediante la distinción, dentro del espacio de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”.

Arranca de la STC 215/1991, de 14 de noviembre, dictada en relación a un concurso de provisión de una plaza de catedrático de Universidad, y en la que se aborda la cuestión de las distintas funciones que corresponden a la Comisión Juzgadora del proceso selectivo y a la Comisión de Reclamaciones.

Para ello, el Tribunal Constitucional diferencia, dentro de la actividad de decisión técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”.

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos por las pautas jurídicas que también son exigibles a la actividad que haya sido desarrollada para delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico y para fijar y aplicar los criterios de calificación que hayan decidido la superior estimación cualitativa del candidato finalmente propuesto.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

También el Tribunal Constitucional apunta la conveniencia de distinguir, a los efectos de perfeccionar las posibilidades del control jurisdiccional, entre el resultado de juicio técnico, la materia que haya sido objeto del mismo y los criterios de calificación utilizados, pues a ello equivale esta enumeración de cuales son los elementos que habrán de tenerse en cuenta para la comprobación:

“los currícula de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos (publicaciones, proyectos docente y de investigación y resúmenes del tema elegido o del trabajo original de investigación expuestos en el segundo ejercicio), los criterios de valoración de las pruebas establecidos por el órgano calificador, los informes emitidos por sus miembros y los restantes en su caso obrantes en el expediente administrativo. “

Esa STC 215/1991 contiene esta literal declaración:

“De todo ello es obligado concluir que, aún sin estar limitado el control a los aspectos puramente procedimentales, la única valoración que sobre los aspectos materiales de los concursos compete efectuar a la Comisión de Reclamaciones es la dirigida a verificar el efectivo respeto por las Comisiones Juzgadoras de “la igualdad de condiciones de los candidatos” y de “los principios de mérito y capacidad de los mismos” (art. 41.1 LRU) en el procedimiento de adjudicación de las plazas. La Comisión de Reclamaciones se presenta así como un órgano académico de garantía de la adecuación de las propuestas de provisión a aquellas condiciones y principios, y en la prestación de tal garantía encuentra la citada Comisión su propio sentido institucional dentro de la comunidad universitaria a la que ha de servir.

Por consiguiente, la Comisión del art. 43 LRU no está legalmente habilitada para emitir un juicio técnico sobre los concursantes, actividad que compete en exclusiva al órgano especializado que es la Comisión del concurso con arreglo a los méritos aportados y a las pruebas celebradas; ni tampoco puede rechazar sin más la propuesta de tal órgano, negándose a ratificarla por entender más correcta su propia evaluación de aquellos méritos y capacidades, pues, como ya se ha razonado, y frente a lo que alega el recurrente, la censura de la Comisión no se sitúa “en el propio núcleo material de la decisión técnica”, sino en sus aledaños, ni su resolución responde “al más puro decisionismo”, sino a criterios reglados que garantizan el efectivo cumplimiento de las exigencias constitucionales por la Comisión Juzgadora del concurso.

El control que la Comisión de Reclamaciones está llamada a ejercer es, pues, un control negativo, creado con la sola finalidad de comprobar que, sin perjuicio de su libre valoración técnica, las propuestas de los órganos técnicos calificadores no han quebrantado, por su apartamiento de los principios de mérito y capacidad,

la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes. El examen de los aspectos materiales del concurso tiene aquí, consecuentemente, una finalidad meramente instrumental: la de permitir la comprobación mencionada. A su vez, los asesoramientos que la Comisión ha de solicitar (art. 43.3 LRU) deben entenderse como un medio de auxilio - explicable en razón del carácter no especializado de la Comisión de Reclamaciones- al servicio de tal finalidad y no como el soporte en que dicha Comisión pudiera cimentar una revisión del juicio técnico de los repetidos órganos calificadoros, los cuales, integrados por personas designadas mediante procedimientos basados en criterios objetivos y generales que avalan su competencia científica (art. 41.2 LRU), son los únicos habilitados para emitir tal juicio.

En resumidas cuentas, la no ratificación por parte de la Comisión de Reclamaciones de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que -a la vista de los currícula de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos (publicaciones, proyectos docente y de investigación y resúmenes del tema elegido o del trabajo original de investigación expuestos en el segundo ejercicio), de los criterios de valoración de las pruebas establecidos por el órgano calificador, de los informes emitidos por sus miembros y de los restantes en su caso obrantes en el expediente administrativo (art. 8 RD 1888/1984 de 26 septiembre, por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos docentes universitarios)- resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos.”

El Tribunal Supremo ha aplicado de manera reiterada la anterior doctrina del Tribunal Constitucional.

Así lo ha hecho, entre otras muchas, la STS (Sala 3 Sección 7) de 28 de enero de 1992, rec., 1726/1990, que declara:

“El Tribunal Constitucional, en la S. 215/1991, de 14 noviembre, también se ha ocupado del tema. En ella se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de la Comisión de Reclamaciones, teniendo en cuenta que, a diferencia de las Comisiones juzgadoras, considera el Tribunal que aquélla no debe calificarse de órgano técnico. Sobre esta base y la afirmación posterior de que hay datos suficientes en el art. 43 de la Ley de Reforma Universitaria para entender que su función revisora no se circunscribe a los aspectos formales de los concursos, la sentencia hace un encomiable intento para distinguir entre el «núcleo material de la decisión técnica», reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien a la postre este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación por la Comisión de Reclamaciones de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que -a la vista de los currículum de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos (publicaciones, proyecto docente y de investigación y resúmenes del tema elegido o del

trabajo original de investigación expuestos en el segundo ejercicio), de los criterios de valoración de las pruebas establecidos por el órgano calificador, de los informes emitidos por sus miembros y de los restantes, en su caso, obrantes en el expediente administrativo- resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos.”

Similares declaraciones se encuentran en las posteriores SsTS de 11 de diciembre de 1995 rec. 13272/1991); 15 de enero de 1996, rec. 7895/1991; y 1 de julio de 1996, rec. 7904/1990.

Y también en la STS (Sala 3 Sección 7) 11 de octubre de 1997, que se expresa así:

“Los juicios técnicos de los órganos de selección en las pruebas de ingreso en la Administración no son susceptibles de control jurídico por la Jurisdicción, y corresponden en exclusiva a aquellos órganos. En el núcleo de la valoración técnica la Jurisdicción, que opera con criterios jurídicos, no se puede subrogar en el lugar de la Comisión de evaluación, sin perjuicio de que el uso de la discrecionalidad técnica pueda, y deba ser, objeto de control jurisdiccional desde el exterior de ese núcleo reservado, en función de criterios de carácter jurídico, como son fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (arts. 9.3 y 23.2 CE), y sobre la base de datos fácticos o jurídicos diferentes en todo caso de la pura valoración de los méritos en su dimensión técnica (Cfr. TS 3.ª SS 18 Ene., 27 Abr. y 7 Dic. 1990 y 12 Dic. 1991).”

6. La enumeración más precisa de lo que han considerarse los “aledaños” del juicio técnico, mediante la distinción, dentro de ellos, entre las actividades instrumentales del juicio técnico y sus pautas jurídicas.

La hace, entre otras la STS de 1 de abril de 2009, Casación 6755/2004, que se expresa así:

“La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”.

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el

criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.”

Y en parecidos términos se pronuncian las SsTS de 19 de julio de 2007, Casación núm. 950/2008, y de 25 de septiembre de 2013, Casación 2225/2012.

INTERNACIONAL

Decálogo del jefe de la oficina judicial¹

C.O.M.I.U.G.²

Preliminar

1. El presente Decálogo ha sido elaborado por el C.O.M.I.U.G. (Centro para la Organización, Gestión e Informatización de las Oficinas Judiciales Italianas) como resultado de una serie de seminarios temáticos (Murazzano, septiembre 2010; Bolonia, marzo 2011, febrero 2012, marzo 2012; Murazzano, septiembre 2012), en los que han participado, ocasionalmente, cerca de cuarenta profesionales, entre jefes de oficinas judiciales, magistrados, vocales del Consejo Superior de la Magistratura (CSM), representantes de la Escuela de la Magistratura, dirigentes administrativos, investigadores y profesores universitarios (véase la relación en el apéndice).

2. El documento parte de la hipótesis de que la función de jefe de la oficina es específica, “distinta” de la actividad jurisdiccional normal, y de que, en consecuencia, no puede configurarse simplemente como “un premio a la carrera profesional”.

3. El estudio también se basa en la convicción de que, al resultar esencial la figura del dirigente administrativo, solo se podrán obtener resultados significativos implicando y responsabilizando a toda la organización.

4. El Decálogo considera un requisito previo fundamental el pleno respeto de todos los cánones deontológicos vinculados a la función.

5. La presente definición del papel de jefe de la oficina, finalmente, se refiere a una normativa primaria inmodificable, aunque invita a reflexionar sobre la normativa secundaria emanada del Consejo Superior de la Magistratura (CSM), en coherencia con lo que resulta del espíritu del Decálogo.

6. El Decálogo comprende tanto a los jefes de las oficinas judiciales como fiscales.

7. Una vez legitimado por la comunidad profesional, el Decálogo podrá servir a tres objetivos principales:

- a) selección: individuar aptitudes y comportamientos que, en sede de selección, arrojen una probabilidad elevada de predecir prestaciones directivas coherentes con la definición adoptada del papel de jefe de la oficina.

1 Documento elaborado por el C.O.M.I.U.G. en octubre de 2012 como resultado de una serie de seminarios temáticos celebrados en diversas ciudades italianas entre septiembre de 2010 y septiembre de 2012. Es posible remitir indicaciones, sugerencias y comentarios a la Secretaría del C.O.M.I.U.G.: segreteria@comiug.it. Traducción al español de José Miguel García Moreno.

2 C.O.M.I.U.G. (Centro para la Organización, Gestión e Informatización de las Oficinas Judiciales Italianas)

b) valoración: verificar in itinere, y, en cualquier caso a la finalización del mandato, los comportamientos y prestaciones globales de los jefes de las oficinas.

c) formación: orientar los itinerarios y programas de formación aptos para proporcionar a cada magistrado las competencias necesarias para un adecuado ejercicio del papel de responsabilidad de la oficina.

FUNCIONES Y DESCRIPCIONES

1 Garantía de la actividad profesional

- Asegura todas las condiciones para que los magistrados puedan desarrollar sus funciones de la mejor manera posible.
- Apoya el pleno desarrollo de la profesionalidad de los magistrados.
- Tutela la autonomía e independencia de los magistrados de presiones e indebidos condicionamientos externos.
- Promueve el respeto del código ético del magistrado.
- Actúa y se esfuerza para que se garanticen todas las actividades de apoyo a la función judicial.
- Con este objetivo ejercita la discrecionalidad en los actos y resoluciones que dicta de conformidad con las disposiciones legales, desde el respeto a las reglas de procedimiento establecidas en las normas primarias y secundarias, por medio de una motivación adecuada que exprese de forma clara, explícita y no contradictoria las razones que sirven de fundamento a dichos actos y resoluciones.

2. Defensa de la estructura y de la identidad organizativa

- Protege la estructura organizativa de la oficina, definiendo la articulación de las secciones o grupos de trabajo, la atribución de competencias, la asignación de los magistrados; y adopta las medidas para el cumplimiento de las previsiones de la normativa, y, en el caso de los tribunales, de las normas de reparto.
- Favorece la integración organizativa de la oficina y la orientación de todos los “actores” interesados en el resultado final de la actividad judicial.
- Promueve la constitución de una estructura de dirección que implique a los responsables de las unidades organizativas internas, con funciones de apoyo a la actividad de programación y control y a los procesos de innovación, utilizando mecanismos puntuales de delegación.
- Apoya la formación y consolidación de “comunidades de práctica” compuestas por todos los profesionales que operan en las oficinas judiciales.
- Cuida de la integración de los nuevos magistrados, asegurando que la trasmisión de instrucciones se produzca de forma correcta y eficaz.
- Colabora con el dirigente administrativo en la definición de las relaciones funcionales, en los diversos niveles, entre las estructuras jurisdiccional y administrativa.
- Pone en valor a la oficina, entendida como organización, promoviendo la identidad organizativa y el sentido de pertenencia a la estructura.

3. Representación y comunicación institucional

- Representa a la oficina judicial en todas las sedes institucionales y en relación con todos los interlocutores relevantes de la sociedad civil.
- Es responsable de la comunicación institucional hacia los interlocutores externos, con la finalidad de favorecer el conocimiento de las actividades desarrolladas y de los resultados conseguidos por la oficina, por medio de múltiples canales (relaciones con los medios de comunicación, página web, carta de servicios, etc.).

- Promueve la máxima transparencia de la actividad de las oficinas y, por medio de los instrumentos adecuados (balance social, rendición de cuentas económicas), crea las condiciones para la plena valoración de la responsabilidad social de la oficina.
- Cuida, en colaboración con el dirigente administrativo, de la organización de las relaciones con los usuarios, incluso mediante ventanillas de función múltiple (oficinas de relaciones con el público, *front-office*, etc.), de la puesta en funcionamiento de canales informativos internos y de encuestas sobre la satisfacción de los usuarios con los servicios recibidos.
- Promueve la comunicación interna en la oficina, con el fin de favorecer el conocimiento recíproco de las actividades desarrolladas, la integración entre las funciones y la mejora del sentido de pertenencia del personal.

4. Defensa de los recursos

- Favorece, en una relación estrecha con el dirigente administrativo, el desarrollo de los recursos humanos, de las dotaciones instrumentales y tecnológicas, de la logística y de los fondos.
- Planifica, en relación con las exigencias de la oficina, la asignación del personal de carrera y honorario³, la movilidad interna, las sustituciones y el trabajo a tiempo parcial.
- Trabaja por obtener la adecuación de la dotación orgánica de la oficina respecto de las modificaciones en el tiempo de los flujos de actividad y de las cargas de trabajo, y por una respuesta oportuna a las exigencias vinculadas a la movilidad.
- Actúa respecto del Ministerio de Justicia y otras instituciones competentes con la finalidad de que la oficina disponga de dotaciones instrumentales y tecnológicas adecuadas y actualizadas. Del mismo modo actúa respecto de los municipios y otras instituciones competentes con la finalidad de que la logística de las sedes sea funcional para el desarrollo de la actividad judicial, con respeto hacia todos los “actores” que actúan e interactúan con la oficina; también con la finalidad de valorizar la imagen institucional de ésta.
- Se esfuerza para que potenciales recursos “externos” sean utilizados para la potenciación y la innovación de la actividad judicial, y no en sustitución de las funciones institucionales fundamentales.

5. Dirección y programación

- El directivo adopta las medidas necesarias encaminadas a asegurar una dirección unitaria de la oficina, promoviendo, con observancia de las disciplinas dispares de los tribunales y las fiscalías, el intercambio de opiniones y la armonización de las praxis interpretativas y de comportamientos.
- Experimenta nuevas formas organizativas, como, por ejemplo, la denominada “oficina para el proceso”.
- Imprime la función de dirección con metodologías de programación que, tomando en consideración las garantías constitucionales, prevean:
 - un plan programático plurianual y un plan operativo anual;
 - una relación estrecha con los presidentes de sección o los fiscales adjuntos y el dirigente administrativo;

³ Los magistrados honorarios (*magistrati onorari*) son juristas designados por el Consejo Superior de la Magistratura (CSM) para ejercer funciones jurisdiccionales similares a las que ejercen los jueces de carrera, bien completando la plantilla de los tribunales ordinarios al suplir las vacantes de jueces de carrera, bien ejerciendo la jurisdicción en los Juzgados de Paz respecto de asuntos civiles y penales de menor entidad sustraídos a la competencia de los jueces de carrera. Los magistrados honorarios no acceden a la carrera judicial, aunque son nombrados por el CSM tras un curso de méritos por un período previamente determinado sin régimen de exclusividad. Al respecto de los magistrados honorarios, puede verse, García Moreno, J.M.: “La magistratura en Italia (!)”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 67, marzo/2010, págs. 139 y 140 (N. del T.).

- mecanismos formalizados de delegación;
- la constitución de un equipo de dirección dedicado a los procesos de innovación.
- Trabaja para que el plan programático y el plan operativo sean discutidos en el seno de la oficina y con los principales interlocutores externos, recogiendo indicaciones y sugerencias.
- Cuida de la supervisión y de la verificación periódica del estado de progreso de la programación, proponiendo las adaptaciones necesarias.

6. Gobierno de las interdependencias

- Promueve la percepción de la oficina no como una “mónada”, sino como una organización que opera en el seno de una red constituida por una pluralidad de interlocutores públicos y privados.
- En atención a la complejidad de la actividad judicial, que prevé la interacción entre oficinas diversas, y a la luz de las disciplinas dispares de los tribunales y las fiscalías, actúa para garantizar el gobierno de las interdependencias funcionales entre las propias oficinas.
- Con respeto a los papeles correspondientes, actúa respecto de otros entes públicos y las organizaciones profesionales con los que está llamado a tener relaciones institucionales para la promoción de acuerdos y sinergias (como, por ejemplo, las “mesas locales de justicia”⁴) dirigidos a aumentar la eficacia, eficiencia y transparencia del servicio judicial.

7. Valorización de las competencias

- Actúa para la valorización y el incremento de las competencias profesionales de todos los “actores” que interactúan con papeles diversos en la prestación de la “justicia como servicio”.
- Se esfuerza a fin de que los magistrados de su oficina desarrollen una preparación profesional adecuada y continua y participen de forma constante en las actividades de formación ofrecidas en los diversos ámbitos por los organismos responsables, con la finalidad de favorecer el incremento de las aptitudes y de las competencias individuales.
- Valoriza el desarrollo profesional de los magistrados honorarios.
- Promueve el debate profesional sistemático entre los magistrados de la oficina.
- Alienta, de acuerdo con el dirigente administrativo:
 - la formación y el desarrollo profesional del personal administrativo, con la finalidad de favorecer el enriquecimiento de sus funciones y el incremento de sus responsabilidades.
 - la formación conjunta entre magistrados y personal administrativo.
- Promueve la selección y la cualificación de los asesores técnicos de la oficina y de los demás colaboradores del magistrado, de acuerdo con los presidentes de sección, los fiscales adjuntos y los magistrados individuales.
- Colabora con la abogacía para la formación y la actualización continua de los abogados.

⁴ Tavoli locali della giustizia. Se trata de proyectos de ámbito municipal o provincial en los que colaboran tribunales, fiscalías, colegios de abogados y entidades locales con la finalidad de: simplificar los procedimientos de información, acceso y utilización de los servicios judiciales, incluso mediante la implicación de las administraciones públicas del territorio correspondiente; potenciar las diversas formas de tutela y defensa de los derechos de los ciudadanos, las familias, las empresas, los profesionales y los trabajadores; promover la gestión integrada de los servicios judiciales y el desarrollo de sistemas informáticos compatibles entre las diversas entidades públicas implicadas, con la finalidad de reducir costes y tiempos de trabajo y aumentar la calidad de la prestación; y promover el desarrollo de la administración electrónica y la integración de los sistemas de acceso a los servicios públicos locales. Un ejemplo de este tipo de proyectos lo constituye la mesa local de justicia de la provincia de Monza y Brianza (en la región de Lombardía), respecto del que se puede obtener información en la página web de los tribunales de esta región: <http://www.tribunali-lombardia.it/Pages/Protocollo-tavolo-giustizia.aspx> (N. del T.).

- Suscribe acuerdos con las universidades y las escuelas de especialización, para la integración del itinerario formativo con experiencias sobre el terreno y para la formación cualificada de las profesiones jurídicas.

- Cuida de su propia formación personal en el papel de jefe de la oficina, particularmente en relación con los temas de carácter organizativo y de gestión, participando en las actividades de la Escuela Superior de la Magistratura y en otras iniciativas organizadas por las instituciones de formación superior.

8. Valoración

- Asegura una valoración efectiva de los magistrados de la oficina, no limitada a la recopilación de los informes obligatorios, sino basada en un examen periódico de la actividad desarrollada, en el debate con los magistrados individuales y las figuras semi-directivas, disponiendo, donde resulte necesario, una intervención equilibrada de apoyo apta para prevenir las dificultades del concreto magistrado y de la oficina, así como la persistencia de situaciones relevantes en el plano deontológico y disciplinario.

- Rinde cuentas de los objetivos alcanzados en cuanto jefe de la oficina, y realiza una autoevaluación de su propia actuación.

9. Supervisión y vigilancia

- De acuerdo con el dirigente administrativo predispone un sistema adecuado de supervisión y vigilancia de la actividad de las oficinas, encaminado a determinar:

- a) el estado de ejecución del plan operativo anual y del plan plurianual;

- b) la correspondencia de las tareas asumidas con la carta de servicios;

- c) la observancia de los acuerdos adoptados con los interlocutores internos y externos;

- d) la aparición de eventuales situaciones críticas;

- e) la gestión prudente de los recursos económicos, instrumentales y tecnológicos.

- Se asegura de que sean elaborados periódicamente estadísticas y sondeos estructurados, encaminados a apoyar tanto la dirección de la oficina como la gestión de casos y materias concretos.

- Promueve el desarrollo y la difusión de la “cultura del dato”.

10. Justicia como función pública y bien común

- Se esfuerza para afirmar el principio de que la justicia es una función pública de servicio a la sociedad y a los concretos ciudadanos y, como tal, un bien común de valor universal que incide tanto en el progreso civil como en el desarrollo socio-económico del territorio en el que la oficina opera.

- Al dar plena y puntual representación a la compleja actividad de la oficina, se centra en reforzar la idea de que la eficacia y eficiencia de la misma dependen, más que del protagonismo de los “actores” individuales, de la correcta interacción entre los diversos interlocutores implicados, esto es, del efecto de sistema.

El Decálogo del jefe de la oficina judicial: la magistratura pretende cambiar*

Maria Eugenia OGGERO

1. Desde hace tiempo la magistratura viene reflexionando sobre su propia configuración organizativa, deteniéndose en las relaciones que se establecen o deberían crearse en el seno de la oficina judicial, de un lado, entre sus componentes, expresión de la función judicial, y también con respecto a los colaboradores administrativos, profesionales, justiciables y, de forma más general, los ciudadanos.

La experiencia lleva a considerar que la complejidad sobre la que incide la función judicial requiere, para ser comprendida y gestionada, un planteamiento pragmático, capaz de abandonar análisis de la realidad que, por estar excesivamente anclados en el pasado, constituyen un serio obstáculo a la solución del conjunto heterogéneo de problemas, temas y cuestiones críticas que la realidad actual impone afrontar.

Los *operadores reflexivos* han sentido la necesidad imperiosa de ocuparse del tema organizativo, en la convicción de que la calidad y cantidad de la respuesta judicial se hallan estrechamente vinculadas a la configuración organizativa que las oficinas judiciales sean capaces de darse.

El recorrido, comenzado hace tiempo, se ha trazado espontáneamente cuando la realidad, complicada por la creciente dificultad de las cuestiones sometidas a la atención de los magistrados, ha sugerido, incluso impuesto, la necesidad de perfeccionar el análisis del sistema, de las relaciones que se establecen entre los protagonistas de la función judicial en el seno de una oficina judicial.

El camino se inició al menos hace dos decenios (la monografía editada en los Cuadernos de *Questione giustizia* a cargo de Luigi De Ruggero y Francesco Pinto “*L’organizzazione della giustizia. Servizio o disservizio?*” se remonta a 1994), y el trayecto, con fortuna diversa, ha acabado por traducirse en la elaboración de principios que ahora ya forman un patrimonio cultural amplio y compartido por los magistrados.

Posteriormente, al fenómeno se le imprimió una aceleración decisiva a partir del nuevo milenio mediante la difusión de proyectos organizativos, en una etapa nacida de la experiencia pionera de la Fiscalía de la República de Bolzano, y que se ha propagado a otros lugares, del empleo de financiación europea (del Fondo Social Europeo, en particular). En el curso de este período ha madurado definitivamente la progresiva conciencia del carácter decisivo de la cuestión organizativa y el papel renovado que la operación de reestructuración organizativa de la oficina asigna a las figuras directivas que operan en la misma.

2. Sin embargo, no se puede ocultar que, en el marco de la propensión al inmovilismo judicial, estas novedades han creado resistencias, a veces temores y alarmas, y que, incluso hoy en día, continúan existiendo algunas voces discordantes que todavía se alzan y utilizan un enfoque de las cuestiones organizativas totalmente dirigido al pasado, centrado en la figura de cada magistrado y en las propias garantías individuales (patrimonio adquirido y constitucionalmente intangible gracias al empeño, en ocasiones doloroso, de

* Artículo publicado por su autora en la revista *Questione Giustizia*, nº 2-3/2013, número monográfico sobre el tema “*Quali dirigenti servono alla giustizia?*”. Traducción al español de José Miguel García Moreno.

ilustres magistrados y políticos iluminados), en lugar de situar en el centro del debate la justicia como servicio al que cada cual está llamado a contribuir.

La articulación que se deriva de este enfoque recesivo y misoneísta se muestra hoy en día incapaz de comprender (y mucho menos aun de resolver) los problemas vinculados a la exigencia de garantizar una justicia más rápida, eficaz, mucho más sensible y en línea con los principios internacionales en el contexto de una sociedad en constante y veloz transformación.

Uno de los puntos cruciales más espinosos que aún constituye objeto de debate entre los magistrados es el papel que ocupa y debe ocupar el personal directivo en la configuración organizativa de una oficina judicial: si esta función es diferente y *otra cosa* respecto de la función judicial o si el aspecto organizativo debe ser considerado simplemente una de las expresiones de la jurisdicción para la cual, por consiguiente, no son necesarias aptitudes particulares y adicionales respecto de ésta.

Las dificultades que continúan existiendo en el seno de la magistratura para compartir una base común acerca de la función, el papel, los poderes y la configuración de los propios directivos no merecen, sin embargo, un énfasis excesivo: aunque efectivamente es innegable que no se ha alcanzado todavía un punto de vista unitario sobre las cuestiones referidas, es cierto, no obstante, que la percepción del carácter central que la cuestión organizativa ocupa en el ámbito de nuestra reflexión representa ahora un patrimonio común de la magistratura.

Si la cuestión organizativa ha acabado por ser la protagonista del debate, incluso para quién, como el magistrado, no tiene la costumbre ni, con frecuencia, la actitud de razonar en términos colectivos —la independencia, tanto interna como externa, constituye uno de los fundamentos, quizás la propia esencia, de la función judicial, aunque a veces provoque, como consecuencia desagradable, una autorreferencialidad difusa—, y es innegable que la respuesta eficaz de gestión solo es posible siempre que se alcance una armonía del sistema; se deriva de ello que hoy resulta indispensable y ampliamente reconocido el carácter esencial del papel directivo dentro de cada oficina judicial, ejercido por un magistrado (en el caso de tribunales o fiscalías de pequeñas dimensiones) o por propios y verdaderos equipos de directivos, cuando se trate de oficinas más grandes, que muestren su capacidad de incidir en la estructura de referencia.

3. La conciencia del carácter decisivo del papel de los directivos de los tribunales y oficinas judiciales deriva de la observación empírica que, exenta de dogmatismos y alejada de prejuicios y apriorismos, procede únicamente del análisis de la realidad a los ojos de quienes diariamente se enfrentan a los problemas de la estructura a la que pertenecen.

Animado por esta experiencia se ha formado a partir de ella un grupo espontáneo de individuos que, aunque distantes entre sí por su experiencia, papeles y formación, se han unido en torno a este espíritu *humiano* y, afrontando las cuestiones que plantea el tema de la dirección de las oficinas judiciales, han intentado mediante el intercambio de opiniones, el diálogo y el debate elaborar una síntesis —imperfecta, aproximativa, pero en sus intenciones, dinámica, evolutiva, progresiva y capaz de regenerarse, un propio y verdadero *work in progress*— de características, aptitudes, compromisos, relaciones y capacidades que sería oportuno que poseyese el directivo de una oficina judicial para desarrollar adecuadamente su propio servicio de gestión en la jurisdicción.

El recorrido común ha desembocado en la redacción de un documento denominado *Decálogo del Jefe de la Oficina Judicial*, cuya esencia constituye el intento de definir las tareas, funciones y responsabilidades del jefe de cada oficina judicial.

Como se afirma explícitamente, el trabajo se fija tres objetivos fundamentales, a saber, servir de apoyo para seleccionar, evaluar y formar a los directivos, pero pretende, ante

todo, representar el impulso cultural, dirigido a toda la magistratura, para repensar la propia actuación en lo que respecta al servicio hacia la colectividad, tomando como pretexto el papel del directivo.

Consecuentemente, se han desarrollado encuentros y seminarios, se han intercambiado ideas sujetas a una intensa confrontación entre los diversos interlocutores, se ha examinado el contenido del resultado alcanzado progresivamente en relación con las coordenadas normativas y de organización judicial que, por la explícita elección del campo de estudio, han sido consideradas variables independientes e inmutables.

Esta última afirmación exige alguna precisión: es evidente que la normativa, ya sea primaria (incluso de rango constitucional) o secundaria no se ha caracterizado ciertamente por su inmutabilidad y, en ocasiones, habría requerido alguna intervención correctora.

Sin embargo se ha preferido evitar la tentación, siempre al acecho, de invocar lamentaciones consolatorias sobre el estado crítico de la disciplina normativa vigente (más allá que en lo que respecta a la penuria de los recursos, como sucede frecuentemente) para justificar las lagunas e inadecuación del estado organizativo actual de las oficinas judiciales, y, en consecuencia, se ha reconocido pragmáticamente la realidad dada, prescindiendo de las (quizás oportunas, pero incontrolables) modificaciones *de iure condendo* respecto de la vigente disciplina normativa sobre la organización judicial o emanada del Consejo Superior de la Magistratura.

En otras palabras, se ha aceptado trabajar sobre la realidad tal como ésta se presenta ante los ojos del operador, reservando para otra ocasión y sede la oportunidad de trabajar sobre la normativa que se ocupa de la selección, del nombramiento y de la individualización de las funciones y responsabilidades del directivo, modificando los límites de la misma.

El desafío ha consistido, en definitiva, en prestar empeño y energías sin modificar la normativa, a fin de crear un instrumento de auxilio en la consecución del funcionamiento correcto y eficaz de las oficinas judiciales, sintetizando y prospectando principios, sugerencias y hallazgos que el Decálogo se limita a sistematizar y describir.

Conscientes del hecho de que la elección semántica de la denominación “decálogo” para la síntesis del trabajo puede suscitar críticas, dudas u objeciones, es importante recordar que dicha denominación ha sido elegida únicamente para evidenciar su naturaleza de síntesis, panorama, tabla sinóptica de principios y criterios orientativos, nada más que el intento de una renovada aproximación sistemática al tema de la organización.

Desde este punto de vista merece ser destacada la composición variada y multiforme del grupo de trabajo, capaz no solo, como se ha señalado ya, de unir a profesionalidades diversas (magistrados, directivos y funcionarios administrativos, docentes universitarios de materias varias, expertos en ciencias de la organización), sino además de incorporar en su seno a magistrados de diferentes edades, experiencias profesionales y aptitudes.

La composición heterogénea del grupo de trabajo constituye la prueba más concreta del carácter transversal del tema que nos ocupa y la demostración de que la organización de una oficina solo puede llevarse a cabo colectivamente mediante la participación de sus múltiples componentes sintetizada por medio de la acción del equipo directivo, si se trata de oficinas de dimensiones grandes o intermedias, o, en las oficinas de pequeñas dimensiones (cuya existencia, por otro lado, está en vía de agotamiento a causa de la modificación en curso de la geografía judicial), por medio del jefe de la oficina.

Es deseable, por tanto, que cada magistrado adquiera la percepción de la complejidad (también organizativa) en el seno de la que opera, tome parte activa en la gestión (no por causalidad definida como *participada*) de la oficina y se sitúe en condiciones de adquirir los conocimientos necesarios —cuya enseñanza ha de ser ofrecida por las instituciones responsables de ello, particularmente la Escuela de la Magistratura— para ser protagonista de la gestión de la oficina a la que pertenece.

El Decálogo representa el esfuerzo desarrollado en esta dirección y marca, en la intención de todos los que han trabajado en él, la perspectiva de dar forma a un movimiento cultural basado en una idea innovadora de la oficina judicial.

En esta visión juegan un papel central las figuras directivas, ya sean los magistrados a los que son confiadas funciones directivas o semi-directivas o los componentes de plantillas específicas dedicadas, por ejemplo, a la innovación tecnológica, el seguimiento de los puntos críticos o la liquidación de los asuntos atrasados.

En particular, cada componente de la oficina, mediante la participación, cada vez más amplia y consciente, en su vida —a estos fines las reuniones periódicas a los efectos del art. 47 *quater* de la Norma sobre el Ordenamiento Judicial podrían ser potenciadas y utilizadas (como ya ocurre a veces) como motor de la participación²— vería incrementarse la percepción de que un buen servicio solo puede ser prestado por medio de una oficina correctamente organizada en todas sus articulaciones, judicial y administrativa, abandonando la (falaz) convicción de que es suficiente (elemento ciertamente necesario, pero no suficiente) la profesionalidad del magistrado individual que opera en la misma.

Consecuentemente, la idea de que todos los magistrados, incluidos los directivos, deben implicarse en la mejora de la oficina judicial y perseguir los fines de ésta permitiría superar la rancia concepción del papel directivo como “premio a la carrera” destinado a quien, no habiendo incurrido en deméritos, no posee necesariamente, sin embargo, aptitudes organizativas y de gestión.

El Decálogo representa, por tanto, la ocasión para reflexionar e interrogarse sobre el modelo organizativo que la magistratura puede y quiere darse al presente y en los años venideros, y a esta operación han contribuido y contribuyen de manera decisiva, es necesario reiterarlo, profesionalidades externas a la misma que muestran su interés hacia el complejo mundo de la justicia.

La convicción de que la autorreferencialidad con la que se analizan con frecuencia los temas de organización de la justicia no ayuda a comprenderlos y resolverlos se ve confirmada por la provechosa experiencia acaecida con ocasión de la elaboración del Decálogo, en la que mediante la significativa aportación de todos los componentes del grupo ha sido posible reflexionar útilmente y sistematizar —a veces después de ásperos e intensos intercambios de opiniones— (algunas de) las características que la oficina judicial, conjuntamente con sus propios directivos, debería poseer.

4. Convencidos profundamente de que un buen directivo debe, ante todo, centrarse en la *garantía de la actividad profesional* del magistrado, esto es, en la jurisdicción —a la que se ha optado por vincular, aunque en sentido no técnico, el ejercicio de la acción penal—, por una precisa elección se ha partido del tema de la independencia, ontológicamente connatural a la justicia, y para la que resulta indispensable, sea desde el punto de vista externo (respecto a las presiones procedentes de otros sujetos) o internamente (en las relaciones endógenas a la magistratura que puedan influir impropriamente sobre el correcto ejercicio de la jurisdicción), que se asegure una efectiva autonomía decisional, también por medio de la actuación del directivo, eventualmente en apoyo de las debilidades del concreto magistrado, si ello fuera preciso.

1 El art. 47 *quater* pár. 1º del Real Decreto de 30 de enero de 1941, n.º 12, sobre el ordenamiento judicial, en su redacción vigente, al regular las atribuciones de los presidentes de sección de tribunales dispone que “el presidente de sección, además de desarrollar la función judicial, dirige la sección a la que está asignado y, en particular, supervisa el funcionamiento de los servicios de secretaría y auxiliares, distribuye el trabajo entre los jueces y controla su actividad, procurando también el intercambio de información sobre las experiencias jurisprudenciales en el seno de la sección. Además colabora con el presidente del tribunal en la actividad de dirección de la oficina”. (N. del T.).

La *defensa de la identidad y de la estructura organizativa* constituye el núcleo duro de la función organizativa que el directivo está llamado a desarrollar y que se lleva cabo a través de la participación de los magistrados, los grupos de trabajo mixtos y el personal administrativo, realizándolo mediante instrumentos normativos (normas de reparto, programas anuales) y también mediante el empleo de herramientas de tipo cultural: en este sentido debe ser entendida la invocación de la *comunidad de práctica* (sobre la que han escrito, entre otros muchos, Stefano Zan, *Il fenomeno organizzativo*, Carocci, 1998; Daniele Piana, *Magistrati*, Carocci, 2010) que, desde este nuevo punto de vista, se implicará para favorecer el desarrollo de la sensibilidad de los magistrados (también) hacia los temas organizativos.

Asimismo la función de *representación y comunicación institucional* se vincula a la renovada idea de que la oficina necesita, en sus relaciones con el mundo exterior, de un canal comunicativo e informativo respecto a la actividad (no afectada por el secreto, naturalmente) que desarrolla; un flujo transparente que, de acuerdo con fructíferas líneas organizativas, debería ser gestionado por los responsables de la dirección sin prescindir, no obstante, de algún tipo de articulación en la adquisición de la información y en la colaboración por parte de los magistrados encargados del procedimiento en concreto.

Todo ello, de nuevo, como estándar de la colaboración institucional en el ámbito de la oficina.

A este respecto posibles inercias de los directivos en relación con la correcta y exhaustiva comunicación externa no pueden dejar de ser objeto de valoración atenta por parte del Consejo Superior de la Magistratura: las intervenciones, quizás inopinadas, acaso censurables pero necesarias a causa de perezas y descuidos imperdonables, no pueden ni deben recaer sobre el magistrado individual, en lugar de sobre los hombros de quien, habiendo asumido institucionalmente la responsabilidad de la gestión de la oficina, no haya cumplido en el caso concreto su propio deber informativo.

Toda actividad relevante dirigida a proporcionar información a los usuarios (sea por medio de instrumentos informáticos o mediante oficinas de relaciones con el público o paneles informativos al efecto) será defendida análogamente por los directivos y por el propio personal, que también se esforzará por favorecer la comunicación interna en la oficina, con frecuencia insuficiente, como sucede cuando, quizás después de cierto tiempo y por pura casualidad, resulta que se descubre la existencia de óptimas soluciones organizativas adoptadas por el compañero del despacho de al lado y que nunca han sido puestas en conocimiento de la *comunidad de práctica*.

La cuestión de la *defensa de los recursos* merece atención extrema, ya que no debe volver a suceder lo que se acaba de recordar, esto es, descuidar o emplear mal energías, aptitudes, capacidades, no solo estrictamente económicas sino también humanas, particularmente en tiempos de rigor presupuestario que demanda la oportunidad recurrente de acceder incluso a contribuciones privadas.

Ya se ha mencionado la introducción de una gran, formidable y memorable oportunidad, iniciada por parte de la Fiscalía de la República de Bolzano (acogida luego por el Ministerio, alentado particularmente por el Departamento de organización judicial por medio del proyecto denominado "*Best practices*", experiencia que implicó a 97 oficinas judiciales de todo el país, por referirnos solo a la fase inicial), de la utilización de financiación del Fondo Social Europeo.

La cuestión de la financiación privada en los tribunales (ciertamente no la de la pública, que, no obstante, escasea) presenta aspectos críticos, especialmente en algunas realidades geográficas, sobre los que nos hemos interrogado y a los que es necesario prestar atención para evitar solapamientos y tramas capaces de poner en serio peligro (o cuando menos de empañar la imagen de) la autonomía e independencia

de la oficina judicial.

Junto a esta perspectiva, merece destacarse la estrecha conexión existente entre el tema de los recursos, incluso tecnológicos, y la localización de los mismos, indispensable para la innovación del trabajo, que ha de ponerse en relación con la gestión del patrimonio humano existente en la oficina.

Especialmente en el sector civil y en las fiscalías la implementación de los recursos tecnológicos —proporcionados no solamente por el Ministerio— y la puesta en funcionamiento de grupos de trabajo en los que pueda participarse voluntariamente representan una feliz expresión del trabajo en equipo, dando vida a la gestión participada de la oficina que, a veces, se ha puesto en marcha a duras penas en los tribunales penales, donde el trabajo de grupo raramente se traduce en una realidad: la defensa organizativa de los tribunales que se ocupan de la materia penal debe, por tanto, ser mejorada ofreciendo a los magistrados correspondientes (frecuentemente consagrados durante años a funciones exclusivamente unipersonales) la oportunidad de tomar consciencia del problema y de la consiguiente valorización también del propio trabajo, si está correctamente integrado en el sistema de la oficina a la que pertenecen.

No puede negarse que la defensa de la estructura organizativa se manifiesta por medio de la realización de la actividad de *dirección y programación*, materializándose en la coordinación (periódica, constante, estructurada y no episódica o casual) por parte del jefe de la oficina, tanto respecto de los directivos intermedios como de cualquier colaborador, ya esté el mismo provisto de la correspondiente delegación, forme parte de un grupo de trabajo o simplemente sea miembro de la oficina.

La estrecha correlación entre la actividad judicial y la sociedad externa sobre la que aquella incide y opera requiere que sean objeto de interés específico los aspectos de interlocución, en el respeto a los papeles correspondientes, con entes públicos (entre otros, por ejemplo, el Instituto Nacional de Previsión Social, los entes locales, etc.) y con las organizaciones profesionales, de manera que se hagan efectivos progresivamente los principios de transparencia, eficacia y eficiencia del sistema judicial: se trata de las actividades que vienen enunciadas en el ámbito del apartado dedicado al *gobierno de las interdependencias*.

El conocimiento de los mecanismos y las personas que componen la oficina constituye un elemento esencial, casi un requisito previo, de una acción directiva eficaz, (también) instrumental a la actividad de *valorización de las competencias*, dirigida tanto a los magistrados como al personal administrativo.

Es difícil poner en duda que la promoción y el desarrollo de la profesionalidad de los componentes de la oficina requieren el conocimiento puntual de los individuos y de la estructura, además de resultar una premisa irrenunciable para la realización de una correcta *valoración* —desarrollada en el ámbito de un amplio arco temporal y no centrada en la elaboración del concreto y puntal acto valorativo— de la actuación del magistrado y del personal administrativo.

Formación, actualización y creación de oportunidades en la oficina para un intercambio fructífero (también correlato de los momentos indispensables de síntesis que competen al personal directivo) entre los magistrados y, externamente, colaboración respecto de la Escuela Superior de la Magistratura, la abogacía y la universidad: un buen directivo de la oficina debe estar disponible para poner su propia profesionalidad y *know how*, fruto de la experiencia adquirida sobre el terreno, a disposición de los interlocutores institucionales que muestren interés en los mismos.

Una de las manifestaciones del conocimiento está representada por la *supervisión y vigilancia*, que conciernen, por así decir, a la dimensión dinámica.

De hecho, resulta evidente que la adquisición inicial de los datos y de las características

de una realidad (profesional, especialmente) rica en componentes, lógicas y relaciones requiere una especie de observación continua dirigida, de un lado, a la verificación de la realización de los elementos preestablecidos y, de otro, a la capacidad progresiva de redefinir los objetivos y la configuración organizativos, modulando la actividad y recibiendo los estímulos de la observación.

A este respecto asume una importancia creciente la difusión de la *cultura del dato*, pero, sobre todo, la implementación de la capacidad de comprensión de las sinopsis estadísticas, a veces presagio de valoraciones erróneas y lecturas equívocas.

El último punto del Decálogo insiste, retomando la argumentación expuesta en su inicio, en la afirmación del principio, ampliamente desarrollado y manifestado en el ámbito de sus diversas articulaciones pero merecedor de una proclamación solemne en términos generales, relativo al compromiso a cargo de cada directivo de considerar y hacer efectiva la justicia como un servicio público hacia la comunidad, un bien común de valor universal instrumental al desarrollo civil (resulta evidente que la función judicial es necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad en su conjunto), económico y social de una comunidad.

Es esencial desde la óptica del renovado compromiso con una justicia que represente un servicio para la comunidad la función desarrollada por el directivo a fin de que la agregación de los magistrados (que él debe ser capaz de promover, venciendo la tendencia al individualismo y la *autorreferencialidad indestructible* típica de tribunales y fiscalías, expresión que tomo prestada de Lionello Mancini, *L'onere della toga*, BUR, 2013), la interacción y la coordinación no se queden en simulacros vacíos, sino que se concreten en la capacidad de prevalecer sobre el protagonismo de algunos y, finalmente, de conseguir el auspiciado efecto “de sistema”.

La consiguiente mejora de las prestaciones de los tribunales —mucho más “*accesibles, abiertos, responsables, fiables y comprensibles*” (como se señala textualmente en *Linee guida del curriculum delle competenze di base. Applicazioni e usi*, National Association for Court Management, www.nacmnet.org)— comportará, conjuntamente con la información oportuna dirigida al público, el incremento de la confianza en el sistema judicial (*accountability*) y, finalmente, el fortalecimiento de todo el sistema democrático.

Control constitucional del poder político en El Salvador

Sidney BLANCO

Antecedentes

Previo a comentar algunas sentencias relevantes en materia de derechos políticos electorales y el control de las elecciones de segundo grado, dictadas por la Sala de lo Constitucional en El Salvador, para conocer los antecedentes, considero conveniente situar el contexto vivido en el país en las últimas tres décadas.

Durante la guerra civil (de 1980 a 1992), prevalecieron las reiteradas violaciones a los derechos humanos, tanto de combatientes como de civiles indefensos. Hubo masacres indiscriminadas de hombres, mujeres, niños y niñas; desapariciones forzadas de personas, torturas y ejecuciones extrajudiciales.

Según su Informe, la Comisión de la Verdad de la ONU, recibió más de 22 mil denuncias sobre hechos ocurridos entre enero de 1980 hasta julio de 1991: el 60% correspondían a ejecuciones extrajudiciales; el 25% a desapariciones forzadas y el 20% están relacionadas con torturas.

A través de sentencias emitidas por tribunales regionales¹, hemos conocido la responsabilidad del Estado salvadoreño, como el gran protagonista en las violaciones a los derechos humanos; no solo por alentar y respaldar abiertamente a los criminales y autores de tales violaciones, sino en asegurarles hasta el día de hoy una inobjetable impunidad.

La guerra civil desatada en amplios territorios, fue escenario de violaciones de derechos humanos, donde no existían instituciones vigilantes dispuestas a frenarlas; al contrario, en muchas áreas prácticamente no habían tribunales de justicia, ni oficinas de la fiscalía y fue evidente la ausencia total de instituciones que juzgaran el comportamiento delictivo de los agentes del Estado y de los guerrilleros.

El sistema judicial se mostró totalmente indiferente a las violaciones cometidas durante el conflicto armado; los pocos casos conocidos judicialmente en los que fueron sancionados los responsables, se limitaron apenas a enjuiciar a los autores materiales de los hechos, sin que en ninguno de ellos se pronunciaran sentencias ejemplarizantes.

El sistema judicial en general y la Corte Suprema de Justicia en particular, tuvieron un penoso papel durante el conflicto armado. La Comisión de la Verdad sostuvo que

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: i) Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. 1-III-2005 “El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y de sus familiares”; ii) Caso Contreras y otros vs. El Salvador. 31-VIII-2011 “El Estado es responsable de la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera”; y, iii) Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. 25-X-2012. “El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la propiedad privada, en perjuicio de las víctimas ejecutadas.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos: i) Caso 10.488 “Jesuitas” 22-XII-1999 “El Estado salvadoreño, a través de los agentes de la fuerza armada que perpetraron las ejecuciones extra-judiciales. . . , ha violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los sacerdotes jesuitas Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Armando López, Joaquín López y López, Juan Ramón Moreno; de la señora Julia Elba Ramos; y de la hija de ésta, la menor Celina Mariceth Ramos”, ii) Caso 11.48 “Monseñor Romero” 13-IV-2000. “En definitiva, la CIDH concluye que el Estado salvadoreño ha violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana en perjuicio del Arzobispo de San Salvador, Monseñor Arnulfo Romero y Galdámez.”

el sistema judicial se debilitó porque la intimidación lo apesó y se sentaron las bases para la corrupción. Destaca en su Informe que dicho sistema *nunca había gozado de independencia y su ineficacia se convirtió en cómplice de la tragedia que sufrió el país*. También afirmó que si el poder judicial hubiera funcionado, habría esclarecido muchos crímenes y aplicado sanciones, *pero su incapacidad era parte de la realidad*.

A finales de la década de los ochenta comenzó un tibio proceso de reformas al sistema legal, que se profundizó al principio de los noventa y culminó con la implementación de un nuevo sistema penal²; pero principalmente se produjeron transformaciones importantes al régimen constitucional, surgidas a raíz de los Acuerdos de Paz de 1992.

En materia relacionada al sistema judicial se acordó crear una Escuela de Capacitación Judicial encargada de capacitar jueces y magistrados acordes a las nuevas realidades; también se estableció la independencia del Consejo Nacional de la Judicatura para que ejerza competencia bien definidas: evaluar, capacitar y proponer jueces y magistrados de segunda instancia; así como también, proponer magistrados para la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de los Acuerdos se reformó nuestra Constitución en materia judicial: los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados para un período de 9 años pudiendo ser reelectos, en todo caso con el voto de la mayoría calificada de los diputados; mientras que los jueces y magistrados de segunda instancia gozan de estabilidad en sus cargos, pudiendo ser removidos sólo por razones legales y con procedimiento previo.

También se establece una independencia económica del órgano judicial consistente en el 6% de los ingresos corrientes del presupuesto nacional, con el objetivo de evitar cualquier tipo de presiones o condicionamientos por parte de los otros dos órganos de gobierno. Se imponen requisitos superiores para ejercer la función y se fortalece la carrera judicial.

En síntesis, durante la guerra civil, el sistema judicial estuvo francamente debilitado y atemorizado; con su omisión permitió la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos, en complicidad con los demás órganos de gobierno. Los Acuerdos de Paz intentan transformar la filosofía y la visión del sistema judicial, para volverlo profesional, confiable y dotarlo de parámetros que contribuyan a su independencia.

Sin embargo, después de los Acuerdos de Paz y del abandono de las armas, surge vigorosa una nueva modalidad delictiva: la impresionante corrupción estatal, acompañada de la misma impunidad que percibimos en tiempos de guerra.

La corrupción no es investigada a fondo; como tampoco el lavado de dinero, evasiones fiscales, narcotráfico en los niveles superiores, ni tantos delitos graves de carácter económico que se cometen en el país. También, los delincuentes comunes actúan con total impunidad. En 2007, según investigación sobre las deficiencias policiales, fiscales y judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos de homicidios, realizadas por el PNUD, la fiscalía apenas presentó a los tribunales de justicia el 14% de los homicidios cometidos durante el año 2005; y de ellos, solo el 3.4% de los casos fueron esclarecidos y los autores recibieron condenas. Es decir, que se produjo ese año un 96.4% de impunidad.

Así entonces, en la historia reciente de El Salvador, que comprenden los 12 años de guerra civil y los 20 años después de los Acuerdos de Paz, se ha caracterizado por violaciones a los derechos humanos y por la corrupción estatal, respectivamente; en ambos casos con evidente impunidad.

2 i) Código Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 1030, publicado en el D.O. N° 105, Tomo N°335. Del 10 de Junio de 1997, ii) Código Procesal Penal pronunciado por el Decreto Legislativo N° 904 publicado en el D.O. N° 11, Tomo N°334. Del 20 de Enero de 1997 (éste último actualmente derogado) Este nuevo sistema penal se caracterizó por un modelo acusatorio mixto, en el cual, se definen adecuadamente los roles del juez, fiscal, defensor, imputado y víctima dentro del proceso penal; se introduce el lenguaje oral en audiencias públicas, se potenciaron los derechos de los imputados y se crearon las condiciones para que las pruebas puedan ser controladas por los intervinientes procesales.

Cuando buscamos dónde podría residir parte de la responsabilidad para combatir a los delincuentes que durante la guerra violaron de manera sistemática los derechos humanos y a los que ahora cometen graves actos de corrupción, volvemos la mirada a los responsables de elegir a los funcionarios que ocuparán las cúpulas en las instituciones encargadas del sistema judicial, entre ellas, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la República. Conforme a la Constitución la elección de estos funcionarios está a cargo de la Asamblea Legislativa.

Históricamente, los partidos políticos aglutinados en la Asamblea Legislativa, literalmente se han repartido las instituciones encargadas de la tutela de los derechos fundamentales, sin detenerse a garantizarle al pueblo que los funcionarios designados sean los más idóneos para el desempeño de cargos vitales para un Estado Constitucional de Derecho.

Los políticos nos han acostumbrado a que la fiscalía “pertenece” a un partido; la Corte de Cuentas a otro; la Procuraduría le corresponde a otro; y en la Corte Suprema de Justicia se reparten abiertamente los cargos. En esa dinámica, aquéllos han considerado que los funcionarios que eligen deben rendirles agradecimientos durante el período de sus funciones y además, que no puede nadie ejercer control de sus actos.

Tan convencida está la actual integración de la Sala de lo Constitucional de esa realidad, que en ciertas sentencias de inconstitucionalidad se sostuvo que *“la discrecionalidad de la Asamblea Legislativa para elegir funcionarios en elecciones de segundo grado, está circunscrita a personas que reúnen los requisitos establecidos previamente en la Constitución, y no debe estar sujeta a reparto de cuotas partidarias, en que se prescindan de tales exigencias constitucionales”*.

En 1983, en plena guerra civil, se aprobó una nueva Constitución en El Salvador y con ella nace la Sala de lo Constitucional, con atribuciones idénticas a las de un Tribunal Constitucional, salvo que no tiene independencia económica ni administrativa, sino que está integrada para todos estos efectos dentro de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, es un tribunal independiente en el ámbito jurisdiccional y sus sentencias no se consultan ante ningún otro tribunal, no son apelables ni revisables por ninguna otra instancia. La normativa constitucional lo califica como el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, con carácter general y obligatorio, para todos los poderes públicos y los particulares.

Dada estas particularidades, sus cinco integrantes son designados directamente por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, sin que puedan ser removidos más que por causas legales, ni trasladados a otras Salas dentro de la misma Corte Suprema. La Constitución también contempla que el Presidente de la Sala de lo Constitucional será el mismo Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial. Esta situación coloca a la figura del Presidente en una situación ambivalente: por un lado, preside las sesiones de la Sala de lo Constitucional y por otro, es representante de la Corte Suprema de Justicia, quien algunas veces resulta ser autoridad demandada en los procesos constitucionales.

En los 30 años de vigencia de la Sala de lo Constitucional, nunca había enfrentado tantas tensiones como en la actualidad, debido a una larga lista de sentencias emitidas en contra de actos legislativos y que han despertado en la clase política una especie de ansiedad por estar sometidos al control constitucional por un tribunal independiente. Conviene destacar que de acuerdo a la Constitución, cualquier ciudadano puede ejercer una acción de inconstitucionalidad, sin más requisitos que el de comprobar dicha condición.

A continuación identificaré algunas sentencias que han generado mayores tensiones especialmente al órgano legislativo y que, a pesar de sus reticencias ha tenido que acatarlas.

SENTENCIAS RELACIONADAS CON EL DERECHO POLÍTICO ELECTORAL

1. Sentencia de inconstitucionalidad sobre candidaturas partidarias y el sistema de listas cerradas y bloqueadas.

En este proceso de inconstitucionalidad hubo dos temas centrales regulados en el Código Electoral y que fueron impugnados por el ciudadano demandante: *uno*, relativo a ciertas disposiciones que exigían que los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa sólo pueden ser a propuesta de los partidos políticos; dicho de otro modo, no tenían derecho a aspirar al referido cargo público quienes no estuvieran respaldados por un partido político. El *segundo* tema de impugnación fueron los artículos que se referían a que en las elecciones para diputados: i) el voto se emitía marcando en el espacio del partido político de la simpatía del ciudadano y ii) serán electos diputados inscritos en el orden de precedencia de la planilla propuesta por el partido político.

En síntesis, el demandante pretendía que se declararan inconstitucionales los artículos del Código Electoral que sólo autorizaban las candidaturas partidarias y la existencia de listas cerradas y bloqueadas para las elecciones de diputados.

La Asamblea Legislativa, como autoridad demandada sostuvo que los artículos impugnados no son inconstitucionales y su postura gira en torno al artículo 85 de la Constitución que establece que “los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno”.

Respecto a las formas de listas cerradas y bloqueadas, la Asamblea Legislativa las justifica porque “el sistema político pluralista se expresa por medio de los partidos políticos, no por los hombres en forma individual. Por consiguiente, si se aceptara la lista abierta que propone el demandante, donde el elector, además de poder excluir candidatos y variar el orden, puede introducir nuevos nombres, se violentaría el artículo 85 de la Constitución.”

El Fiscal General de la República también sostuvo la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, asegurando que no se puede acceder al cargo —de diputado— si no es por medio de un partido político, cuya “autonomía les permite postular candidatos que reúnen las condiciones y aptitudes necesarias para ocupar un puesto en el parlamento...”

Los fundamentos jurídicos de la Sala de lo Constitucional respecto a los dos puntos planteados por el demandante fueron los siguientes:

a Necesidad de afiliación partidaria para ser candidato a diputado.

Se desarrolla ampliamente la importancia de los partidos políticos en las democracias representativas, como la salvadoreña, cuyos componentes son: elecciones libres, mandatos libres de influencias, regla de la mayoría respetando las minorías y el carácter vinculante de las decisiones del pueblo.

El representante o diputado electo, no está vinculado jurídicamente a las decisiones del partido que lo postuló. Esto explica por qué los partidos no pueden despojar a un representante de su mandato; lo único que podrían es excluirlo de la lista de candidatos en futuras elecciones. De esa manera se pone límite formal a la tendencia en la práctica de que los representantes obedezcan las decisiones del partido al que pertenecen.

Se sostuvo que sin sufragio no hay democracia. Para garantizar que ese sufragio es democrático debe ser popular, directo, libre, igual y secreto.

Se desarrolló la función de los partidos políticos en la democracia representativa y se ensayó un concepto de partido político, como una asociación de individuos unidos por la defensa de unos intereses, organizada internamente mediante una estructura jerárquica y de reparto de funciones, con vocación de permanencia y cuya finalidad es la de alcanzar el poder, ejercerlo y desarrollar un programa político.

En teoría política, los partidos políticos tienen su innegable importancia porque representan una corriente ideológica que se identifica y coordina. Son instrumentos cualificados de la representación política y dentro de sus funciones están las de: a) agrupar propuestas de solución, elaborar programas políticos coherentes y razonables; b) elaboran listas de candidatos; c) informan al público sobre asuntos nacionales trascendentes; d) tienen capacidad organizativa; e) refuerzan el sistema político; f) propicia la defensa del sistema democrático, pluralista y representativo.

La regulación constitucional y legal de los partidos se ocupa de los derechos y obligaciones, las relaciones entre afiliados y partido y la conformación de sus órganos de gobierno. De allí que conforman su estatus de libertad externa —autonomía de los partidos frente al Estado y a los demás partidos— e interna, procesos democráticos internos. Se ha entendido que la naturaleza jurídica de los partidos es la de ser órganos que cumplen la función constitucional de contribuir a formar la voluntad política del pueblo, pero no son órganos del Estado.

Con relación a la postura de la Asamblea Legislativa, la Sala sostiene que el art 85 de la Constitución atribuye a los partidos políticos una función mediadora, pero no prescribe fines específicos. Así la finalidad de dicha exigencia, desde un punto de vista objetivo, es la mejor organización del proceso electoral por considerárseles instrumentos fundamentales de la democracia representativa. Pero esta norma no tiene carácter absoluto, ya que admite excepciones en virtud del propio texto constitucional. Ese carácter relativo también tiene asidero en el art. 23.1.b de la Convención Americana de los Derechos Humanos, CADH. Además, de acuerdo al Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *“circumscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental.”*

La interpretación que da la Sala al citado art 85 es que excluye a grupos, asociaciones, organizaciones o cualquier tipo de entidades colectivas que de hecho posean o se hayan constituido jurídicamente con una finalidad diferente a la de los partidos políticos, sean utilizadas como instrumentos para el ejercicio de la representación política. Así, de ninguna manera excluye a los ciudadanos como tales, cuando buscan la misma finalidad que los partidos políticos —llegar al poder y ejercerlo—.

El fundamento de esta apertura descansa en que el ciudadano y su participación en la vida pública constituyen la esencia de la democracia, por encima de los partidos políticos, asegurando su participación a quienes no se sienten representados por éstos.

En el ámbito regional, la CADH establece que los requisitos para optar a cargos públicos deben estar sustentados en la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad; pero no alude a la necesidad de tener afiliación partidaria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que no es necesario estar vinculado a partidos políticos para ejercer el derecho a postularse a un cargo público, pues hay otras formas de impulsar candidaturas que persiguen la misma finalidad (caso Yatama vs Nicaragua, sentencia 23-VI-2005)

En consecuencia, la Sala de lo Constitucional, además de declarar inconstitucionales los artículos del Código Electoral que establecía que los candidatos a diputados sólo podían ser propuestos por los partidos políticos, le ordenó a la Asamblea Legislativa, regular por ley la habilitación de las candidaturas independientes con un número de firmas que apoyen la representatividad y establecer los mecanismos de control, supervisión y rendición de cuentas que garanticen que los recursos de las campañas tengan un origen y uso lícito, lo cual también es aplicable a los partidos políticos.

b Listas cerradas y bloqueadas.

En el caso de las elecciones para diputados, los votos tienen que convertirse en escaños para determinar cuáles de los candidatos más votados son elegidos. Para ello existen dos sistemas: el mayoritario, que consiste en la asignación de un solo escaño, el que tuvo más votos; y el otro es el proporcional, donde hay varios escaños en disputa y se reparten en proporción a los resultados.

En la sentencia que se analiza, se aclaró que hay tres tipos de listas: a) cerradas y bloqueadas, en las que el partido decide el orden de los candidatos y éstos van obteniendo escaños a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. El elector no puede votar por un candidato individualmente considerado sino que en bloque por un partido; b) lista cerrada y desbloqueada, es aquella en que los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de los candidatos propuestos por un partido, ya sea marcando uno o varios de su preferencia; y por último c) listas abiertas, el elector puede escoger candidatos de diferentes partidos políticos y determinar el orden de preferencia entre ellos. Es decir, el elector configura su propia lista, pudiendo apartarse por completo de las propuestas por los partidos políticos.

El sistema de listas, regulado en el art. 262 inciso 6° del Código Electoral, permitía a los partidos políticos establecer el orden de los candidatos en las listas y que los candidatos van obteniendo un escaño en ese orden en la medida que el partido acumula votos. Ello constituye las denominadas listas cerradas y bloqueadas.

El test sometido a la Sala de lo Constitucional era si ese sistema de listas cerradas y bloqueadas violaba el carácter libre del voto. Según el informe de la Asamblea Legislativa, el fin de la disposición impugnada fue permitir a los partidos políticos planificar su futura composición en la fracción legislativa.

El tribunal consideró que a pesar que la finalidad de la norma es legítima, no prohibida por la Constitución, al hacer un juicio de proporcionalidad, se constató que dicha medida era idónea y necesaria para que los partidos políticos planifiquen la integración de su grupo parlamentario, ya que estimando aproximadamente el número de escaños que van a conseguir (a través de encuestas o sondeos de opinión) pueden ubicar en los primeros lugares a los candidatos que más les interesa que ganen una diputación.

Sin embargo, al realizar el juicio de ponderación a efecto de determinar si con tal medida —sistema de listas cerradas y bloqueadas— se afecta y con qué intensidad el derecho al voto libre, la Sala se decantó por dar la razón al demandante.

Conforme al principio pro homine, que se deduce del preámbulo y del art 1 de la Constitución, existe una carga argumentativa a favor de los derechos fundamentales. Los partidos políticos tienen carácter instrumental: están al servicio de los ciudadanos, quienes son los sujetos fundamentales de la democracia. Ese carácter instrumental en realidad no se ve afectado al impedirle a los partidos decidir el orden de las candidaturas.

En cambio, la afectación al derecho a ejercer el sufragio libremente que provoca el sistema de lista cerrada y bloqueada es intermedia, porque afecta la plena capacidad de opción.

Bajo los anteriores razonamientos, el Tribunal llegó a la conclusión que el sistema de listas cerradas y bloqueadas afectan el voto libre, porque el ciudadano no puede expresar preferencia o rechazo alguno por los candidatos, sino que está obligado a votar por las listas, tal como las ordenan los partidos políticos. Por ello, al hacer un juicio de ponderación, la finalidad que persiguen los partidos políticos, no justifica la afectación del derecho político de los ciudadanos, al sufragio libre.

La Sala de lo Constitucional, además de declarar inconstitucionales los artículos del Código Electoral que respaldaban el sistema de listas cerradas y bloqueadas, ordenó a la Asamblea Legislativa asegurar el derecho al sufragio activo con plena capacidad

de opción, entre otros aspectos, por ejemplo, que las papeletas deberán diseñarse de tal forma que permitan a los electores identificar claramente a los candidatos de cada partido político y a los candidatos independientes, y les permitan manifestar su preferencia o rechazo por uno o varios de los candidatos de los diferentes partidos políticos y candidatos independientes.

SENTENCIA QUE ORDENA DAR IGUAL TRATAMIENTO A LOS CANDIDATOS PARTIDARIOS Y A LOS NO PARTIDARIOS.

La Asamblea Legislativa, luego de protestar enérgicamente contra la sentencia que ordenaba la regulación de la participación de candidatos no partidarios y el desbloqueo de las listas de candidatos, formó una Comisión en su seno para estudiar la “validez constitucional” de la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional y luego decidir su cumplimiento o no; para ello, convocaron a ‘personalidades’ para que ante la referida Comisión Legislativa expusieran sus diferentes puntos de vista sobre el tema. Las opiniones de las personas seleccionadas no fueron ninguna sorpresa, algunos de ellos, incluido un ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia (militante partidario) sugirió no respetar la sentencia de la Sala de lo Constitucional. Acusaron al tribunal de haber violado la Constitución, amenazaron con promover un antejuicio por prevaricato (interpretación errónea de la ley), insinuaron la remoción de los jueces o la desintegración del tribunal o bien, simplemente desatender la sentencia.

La sociedad civil reaccionó y los estudiantes universitarios, la academia, organizaciones no gubernamentales, las diferentes iglesias, editorialistas y algunos medios de comunicación, respaldaron abierta y públicamente el contenido de la sentencia, además de exigir respeto a las decisiones del tribunal. Se acercaban las elecciones para diputados y se generó incertidumbre sobre el mecanismo de votación y la participación de los no partidarios, pues la normativa que los regulaba había sido declarada inconstitucional y los parlamentarios se negaban a legislar en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

Frente a las presiones ciudadanas, la Asamblea Legislativa aprobó pocos meses antes de las elecciones las *Disposiciones para la postulación de candidaturas no partidarias*, por un lado; y por el otro, reformó la normativa que regulaba las denominadas listas cerradas y bloqueadas. En ambos actos legislativos, se pretendió burlar la sentencia: respecto a las candidaturas no partidarias establecieron requisitos diferentes colocándolos en desventajas respecto a las candidaturas procedentes de los partidos políticos (exigencia de un número elevado de respaldos ciudadanos, fianzas, tiempos cortos para inscribirse, prohibiciones de participar a quienes habían sido diputados en el período anterior, obligación de participar como candidato únicamente en su domicilio, etc.); y con relación a las listas, aunque habilitaban el voto por persona, establecieron una serie de variables en aquellos casos en los que el elector emitiera su voto a favor de dos o más candidatos; de un candidato y la bandera del partido político y otras, que mediante subterfugio prácticamente se volvía a las listas cerradas y bloqueadas.

Ambas normativas de nuevo fueron impugnadas por varios ciudadanos y la Sala de lo Constitucional declaró en sendas sentencias la inconstitucionalidad, exigiendo trato igualitario para los candidatos partidarios y los no partidarios; así como permitir que los electores tengan plena capacidad de opción al votar por uno o varios de los candidatos. También se dijo que cuando un ciudadano decide votar por el partido político se entiende que respalda a la planilla completa y su voto está dirigido equitativamente a todos y no sólo a los primeros de la lista. De modo que la Asamblea Legislativa tuvo de aprobar una nueva legislación ateniéndose a los parámetros dictados en las sentencias.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

Por información filtrada ilegalmente, la Asamblea Legislativa tuvo conocimiento extraoficial que mediante sentencia, la Sala implementaría las candidaturas no partidarias y ordenaría el desbloqueo de las listas de candidatos a diputados, tal como se ha explicado. Ese conocimiento informal motivó a una sesión extraordinaria en el parlamento para aprobar —a medianoche y sin discusión— por todos los partidos políticos, un Acuerdo de reforma constitucional donde establecieron, ahora en la Constitución, lo que antes fue regulado en la ley electoral, declarada inconstitucional.

Contra ese Acuerdo de reforma constitucional se presentó una demanda de inconstitucionalidad y por primera vez en la historia de la Sala de lo Constitucional, declaró que la intención del legislador de reformar la Constitución —materializada por un acto legislativo— en los puntos indicados eran violatorios a la misma, por dos razones fundamentales: la primera, porque los requisitos para ser diputado inciden en el sufragio pasivo y en la participación política, lo que a su vez, forma parte del sistema político. La Constitución prohíbe expresamente las reformas a la misma cuando afecten la forma de gobierno y el sistema político; de modo que en virtud de esa conexión, la Asamblea no está habilitada para introducir tal reforma; la segunda, es porque al haberse reconocido previamente el derecho del ciudadano a tener plena capacidad de opción al momento de votar en elecciones de diputados, se potenció el carácter libre del voto; de manera que volver a obligarle a votar exclusivamente por una bandera del partido político y mediante listas cerradas y bloqueadas, se produciría una regresividad en un derecho fundamental. Como producto de esta interpretación, se ordenó a la Asamblea Legislativa abstenerse de someter a ratificación el mencionado Acuerdo de reforma Constitucional.

Con el intento de los diferentes partidos políticos de retomar el pleno control o monopolio del acceso al cargo público de diputados y de forzar a los ciudadanos a votar mediante listas cerradas y bloqueadas, quedó en evidencia el poco interés de los grupos parlamentarios en fomentar la participación política de los electores. Hay que reconocer que los diferentes partidos políticos tienen un caudal de votantes leales, quienes respaldan y apoyan a ciegas lo que determinan las cúpulas partidarias; es decir, que a tales sectores, les resulta mejor votar por el partido en su conjunto, y no por los candidatos individualmente considerados. Hay sin embargo, otros segmentos de población que están más interesados en analizar el trabajo y la trayectoria personal de cada candidato, más allá de las directrices partidarias. Las sentencias mencionadas buscan dar cobertura y facilitación a la participación política; así, quienes apoyan al partido en su conjunto votan por él respaldando a todos los candidatos; pero quienes apoyan a uno o más, pueden votar estrictamente por los de su preferencia.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CANCELACIÓN DE DOS PARTIDOS POLÍTICOS.

En el año 2004 hubo elecciones presidenciales en El Salvador. En ese momento existía una disposición legal que establecía el requisito de alcanzar cierto porcentaje mínimo (3%) de votos para continuar subsistiendo como partido político. También se establecía que quienes no alcanzaran ese umbral debía procederse a su cancelación.

Algunos partidos políticos —entre ellos los dos más antiguos, el Partido de Conciliación Nacional, PCN y el Partido Demócrata Cristiano, PDC— no lograron obtener el respaldo mínimo para continuar. En lugar de cumplir el mandato legal vigente, el año siguiente, el 2005, la Asamblea Legislativa emitió un Decreto que permitía la subsistencia de los partidos que no alcanzaron el porcentaje mínimo. Un grupo de ciudadanos presentaron demanda de inconstitucionalidad en el 2005 y los magistrados de turno optaron por no

tramitar la demanda permaneciendo archivada durante 4 años. Fue hasta 2009 hasta la llegada de los actuales integrantes, que se tramitó y sentenció en 2010. En la sentencia, la Sala reiteró que las leyes no pueden tener efectos retroactivos, salvo dos casos que la Constitución expresamente así lo reconoce: cuando la nueva ley sea favorable al delincente o cuando se trate de una materia de orden público.

Se sostuvo en la sentencia que como límite al legislador, la irretroactividad implica que las emisiones normativas futuras no pueden calificar jurídicamente los actos o hechos pretéritos de los individuos o instituciones públicas, de manera que se altere la regulación que correspondería aplicar, según el ordenamiento que estuvo vigente en el momento en que aquella tuvo lugar o se consumó.

El tribunal analiza en la sentencia si el hecho que dos partidos políticos no hayan alcanzado los votos necesarios para subsistir es una materia que debe calificarse de orden público que amerite otorgar efecto retroactivo. Esa calificación de “orden público” y por ende retroactivo, no queda únicamente a discrecionalidad del legislador, sino que también compete a la Sala de lo Constitucional —por tratarse de materia constitucional— proceder al análisis de tales normas para determinar si una ley puede ser aplicada a situaciones pasadas. Se niega pues que la situación planteada sea de orden público, pues, si se aceptara que preservar por siempre y en todos los casos los derechos políticos adquiridos, tienen esa cualidad, no podrían hacerse efectivas las intervenciones legítimas sobre los mismos, ni activarse el dinamismo democrático en la creación y disolución de los partidos políticos.

Consecuentemente, se dijo en la sentencia, ese Decreto que habilitaba la subsistencia desconoce y anula la voluntad del cuerpo electoral que se decantó por el rechazo tácito a la oferta de aquellos. En tal sentido, se ordenó al Tribunal Supremo Electoral tramitar el proceso de cancelación de dichos partidos políticos.

Esta sentencia de nuevo provocó un sismo político; los dirigentes partidarios arremetieron otra vez contra la Sala de lo Constitucional, acusaron a sus integrantes de violar la Constitución y algunos propusieron otra vez la remoción de sus integrantes. Finalmente, el Tribunal Supremo Electoral, en cumplimiento de la sentencia ordenó la cancelación de los referidos partidos políticos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS ELECCIONES DE SEGUNDO GRADO

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS ELECCIONES DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL.

El artículo 208 de la Constitución establece que el Tribunal Supremo Electoral estará integrado por cinco magistrados: tres de ellos procederán de las ternas que propongan los tres partidos políticos que hubiesen alcanzado el mayor número de votos en la última elección presidencial; los dos restantes surgirán de las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia. En la elección presidencial de 2009, se produjo un fenómeno inusual: solo compitieron dos partidos políticos, pues el resto de participantes decidieron retirar su candidatura a poco más de un mes antes de realizarse las elecciones.

Sin embargo, el tercer magistrado —propietario y suplente— fue propuesto al Pleno de la Asamblea Legislativa precisamente por los partidos políticos que había retirado su postulación. Ambos funcionarios eran miembros afiliados y con cargos directivos dentro de los partidos políticos proponentes. Un ciudadano presentó demanda de inconstitucionalidad.

El constituyente no contempló la posibilidad que en unas elecciones presidenciales únicamente tuviesen participación dos partidos políticos, sino que destinó tres plazas en el Tribunal Supremo Electoral para aquellos que además de participar obtuvieron al menos el tercer lugar en tales elecciones.

La Sala dictaminó que por la existencia de una laguna en la Constitución, no se puede afirmar que haga falta un parámetro para enjuiciar la actuación de los poderes públicos; pues en este caso será la jurisdicción constitucional, la que acudiendo a los principios y valores de la Ley Suprema, determine el sentido de las obligaciones de estos poderes, tomando en cuenta las normas y principios subyacentes al sistema involucrado, a fin de hacer valer la fuerza normativa de la Constitución.

En el presente caso, efectivamente la Constitución no previó cómo resolver esta situación: si un partido político que no participó en la elección presidencial puede proponer un candidato como magistrado al Tribunal Supremo Electoral, y si el mismo puede tener afiliación partidaria.

Se sostuvo, que la jurisdicción constitucional, acudiendo a los principios y valores de la Ley Suprema debe determinar el sentido y alcance de aquella disposición. Se estableció la conexidad que debe existir en el sistema democrático representativo y el respeto a la voluntad del electorado expresado en las elecciones presidenciales; así como también la influencia que tiene el pueblo en las elecciones indirectas o de segundo grado. Se consideró que los magistrados propuestos por los partidos políticos gozan de una legitimidad democrática previa al haber alcanzado —el partido proponente— al menos el tercer lugar en la elección presidencial. De modo que si el candidato surge de un partido que no participó en la elección presidencial, carece de aquella legitimidad previa y debe acudir al nombramiento de una persona que no tenga afiliación partidaria.

Esta sentencia —emitida en mayo de 2011— es la primera en la que se analiza el tema de si la afiliación partidaria es compatible con el ejercicio de ciertos cargos públicos. La última —dictada en octubre de 2013— ha sido contra la elección del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que se tratará adelante.

En síntesis, tras declarar la inconstitucionalidad del decreto legislativo que contiene la elección del tercer magistrado propietario y suplente, el efecto de la sentencia fue la separación inmediata del cargo y se ordenó a la Asamblea Legislativa proceder al nombramiento de quienes habrán de sustituirles, entre candidatos sin afiliación partidaria.

INCONSTITUCIONALIDAD DE ELECCIONES DE MAGISTRADOS DE LA CSJ EN 2006 Y 2012 Y DEL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA.

El proceso de elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia tiene dos fases bien marcadas: en la primera, por un lado, las diferentes asociaciones de abogados proponen candidatos y la Federación de Asociaciones de Abogados realiza un proceso de elección en el que participan todos los abogados del país; los 15 candidatos que obtengan mayor número de votos integran una lista. Por otro lado, el Consejo Nacional de la Judicatura (integrada por 7 miembros: 3 representantes de los abogados, uno del Ministerio Público, uno de la Universidad Nacional, uno de las Universidades privadas y uno de los jueces), tras un procedimiento que incluye convocatoria, postulación y deliberación, propone otra lista de 15 candidatos. Con el envío de los 30 aspirantes a la Asamblea Legislativa se agota la primera fase. La segunda, se produce y agota en la Asamblea Legislativa, donde deben concurrir al menos 56 votos favorables (de los 84 diputados), es decir, dos tercios de diputados; este número de votos no los reúne ningún partido político y por ello deben existir acuerdos inter partidarios, para elegir 5 magistrados propietarios y 5 suplentes (de los 15 que integran la CSJ).

Los anteriores procesos de elección se llevan a cabo cada tres años, tiempo en el que vencen los nueve años correspondientes al período de funciones a igual número de magistrados.

En la legislatura 2003-2006, el partido de derecha Alianza Republicana Nacionalista, ARENA y sus aliados eligieron un tercio de magistrados pocos días antes que la Asamblea

Legislativa concluyera su mandato. Esa misma legislatura había realizado otra elección similar en el 2003. Es decir, que una legislatura cuya duración es de 3 años, eligió dos tercios de magistrados. La izquierda, entonces en oposición, cuestionó públicamente ese proceder de sus adversarios políticos.

Por otro lado, en la legislatura 2009-2012, el partido de izquierda Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, FMLN (actualmente en el gobierno) y sus aliados, eligieron un tercio de magistrados al inicio y otro tercio al final de su mandato. La derecha, ahora en oposición, rechazó duramente dicha elección.

En el 2012, se presentaron dos demandas de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos de elección de los magistrados de la CSJ en los años 2006 y 2012, por vulneración al principio de legitimación popular indirecta, previsto en el art. 186 inciso 2º de la Constitución, en relación con los principios de soberanía popular y gobierno representativo contemplados en los arts. 83 y 85 Cn.

El planteamiento de los demandantes estuvo orientado a que el tribunal determinara si una legislatura puede conforme a la Constitución, realizar dos elecciones de magistrados para la Corte Suprema de Justicia, tomando en consideración el contenido de los principios constitucionales anunciados.

La sentencia desarrolla diferentes principios constitucionales para llegar a la soberanía, ejercida por el pueblo, lo que hace posible la incidencia de los ciudadanos en la vida del Estado; es decir, que los funcionarios públicos ejercerán sus funciones estatales en representación y beneficio del pueblo. Así también, dentro de las garantías en un Estado constitucional se encuentra la independencia judicial, que asegura la pureza de criterios técnicos en los casos sometidos al conocimiento de los jueces y magistrados. Y esa independencia de los jueces en parte viene influenciada por la forma o procedimiento de su elección.

El sistema de democracia representativa que rige en El Salvador supone que el pueblo debe elegir a sus representantes por medio de elecciones periódicas, quienes así legitimados deberán actuar en favor de todos los ciudadanos, y no de sectores o grupos determinados; estos procesos permiten el control por parte de los ciudadanos y reduce las posibilidades de conductas arbitrarias.

Los gobernantes salvadoreños pueden ser electos por dos vías: por elección directa o de primer grado (Presidente de la República, Diputados y Alcaldes) y por elecciones indirectas o de segundo grado (magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte de Cuentas y Fiscal General de la República, entre otros), éstas últimas realizadas por los representantes: Presidente de la República o por los Diputados de la Asamblea Legislativa. De allí que los funcionarios de elección indirecta deriva de los postulados de la democracia representativa; tales funcionarios también son delegados del pueblo, aunque éste se exprese a través de sus representantes. De modo que la legitimidad democrática ni la relevancia de las atribuciones y competencias se pierden por la diferente forma de elección. El carácter republicano que pregonan nuestra Constitución, reconoce la existencia de tres órganos fundamentales que ejercen controles recíprocos, sin que ello esté relacionado con la forma que sus titulares han sido electos. El ejercicio del derecho político al sufragio permite a los ciudadanos evidenciar sus preferencias políticas y la posibilidad de influir en la organización del Estado y ser determinante en la política nacional.

De esa manera, el tribunal formula una vinculación entre las elecciones de primer grado y su incidencia con las de segundo grado; es decir, que el ejercicio periódico del sufragio con el período de ejercicio de atribuciones de las elecciones de segundo grado, están articulados por la Constitución con los períodos legislativos.

Los actuales tiempos, modos y períodos de elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia surgieron a partir de las reformas constitucionales originadas por los Acuerdos de Paz entre el gobierno y la guerrilla, en 1992. Uno de los temas centrales

en los referidos Acuerdos fue precisamente garantizar la independencia judicial, permitiendo al soberano incidir periódicamente en la integración de la Corte Suprema.

Los diputados de la Asamblea Legislativa son electos cada tres años, cuyas funciones comienzan el primero de mayo del año de su elección; luego, corresponde realizar el proceso de elección de magistrados de la Corte Suprema, quienes comienzan sus funciones a partir de julio del mismo año de la elección de los diputados; así se produce una lógica sincronía temporal que permite entender que cada legislatura tiene una competencia para elegir un tercio de magistrados. De lo contrario, si una misma legislatura realiza dos elecciones, al principio y al final del mandato, no sólo le impediría a la siguiente ejercer dicha atribución, sino que se desconocería la última voluntad popular expresada en las urnas; en otras palabras, se daría el absurdo que un mandato legislativo que está por concluir, asume la atribución de integrar parcialmente el gobierno judicial.

En síntesis, la Sala de lo Constitucional ha interpretado que una misma legislatura no está habilitada constitucionalmente a elegir en más de una ocasión una tercera parte de la composición de la Corte Suprema.

Por otra parte, en la misma sentencia se analiza si la Asamblea Legislativa tiene facultades para trasladar a un magistrado de la Sala de lo Constitucional a otra de las Salas dentro de la misma Corte Suprema. Dicho análisis tiene como base el mismo decreto impugnado, pues contenía el traslado de uno de los integrantes de la Sala de lo Constitucional. En la sentencia se insiste en que uno de los competentes para garantizar la independencia es la inamovilidad en el cargo durante el período de elección. Se considera atentatorio a la Constitución el hecho que para evitar el control o para reprimir actuaciones de los jueces constitucionales, el órgano elector decida el traslado o la destitución arbitraria de uno de sus integrantes.

En consecuencia, fueron declarados inconstitucionales los decretos legislativos mediante los cuales se nombraron cinco magistrados propietarios y cinco suplentes, tanto en los años 2006 como en el 2012. Así también, se ordenó a la Asamblea Legislativa proceder a la elección conforme a la Constitución.

La Asamblea Legislativa, a través de los grupos parlamentarios que realizaron la elección, se negaba a cumplir la sentencia de inconstitucionalidad e insistía públicamente que los magistrados electos —en abril de 2012— debían asumir los cargos y desatender la sentencia de la Sala de lo Constitucional. Entre los meses de abril y julio de 2012 se produjeron fuertes tensiones institucionales, en especial al interior de la Corte Suprema de Justicia, con grandes expectativas de si los magistrados electos en esas circunstancias, tomarían o no, posesión de sus cargos.

De acuerdo con la Ley Orgánica Judicial, el Pleno de la Corte Suprema solo puede instalarse previa convocatoria del Presidente de dicho órgano. Obviamente, el Presidente saliente —miembro del tribunal que dictó la sentencia— no haría tal convocatoria por haber sido declarada inconstitucional la elección de los magistrados. Para soslayar ese obstáculo legal, a última hora la Asamblea Legislativa aprobó un decreto transitorio para establecer que no era necesaria la convocatoria del Presidente, sino también podía instalarse a petición de algunos magistrados. Dicho decreto fue sancionado por el Presidente de la República y lo hizo publicar inmediatamente para que el día de la toma de posesión —primero de julio— estuviese vigente. Llegado ese día, en un acto penoso que quedará para la historia judicial, los magistrados declarados inconstitucionales, acuerpados por la policía y las fuerzas armadas, grupos sindicales afines al partido de gobierno y con los líderes de los partidos políticos que realizaron la elección, ingresaron en manifestación al palacio judicial. En las afueras de los edificios se instaló una tarima, donde el Presidente de la Asamblea Legislativa y otros diputados alzaron las manos en señal de victoria, al recién nombrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia y a una magistrada.

La Sala de lo Constitucional se mantuvo firme en la decisión y no reconoció ninguna legitimidad a los magistrados que así llegaron al edificio de la Corte Suprema. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia declarado inconstitucional, violentó cerraduras para ingresar al despacho. Los “magistrados” electos declarados inconstitucionales se presentaban a las oficinas, pero nadie —excepto la Asamblea Legislativa— les reconocía ninguna autoridad. Ante esa parálisis, a la Asamblea Legislativa se le ocurrió acudir a un tribunal regional desprestigiado y manipulado políticamente por la izquierda: la Corte Centroamericana de Justicia, con sede en Managua, Nicaragua. Ante ese tribunal, con competencia en materia de integración humana, económica, social y cultural en el ámbito centroamericano, se presentó una demanda contra la Sala de lo Constitucional de El Salvador buscando anular aquella sentencia.

La Corte Centroamericana de Justicia se arrogó competencia de tribunal “constitucional supranacional”, y mediante sentencia determinó que la elección de magistrados en El Salvador se realizó conforme a la Constitución, por lo que habilitó a los funcionarios a asumir los cargos mencionados. Por otro lado, la Sala de lo Constitucional desconoció dicha competencia, pues la Carta Magna atribuye a la Sala como el “único tribunal” competente en esta materia y excluye la posibilidad de cualquier otro que revise una sentencia.

En virtud de lo anterior, la Sala declaró inaplicable por ser contrario a la Constitución, la resolución emanada de la Corte Centroamericana de Justicia y se reiteró la obligación constitucional de la Asamblea Legislativa de cumplir con la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, tal como se le había ordenado.

Por los mismos motivos —que una misma legislatura realizó dos elecciones— también fue declarado inconstitucional el decreto legislativo mediante el cual se eligió al Fiscal General de la República.

Siendo que la sentencia dictada por la Corte Centroamericana de Justicia no produjo ningún efecto jurídico, la Asamblea Legislativa procedió a elegir de nuevo a los magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia y al Fiscal General de la República.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA.

Los magistrados de la Corte de Cuentas son electos también por la Asamblea Legislativa; es la institución encargada de fiscalizar los fondos públicos, para un período de tres años, ejercen jurisdicción, deben ser independientes, de honradez y competencia notorias, todo de conformidad con la Constitución.

El proceso constitucional se circunscribió en constatar si en la elección de los magistrados de la Corte de Cuentas se habían observado los requisitos constitucionales de honradez y competencia notorias. La Sala aclaró que no tiene atribuciones para verificar si los funcionarios electos cumplen o no con tales requisitos, pues ello corresponde exclusivamente al órgano elector. Pero sí tiene facultades para constatar si la Asamblea *estableció y documentó* las razones por las cuales consideró que concurrían tales cualidades y cuya ausencia violentaría el art. 198 de la Constitución.

En la sentencia se desarrolla ampliamente el rol que juegan los magistrados de la Corte de Cuentas, como fiscalizadores de los fondos públicos, controla los gastos públicos y detecta las desviaciones, ocultamientos, ineficiencias o malversaciones, con el objeto de ser corregidas y en su caso castigadas, previo juicio de cuentas o patrimoniales. Asumen el papel de guardián de la integridad financiera del Estado. Por ello es imperativo que sus magistrados no tengan ninguna afiliación partidaria que impida u obstaculice su independencia e imparcialidad al momento de juzgar casos en los que se vean implicados sus correligionarios o adversarios políticos. El Tribunal reitera de nuevo en esta sentencia, la imperiosa necesidad de independizar a las instituciones de la política partidista,

especialmente aquellas que ejercen control, como la Corte de Cuentas. Se sostuvo lo anterior, porque uno de los magistrados fungía simultáneamente como Presidente de un partido político y actuaba en representación del mismo en diferentes actividades públicas.

La Asamblea Legislativa al valorar la honradez y competencia notorias de los candidatos, debe tener en cuenta las incompatibilidades que resultan de la naturaleza de la función; así, resulta un impedimento ético y constitucional que personas que ostenten cargos de dirección o representación de los partidos políticos puedan ser magistrados de la Corte de Cuentas. Los requisitos constitucionales —honradez y competencia— son conceptos indeterminados que deben llenarse de contenido; así, la Sala ha interpretado lo primero como *“la probidad, honestidad, vocación de servicio, compromiso institucional, independencia — que implica separación de los diversos órganos e instituciones, así como de los partidos políticos— y rectitud requeridas para desempeñar con dignidad la investidura; y lo segundo, como la cualificación técnica y profesional —empírica o académica— requeridas para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo o empleo.”*

Pero la concurrencia de las anteriores cualidades no debe quedar a la apreciación subjetiva de los diputados de la Asamblea Legislativa, sino que está obligada a acreditar, documentar y comprobar su cumplimiento en un procedimiento revestido de publicidad y transparencia, en el que haya tenido también participación la sociedad; dicha exigencia deriva de mandatos previstos en el Reglamento Interior de ese órgano de gobierno.

En el proceso constitucional quedó documentado que los tres magistrados tenían en su conjunto más de 35 expedientes en diferentes instituciones, como la Fiscalía, la Procuraduría, Tribunal de Ética Gubernamental e incluso en la misma Corte de Cuentas: algunos expedientes fenecidos, otros con sentencias absolutorias, otros con sentencias condenatorias contra las que se habían interpuestos recursos, etc.

Respecto a los expedientes negativos que pesaban sobre los magistrados electos, la Asamblea Legislativa invocó que concurría en ellos el principio de presunción de inocencia, puesto que ninguno tenía sentencia condenatoria firme. Sobre ello, la Sala sostiene que esa garantía opera para los procesos administrativos o judiciales, no para un proceso de selección de funcionarios; así, no puede sostenerse que constituye una sanción el hecho de no resultar electo y en todo caso, tal principio también operaría a favor de todos los candidatos.

En síntesis, el reproche constitucional a la Asamblea Legislativa consiste en no haber justificado y fundamentado las razones por las que, a pesar de la prueba documental incorporada —expedientes negativos—, los candidatos seguían siendo idóneos para desempeñar la función pública en la Corte de Cuentas. En otro sentido, se concluyó que el órgano elector no cumplió con su obligación de justificar que los funcionarios llenaban los requisitos de *honradez y competencia notorias; que la información no contradecía abiertamente el perfil para el cargo o que los mismos carecían de trascendencia, por lo que tal procedimiento no satisface los requisitos del art. 198 Cn* y fue declarado inconstitucional el decreto respectivo.

En esta sentencia que se comenta, pronunciada en enero 2013, la Sala decidió modular sus efectos temporales, a fin de que los magistrados continuasen en los cargos (para evitar la acefalia institucional) hasta que la Asamblea realizara una nueva elección, siguiendo los parámetros establecidos en la misma, sin que sobrepasara el mes de marzo del mismo año; cumplido el plazo, sin que se hubiese realizado la elección —se sostuvo— serían separados de tales cargos; por otro lado, se reconoció la validez de los actos realizados con anterioridad y hasta el plazo otorgado.

Tres días antes del vencimiento del plazo concedido para el nombramiento, la Sala dentro de la ejecución de su sentencia solicitó a la Asamblea Legislativa que informase acerca del proceso de elección y le recordó los parámetros establecidos en la sentencia.

Un día antes de la elección, la Directora de Actas y Afiliación de un partido político (del mismo al que pertenecía uno de los magistrados invalidados) renunció públicamente al partido para anunciar su interés en participar en el proceso de elección de magistrados a la Corte de Cuentas. En efecto, la Asamblea la nombró a ella y reiteró el nombramiento de los dos restantes, sin haber justificado las razones de su idoneidad.

Por su parte, la Sala consideró que la renuncia al partido político para ser al día siguiente electa magistrada de la Corte de Cuentas constituía un fraude a la Constitución, por un lado; y por el otro, que la Asamblea Legislativa continuaba sin justificar la idoneidad de los dos restantes. Consecuentemente se tuvo por no cumplida la sentencia dictada en enero 2013 y se ordenó de nuevo a la Asamblea elegir conforme los parámetros de la misma. También se determinó que había precluido el plazo otorgado para el nombramiento y los magistrados debían ser separados inmediatamente.

Dos meses más tarde, la Asamblea Legislativa volvió a elegir (y juramentar) por tercera ocasión a dos de los mismos magistrados sin justificar la idoneidad, como lo ordenaba la sentencia; además, nombró a un tercer magistrado, que abruptamente fue propuesto a medianoche al Pleno de la Asamblea por ciertos diputados y sin seguir ningún procedimiento previo procedieron a su elección. Por tercera vez se declaró que la elección realizada en horas de la madrugada no cumplía los términos de la sentencia, por lo tanto se ordenó realizar un nuevo proceso de elección.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL MINISTRO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA Y DEL DIRECTOR DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

En este proceso, los ciudadanos demandantes consideraron que el acto de nombramiento del Ministro de Justicia y Seguridad Pública y del Director General de la Policía Nacional realizados por parte del Presidente de la República, contradecía disposiciones expresas de la Constitución, las cuales ordenan la separación entre la seguridad pública y la defensa nacional, la independencia de la policía respecto a la fuerza armada y la obligación de que la dirección de la policía esté a cargo de autoridades civiles. El asunto tiene trascendencia porque ambos titulares —Ministro de Justicia y Seguridad Pública y el Director General de la Policía— ostentan un grado militar (generales del ejército).

Conviene hacer un recuento sobre los antecedentes inmediatos. Uno de los puntos álgidos en el proceso de paz en El Salvador fue precisamente la reestructuración de la fuerza armada; institución que antes de tales Acuerdos de Paz tenía bajo su mando tanto la defensa nacional como la seguridad pública.

En las reformas constitucionales derivadas de los Acuerdos de Paz de 1992, para los fines que nos interesa, establecen: por un lado, el art. 159 incisos 2º y 3º Cn que *“La Defensa Nacional y la Seguridad Pública estarán adscritas a Ministerios diferentes. La seguridad Pública estará a cargo de la Policía Nacional Civil, que será un cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista”*. *“La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo las funciones de policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos”*.

Por otro lado, el art. 168 atribución 12º Cn contempla dentro de las atribuciones del Presidente de la República *“Disponer de la Fuerza Armada para la Defensa de la Soberanía del Estado, de la integridad de su territorio...”*

Finalmente, la atribución 17º del mismo art 168, establece que corresponde al Presidente *“Organizar, conducir y mantener la Policía Nacional Civil para el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como en el rural, con estricto apego al respeto a los Derechos humanos y bajo la dirección de autoridades civiles”*.

En la sentencia se explica con claridad los roles que juegan en los ámbitos jurídicos y políticos la defensa nacional y la seguridad pública: la primera garantiza la seguridad del Estado frente a agresiones externas que pongan en peligro la soberanía, la independencia y la integridad del territorio; la segunda, se manifiesta como la investigación, prevención y en su caso la represión de la violencia contra la sociedad a través de hechos calificados como delitos. Se plantea el riesgo que implica confundir las tareas mencionadas y la militarización de la seguridad pública; es decir, someter a la disciplina militar a los cuerpos de seguridad y que su estructura funcione como si fuese un ejército.

La desmilitarización de la sociedad y la nueva concepción de una policía civil inserta en la sociedad, son los ejes planteados en los Acuerdos de Paz y que condujeron a las reformas constitucionales en esta materia, cuidándose de dejar claramente delimitadas las áreas de defensa nacional y seguridad pública.

Conforme a los Acuerdos de Paz, dentro de las autoridades civiles bajo cuya dirección se encuentra la policía están: el Presidente de la República, el Ministro y vice Ministro de Justicia y Seguridad Pública, el Director General de la Policía Nacional Civil, los Sub Directores Generales, el Inspector General, los Jefes de División y los Jefes de las Delegaciones departamentales. De tales Acuerdos se deduce claramente la prohibición de confiar a mandos militares la conducción de la policía nacional civil.

La Constitución establece claramente que debe existir separación orgánica y funcional entre los distintos ministerios que se ocuparán de la defensa nacional y de la seguridad pública; la duda se presenta sobre si también debe existir una delimitación subjetiva, es decir, si es posible que un militar conduzca la seguridad pública y en su caso, si es indiferente que tal militar se encuentre de alta o de baja dentro del ejército.

La interpretación que hizo el tribunal sobre los Acuerdos de Paz, como fuente material histórica y el espíritu de las reformas constitucionales que se produjeron a raíz de aquellos, permiten inferir que la policía no puede ser dirigida por militares, dada su doctrina, preparación, disciplina y objetivos que persiguen.

El Presidente de la República, en defensa de los nombramientos impugnados sostuvo que ambos “generales” no se encuentran activos, sino que han causado baja del ejército; a su juicio, la prohibición constitucional es únicamente para “militares activos”.

El tribunal consideró que la postura del Presidente es impertinente, pues el asunto a decidir es si los funcionarios cuyos nombramientos han impugnado son militares o no; por ende, no es relevante determinar cuál es o fue su escalafón, ni la situación o calidad que tienen o tuvieron dentro del estamento militar. En la sentencia se sostiene *“aunque de baja, la disciplina y doctrina militar, la política y todos los ámbitos de la vida estatal producto del entrenamiento castrense son inmanentes a los militares, de modo que difícilmente puede aceptarse que el acto formal de dar baja a un militar puede despojarlo de su preparación, entrenamiento y método de enseñanza y aprendizaje caracterizado en la jerarquía, en la disciplina y en la afinidad de sistemas logísticos y de estrategias bélicas. Esta formación es compatible solamente con las funciones que le corresponden por su propia naturaleza: la defensa de la soberanía y de la integridad territorial.”*

Consecuente con lo anterior, la Sala declaró inconstitucionales los nombramientos del Ministro de Justicia y Seguridad Pública y del Director General de la Policía Nacional Civil, porque su condición de militares al frente de la seguridad pública contraviene las disposiciones constitucionales que contemplan: la separación de funciones de defensa nacional y seguridad pública; la independencia de la policía respecto a la fuerza armada y la obligación de que la dirección de la policía esté a cargo de autoridades civiles. El efecto de esta decisión fue la separación inmediata de los referidos funcionarios.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Como se explicó al comentar otra sentencia de inconstitucionalidad contra la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia en 2012 y después de fuertes tensiones, en agosto de ese año, la Asamblea Legislativa finalmente repitió la elección y nombró como Presidente de la misma a José Salomón Padilla, un abogado ajeno a la carrera judicial, con antecedentes de haber trabajado con una alcaldía gobernada por el partido de izquierda FMLN, luego como abogado de la empresa Alba Petróleos.

Pocos meses después de tomar posesión de su cargo, se presentó una demanda de inconstitucionalidad de su elección ante la Sala de lo Constitucional — Tribunal presidido por el propio magistrado Padilla—, se ordenó su separación del caso por razones obvias, y en su lugar se llamó a una magistrada suplente.

La sentencia de inconstitucionalidad del Presidente de la Corte Suprema de Justicia quizá esté más directamente vinculada a la actividad de los jueces, pues el motivo de impugnación a su elección es la violación al principio constitucional de independencia judicial debido a su vinculación política partidaria.

Tanto la Asamblea Legislativa, como autoridad demandada; el Fiscal General de la República, como interviniente en esta clase de procesos y el propio magistrado Presidente Padilla, negaron que exista una prohibición expresa o incompatibilidad entre dicho cargo y el de pertenencia política partidaria.

En primer lugar, la Sala acudió a sus propios precedentes jurisprudenciales citados en este artículo —inconstitucionalidad de la elección del magistrado del Tribunal Supremo Electoral e inconstitucionalidad de la elección de los magistrados de la Corte de Cuentas de la República— en los que se estableció que la Asamblea Legislativa no puede elegir como funcionarios públicos al frente de las instituciones que ejercen control, a personas vinculadas (afiliados o con cargos de dirección) con partidos políticos. Este precedente incluye a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que en el presente caso está específicamente referido a la “afiliación partidaria”, entendido como el vínculo jurídico que determina una relación de derechos y obligaciones entre el afiliado y la institución a la que se afilia.

Conforme a la Ley de Partidos Políticos —art 35 inciso 4º— establece que los afiliados *aceptan los estatutos, los fundamentos partidarios, los programas de acción y las plataformas políticas electorales*. Sin duda, se sostiene en la sentencia, que el riesgo de la pérdida de independencia se intensifica cuando la Sala de lo Constitucional enjuicia un acto de autoridad —Asamblea Legislativa, Presidente de la República, Ministros, Presidentes de instituciones autónomas, etc.— que pertenece al mismo partido al que está afiliado el juzgador, o al de un adversario político.

La insistencia del tribunal en que debe independizarse las instituciones de la política partidista, deriva también del mandado previsto en el art. 218 Cn *“los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada. No podrán prevalerse de sus cargos para hacer política partidista”*.

Otro argumento a favor de la incompatibilidad entre un juez y la afiliación partidaria se encuentra en el art. 26 de la Ley de la Carrera Judicial que establece *“el ejercicio de un cargo de la carrera es incompatible con la participación política partidista...”*. En el mismo sentido, el Código Iberoamericano de Ética Judicial establece en su art. 4 que *“la independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera de actividad política partidaria.”*

Finalmente, uno de los argumentos que tuvo mucho peso en la decisión del tribunal, es que la exposición de motivos de la Constitución al desarrollar las incompatibilidades

especiales para ciertos cargos contempla expresamente que *“En cuanto al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, es obvio que su cargo es absolutamente incompatible con toda actividad de orden partidista”*

En la sentencia no se desconoce que en este tema coexisten otros derechos constitucionales en juego: asociarse a partidos políticos y el de optar a cargos públicos. Sin embargo, también la misma Carta Magna prohíbe el ejercicio de estos derechos a ciertas personas: militares en servicio activo, miembros de la policía nacional civil y a los ministros de cultos religiosos. Esto significa que aquellos derechos constitucionales —asociarse a partidos políticos y optar a cargos públicos— no tienen carácter absoluto. De allí se concluye que son incompatibles ciertas funciones con las de afiliación partidaria, entre ellos, la función del juez, quien debe ejercerla con independencia e imparcialidad.

En el proceso se acreditó de manera suficiente la afiliación partidaria del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, especialmente por el reconocimiento público del mismo funcionario acerca de su pertenencia al partido de gobierno y por haberlo ratificado así dentro del mismo proceso.

Los integrantes de la Sala de lo Constitucional, como integrantes de la Corte Suprema de Justicia, tampoco desconocían las situaciones internas de favorecimientos a miembros del mismo partido político del Presidente; nombró en los mandos medios de dicho órgano de gobierno, a personas ideológicamente cercanas al partido, y se advirtió que dadas las atribuciones administrativas —más allá de las jurisdiccionales— también existe riesgo, como se pudo constatar en el poco tiempo que fungió en el cargo, de disponer las plazas vacantes al servicio de intereses partidarios.

En consecuencia, se declaró inconstitucional el Decreto Legislativo mediante el cual se eligió Presidente de la Corte Suprema de Justicia al abogado José Salomón Padilla y por ende, inmediatamente fue separado de su cargo, porque su vinculación política partidaria transgrede el principio de independencia judicial con respecto a los partidos políticos.

A la vista de las sentencias que se han comentado en el presente artículo, puede advertirse que a los Tribunales o Salas Constitucionales les corresponde ejercer el control constitucional del poder político y asumir el papel de último intérprete de las normas primarias; tales interpretaciones deben hacerse desde la absoluta independencia, objetividad e imparcialidad; pero también con la conciencia de la posibilidad real que en estas incipientes democracias, una sentencia incómoda a aquél poder puede significar, entre otros efectos, la pérdida del cargo, como ocurrió recientemente con los jueces constitucionales del vecino país de Honduras. De allí que es indispensable que los ciudadanos se conviertan en vigilantes de los actos de sus representantes, ya sea al momento de emitir el sufragio revocando mandatos o interponiendo demandas de inconstitucionalidad. Estas son las dos únicas vías civilizadas y legítimas reconocidas al soberano.

APUNTES*

• Consejo General del Poder Judicial: una presidencia multiuso

El Consejo de Ministros, por Real Decreto 108/2014, de 21 de febrero, designó al presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial para presidir la delegación que debía asistir a la ceremonia en la que el papa investiría a los 19 nuevos cardenales. Es decir, la cabeza visible de la más alta instancia judicial y del órgano encargado constitucionalmente de defender la independencia de los jueces, *comisionado del gobierno* y, además, para participar, de esta peculiar manera oficial, en *un acto religioso*. Dos connotaciones que, a su vez, hacen el encargo chocante en las dos acepciones de este vocablo en el Diccionario. En la primera, porque colisiona violentamente con los principios, y antes aún con la estética y la ética, de la independencia y la laicidad y con el perfil cultural que debiera lucir en la actitud de quien ocupa un cargo de ese relieve. Y en la segunda, porque causa extrañeza. Aunque quizá solo en principio, ya que está por ver si, a estas alturas (más bien *bajuras*) algo que proceda de esa institución desdichada podría producir ese efecto.

De todas formas, hay dos preguntas necesarias. Dado que, según el texto del real decreto, el nombramiento gubernamental recayó en el presidente del Tribunal Supremo, instancia judicial que, por ello, también *estuvo* en Roma *con él*: ¿acaso fue consultada? Pues ¡qué menos! Y el mismo interrogante tiene que proyectarse sobre el Consejo (siquiera en su componente *presencial*), asimismo afectado.

No se sabe de ninguna de las dos cosas, pero hay buenas razones para inferir que ni una ni otra. Porque, si uno de los méritos de Lesmes para acceder a su dedicación actual fue la implicación en tareas del gobierno en dos legislaturas, y la estrecha colaboración con el ministerio de Justicia en una tercera, podría haberse creado en el un hábito, es decir, un inercia consuetudinaria que le haga ver como algo normal este género de contribuciones. Y porque el marcado carácter presidencialista impreso en el cargo por la nueva ley empujaría también en idéntica dirección.

La prensa ha informado de que Lesmes hizo frente al gasto del propio desplazamiento y del de su esposa, que le habría acompañado. Pero la *excusatio* acusa un patente desenfoque. En efecto, porque, aun siendo anómalo que en un caso como este el gobierno designe y encargue, es normal, sin embargo, que si lo hace corra con los costes. Lo que ocurre es que, en el supuesto a examen, *el capital* administrado y tan mal invertido por Lesmes no es dinerario, sino de sensibilidad constitucional y jurídico-cultural, y de ejemplaridad. Bienes particularmente escasos, de los que, después de este viaje, queda todavía menos.

• ¿Pero es que va a quedar algo en pie?

Tambaleante la sanidad, concebida y administrada como fuente de negocio, por quienes están con un pie en la *pública*, (solo) mientras consolidan *la privada*; gestio-

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

nando una política que empieza a producir sus previsibles efectos colaterales, bajo la forma de ancianos que agonizan y mueren en el pasillo de un hospital.

Con el trabajo, convertido constitucionalmente en derecho con tanto esfuerzo, y que incluso había llegado a tener algo de esto en la práctica, camino no ya de mercancía, que lo era, sino de artículo de *outlet* y de concesión graciosa en régimen de cuasi beneficencia.

Con el *derecho a la vida* en vías de reconocimiento exclusivo para el nasciturus, que, eso sí, en cuanto salga: ¡zás! Y con la mujer recuperando su vieja condición de mecanismo reproductivo y ofrecida en sacrificio por un ministro en pleno ataque de *roucosis* hiperaguda sobrevenida. Una enfermedad antigua tenida por rara, que ha debutado últimamente con un elevado repunte estadístico y con manifestaciones sintomáticas de una exuberancia espectacular.

Con el orden público en manos de quienes no conocen otro medio de hacer frente a la «actual dinámica social», que no sea comprar un *camión-botijo* valorado en 493.680 euros, acompañándolo de una ley que —haciendo de Corcuera un liberal— *disparará* contra la gente del mismo modo que aquel, solo que no precisamente agua. Y, hablando de disparar, ¿qué decir del lanzamiento de pelotas de goma y botes de humo sobre el charco donde pugnaba por mantenerse a flote un puñado de subsaharianos? Los responsables, ya se ha visto: que no, que en absoluto; cuando se ha demostrado que sí, que sí. La gente sensible: que no hay palabras. Y todo esto, mientras se espera que también el orden público consume su tránsito a *la privada*, donde ya emprende, exitoso, algún exministro del ramo...

Con un programa de atención a las dependencias, consistente en ralentizar hasta el límite el reconocimiento de las prestaciones, en virtud de un curioso descubrimiento: de este modo disminuye esencialmente la presión de la demanda. ¡Hay que ver lo eficaz que puede ser la economía, cuando se trata de sacar de apuros a la política!

Mientras tanto, el aquelarre de las cuentas en Suiza y las dobles contabilidades, de los más aparatosos indicios de corrupción, en continuo *in crescendo*, en cantidad y calidad.

Mas con todo, era como si aún faltase algo. Como si este cuadro siniestro estuviera por terminar. Y, mira por donde (y es la ventaja de la reflexión coral), en efecto, estaba el incordio de la justicia universal, a la que había que dar la puntilla. Lo sorprendente es que no se les hubiera ocurrido antes: porque con lo poco que importa *la de aquí*, como para permitir que los jueces españoles se pierdan por el mapamundi. Que ya se sabe: «es ancho», pero sobre todo, «ajeno».

• La lentitud de la justicia

La primera dama de la derecha política madrileña, con su proverbial seguridad y con su desparpajo, tan pinturera como siempre y tan resuelta, acudía al juzgado, llamada a declarar como testigo en uno de los tantos flecos del Gürtel; y aprovechó el asunto para hacer unas risas a la puerta, ante las cámaras. Fíjense —vino a decir a los periodistas— «procedimiento abreviado», lleva no sé qué tiempo en trámite y todavía ni siquiera se ha abierto el juicio. Abreviado ¡Ja, ja, ja!

Pues, sí, ¡qué juega esta la de la justicia!, que llega siempre tarde a los sitios. Con la prisa que se dan tantos sujetos públicos y de partidos en llevárselo, con o sin sobres; con lo pronto que llegan derechos al *cajón del pan*, los avispados que luego, si imputados, lo serán de lujo y podrán continuar disfrutando de incontables ventajas. Entre ellas la de administrar las pruebas de cargo, frente a ese juez moroso que se debate contra el muro, quizá para llegar a ninguna parte. O, también quizá, para que, incluso llegando, todo su esfuerzo de años desemboque directamente en un confortable régimen penitenciario de diseño, o en un indulto, todavía más confortable.

La señora sabe muy bien que el trabajo de ese juez, siendo inabdicable, es de lo más parecido al de Sísifo y que, con todo, ha de hacerse. En este caso, en esa clase de procesos contra imputados de lujo, no hay roca que desplazar hacia arriba, se trata de ir siempre detrás de quienes están en una especial posición de ventaja para delinquir, después de haberse servido de la política (volviéndola contra la polis) en su propio provecho, y de haber amortizado los diversos mecanismos de control preventivo dispuestos por el derecho para prevenir eventuales depredaciones de los recursos de todos.

Por eso, ¿cómo podría el juez no llegar tarde? Cuando la normalidad constitucional de su papel estaba pensada para unos partidos y una institucionalidad gestionados con limpieza; y, en el peor de los casos, para salir al paso de algún ocasional desaprensivo que pudiera haberse colado, a pesar de todos los esfuerzos.

Ahora bien, cuando la sede del juzgado se traslada de ese espacio ideal de la previsión constitucional a un *Patio de Monipodio* replanteado *por esta política democrática* a escala global... Pues lo dicho, el trabajo de Sísifo se convierte en un lúdico ejercicio de manualidades de colegio al lado de el del juez de cualquiera de los *gürteles*. En un país como este, cuya desoladora realidad ofrece la evidencia de más de 1600 causas de tal género abiertas en todos los puntos cardinales, de las que 300 tienen el rango de maxiprocesos. Cuando, además, se sabe muy bien que, en semejante clase de delitos, la *cifra oscura* suele alcanzar proporciones estratosféricas...

Es una pena que la autora de chiste tan zafio y oportunista, ya que de juzgado iba la cosa, no hubiera aprovechado para explicar de una vez lo de *la ciudad de la justicia de Madrid*. Sí: aquella de los rutilantes proyectos multimillonarios, de la propaganda fascinante, de las primeras piedras que, por el brillo, parecían la última... La de esa juerga de edificio, destinado a clínica médico-forense, plantado en medio de la nada, solitario y redondito como un hongo (¡qué metáfora!); que bien podría servir de monumento a la desvergüenza en la gestión de la polis.

• (Mal) genio y (peor) figura

Antonio María Rouco Varela, uno de los más connotados políticos del transfranquismo, cardenal, además, ha llegado al final de su carrera oficial en la Iglesia Romana, cesando en la presidencia de la Conferencia Episcopal española. Pero, eso sí, sin dimitir del que ha sido siempre su principal empeño: el ejercicio del autoritarismo y la difusión de la ideología, al servicio del mismo y único César.

Así, en la misa conmemorativa del décimo aniversario de la horrorosa masacre del 11-M, para cuya ocasión, incluso las asociaciones de víctimas habían aparcado sus diferencias, excluyó de raíz la opción de un oficio religioso compartido con los representantes de las religiones profesadas por un alto porcentaje de los asesinados. Y a aquellos, allí presentes, ni nombrarlos, ni siquiera un saludo, ya que no fraterno (¡faltaría!), al menos protocolario. Pero es que el dogma es lo que tiene: primero el, luego el, después, el también, y, por fin, tierra quemada...

Mas no paró ahí la cosa. Cuando todas las evidencias concluyen en una misma verdad empíricamente bien acreditada, acerca del protagonismo y la responsabilidad de los atentados; y solo la caverna de la caverna persevera en la indecente siembra de la sospecha a contramano, iniciada por el gobierno Aznar en vísperas electorales, ahí está también Rouco, para recoger el testigo. Y hacerlo acudiendo al tópico de las tinieblas, de los poderes oscuros, tan suyo.

O sea, es claro que no se va del todo; y que en lo poco que se va, es solo después de haberlo dejado —de la religión como asignatura, al encarnizamiento antiabortista— «atado y bien atado».

- **Una cierta idea del juez**

Carlos Lesmes, a su regreso de Roma, ha decidido dar un renovado impulso a su plan de transparencia, y ha comenzado por hacer pública su idea de juez. Es un sujeto, colocado en el centro de la pista del circo de Marqués de la Ensenada, en el que hay que crear algunos reflejos condicionados, mediante el hábil manejo del palo y la zanahoria, en clave de control. No hace falta decir quién se ha reservado el papel de domador.

Existe un riquísimo filón cultural de estirpe ilustrada, del que se nutre el mejor pensamiento constitucionalista sobre la jurisdicción. En él, el juez ideal es el que actúa *sine spe ac metu*, es decir, sin miedo y sin esperar por ello otra cosa que la satisfacción desinteresada del noble deber cumplido. Es decir, la antítesis del carrerista y del pusilánime.

Pues bien, el juez que interesa a Lesmes es aquel presto a sucumbir al discreto encanto del nombramiento discrecional y a hacer todo lo preciso para merecerlo; y dispuesto también a eludir el riesgo de la decisión comprometida con valores incómodos. Por tanto, el que ha salido de las manos del domador suficientemente enseñado, o el que ya lo estaba cuando ingresó. Lo mismo da si por temor al palo o por un atracón de *zahahoria*.

Es notorio que el CGPJ —la genética, ya se sabe, es la que es— no ha brillado nunca como promotor y garante de la independencia judicial. Pero Lesmes tiene un plan y parece dispuesto a que su Consejo siga hasta el fondo, sin complejos, en la misma línea. Ya ofreció un avance en la apertura de tribunales con su eleocuente omisión de cualquier referencia a la independencia judicial. Ahora lo declara abiertamente, donde la Constitución reza «independencia» debe decir control. Y el procedimiento ya se sabe...

Va a ser cierto que Lesmes viene de un ministerio. Pero ¿de qué régimen?

EXTRACTOS/ABSTRACTS

Ética para fiscales

Manuel Atienza

El artículo sugiere algunas ideas para la posible elaboración de un código deontológico para los fiscales que se inspire en el ya existente Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. En el caso del ministerio público, los problemas deontológicos se centran en torno a cómo entender el principio de “dependencia jerárquica” y qué límites (de carácter ético) deberían reconocerse en el ejercicio del amplísimo poder discrecional de que goza el fiscal.

A code of ethics for prosecutors

This article suggests some ideas for the possible development of a code of ethics for prosecutors based on the existing Iberoamerican Model Code of Judicial Ethics. The main deontological problems concerning the prosecutor conduct come from the interpretation of the principle of “hierarchical dependence” and from the necessity (ethical necessity) of establishing some limits (ethical limits) to the rather wide discretionary power of the prosecutor.

Verdad, proceso y derecho penal (Interrogatorios en la habitación 101)

José Luis Ramírez Ortiz

En este trabajo se cuestiona la propuesta de Larry Laudan de desregular la prueba judicial penal sujetándola exclusivamente a las reglas de la epistemología. Se sostiene que el marco institucional en el que se desenvuelve la prueba y su carácter instrumental para el control social impide oponer los valores epistémicos a los no epistémicos. Tanto desde el garantismo de Ferrajoli y Andrés Ibáñez como desde las posiciones procedimentalistas de Habermas y Vives Antón se alcanza la conclusión de que cuando la determinación de la verdad judicial se produce al margen del sistema de garantías, el Estado reconstruye unilateralmente el pasado, lo que aboca a la confusión entre poder y verdad. Se propone contextualizar todo análisis, lo que, en el caso español pasa por no perder de vista la inserción orgánica del juez en el aparato del Estado.

Truth, criminal proceedings and criminal law (interrogations in room 101)

This paper questions the proposal by Larry Laudan to deregulate evidence in criminal proceedings in order to submit it to the rules of epistemology alone. The author holds that the framework in which evidence develops and its instrumental nature in terms of social control prevent opposing epistemic and non-epistemic values. An analysis of the question from both an approach based on guarantees (Ferrajoli, Andrés Ibáñez) or on procedure (Habermas, Vives Antón), shows that fact finding outside the system of guarantees inherent to criminal procedure allows the State to unilaterally reconstruct the past, which leads to the confusion between power and truth. The author suggests that the analysis should be kept within its context, which, in the case of Spain, means the need to be aware that judges belong to the State apparatus.

El aborto y la violencia contra la mujer: el caso concreto del nasciturus con discapacidad

José Manuel Vidagany Peláez.

La regulación del aborto es un tema complejo, donde se tiende a mezclar posiciones legales y morales. En el presente trabajo, desde un prisma estrictamente jurídico-científico, se plantea un estudio histórico de la materia en España, donde se analiza la evolución producida respecto de la compatibilidad entre el principio fundamental a la vida prenatal y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Como ha señalado en multitud de ocasiones las Naciones Unidas, la vulneración de estos derechos de la mujer constituye un atentado contra su dignidad y un ejercicio de violencia. Por último, no cabe duda de que este debate se ha crispado en los últimos tiempos, tras la reforma que está impulsando el Gobierno central, sobre la que nos centraremos en el supuesto de los nasciturus con discapacidad.

Abortion as an assumption of violence against women: the specific case of the unborn foetus with serious disabilities.

The regulation of abortion is a complex issue, where it tends to mix legal and moral positions. In this paper, from a strictly legal scientific prism, a historical study of the subject in Spain, where the developments regarding the compatibility of the fundamental principle of prenatal life and sexual and reproductive rights is analyzed arises woman. As pointed out on many occasions Nations Units, violation of these rights of women is an affront to his dignity and exercise of violence. Finally, there is no doubt that this debate has been tense in recent times, after the reform is driving the central government, on which we will focus on the case of the unborn child with disabilities.

La actualidad del pensamiento de C. Beccaria

Luigi Ferrajoli

A 250 años de su publicación, *Dei delitti e delle pene* de Cesare Beccaria mantiene una extraordinaria actualidad: porque diseña un modelo normativo de derecho penal como sistema de garantías frente al arbitrio punitivo, todavía en gran parte por realizar; porque, junto a otros clásicos del pensamiento ilustrado, inauguró la doctrina del poder público limitado que está en el origen del moderno constitucionalismo; porque su reflexión filosófica sugiere a la cultura jurídica un papel crítico y reformador en relación con el derecho vigente.

The modernity of C. Beccaria's Thinking

After 250 years of its publication, *Dei delitti e delle pene* by Cesare Beccaria extraordinarily keeps up with modernity for the following reasons: a) it designs a normative model of criminal law as a system of guarantees against punitive arbitrariness, which is yet to be fully implemented; b) together with other outstanding figures of the Enlightenment he initiated the doctrine of limitation of public authority, in which modern constitutionalism has its origin; and c) his philosophical reflection suggests that the legal culture should play a critical and reformative role as regards the law in force.

Tipología de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes (una aproximación comparada)

Jesús M. Casal

El artículo está dedicado a exponer las razones que explican la diversificación de los pronunciamientos de (in) constitucionalidad emitidos por los tribunales o salas constitu-

cionales, así como los principales fundamentos teóricos o procesales de su desarrollo. Adicionalmente, se presenta, desde una perspectiva de Derecho Comparado, una tipología básica de las sentencias de fondo dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes, prestando especial atención a su repercusión sobre contenidos normativos o sobre el legislador.

Types of judgments issued in cases pertaining to constitutionality control of statutory law (a comparative approach)

This paper presents the reasons that explain the diversity of decisions concerning the (un)constitutionality of statutory law issued by constitutional courts or constitutional divisions of supreme courts, including the main theoretical and procedural legal grounds of the development of such diversity. Additionally the author expounds, from a comparative law perspective, the basic types of judgments on the merit of cases pertaining to constitutionality control of statutory law, paying particular attention to their impact on the regulatory contents or on the lawmaker.

La represión y depuración en la Administración de Justicia: Navarra, 1936-1945. Una primera aproximación

Roldán Jimeno Aranguren

El artículo hace un recorrido por la represión y depuración en la Administración de Justicia de la Audiencia Territorial de Pamplona entre 1936 y 1945. La represión se concretó en los fusilamientos de uno de los secretarios de la Audiencia y de diversos jueces y secretarios municipales en un territorio, Navarra, en el que no hubo frente de guerra. Existió, como en toda España, una depuración sistemática de los trabajadores de la Administración de Justicia, que perseguía apartar a los desafectos y controlar a los afectos al Movimiento.

Repression and purging in the Justice Administration: Navarre, 1936-1945. An initial approach

This paper presents the repression and purging of judges and officers serving in judicial bodies within the district of the High Court of Pamplona between 1936 and 1945. This repression consisted in the shooting of one of the registrars of the High Court and other district judges and clerks of the judicial district, where no war front was located. Furthermore, there was, like in all regions of Spain, a systematic purging of officers and judges sitting in judicial bodies of the district with the view of excluding those hostile and controlling those attached to Franco's regime.

El control de la discrecionalidad técnica y la libre designación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I)

Nicolás Maurandi

El punto de partida consiste en subrayar los límites que tiene toda actuación pública discrecional, especialmente el representado por la necesidad de justificar y explicar la concreta necesidad de interés general que determina cada actuación singular del poder público. Se recuerdan las técnicas que la doctrina y la jurisprudencia ha elaborado para controlar la discrecionalidad administrativa general. Se explica que esas técnicas, con las debidas modulaciones, son aplicadas por la jurisprudencia al control de la discrecionalidad técnica y la libre designación en el empleo público. Y se exponen, finalmente, las ideas más significativas de esa jurisprudencia.

Control of technical discretion and free appointment of public employees in the case law of the Spanish Supreme Court

The starting point of this paper lies in stressing the limits of any discretionary public action, particularly as regards the need to provide the reasons connected to the public interest justifying the adoption of any single action by the public authorities. The author recalls the techniques developed by the academics and the courts of justice in order to monitor discretion by government administration. These techniques applied by the Spanish case law to monitor technical discretion and the free appointment of public employees are summarised by the author in the article.

Decálogo del Jefe de la Oficina Judicial

Centro para la Organización, Gestión e Informatización de las Oficinas Judiciales Italianas

El Decálogo del Jefe de la Oficina Judicial es un documento elaborado por el COMIUG tras diversos encuentros, seminarios y debates desarrollados entre 2010 y 2012 por diversos profesionales italianos vinculados al mundo de la justicia (magistrados, directivos y funcionarios administrativos, docentes universitarios y expertos en ciencias de la organización). Este documento parte de la hipótesis de que la función de jefe de la oficina es específica, “distinta” de la actividad jurisdiccional normal, y pretende, una vez legitimado por la comunidad profesional, servir como un instrumento de apoyo en las labores de selección, valoración y formación de los jefes de las oficinas judiciales (tribunales y fiscalías).

Decalogue of the Judicial Office’s Head

The Decalogue of the Judicial Office’s Head is a document drafted by the COMIUG (Centre for Organization, Management and Informatization of the Italian Courts of Justice) after several meetings, seminars and panel discussions held between 2010 and 2012 by Italian professionals related to the justice system (judges and prosecutors, heads of judicial offices, members of court staff, university professors and experts in management science). This document is based on the assumption that the task of the head of a judicial office is something specific and different from the ordinary activity carried out by judges and prosecutors. Once endorsed by practitioners and legal professionals the Decalogue could be a useful support tool for the appointment, evaluation and training of heads of judicial offices (courts and prosecution offices).

El Decálogo del Jefe de la Oficina Judicial: la Magistratura pretende cambiar

Maria Eugenia OGGERO

El Decálogo del Jefe de la Oficina Judicial, objeto de reflexión en el presente artículo, representa un esfuerzo conjunto resultado de diversos encuentros, seminarios y debates desarrollados en el curso de tres años por profesionales italianos vinculados al mundo de la justicia (magistrados, directivos y funcionarios administrativos, docentes universitarios y expertos en ciencias de la organización). El documento ofrece una síntesis meditada y sistemática, aunque susceptible de modificación y mejora, sobre la cuestión de la organización y la dirección de las oficinas judiciales (tribunales y fiscalías), piedra angular de cualquier sistema judicial organizado.

The Decalogue of the Judicial Office’s Head: the Magistracy intends to change

This paper reflects on the Decalogue of the Judicial Office’s Head, a document which is the result of a common effort put together during several meetings, seminars

and panel discussions held by Italian professionals related to the justice system (judges and prosecutors, heads of judicial offices, members of court staff, university professors and experts in management science) throughout three years. The Decalogue contains a systematic synthesis, although subject to possible changes and improvement, on the organisation and management of judicial offices (courts and prosecution offices), cornerstone of any organised judicial system.

Control Constitucional del poder político en El Salvador

Sidney Blanco

Después de los Acuerdos de Paz en El Salvador, en 1992, los partidos políticos aglutinados en la Asamblea Legislativa, adquirieron un protagonismo casi ilimitado. Las nueve sentencias que aquí se comentan –cuatro relacionadas al derecho electoral y cinco sobre elecciones de funcionarios públicos- evidencian que un tribunal constitucional integrado por jueces independientes, también en democracias incipientes, puede garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y ejercer un eficaz control sobre los excesos del poder político.

Constitutional control of political power in El Salvador

After the Peace Agreements in El Salvador in 1992 the political parties represented at the Legislative Assembly gained nearly unlimited prominence. The nine judgments issued by the Constitutional Court of El Salvador subject to analysis in this paper (four of them dealing with election law and five concerning appointment of civil servants) show that, even in emerging democratic systems, a constitutional court composed of independent judges can be a safeguard of citizens' basic rights and effectively monitor abuses by the political power.