

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

J. Igartua Salaverría, La ley de jurado por montera. **M. Atienza**, La democracia a través de los derechos. Un comentario. **N. García Rivas**, Una sentencia ejemplar. **L. Prieto Sanchís**, Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. **E. Gimbernat**, “Autor y cómplice en derecho penal” medio siglo después. **D. M. Campagne**, El aborto y el derecho a decidir. **A. Ruiz Miguel**, Prevaricación judicial y normas sin sanción. **J. M. Garcés Peregrina**, El enjuiciamiento de los delitos urbanísticos en la provincia de Málaga.

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

nº 81 noviembre 2014

En este número: Atienza, Manuel, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.
Campagne, Daniel M., doctor en derecho por las universidades de Utrecht (Países Bajos) y Alicante; psicólogo clínico y master universitario en Psicopatología y Salud.
Garcés Peregrina, José Manuel, maestro en Derecho Penal y Política Criminal
García Rivas, Nicolás, catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha.
Gimbernat, Enrique, catedrático emérito de Derecho Penal.
Igartua Salaverria, Juan, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad del País Vasco.
Prieto Sanchís, Luis, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.
Ruiz Miguel, Alfonso, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma, Madrid.

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, Begoña LÓPEZ ANGUIA, 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: 34 €
Resto: 40 €

Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>La ley del jurado por montera</i> , Juan Igartua Salaverría	5
— <i>La democracia a través de los derechos. Un comentario</i> , Manuel Atienza	27
— <i>Una sentencia ejemplar</i> , Nicolás García Rivas	31
Estudios	
— <i>Entre la moralización del Derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad moral del Derecho</i> , Luis Prieto Sanchís	33
— <i>‘Autor y cómplice en Derecho Penal’ medio siglo después</i> , Enrique Gimbernat Ordeig	56
— <i>El aborto y el derecho a decidir. ¿Existe la persona no nacida? Conflictos entre argumentos científicos, socio-jurídicos y morales en cuanto al aborto</i> , Daniel M. Campagne	71
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción. (A propósito de un caso)</i> , Alfonso Ruiz Miguel	97
— <i>El enjuiciamiento de los delitos urbanísticos en la provincia de Málaga</i> , José Manuel Garcés Peregrina	126
Apuntes	
— <i>Montesquieu resucitado</i>	152
— <i>(In)olvidable ministro de justicia</i>	152
— <i>El ‘Patio de Monipodio’ un jardín de infancia</i>	153
— <i>25 años del Grupo de estudios de política criminal</i>	154
Extractos/abstracts	157



JUSTICIA

¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

Un servicio exclusivo del Banco Santander para profesionales del mundo de la Justicia.

Descubra todas las ventajas.

Infórmese de las condiciones completas
en su oficina Santander, en el 902 100 277
o en www.bancosantander.es



Queremos
ser tu banco



un banco para tus ideas

bancosantander.es
bsan.mobi

DEBATE

LA LEY DEL JURADO POR MONTERA (A propósito de la STS 151/2014)

Juan IGARTUA SALAVERRÍA

Así se la puso la Sala 2ª (una sección de la misma, más bien) en la STS 151/2014 (ponente: C. Conde-Pumpido Tourón) al afrontar la faceta más controvertida de la española institución del Jurado, cual es la concerniente a la motivación del veredicto.

La centralidad de la cuestión debatida se debe a que en ella entran en juego consideraciones de calado radical. En efecto, por un lado se nos alerta del peligro de desnaturalizar la *institución* (del Jurado) si no se atenúa el rigor de la preceptiva motivación (del veredicto); por el otro se expresa el temor de que si se condesciende con motivaciones precarias acabe por desnaturalizarse la *jurisdicción*.

Así las cosas, la STS de referencia pretende salvaguardar tanto el funcionamiento institucional como la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Jurado mediante un par de tesis relacionadas entre sí: la primera, que ha de mostrarse flexibilidad con la motivación del veredicto a cargo del Jurado; la segunda, que el Magistrado Presidente (MP) deberá compensar, en la redacción de la sentencia, las carencias del razonamiento del Jurado. El propósito del TS es loable, qué duda cabe; el resultado, en cambio, deplorable (al menos con la LOTJ en la mano).

Opino que la sentencia cuestionada se hace acreedora a una doble censura; es decir: por lo que *hace* (cuando motiva) y por lo que *dice* (sobre la motivación). Y si bien el texto que sigue se ocupará de lo segundo, no considero dispendioso dedicar un apartado inicial a lo primero porque –quíerese o no– alguna relación (siquiera lejana) hay entre ambos aspectos.

I. ¡MAL EMPEZAMOS!

Ninguna sentencia constituye un universo autorreferencial desgajado de lo acontecido en el juicio (o de lo plasmado en el texto de un recurso).

En esta ocasión –y la propia STS comentada toma el cuidado de recalcarlo– “el recurso de casación en los procedimientos de jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación” (FD2º). Eso mismo obligaría al TS a tener disponibles tres filones (de los que extraer las informaciones precisas para hacer inteligible la motivación): el primero, de qué y por qué discrepaba el recurrente ante el tribunal de apelación; el segundo, qué contestación obtuvo el quejoso del mencionado tribunal; y el tercero,

sobre qué elementos de la respuesta recibida y en base a qué razones se formula la reclamación ante la instancia casacional.

Quizás fuera lo más indicado que en esta STS se comenzara por lo último y, en función de las cuestiones allí expresadas, se ofreciera la debida contextualización de las mismas mediante referencias a lo resuelto en apelación e incluso a la queja que la puso en marcha.

Ahora bien, quienquiera que se aproxime a las páginas de la STS habrá de soportar la frustración de quedarse con frecuencia a dos velas ya que en ella se omiten datos sustanciales en torno a los extremos recién señalados.

Así, ciñéndome al punto estelar (por lo que aquí interesa), el de la “vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del veredicto” invocado por la representación de Anselmo, la STS se lo sacude de encima en un santiamén y con prosa terminante: “El motivo también reproduce el formulado ante el Tribunal de apelación y ya ha sido acertadamente respondido por éste” (FD 4º)¹.

Si logramos sobreponernos al susto ante tanta contundencia, seguramente echaremos de menos varias informaciones tan al alcance del TS y sobre aspectos tan razonables como éstos: ¿era global y genérica la alusión del recurrente a la falta de motivación del veredicto o era particularizada y entraba en detalles? ¿qué había respondido en concreto el Tribunal de apelación? ¿y en qué radica el acierto de éste a los ojos del Tribunal de casación?

Pero en lugar de satisfacer curiosidades tan legítimas, la STS se despega del caso concreto y emprende un vuelo por el anchuroso espacio de una cuestión general (dogmático-académica), cual es la relativa a la función de los jurados y del Magistrado-Presidente en la motivación del veredicto, y sin volver a tomar tierra². De ese modo, habremos de resignarnos a permanecer en la perplejidad sin saber p.ej. si, cuando el TS menciona el diferente “grado de razonamiento intelectual y técnico” entre jurados y jueces profesionales, es porque la motivación que en concreto demandaba el recurrente implica un particular nivel cultural; o si, cuando el TS subraya que al jurado “no (le) es necesario reseñar todos los medios de prueba tomados en consideración ni detallar todo el itinerario mental recorrido para llegar a la decisión”, es que ese era el abusivo precio a pagar para que el recurrente no protestara; o si, cuando el TS resalta que la decisión adoptada “por un Colegio muy amplio (está) redactada sin la concurrencia de un ponente”, es para significar que sólo con los oficios de un ponente experto se podía evitar el descontento que, sobre tal o cual extremo del veredicto, manifestaba el recurrente; etcétera.

Como antes apunté, la STS ha preferido moverse en las alturas de una discusión teórico-dogmática. Desvestir el problema de su indumentaria concreta y propulsarlo

1 De ninguna manera sirve de remedio el que, más adelante, la STS diga: “Lo que ha de examinar (esta Sala) es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad”; para concluir que: “En la sentencia de apelación, a la que nos remitimos, se rechazan razonadamente las mismas alegaciones que ahora se reiteran. No corresponde a este cauce casacional repetir indefinidamente la misma argumentación” (FD 3º). Estamos aquí ante un uso espúreo de la “motivación *per relationem*” ya que la sentencia del tribunal de apelación, al convertirse ella misma en objeto del recurso de casación se convierte en el *problema* a resolver por el TS no en la *solución* del problema. El recurrente intenta provocar un *novum iudicium* con vistas a la reforma de la sentencia recurrida; de modo que negar la obligatoriedad de una motivación explícita *ad hoc* significaría pervertir la lógica misma del recurso (E. AMODIO, “Motivazione della sentenza penale”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, vol. XXII; p. 233).

2 Es cierto que la STS aterrizaba a veces en la sentencia del Tribunal de Jurado (es decir, la de 1ª instancia); pero, como el propio TS destaca, el recurso que se examina tiene por objeto la sentencia del Tribunal de apelación. Y de ésta ¿qué? Lo dicho, nada.

hasta la estratosfera de la teoría general es, a lo que parece, una estrategia rentable para el escaqueo (y no solo en esta sede).

Lo que empeora el proceder de la Sala 2ª es que, incluso así, luego se ha metido –me parece– por indebidos pasillos aéreos al punto de provocar el mareo hasta en la misma tripulación de cabina. De esto último nada más, como convine, me ocuparé con algún detenimiento.

II. LAS SUPUESTAS LIMITACIONES DEL JURADO

Entre el par de factores que aconsejan flexibilizar el requisito de la motivación en el veredicto del Jurado hay uno estructural y otro coyuntural. El primero radica –en palabras de la STS– en “el carácter lego del Jurado”; al que, por tanto, no puede exigirse “el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que a un Juez profesional y experimentado”. El segundo está formado –también según la STS– por la conjunción de algunas circunstancias, cuales son: el Jurado como “Colegio muy amplio” en el que “las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes”, con el añadido de “la inexistencia de un ponente profesional que concilie todas esas razones”.

“Por ello –remata la STS– el Legislador ha expresado que basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente el Magistrado-Presidente pueda constatar en los elementos de convicción reseñados la naturaleza de prueba de cargo hábil para cumplimentar las garantías constitucionales de la presunción de inocencia”. En síntesis: “la imposibilidad real y la inexigibilidad legal de reflejar todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo, se complementa con la función técnica realizada por el Magistrado Presidente”.

Dicho lo cual, y para no dejarnos llevar por la inercia ante tanta esquematización, convendrá poner plomo en los pies en previsión de resbalones evitables.

1. Carácter lego del Jurado

Empecemos. La carencia de preparación técnica de los jurados, en contraste con la que se atribuye a los jueces togados, es la estrofa predilecta de una copla que no paran de cantar unos y otros (tanto los “anti” como los “pro” juradistas, curiosamente; aunque con objetivos dispares, por descontado). Sin embargo, visto lo que hay, opino que a eso, en balística, se llamaría tirar por aproximación. Así que afinemos la puntería.

A. Y para ello, lo primero es dejar de atenerse a fórmulas fáciles (y, por eso, muy pagadas) como la que pone el énfasis en la preparación técnico-jurídica de los jueces profesionales frente al defecto de la misma en los miembros del Jurado. Si de algo cabe prescindir en la motivación fáctica (de una sentencia o de un veredicto) es precisamente de la “técnica jurídica”, superflua por entero para gobernar un discurso que por definición (pues nos movemos en un régimen de libre valoración de las pruebas) se rige por criterios supra o extrajurídicos (tomados de la lógica, de la experiencia común y de las ciencias empíricas). Calificar de “técnico” a un juez profesional que se aplicara a un menester para el que no ha recibido “ninguna formación específica”³, implica un (ab)uso *atécnico* de la

3 P. Andrés Ibáñez, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, *Doxa*, 1994, núms. 15-16, pp. 867-868. Del mismo magistrado, y en la misma línea, cfr. “Lo que enseña el caso Wanninkhof”, *Diario El País*, 8 de octubre de 2003; pp. 13-14.

palabra “técnico”. De donde, atendiendo a la distinción “técnicos/legos”, en asunto de razonamiento fáctico *todos* (jueces y jurados) son a priori unos perfectos *legos*.

B. No obstante, intuitivamente supondré que, en general, los jueces acumulan más práctica en la ocupación de valorar las pruebas en comparación con los individuos provenientes de otras profesiones (lo mismo que los futbolistas de primera –aun los analfabetos– en el golpeo del balón respecto de los participantes en un ocasional torneo interuniversitario). Además, teniendo presente que la médula del quehacer judicial consiste en el razonamiento argumentativo, no cuesta nada admitir que los jueces están provistos de estructuras lógico-argumentativas más afianzadas y automatizadas que el común de los ciudadanos. En ese sentido sí, los togados se hacen acreedores a la calificación de “técnicos” cuando valoran las pruebas y justifican la valoración realizada. Ahora bien, comparando con lo que éstos tienen el hábito de hacer, ¿cómo se comportan los jurados: son sólo más *torpes* o llanamente *incapaces*?

Para nuestra desgracia, el TS nos ha dejado con las ganas de saber en qué se traduce, finalmente, la proclamada diferencia entre “técnicos” y “legos”; si en algo invencible o en algo remediable mediante instrucción y asesoramiento (como necesitan los novatos). La estrategia (consciente o no) que adopta la Sala es clara: parapetarse tras tópicos aparatosos pero sin profundizar en ellos; no vaya a ser que se desintegren, al igual que unas ostentosas moles de barro seco (que no de hierro), con un par de sacudidas críticas.

C. Pero eso no es todo, ni lo más decepcionante. Bordea (por dentro) la falta de respeto hacia la Ley del Jurado la pretensión de la STS de prestar su boca a las palabras de la Ley cuando, en realidad, se ha embarcado en un burdo ejercicio de ventriloquía. La STS aduce la falta de cualificación técnica del Jurado como una de las razones (“por ello”, es la expresión con la que el TS marca el nexo inferencial en un par de ocasiones⁴) para justificar por qué la Ley se contenta con una motivación rebajada (“sucinta explicación”) del veredicto⁵. Pues bien, que en el cumplimiento de sus funciones los jurados desmerezcan por su preparación respecto de los jueces togados, es algo que no se le ocurrió ni al *apuntador*⁶. Y, desde luego, al Legislador rotundamente no. Todo lo contrario.

El texto entero de la Ley del Jurado rezuma un optimismo antropológico –candoroso quizás (pero esa es otra historia)– sobre las capacidades de los jurados digno de la más fervorosa tradición pro-juradista⁷. Bastará un puñado de citas para mostrarlo, sin salirme de la Exposición de Motivos (instrumento interpretativo de primer orden).

Así, en el apartado II de la citada Exposición de Motivos, se enfatiza que “la ciudadanía (...) constituye el índice de la capacidad presunta *no necesitada de otras (...) acreditaciones de capacidad probada*”. Y, en esa onda, la Ley “exige del Jurado que su *demostrada capacidad* para decidirse por una u otra versión alcance el *grado necesario para la exposición de sus motivos*” (Exposición de Motivos V); subrayándose

4 La otra se encuentra en aquel segmento del F.D. 4º que dice: “tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos (...) el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y *por ello* la LOTJ sólo exige (art.61.1 d) una sucinta explicación de las razones...”).

5 Luego nos llevaremos una sorpresa morrocotuda a propósito de la “sucinta explicación”, pero no adelantemos acontecimientos.

6 Significativas son estas palabras de un actor bien significado en la elaboración del texto legislativo: “Lo que permite calificar al juez como científico es una formación bien limitada: la dogmática. Y ésta constituye per se bien exiguo en lo tocante a la tarea de comprobación de la verdad de lo ante él alegado mediante el estudio y análisis de la actividad persuasiva de los sujetos del proceso” (L. Varela Castro, “Fundamentos político-constitucionales y procesales”, en L. Varela Castro (dir.), *El Tribunal del Jurado*, Madrid, 1995; p. 51).

7 Si alguien siente curiosidad por conocer un amplio argumentario de los panegiristas del Jurado, le remito, entre otros muchos, al libro de L. Corso, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, Torino, 2008.

que “la exigencia constitucional de motivación” es “desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario” (Exposición de Motivos V). De manera que las instrucciones del MP, previas a la deliberación del Jurado, tienen por objeto “suplir las deficiencias que puedan derivarse del desconocimiento técnico de la Ley” pero sin que “puedan extenderse a aspectos en los que los Jurados deben y pueden actuar con espontaneidad” (Exposición de Motivos V); con la salvedad de que, a la vista de “una injustificada dilación en la emisión del veredicto que afectaría al prestigio de la institución”, pueda el MP impartir instrucciones a fin de evitar que “la inexperiencia de los deliberantes unida a su reticencia a instar la instrucción” produzca “una innecesaria prolongación de la deliberación” (Exposición de Motivos V).

Sólo un zahorí podría detectar en el subsuelo de estas frases el pretendido (por la STS) reconocimiento del Legislador de que el Jurado, en lo *suyo* y donde *no* ha lugar al *artificio*, se encuentra en inferioridad por carencias estructurales de índole técnica. Como mucho la Exposición de Motivos alude a la “inexperiencia” del Jurado que, *incidentalmente* (por demora indebida en la entrega del veredicto), puede requerir una instrucción complementaria (perfectamente asimilable por él, se supone) pero no un curso de técnica jurídica. Entonces ¿en virtud de qué espeso misterio el TS infiere de todo eso que el Legislador ha optado por *desnutrir* en el veredicto, y con *carácter general*, el constitucional empaque de la motivación dejándola en “sucinta” nada más?

2. Diferentes itinerarios convictivos

Censura similar a la recién expuesta cabría dirigir a otra consideración del TS incluida en el mismo *pack*, a saber: que “las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes, y algunos pueden haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito, u obtenido su convicción a través de un razonamiento parcialmente diferente” (FD 4º).

Desconozco si tal circunstancia tiene –en opinión de la Sala 2ª– vinculación con la profanidad de los jurados en materia jurídica o, al contrario, afecta a todo el mundo (legos y profesionales) indistintamente⁸. De cualquier modo, el Legislador no ha reparado en ella y, entonces, salvo un arriesgado juicio de intenciones sin ningún refrendo textual en la Ley, mal se ve cómo pueda inferirse (también ahora) que “*por ello* el Legislador ha expresado que (...) para cumplir el deber de motivación basta con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción”. De eso nada.

Y no parece juego limpio intentar colar como idea del Legislador la que es de cosecha propia (del TS). Pero hay algo peor todavía: la idea misma, por tóxica; de recurrente uso en contextos institucionales refractarios al control (y cuya emblemática muestra es la acostumbrada vista gorda de la Sala 3ª del mismo Tribunal en la indulgente fiscalización de la discrecionalidad administrativa⁹), o promovida también por personas de la

8 En ese sentido se ha subrayado la misma situación problemática en el funcionamiento de cualquier tribunal al destacarse que, entre las dificultades para motivar la valoración de las pruebas, “la primera creo que puede plantearse en los órganos penales colegiados, y consiste, en mi opinión, en el diferente proceso mental que cada juez puede recorrer para llegar a la certeza, aun apreciando unas mismas pruebas y aun llegando a la convicción de la culpabilidad del acusado” (F. Tomás y Valiente, “In dubio pro reo”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, nº 20; p. 34).

9 Como botón de muestra: “Ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de discrecionalidad corresponde a un órgano colegiado, no a una persona singular (...) sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes” (cit. en J. Igartua Salaverria, “Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teórico-generales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2002, nº 64; pp. 132-135).

vieja escuela (preconstitucional) no recicladas a su debido tiempo o no del todo en los valores garantistas. Y por aquí conviene empezar.

De entrada, aceptar como un *ça va de soi* (según hace el TS) el que la valoración de las pruebas se sustancia en asunto subjetivo de cada juzgador, ineludible e incontrolable, contrasta con el “garantismo” entendido como un sistema de reglas destinadas a limitar la acción de los poderes públicos en el ámbito procesal y en el que el proceso será “justo” sólo si está basado sobre “elementos de conocimiento sometidos a pública verificación y discusión acerca de sus resultados demostrativos”¹⁰. O sea, no es el singular y variable itinerario convictivo de los jurados (de cada uno de ellos) el que pone en un brete cómo se motiva un veredicto sino, a la inversa, es la obligación de motivar la que disciplina a qué ha de sujetarse la convicción de los juzgadores; pues como dijo alguien (sé quién pero no me acuerdo dónde) la convicción es un *fenómeno* (psicológico), no un *criterio* (epistemológico). Y, a ese respecto, importa y mucho conocer (y controlar) cuáles han sido los motivos que fundamentan las convicciones de los jurados (no vaya a ser que éstas se alimenten de elementos ajenos a lo visto y oído en el juicio o que tales elementos hayan sido valorados de manera atrabiliaria).

Ahora bien, aun concediendo en línea de partida que se deban explicitar las pruebas y las razones que justifican la racionalidad de la convicción, todo hace pensar que la objeción avanzada por el TS permanece incólume. Es decir, no siendo descartable una pluralidad de justificaciones racionales basadas en el mismo cuadro probatorio ¿cómo plasmarlas documentalmente en una motivación que hasta la misma Ley prevé “sucinta”?

Sin embargo, bien mirado, semejante escollo padece de irrealidad. ¿Para qué sirve si no la deliberación? Así como los miembros de cualquier órgano colegiado deliberan para adoptar una *decisión*, lo mismo deben hacer para acordar una *motivación*. Tanto una (la decisión) como otra (la motivación) son funciones y responsabilidades del órgano como tal (no de sus componentes tomados individualmente). De ahí que la motivación no consista en componer un *puzzle* con los pareceres predefinidos e inamovibles que los jurados (cada uno por su lado) puedan traer de casa, sino en el resultado consensuado tras un intercambio dialéctico entre ellos¹¹. Normalmente, además, las razones afloran entremezcladas en la discusión con las propuestas decisorias.

Y por fortuna, los jurados no han sido reclutados en las cuatro esquinas de la inmensidad sideral; provienen de un mismo entorno geográfico y comparten experiencias vitales, referencias culturales, informaciones, etcétera. Por eso, cuando se consiente la participación de los legos en la administración de justicia, implícitamente se reconoce –de conformidad con el pensamiento ilustrado– que todo ciudadano puede estar en grado de formular juicios fundados en un sistema de razones suficientemente convincentes, que sabe escuchar a sus semejantes y que es capaz de revisar sus propios puntos de vista¹². Y más en situaciones en las que su decisión genera de ordinario consecuencias de elevada gravedad, como acontece en los procesos penales.

En última instancia, si persistieran las discrepancias, únicamente los fundamentos sufragados por la mayoría del Jurado se harían acreedores a figurar en la motivación del veredicto¹³.

10 R. Magi, “Garantismo”, en L. Pepino (a cura), *Giustizia. La parola ai magistrati*, Roma-Bari, 2010; p. 25.

11 M. Montagna, “Il ruolo della giuria nel processo penale italiano ed in quello statunitense”, en M. Montagna (a cura), *L’assassinio di Meredith Kercher*, Roma, 2012; p. 270.

12 Cfr. L. Corso, *Giustizia senza toga...*, pp. 379-381.

13 Si bien este último apunte necesitaría mayor precisión, anticiparé que, a mi entender, un “hecho” no podría considerarse “probado”, por mucho que todos los miembros del Jurado lo tuvieran por efectivamente ocurrido, si luego no hay un consenso suficiente sobre las razones probatorias que se ofrecen como fundamento. Una cosa es estar

3. Ningún ponente entre tanta gente

Si fuera atinado mi comentario precedente, perdería fiereza el tercer obstáculo (enlazado con el anterior) que se destaca en la STS: el que acentúa que “otra solución” contraria a la “menor exigencia que se impone al Jurado respecto de los Tribunales técnicos viene impuesta” “no sería conciliable con las características de una decisión adoptada por un Colegio muy amplio y redactada sin concurrencia de un ponente”; pues, ante la eventualidad de que “las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes”, “la inexistencia de un ponente profesional que concilie todas esas razones, conduciría, previsiblemente, a una prevalencia de supuestos de discordancias irresolubles en la motivación, si se exigiese una minuciosidad exhaustiva en el detalle”. Argumento que se corona con el consabido “*por ello* el Legislador ha expresado (...) que basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción” (FD 4º).

Antes de entrar en materia, siquiera de pasada volveré a colocar el mismo disco, ya rayado de tanto ponerlo, denunciando aquí también la argucia del TS al imputar a la intención legislativa lo que, en realidad, sólo ha pasado por su cabeza. No hay en la Ley del Jurado el más ínfimo rastro de que la ausencia de un ponente profesional haya contado a la hora de prescribir un específico y rebajado formato de la motivación en el cuerpo del veredicto. Sentado lo cual, entro a discutir el argumento en lo que de por sí vale.

A. Lo de menos es el número de personas que integran el Jurado; amplio sí pero, desde luego, inferior al que congregan los plenos del TC y de las principales Salas del TS. A nadie he oído decir, sin embargo, que las resoluciones dimanantes de tales plenarios pueden beneficiarse de algún descuento en su correspondiente motivación.

¿Será porque cuentan con un ponente? Quizás. De todos modos, en poco se parece la composición de una sentencia con la cumplimentación de un veredicto. Para empezar, es mucho más compleja la sentencia (que incluye cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y determinación de consecuencias) que el veredicto (limitado en exclusiva a las cuestiones de hecho). Para proseguir, y en consonancia con lo anterior, también son mucho más diversificadas y extraordinariamente técnicas las deliberaciones que el ponente de la sentencia ha de tener en cuenta al redactar una sentencia, en comparación con los argumentos de sentido común que abarcan por completo los diálogos entre los jurados y son los únicos que acoge el veredicto. Para terminar, la tarea más ardua y determinante del ponente atañe a la arquitectura del razonamiento de la sentencia (p. ej. limitándonos al ámbito de la argumentación fáctica: identificación de la hipótesis, desmembramiento de la misma en distintas sub-hipótesis, conexiones entre estas últimas, formulación de las contrahipótesis si las hubiere, confección del cuadro probatorio, ordenación de las cuestiones probatorias según una secuencia lógica, etc.), en tanto que el Jurado se encuentra con todo este trabajo ya hecho por el MP (verdadero arquitecto del objeto del veredicto) y debiendo ocuparse nada más que de labores de relleno.

B. Ya, pero –se dirá– finalmente ¿quién se encarga en un Jurado del encaje de bolillos armonizando las razones divergentes que han podido conducir a cada uno de los nueve a la convicción que manifiestan? Pues bien, aunque parezca mentira, este no es un rasgo distintivo que marca la *diferencia* entre la motivación de una sentencia y

“convencido” de algo y otra distinta es tenerlo por “probado”; y no se olvide que la Ley utiliza la expresión “hechos probados”.

la motivación de un veredicto (como pretende el TS) sino, curiosamente, un punto de *coincidencia* (negativo) entre la sentencia y el veredicto. Es decir, ni la sentencia ni el veredicto tienen por qué dar cuenta de las razones por las que cada miembro (del Tribunal togado o del Jurado) ha “obtenido su convicción”; simplemente, porque eso no es cometido de la motivación, con independencia de quien sea su autor (profesional o lego). Lo cual, por respeto a la singularidad de la cuestión, merece ser analizado en un apartado autónomo, el que marcha a continuación.

4. Ni “imposible” ni “inexigible”, simplemente “inútil”

A la vista de las premisas, ya señaladas, que ha aireado el TS, nos reventaría de estupor que la STS no diera el puntillazo reconociendo “la imposibilidad real y la inexigibilidad legal de reflejar (en el veredicto) todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo” (FD 4°).

A mi entender, “imposibilidad” e “inexigibilidad” son palabras inadecuadas en este contexto. Más certera y drástica es la de *inutilidad* (y que, de paso, hace también *inútil* entretenerse, como la STS, en negar que la motivación del veredicto haya de “reflejar todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo”). Y eso por una dupla de razones.

A. La primera, porque tal requisito no está inscrito en el cromosoma del concepto (“motivación”). Es decir, que la motivación no consiste en eso; no tiene como objetivo exteriorizar el proceso valorativo. Lo cual es de aplicación universal; válido tanto para la motivación del veredicto como para la motivación de una sentencia más al uso.

“Motivar” no significa *describir* un proceso decisonal sino *justificar* una *decisión*. Que en esa tarea (en la justificación) el órgano decisor a menudo se valga de razones (muchas o pocas) que emergieron en el proceso conducente a la decisión, es sin duda posible, probable y hasta plausible (por salud mental y por comodidad; y más dentro de un órgano colegiado, al menos si el ponente aspira a que sus colegas firmen la resolución). Pero ni *necesario* ni *verificable*.

a) Que no es *necesario* que las razones justificativas se correspondan con las razones surgidas en el proceso valorativo, se ve de inmediato a poco que se examine el cuadro de las patologías que pueden afectar a la motivación. Ninguna de ellas tiene como referente las cavilaciones de un juez (si el órgano es unipersonal) o la deliberación de un tribunal (colegiado, por tanto). Los vicios de la motivación se detectan por referencia bien a lo decidido, bien a lo acontecido en la vista oral (o a lo contenido en el recurso), o bien a la motivación escrita en sí misma. En suma, nada que guarde relación con el itinerario mental (o deliberativo) recorrido por el decisor. Así, se dirá que está *omitida* una motivación que p.ej. deje sin justificar una decisión o parte de ella (sin que nada importe si se ha omitido o no todo o algo de lo que previamente pasó por la cabeza del juez); se hablará de una motivación *incompleta* si p.ej. se soslaya la mención de una prueba aparentemente decisiva presentada durante la vista (sin que venga a cuento saber si el juez la olvidó al redactar la sentencia o prefirió pasarla por alto); se calificará de *insuficiente* p.ej. la motivación en cuya trama discursiva se salta directamente del indicio al hecho probado sin mencionar la inferencia que relaciona ambas cosas (con independencia de si el juez ha sido obtuso o tramposo); se denominará *contradictoria* p.ej. la motivación que contenga dos argumentos incompatibles entre sí (no aquella cuyos argumentos contradigan lo que el juez pensó realmente al tomar la decisión); etcétera. Recapitulando: a estos efectos, el proceso mental del juez (o el cruce de opiniones en la deliberación) no cuenta jurídicamente para nada.

b) Y aunque pretendiera contar (como podría darse en la Exposición de Motivos V.1 LOTJ, donde de pasada se indica que “el veredicto *exterioriza* el curso argumental que lo motivó”), de nada serviría; porque, tratándose de un proceso inaccesible desde el exterior, *no* hay manera de cotejar el texto de la motivación con los laboreos mentales (o dialécticos) del juez (o del tribunal) ni, por consiguiente, posibilidad de *verificar* si hay (y cuánta) correspondencia entre los rectilíneos trazos justificativos de lo uno con las sinuosidades heurísticas de lo otro.

B. En conexión con lo recién apuntado, emerge una segunda objeción contra la creencia de que la motivación se asemeja a un *compte-rendu* de lo acaecido en el hermético recinto de la mente (o de la deliberación) del órgano decisor, porque termina arrojándola al cesto de la más irremediable inoperatividad.

En efecto, cuando una norma prescribe alguna conducta, el cumplimiento o incumplimiento de la misma ha de ser comprobable. Ahora bien, ante un precepto que impone al juez (o tribunal) la obligación de motivar ciertas decisiones, nadie está en condiciones de constatar si el juez (o tribunal) ha plasmado sobre el papel el *iter* mental que recorrió para llegar a la convicción (o las incidencias del proceso deliberativo) o si, en lugar de ello, ha transcrito sin más alguna ocurrencia sobrevenida. Por tanto, habrá de ser otro elemento, no la fidelidad o infidelidad descriptiva hacia el proceso mental (o la deliberación), el que determine si el juez (o tribunal) de turno ha satisfecho o no el susodicho deber jurídico de la motivación.

Tras este cambio de perspectiva que define la “motivación” como la justificación racional de una decisión (y ya no como la crónica de cuanto pululó por la testa del decisor o en la sesión deliberativa), la tarea impuesta tanto al jurado como a los jueces togados adquiere un aspecto mucho menos tremendista y agobiante. Por ello, sería instructivo desvelar a qué oscuros intereses obedece presentar la motivación como una tarea hercúlea de imposible cumplimiento para el Jurado (y para los profesionales también, sea dicho de paso, aunque esto último curiosamente se pase por alto).

5. ¡Lo que nos faltaba!

Atribuir al Legislador propósitos que en la Ley no constan o hasta contradicen lo que allí se manifiesta, sería algo comprensible si al menos ayudara a dar sentido al contenido de sus preceptos concretos (aunque eso me recuerde aquella tira cómica en la que se dibuja a un policía arrastrando por el suelo a un ciudadano detenido y, cuando éste protesta “¡oiga, que yo no he dicho nada!”, el agente replica “¡pero seguro que lo estabas pensando!”).

Jocosidades al margen, quiero recalcar que, si la Ley permitiera una motivación del veredicto más relajada que la exigida a los jueces profesionales (como da por hecho el TS), eso alguna interpretación habría de tener. Y, abierta la veda a las conjeturas, puede hacerse complicado discernir cuál de ellas es razonable y cuál no. Así que ahí...

A. Pero, sorprendentemente, la Ley (del Jurado) no se muestra más indulgente con los legos que (esta vez la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que se menciona en la Ley del Jurado) con los profesionales. Justamente, al revés. ¿Entonces?

A veces, esta STS deja traslucir actitudes (de displicencia o de indolencia) francamente irritantes. Pasa de castaño oscuro que cuando un buen número (de procesalistas sobre todo¹⁴) han puesto el grito en el cielo porque el Legislador parece mostrarse más

14 Por todos, cfr. A. De la Oliva Santos, “Algunos aspectos de la presunción de inocencia y los juicios con jurado”, en L. Varela –L. Aguiar (dirs.), *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Madrid, 2003; destacando “la extra-

exigente con los legos que con los profesionales, el TS no tome la precaución de volver a la lectura de la Ley del Jurado para comprobar qué hay de ello en vez de sumarse acríticamente al coro de embaucados por el efectista tono menor de un adjetivo (“sucinta”).

Así que propongo, primero escudriñar el texto de la Ley del Jurado por si en alguno de sus recovecos se halla siquiera un atisbo de comparación con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en lo tocante a la motivación de las sentencias; y, de no encontrarlo, construir por nuestra cuenta un cuadro comparativo de entrambos documentos legislativos para verificar qué hay de cierto en lo que sostiene el TS.

Iniciando con lo uno, el intento está abocado al fracaso porque en la Ley del Jurado no se percibe ninguna chispa de interés por tener a la motivación del veredicto en más o en menos o a la par de lo que otras leyes predicán acerca de la motivación de las sentencias. La única referencia que allí se maneja es “la exigencia constitucional de motivación”, a la que ha de atenerse el veredicto del Jurado, puntualizando –eso sí– que tal “exigencia constitucional no se satisface” con “la exposición de lo tenido por probado” (Exposición de Motivos V.1). Por lo demás, no hay rastro de mención a otra Ley. O quizás, tras la puntualización señalada ¿acaso se esconde una referencia implícita a la LOPJ, toda vez que ésta queda perfectamente retratada¹⁵ en lo que la Ley del Jurado ha descalificado por inconstitucional? No lo sé; por tanto será más prudente dejar las suposiciones a un lado.

B. Así que encarguémonos de lo otro, representando a través de un gráfico el balance de la comparación entre el art. 248.3 de la LOPJ y el art. 61.1 de la LOTJ (en lo que ambos tienen de comparable). Lo cual irá precedido de un par de contextualizaciones para la adecuada comprensión del cuadro.

a) La primera arranca de la aclaración del Legislador (ya señalada de pasada) de que si “bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad”, “la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello” puesto que “también la motivación de esos argumentos es necesaria” (Exposición de Motivos V.1). Pues bien, tal observación se inscribe en la diferencia, ya de curso corriente en la teoría jurídica, entre la justificación *interna* y la justificación *externa*. Sintéticamente: una conclusión está *internamente* justificada cuando ha sido inferida correctamente de sus premisas; y está *externamente* justificada cuando las premisas están a su vez justificadas. Goza de mayor protagonismo la justificación externa en términos estadísticos (si nos atenemos al número de recursos que esa suele generar) e incluso por criterios lógicos (pues mal se puede fundar una conclusión con premisas que no están fundadas); de ahí que, por lo común, suela asimilarse la “motivación” a la “justificación externa”¹⁶.

Y salta a la vista, sin necesidad de lentes para su lectura, que la Ley del Jurado prescribe que el veredicto ha de estar provisto, por imperativo constitucional, de ambas justificaciones: la interna (“lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad”) y la externa (“también la motivación de esos argumentos es necesaria”). En cambio, la preceptiva de la Ley del Poder Judicial se agota con la justificación interna (al obligar, nada más, a consignar en la sentencia los “hechos probados, en su caso”).

ñeza que produce ver que la LOTJ (art. 61.1 letra d) exige a los jurados legos lo que no exigen la LECrim y la LOPJ a los órganos jurisdiccionales integrados sólo por Jueces y Magistrados carrera” (p. 469).

¹⁵ No por nada, pero, en lo que respecta al componente fáctico de la sentencia, el art. 248.3 LOPJ se contenta con prescribir que: “Las sentencias se formularán expresando (...) (los) hechos probados, en su caso”, nada más.

¹⁶ Y eso se hará en este trabajo, si no es más porque lo preceptuado en el polémico art. 61.1 d) de la Ley del Jurado se ciñe a la aquí denominada “justificación externa”.

b) El segundo de los dos encuadres teóricos tiene por finalidad realzar un aspecto bastante preterido (o ni siquiera advertido) de la motivación (en cuanto justificación externa) y que promete una rentabilidad nada desdeñable. Veamos.

Al final de un juicio el juzgador emite la resolución que corresponda, la cual no constituye un mundo autorreferencial desgajado de lo acontecido en la vista. Y, sin embargo, poco énfasis suele ponerse en conectar la motivación con el desarrollo del juicio, pasando por alto que no tendría sentido examinar si el juez ha motivado bien o mal la valoración de unas pruebas si antes éstas han sido rechazadas por inadmisibles o no se han producido dentro del proceso o son tergiversaciones de las realmente producidas.

Entonces, la tarea de enjuiciamiento se divide en dos fases: la primera en determinar la *existencia* o no de pruebas en el transcurso del proceso; la segunda en la *valoración* de las existentes. Diferencia que ha sido percibida por la Ley del Jurado cuando remite al “criterio que separa” “la *existencia* de prueba respecto del de (la valoración de) la *suficiencia* de la misma” (Exposición de Motivos IV.4).

Y en justa correspondencia con ese par de operaciones, también en la motivación han de ser discernibles dos contenidos: uno *informativo* (pues antes que justificar se debe informar de los elementos producidos en el proceso que son relevantes; o sea, los que han valido para certificar la *existencia* de prueba); y el otro *argumentativo* (el que garantiza por qué, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable la valoración de tales o cuales pruebas en tanto que *suficientes* o no para determinar los respectivos hechos como probados o como no-probados). Por fortuna, la Ley del Jurado incorpora este doble enfoque en la disciplina que impone el art. 61.1 d) al aludir, por un lado, a los “*elementos de convicción* para hacer las precedentes declaraciones” (hechos probados/hechos no-probados) y, por otro, a “*las razones* por las que (los jurados) han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”.

Tras tanto preámbulo, espero que resulte inteligible el cuadro que se reproduce de seguido:

HECHOS Y MOTIVACIÓN	
SENTENCIA (art. 248.3 LOPJ)	VEREDICTO (art. 61.1 LOTJ)
Hechos <i>Hechos probados</i>	Hechos
	<i>Hechos probados</i>
	<i>Hechos no-probados</i>
Motivación <i>¿?</i>	Motivación
	(Parte informativa) <i>Elementos de convicción</i>
	(Parte argumentativa) <i>Sucinta explicación de razones</i>

Basta una simple mirada para percatarse de tres datos:

El primero, aunque directamente apunta a los “hechos” y no a la “motivación”, de rebote afecta también a ésta. Obsérvese, a ese respecto, que en la sentencia han de consignarse los hechos probados nada más, en tanto que en el veredicto han de mencionarse tanto los hechos probados como los hechos no-probados. Eso entrañaría, ya de entrada, que la motivación posterior debe justificar en el veredicto más “hechos” que en la sentencia.

Destaca, en segundo lugar, no que la motivación de la sentencia se desentiende de los hechos no-probados (lo que resulta obvio visto el apunte anterior) sino, sorprendentemente, que ni siquiera atiende a la relación de los hechos probados; en evidente contraste con la motivación del veredicto que ha de justificar los unos (los probados) y los otros (los no probados). Entonces, por muy *sucinta* que fuere la motivación del veredicto siempre implicará mayor exigencia que la *nada* radical (que es a lo que se reduce la motivación fáctica en una sentencia), a no ser que la LOPJ pretenda empaquetar, en revuelta promiscuidad y sin respetar las convenciones¹⁷, los fundamentos de hecho en el apartado de los “fundamentos de derecho” (pero, aun así, esos supuestos fundamentos de hecho no podrían servir –por *inespecificados*– de término comparativo para determinar si son más o menos densos que los exigibles en el veredicto).

Pero es que –ya en tercer término– la adjetivación de “sucinta” no califica (en la Ley del Jurado) a la motivación entera sino sólo a una de sus partes (a la “explicación de las razones”, no a los “elementos de convicción” que “los jurados han atendido”). Ya sé que la importancia del detalle es relativa pues depende del significado que se atribuya a la palabra mencionada (“sucinta”)¹⁸ y del concepto de “motivación” que se suscriba¹⁹. Ahora bien, lo menos que se debe pedir a quien (como el TS) confiere a ese adjetivo (“sucinta”) el sustancial efecto que hemos visto es que acote con rigor el ámbito al que se aplica. Y tal condición no se cumple en la STS que estoy comentando. Así en el texto de la misma (FD 4º) se lee que “el Jurado ha de *fundar* sus decisiones *sucintamente*, lo que supone que no es necesario reseñar todos los *medios de prueba* tomados en consideración” (donde se aprecia que el TS, primero, extiende el “sucintamente” al global “fundar” no limitándolo a una de sus partes, y luego se equivoca de parte); o también que basta “con que los Jurados expresen de forma *sucinta* las *pruebas* que han determinado su convicción” (la expresión de las pruebas pertenece a la parte informativa de la motivación, no a la parte argumentativa –la de las razones– a la que atañe la calificación de “sucinta”). Esa falta de rigor en el encuadre textual de “sucinta” permitirá al TS otras licencias (no se sabe en base a qué): como la de dispensar al Jurado de “expresar el *contenido* incriminatorio de los elementos de convicción” si al menos señala los *medios* de prueba que los contienen²⁰, o como

17 Llama la atención que la posterior LEC, en su art. 218.2, sí distingue entre los elementos “fácticos y jurídicos” del pleito que habrán de considerarse –individualmente y en conjunto– ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”; y se ha subrayado que la inclusión del “juicio de hecho” en la sentencia supone la principal novedad del precepto (A. De la Oliva, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000; p. 417); lo que –si entiendo bien– implicaría que hasta entonces (la LOPJ comprendida) el Legislador no había previsto ningún espacio en la sentencia para la motivación fáctica.

18 Pues la palabra “sucinta” también ha solido acompañar a la “motivación” de la sentencia y sin que ello obedeciera a ninguna indulgencia con prácticas judiciales trivializadas. Quizás por temor a que los jueces siguieran apegados a motivaciones largas y complicadas de épocas pasadas, los legisladores comenzaron a recomendar que la exposición de los motivos fuera “concisa” o “sucinta” (M. Taruffo, “La fisionomia della sentenza in Italia”, en VV.AA. *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988; p. 182). Y viniendo a tiempos de hoy, nuestro propio TS recuerda que “una motivación concisa y escueta no deja de ser una motivación” (STS 8/10/1988); y el TC mismo proclama que basta una motivación “escueta o concisa” (STC 264/1988) o que una motivación adecuada de la sentencia no exige “un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones” (STC 305/2005). La cultura jurídica no confunde el “estilo” con el “contenido” ni “concisión expresiva” con “lagunas lógicas”; la concisión afecta a la forma, no a los requisitos estructurales de la motivación (Cfr. M. Taruffo, “Motivazione della sentenza civile (controllo della)”, *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento III*, Milano, 1999; p. 773, así como F. M. Iacoviello, “Motivazione della sentenza penale (controllo della)”, *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Milano, 2000; p. 796).

19 No lleva al mismo resultado concebir la “motivación” como *descripción* del *itinerario mental* que ha conducido a la decisión que como *justificación* de la *decisión* (según intenté mostrar páginas atrás). De manera que la motivación “puede ser *concisa* aun *siendo completa* y *suficiente para justificar la decisión*” (M. Taruffo, “Addio a la motivazione?”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, n° 1; p. 376).

20 Identificar el “medio” de prueba (el continente) y describir el “elemento” de prueba (el contenido), tanto lo uno como lo otro se inscriben en la parte informativa de la motivación, a la que la Ley no aplica la calificación de “sucinta”.

la de exonerarlo de “explicitar la *inferencia* cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos”²¹.

Hasta aquí los resultados más inmediatos que arroja la confrontación entre el art. 248.3 LOPJ y el art.61.1 LOTJ. Con independencia de si se acepta o se rechaza el trazado argumental que he seguido, al menos no tiene vuelta de hoja –creo– que la tesis del TS esgrimida bajo la opaca divisa de la “sucinta explicación” es un monumento a la divagación y al meandro para esquivar la textualidad de la Ley. En ésta las cosas toman un rumbo absolutamente opuesto. Es más, según los parámetros de constitucionalidad que la Ley del Jurado maneja, una sentencia ajustada al estricto dictado del art. 248.3 LOPJ merecería la tacha de inconstitucional; y de ser recurrida en amparo, sería anulada sin contemplaciones.

Curiosamente, sin embargo, la propia Ley del Jurado acoge en su regazo maternal al ya mentado art. 248.3 LOPJ (por lo menos sospechoso de inconstitucionalidad) cuando, en su art. 70.1, estipula que: “El Magistrado Presidente procederá a dictar sentencia en la forma ordenada en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”²². ¿Entonces? Digamos de entrada que esta digresión, sea cual fuere su resultado, no redime un ápice al TS de su despropósito (pues sigue sin asomar cualquier apoyo legislativo a la tesis de que la Ley es más severa con los profesionales que con los legos). Lo que se convierte en objeto de disputa es si la Ley del Jurado incurre o no en contradicción cuando, por un lado, desmenuza unos requisitos constitucionales de la motivación (que superan lo dispuesto en el art.248.3 LOPJ) y, por el otro, canoniza el citado precepto al fijar cuál ha de ser el contenido de la sentencia redactada por el MP. Habría dos maneras (quizás más) de salir del atolladero. La primera, la más sencilla (¿y más realista?), sería reconocer que *manca finezza* (o algo peor) en la redacción del art. 70.1 de la Ley del Jurado. La segunda, bastante alambicada (pero defendible), consistiría en replicar que la constitucionalidad del art. 70.1 queda a salvo merced al art. 70.3 (“La sentencia a la que se unirá el acta del Jurado...”), esto es: que el veredicto suministra la motivación fáctica (no prevista para la sentencia por el art. 248.3 LOPJ); y así como la relación de “hechos probados” en la sentencia es una traslación del “contenido correspondiente del veredicto”, análoga operación valdría para la motivación sobre los hechos (bajo la figura de una “motivación *per relationem*”). Con lo que, paradójicamente, la motivación del veredicto rescataría de la inconstitucionalidad a la sentencia que dictara el MP con arreglo a la estricta literalidad del art. 248.3 LOPJ.

III. SOBRE LA INESTIMABLE COLABORACIÓN DEL MP

En la STS que nos ocupa no se explora cómo afrontar la motivación fáctica de la sentencia vista desde el prisma de la LOPJ. ¿Acaso porque, simplemente, en ésta no hay previsión al respecto (como me he empeñado en subrayar)? ¿O quizás –sólo o también– porque el TS ha inferido juiciosamente que, si bien corresponde al MP la redacción de la sentencia pero no siendo éste responsable de la decisión fáctica, sería un despropósito que él asumiera la justificación de lo que no es suyo (y de lo que, a lo peor, hasta discrepa)? Lo desconozco.

21 Es cierto que la “inferencia” pertenece a la parte argumentativa de la motivación a la cual, por tanto, sí es aplicable el calificativo “sucinta”. Ahora bien, el razonamiento indiciario comprende dos partes: la identificación del “indicio” (parte informativa) y la formulación de la “inferencia” que conecta el indicio con el hecho indiciado (parte argumentativa). Cumplir sólo con la primera fase, de ningún modo equivale a cumplir *sucintamente* con la segunda; es decir, hacer sólo una cosa es hacer una cosa sola, no una cosa y mitad de la otra.

22 Con el añadido (que en nada afecta a lo aquí tratado) de que la sentencia incluirá “como hechos probados y delito objeto de condena o absolución, el contenido correspondiente del veredicto”.

No obstante, el TS enuncia sin ambages que “la motivación sobre los hechos supone una parte esencial de la exigencia motivadora” (FD 4º). Ahora bien, si por un lado –y a lo que se ve– el TS no cuenta con que el MP se meta por los cercados del Jurado, y si, por el otro, estima que –debido al cúmulo de factores invocados con precedencia– “no puede exigirse a los ciudadanos que integran por sí solos el Jurado de hechos y de culpabilidad, el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado” (FD 4º), entonces ¿quién se hace cargo de esa “parte esencial” de la motivación?

El TS encuentra una salida al callejón; ésta (cursivas mías): “la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo exige (art. 61.d) ‘una sucinta explicación de las razones...’ que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser *complementadas*, cuando sea *necesario* y de *forma congruente* con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ”. Más en detalle: “esta motivación fáctica debe ser desarrollada por el MP al redactar la sentencia, expresando el *contenido incriminatorio* de esos elementos de convicción señalados por los jurados y *explicitando la inferencia* cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos”. Y ello porque “se trata de una responsabilidad que la ley impone a quien puede cumplirla, pues el MP que ha asistido atento al juicio y a sus incidencias, que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba de cargo valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha impartido al jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar, con el necesario detalle en cada caso, cuál es el contenido incriminatorio de las pruebas tenidas en cuenta por los jurados, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba”.

Vistos los valimientos que el TS aduce para legitimar la función complementadora que debería asumir el MP, paso a oponer un puñado de consideraciones con dos objetivos: uno menor, cual es discutir que los factores apuntados por el TS demuestran la singular aptitud del MP para la tarea encomendada; otro mayor, consistente en mostrar la falsedad de que semejante labor asignada al MP es una imposición de la Ley del Jurado (o siquiera encuentra respaldo en ella).

1. Datos que avalarían la idoneidad del MP

En la aluvional lista de circunstancias resaltadas en la STS, a propósito del MP, las hay de diverso pelaje (como si el TS buscara hacer montón) y de distinta enjundia (que va de poca a ninguna, pienso).

A. La primera, y la de más fuste, enfatiza la presencia, en primera persona, de un MP atento a los pormenores de la vista oral. No hacen falta dotes de penetración para advertir que, sin nombrarlo, aquí se está mentando el fenómeno de la “inmediación” con su proverbial eficacia, insuperable e intransferible. Sin embargo, su invocación en este preciso contexto resulta traicionera por partida doble: porque sirve de señuelo, como la muleta del torero, para atrapar nuestra atención y conseguir que entremos al trapo en lugar de ir a donde procede; y, encima, puede volverse, como el *boomerang*, contra quien desea sacar partido de ese argumento. Veámoslo un poco más despacio.

Iniciemos el recorrido con la proclama del TS: “La *motivación* sobre los hechos (...) es aquella por la que se conoce el *proceso de convicción* del *órgano jurisdiccional* sobre la culpabilidad de una persona (...) Esta función sólo la puede realizar el *órgano jurisdiccional* que ha *percibido directamente* la práctica de la prueba con la *ventaja cognoscitiva que proporcionan la inmediación y la contradicción*” (FD 4º). La formulación tiene el aspecto de ser correcta; pero, no obstante, enciende una duda.

Por eso preguntamos: ¿a qué se designa con el nombre “órgano jurisdiccional”? Parece que, con esa expresión, la STS se refiere a dos realidades distintas: al *todo* (al Tribunal del Jurado entero, pues todo él –el MP incluido– “ha percibido directamente la práctica de la prueba”) y a una *parte* (al Jurado solo, pues nadie más que él puede ser el concernido cuando la STS subraya que “la motivación de los hechos es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona”). Quizás esa ambigüedad no revista mayor enjundia que la provocada por la eventual sinécdoque de una expresión (“órgano jurisdiccional”) con la que se designa ora el “todo” ora la “parte”. No obstante, el detalle da pie para un recordatorio, banal en sí: que hay un esencial rasgo distintivo entre el Tribunal del Jurado y un Tribunal al uso. Si valen las comparaciones (aunque cojeen), un Tribunal convencional se asemeja a un *átomo*, en el sentido de que es una unidad *simple* (es decir, que todos los magistrados deciden sobre todo); en cambio, un Tribunal del Jurado guarda parecido con una *molécula*, en cuanto unidad *compuesta* (esto es, el MP – sólo él– decide sobre la norma aplicable y las consecuencias jurídicas resultantes; y el Jurado –únicamente él– decide sobre los hechos y la culpabilidad del acusado). La misma STS se cuida bien de dejarlo diáfano al resaltar que son “los *ciudadanos* (los) que integran por sí *solos* el Jurado de *hechos* y de *culpabilidad*”, FD 4º). Son, por tanto, competencias exclusivas y excluyentes, estando vedadas las intrusiones recíprocas.

Sin embargo, si por asegurar el buen funcionamiento del Tribunal del Jurado (que, a pesar de mixta, es institución *unitaria*) hiciéramos un hueco al principio de “subsidiariedad” para fomentar la colaboración entre sus componentes, nos encontraríamos con la asimetría de que el Jurado nada puede aportar al MP (por la aplastante razón de que aquél carece de la *formación* técnico-jurídica inexcusable para ello) mientras que el MP está en una envidiable situación para prestar una preciosa ayuda al Jurado (por la evidente circunstancia de que aquél dispone de tanta *información* y tan de primera mano como éste, merced a la inmediación precisamente).

Ahora bien ¿en qué podría colaborar, exactamente, el MP con el Jurado en cuanto beneficiarios –ambos– de la inmediación? En la *valoración* de las *pruebas* que han sido percibidas directamente tanto por el Jurado como por el MP. Pero, claro, no estamos hablando de “valoración” sino de “motivación”. Y la *motivación* no tiene por objeto las *pruebas practicadas* por las partes sino la *valoración* de éstas a cargo del Jurado. Es decir, el *continuum* que presume la STS entre la *producción* de las pruebas y la *motivación* se trunca porque se intercala una actividad de la que la STS no habla: la *valoración* de las pruebas practicadas, sobre la que versará la motivación. Y respecto de ese *objeto* de la *motivación* (la *valoración* de las pruebas efectuada por el Jurado, como se ha dicho) ¿qué sabe un MP, que no sólo no ha tenido *voz* ni *voto* sino ni siquiera *presencia* en el proceso de valoración, es decir en la deliberación –secreta, además– del Jurado? ¿Dónde está la “inmediación” aquí? ¿No es justamente su falta la que deslegitimaría de raíz la pretensión de que sea el MP quien “complemente” los vacíos que el Jurado haya dejado en la motivación del veredicto?

B. El TS subraya también que el MP es quien reconoce si *existe* o no prueba valorable, lo cual daría paso bien a la deliberación del Jurado o bien a su disolución.

A mi modo de ver, se trata de un argumento alambicado que no conduce a lo que pretende, porque el cogollo del veredicto (aun cuando el MP y el Jurado coincidieran de pe a pa en la identificación de la prueba de cargo, cosa no garantizada) reside en la *valoración* de la prueba existente; es decir, no en la “prueba *valorable*” sino en la prueba ya *valorada*. Una prueba valorable es un elemento que puede saldarse, finalmente, tanto con un veredicto de culpabilidad como con uno de inculpabilidad; y será la conclusión preferida en cada caso, o sea la prueba valorada, la que demanda –en palabras de la Ley– una “sucinta explicación” (de modo que el necesario complemento que aporta el MP cobraría sentido –por aquello de “sucinta”, según la lógica del TS– en un ámbito distinto al de la constatación de la prueba de cargo, éste sí familiar al MP y no el otro).

C. Una vertebración análoga presenta en el fondo el argumento que el TS acarrea en tercer lugar, esto es: que el MP “ha redactado el objeto del veredicto”; como si eso le proporcionara alguna complicidad o conocimiento de las razones por las que el Jurado declarará después como probados o no-probados los enunciados fácticos sometidos a su consideración.

Diré que no veía ni pies ni cabeza a ese planteamiento hasta encontrarme, en un artículo doctrinal, con este engañoso razonamiento que apunta en la misma dirección: “La motivación debe ser exigible de la totalidad de la resolución (...) y la única visión suficientemente global y cualificada para poder dictarla es la del MP que redacta el escrito que contiene el objeto del veredicto (...) La propuesta de veredicto que realiza el MP no debe ser un acto aislado, neutro, sin relación con la resolución final, más bien se trata de fijar inicialmente lo que constituirá la premisa menor de la resolución”²³.

Me detendré en lo último (lo único que importa aquí) replicando que lo que constituye la premisa menor de la resolución son las *respuestas* del Jurado en contestación a lo que se le pregunta, no las *preguntas* del MP que dejan las puertas abiertas a que la premisa menor resultante sea una o la contraria (¡curiosa manera de dar alguna *fi-jeza* a la premisa menor!). En la motivación del veredicto (y de la sentencia, después) para nada cuenta razonar por qué se *pregunta* eso (que se pregunta) sino por qué se *responde* así (a lo preguntado). Y una cosa nada tiene que ver con la otra. Sin olvidar, además, que son las partes (acusación y defensa) la fuente principal de las preguntas, no el MP. De modo que...

D. El último cartucho del TS tiene el efecto de producir estruendo y humo nada más. Traer a colación, aquí y ahora, que el MP “ha impartido al Jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente” es coger la Ley por los pelos.

En la Exposición de Motivos de la misma paladinamente se delimita el alcance estricto de las instrucciones del MP: “suplir las deficiencias que puedan derivarse del *desconocimiento técnico de la Ley*”, o sea: suplir la falta de conocimientos jurídicos del Jurado²⁴. Y, después, en la relación particularizada de las instrucciones (art.54), se mencionan las que atañen a “la *forma* en que (el Jurado) debe reflejar su veredicto”. Esto es: las instrucciones versan sobre aspectos *formales* (jurídicos) del veredicto, no sobre asuntos *sustanciales* (empíricos) del razonamiento fáctico. Entonces ¿qué predicamento confiere al MP, en orden a completar el razonamiento sustantivo del Jurado, el hecho de haberlo instruido sobre su carcasa externa? Ninguno.

²³ I. Esparza Leibar, “El veredicto. Su formulación por parte del Jurado español”, en J. B.J. Maier, *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000; p.397.

²⁴ J.-L. Gómez Colomer, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, 1996; p. 119

2. Una imposición legal inventada

De todas formas, con títulos o sin ellos, el MP debería subsanar las insuficiencias de la motivación del Jurado porque así se lo *impone* la Ley, según proclama el TS²⁵. E invoca para ello el art.70.2 de la Ley del Jurado (cuyo tenor literal es: “Asimismo, si el veredicto fuese de culpabilidad, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia”). Pues bien, intentaré mostrar que el TS yerra de pleno.

A. Pero, antes, tomaré nota de que el camino que el TS pretende recorrer con airoso paso tiene un tramo inicial muy umbrío; ubicado en la alusión a la complementación que deberá aportar el MP “cuando sea *necesario* y de *forma congruente* con lo expresado por el Jurado”.

a) Y ¿cuándo es necesario? ¿Sólo cuando el Jurado no hace algo porque *no puede* o también cuando *no lo hace* aun si puede? Las consecuencias (fáciles de imaginar) que acarrea una u otra de las opciones serían divergentes, si bien ahora se prescindirá de su análisis.

b) No así de la penumbra que envuelve a la expresión “de forma congruente” y que se proyecta desde otro párrafo de la STS donde se dice: “La *motivación fáctica de una sentencia* condenatoria del Tribunal del Jurado exige, por tanto, un *proceso en tres fases*. En primer lugar la constatación de la concurrencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, que incumbe al MP (...). En segundo lugar el veredicto recogido en el acta de votación, que expresa la base esencial del resultado de valoración probatoria (...). Y en tercer lugar, la *sentencia* en la que *dicha sucinta explicación debe ser desarrollada por el MP*, expresando el contenido incriminatorio de los elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos (...)” (FD 4º).

¿Debe entenderse que al tratarse de “tres fases” son *distintas* entre sí (en cuanto “tres”) y *sucesivas* (en cuanto “fases”), y por tanto que la secuencia tripartita entera debe reflejarse en la sentencia? ¿O, más bien, que la tercera fase constituye un *mix* de la segunda y primera, siendo aquélla la única que debe figurar en el texto de la sentencia?

La primera alternativa presenta una ventaja y dos inconvenientes. Pues, por un lado, se ajusta bastante a lo dispuesto por la Ley del Jurado, es decir: la fase inicial estaría prevista en el art. 70.2 (“si el veredicto fuese de culpabilidad, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo”) y la segunda en el art.70.3 (cuando ordena que a la sentencia “se unirá el acta del Jurado”). Pero, por el otro, asoma este par de dificultades: una, que la tercera fase carece de previsión legal (no aparece mencionada en ningún artículo de la Ley); y, otra, que puede manifestarse alguna incongruencia, en lo concerniente al MP, entre la identificación de los medios/elementos de prueba realizada en la primera fase y los medios/elementos de prueba que se explicitan finalmente en la tercera (ya que a lo peor pueden darse disensos, entre MP y Jurado, en torno a si determinado *medio* de prueba contiene o no algún elemento de prueba, o acerca de cuál sea el *elemento* preciso que contiene aquel medio).

25 Si bien en el arranque de su itinerario discursivo se advierte alguna vacilación. Así, por un lado, y al amparo de sendas SSTS, subraya que en el acta del veredicto el Jurado “debe hacer constar, *de modo escueto pero suficiente*, cuáles han sido los fundamentos de su convicción”. Y a renglón seguido, mediante el remite a un puñado de SSTS, destaca que la LOTJ “*sólo exige* una sucinta explicación de las razones...’ (...), razones que deberán ser completadas cuando sea necesario (...) por el MP”. Me pregunto, primero, si “escueto” y “sucinta” no son palabras sinónimas; y, luego, si algo que es “suficiente” debe ser pese a todo “completado”.

La única manera de esquivar este segundo escollo consistiría en que, en su sentencia, el MP acomodara sin más la “existencia de prueba de cargo” a las pistas que ofrece el Jurado en su veredicto (guardándose de exteriorizar sus personales puntos de vista); o, lo que es lo mismo, en aceptar la segunda alternativa. Pero el remedio es peor que la enfermedad. Porque para salvar la tercera fase (de la que no hay rastro legislativo, repito), lo que corresponde a la primera fase (de la que sí hay constancia expresa en la legislación) podría sufrir alguna adulteración por cuanto el MP debería someterse al dibujo probatorio diseñado en el veredicto. Lo cual tropieza frontalmente con la Ley del Jurado, en cuya Exposición de Motivos (VI Sentencia) meridianamente se lee que: “La vinculación del Magistrado por el veredicto se refleja en la recepción que de éste ha de hacerse en la sentencia y en el *sentido* absolutorio o condenatorio del fallo”; añadiéndose en el párrafo siguiente: “Es de resaltar que la preocupación en la Ley por la motivación de la resolución lleva también a exigir al Magistrado que, *con independencia* de la motivación que los jurados hagan de la valoración de la prueba existente, *aquél* ha de motivar por qué *consideró* que existía dicha prueba sobre la que autorizó el veredicto”. En resumen, destacan tres puntos: uno, del veredicto sólo vincula al MP su “sentido” (absolutorio o condenatorio); dos, la existencia de prueba de cargo es “independiente” (“de la motivación que los jurados hagan de la valoración de la prueba”); y, tres, su “consideración” fue obra exclusiva del MP y antes de que el Jurado se retirara a deliberar (por tanto no está supeditada a los “elementos de convicción” que con posterioridad éste atenderá, ni los “elementos” del Jurado a la “consideración” del MP por falta de información). Por consiguiente, si cuando el MP motiva la sentencia “de conformidad con el art.70.2 de la LOTJ” debiera hacerlo –según la STS– “de forma congruente con lo expresado por el Jurado”, no sólo nos estaríamos inventando un requisito inexistente (al menos en la Ley) sino que traicionaríamos el criterio interpretativo que refulge en la Exposición de Motivos de la misma.

B. Por desgracia, no acaban ahí las penurias que estragan el discurso de la STS. Así, el alto Tribunal defiende que la “sucinta explicación (del Jurado) debe ser desarrollada por el MP” (en lo que atañe a la expresión del contenido incriminatorio de los elementos de convicción señalados por los jurados y a la explicitación de inferencias si se trata de pruebas indirectas) por ser ello “conforme a las exigencias de la *garantía constitucional de la presunción de inocencia* (art. 70.2 LOTJ)” (FD 4º). Son éstas palabras que quizás puedan dar pábulo al malentendido de que la Ley ordena al MP completar la motivación del veredicto en todo lo que comprometa a la presunción de inocencia. Y no es así.

El art. 70.2 es el legado de la insólita construcción que de la “presunción de inocencia” se hiciera en los albores de nuestra jurisprudencia constitucional. Como de sobra es conocido, el TC puso bajo precio a la garantía de la presunción de inocencia (para enervarla basta una “actividad probatoria de cargo”) introduciendo la distinción entre *existencia* de prueba de cargo (exigible por la presunción de inocencia) y su posterior *valoración* (impermeable al control constitucional). Dicha distinción ha sido heredada, en mala hora (pero es lo que hay), por la Ley del Jurado (cfr. Exposición de Motivos IV), donde se contraponen (no siempre con pulcritud²⁶) la *existencia* de elementos incriminatorios (aspecto *objetivo*) y la *suficiencia* de los mismos para justificar la condena (aspecto *subjetivo*).

Aunque bien es cierto que la Ley del Jurado califica de “discutible y discutido” el alcance y efectos del derecho a la presunción de inocencia que se deriva de la doctrina del TC. Y al efecto, tras subrayar que el control se extiende a “la apreciación objetiva

26 Cfr. J. Igartua, *La “sucinta explicación” en el veredicto del Jurado*, Valencia, 2013; pp. 110-111.

sobre la *existencia* de elementos incriminadores”, el Legislador añade: “no tanto de la *suficiencia* para justificar la condena” (entiendo que el “no tanto” significa “menos, pero también”) pues “ésta forma parte también del contenido del derecho fundamental pero exige ya la labor de valoración del medio de prueba lo que corresponde al Jurado” (Exposición de Motivos IV.4). O sea, el Legislador amplía el ámbito garantista de la presunción de inocencia (si bien con intensidad menor en la parcela añadida). Ahora bien, dicho esto, entonces hemos de suponer que la mención a la presunción de inocencia en el art. 70.2 LOTJ, se *limita* a propósito (no es un descuido) a “la *existencia de prueba de cargo* exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia”, no abarcando *in toto* la susodicha presunción, es decir dejando al margen la *suficiencia* de la prueba; que es, curiosamente, la parcela a la que va referida la “sucinta explicación”. De manera que, para mostrar que la Ley impone al MP la colaboración en una tarea muy determinada (completar la “sucinta explicación” del Jurado), la STS nos remite a un artículo que contempla otra tarea diversa.

C. Más todavía. Hasta aquí he dejado pasar, para ahorrar complicaciones, un detalle nada insignificante. Es decir, todo parecía indicar que comprobar la “existencia de prueba de cargo” (función del MP) y consignar los “elementos de convicción” (por parte del Jurado) eran menesteres que se solapaban, asignados –eso sí– a sujetos distintos y por ello pasibles de no conducir a los mismos resultados, aunque –repito– ambos enteramente descriptivos. Y, sin embargo, tengo mis dudas sobre el particular.

Digan lo que digan el TC y la Ley del Jurado, merecería repensarse si la existencia de prueba de cargo es, de verdad, un asunto de constatación objetiva (sin valoraciones de por medio, quiero decir); pero no interesa discutirlo ahora. Sí llama la atención, en cambio, que el cuarto apartado del veredicto deba comenzar así: “Los jurados han *atendido* como elementos de convicción...” (art. 61.1 *d*). Interpreto que es diferente identificar las pruebas de cargo que *existen* (MP) y señalar los elementos de convicción a los que se ha *atendido* (Jurado). Es decir, entre los elementos *existentes* podrán darse unos que son dignos de ser *atendidos* y otros que no lo sean. La *atendibilidad* de un elemento será por consiguiente el resultado de una *valoración* (recuperaríamos así una tercera acepción de “prueba” –que se añadiría a las dos anteriores: “*medio* de prueba” y “*elemento* de prueba”–, a saber: la de “*resultado* de prueba”²⁷). De modo que la identificación de los “elementos” que el Jurado “atendió” es una labor no sólo descriptiva (como la del MP, según se conceptúa en la STS) sino *mixta: descriptiva* (porque describe en qué consisten los *elementos* de convicción) y *valorativa* (porque implica las *razones* de asignarles un valor probatorio)²⁸. Y en eso radica precisamente la denominada *valoración individualizada* de las pruebas (que los *elementos* de prueba han de ser ellos mismos valorados antes de apreciar qué fundamento prestan a la *hipótesis* fáctica –al *hecho*– que se trata de probar, cometido esto último de la *valoración conjunta*).

O sea: que entre el inventario de los elementos probatorios *existentes* y la *suficiencia* (a valorar) de los mismos para acreditar los hechos, se interpone el discriminatorio (valorativo, por tanto) filtro de su *atendibilidad*. Y de lo cual habrá que dar alguna explica-

27 Para forjarnos una idea más carnosa de las tres acepciones de “prueba”, propongo un ejemplo. Supongamos que la acusación presenta como prueba una prenda de lencería de la mujer asesinada que contiene rastros genéticos. Si la defensa objeta que la prenda puede haberse contaminado porque se rompió la cadena de custodia, se pone en cuestión el *medio* de prueba. Si la defensa argumenta que la escasa cantidad del ADN hallado no permite establecer el perfil genético del agresor, se está atacando el *elemento* de prueba. Si la defensa replica que el material genético detectado, aun coincidente con el perfil de su cliente, nada significa ya que éste intimaba frecuentemente con la víctima, se busca neutralizar el *resultado* de prueba.

28 Como modélicamente se expone en la STS 279/2003 (con ponencia de P. Andrés Ibáñez): “lo que la ley quiere es que el Jurado diga *qué* información considera de valor probatorio y *por qué*” (cursivas mías).

ción (“sucinta”, faltaría más); operación en la que, sin embargo, resulta irrelevante –por ajeno a lo que está en juego– el apoyo del MP que la STS ha ideado.

D. Y la valoración *individualizada* supone que cada elemento de prueba ha de ser valorado tanto *en sí mismo* como *contextualmente* (a no confundir con la valoración conjunta, equivocación frecuente²⁹). Pues tal atendibilidad, que si ya es ineludible al valorar un elemento de prueba tomado *en sí mismo*, se hace más imprescindible cuando ese elemento se encuentra *frente* a otro que se le contrapone (p.ej. una declaración contra otra de signo contrario). De ahí que la atendibilidad de un elemento haya de tener una doble dimensión: una *intrínseca* (del elemento considerado en sí mismo) y otra *extrínseca* (del elemento en relación con los otros elementos presentes y eventualmente contrapuestos)³⁰.

Después, habrá que organizar los elementos de prueba que ostentan la vitola de “atendibles” en sendos grupos según apunten a *confirmar* o a *falsar* la hipótesis acusatoria (la única sujeta a prueba en el proceso penal) para, de seguido, ponderar cuál es el grado de sustento probatorio con el que ésa cuenta; o sea: lo que los usos llaman valoración *conjunta*.

Ese doble ejercicio del *contradictorio* (de “prueba contra prueba” –en la valoración individualizada– y de “prueba contra hipótesis” –en la valoración conjunta–) debe tener reflejo en la resolución judicial de que se trate porque así lo demanda el “derecho a la prueba”³¹ (que se desglosa en dos: el derecho a que sean *admitidas* las pruebas pertinentes y el derecho a que éstas sean *valoradas*, extremo éste que no garantiza una sentencia o un veredicto que ni las nombra). Ahora bien, en un contexto tal ¿qué sentido tiene reclamar la colaboración del MP al abrigo del art. 70.2 que, como bien se sabe, le asigna un cometido (además de *avalorativo*) estrictamente *unilateral* (constatar la existencia de “prueba de cargo”)? ¿y quién se ocupará de explicitar los elementos de la “prueba de descargo”?

Si en la sentencia sólo constan las pruebas de cargo y no las de descargo, se desactiva el estándar de la “duda razonable” y por ende hasta la misma presunción de inocencia.

E. Por último, si el veredicto fuera de inculpabilidad, no sería aplicable el art. 70.2 y la sentencia absolutoria podría quedar deficientemente motivada. ¿Y qué pasa con el constitucional “derecho a la tutela judicial efectiva” que también asiste a la acusación particular?

F. Con el fin de que, ante tanta dispersión, no se me acaben escurriendo las objeciones que he opuesto a la tesis defendida por el TS, hélas aquí juntas y ordenadas.

a) No hay en la Ley ni rastro de previsión normativa acerca de ninguna modalidad de colaboración del MP con el razonamiento del Jurado, por el contundente motivo de que el Legislador nunca contempló la eventualidad de que tal apoyo fuera alguna vez necesario.

29 Es ocasión de deshacer un equívoco (frecuente en la jurisprudencia y en la literatura procesalista) que consiste en conceptualizar como valoración “conjunta” la resolución de las incompatibilidades entre diversos elementos de prueba. Obviamente, la acreditación de unos elementos frente a otros elementos contrastantes, exige el cotejo de aquéllos con éstos para valorar cuáles son finalmente los atendibles. Pero eso nada tiene que ver con la valoración “conjunta”, pues se trata de una *confrontación* de unos elementos *respecto* de otros (con el objeto de valorar la *atendibilidad* de cada uno de ellos) y no de una *combinación* de unos elementos *con* otros (con el propósito de valorar la *probabilidad* que el conjunto confiere a la hipótesis en liza).

30 O, si gusta más otra terminología, podría hablarse de “plano de la persuasividad valorada aisladamente” y “plano de la persuasividad comparada” (J. Fernández Entralgo, “El veredicto del proyectado modelo de Tribunal del Jurado”, Diario *La Ley*, 2013, n° 8139).

31 Cfr. A. Capone, “Diritto alla prova e obbligo di motivazione”, *L'indice penale*, 2002, n° 1; pp. 37-40.

b) La propuesta del TS adolece de *parcialidad*. El art. 70.2 entraría en escena únicamente “si el veredicto fuese de culpabilidad” y con la vista puesta en “la garantía constitucional de la presunción de inocencia”. Se infiere de ahí que, si el veredicto es de inculpabilidad, el MP abandona al Jurado a su suerte y se desentiende del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, como se sabe, entraña el derecho a obtener una resolución debidamente fundada.

c) Incluso en el marco de las resoluciones de culpabilidad, la fusión por la que aboga el TS está plagada de numerosas contraindicaciones ya que los arts. 70.2 y 61.1 d) de la Ley conciernen: primero, a *sujetos* diferentes (al MP en un caso, al Jurado en el otro); segundo, a decisiones adoptadas en *momentos* procesales distintos e incomunicadas (una *previa* a la deliberación del Jurado, la otra con *posterioridad* pero desconociendo el contenido de la primera); tercero, a *objetos* diversos (a la existencia de *prueba* y a los *hechos* probados o no, respectivamente); cuarto, a *funciones* que difieren entre sí (como son justificar el paso a la *deliberación* del Jurado y fundar la declaración sobre la *culpabilidad* o no del acusado); quinto, a una desigual complejidad *gnoseológica* (de índole *simple* –descriptiva nada más– la del MP o *compuesta* –descriptiva y valorativa– la del Jurado); sexto, a criterios *epistemológicos* dispares (exclusivamente *verificacionista* en un caso, acentuadamente *falsacionista* en el otro); etcétera.

d) ¡Pues ni por esas! Es decir, aun pasando por alto las dificultades señaladas, la mixtura de las respectivas aportaciones del Jurado y del MP (en los términos que la Ley contempla a una y otra) en nada remediaría el carácter “sucinto” de las explicaciones del Jurado.

De entrada, recuérdese que la Ley –cuyas palabras dejan esta vez exiguo margen interpretativo– alude por un lado a la “*sucinta explicación* de las *razones* por las que (los jurados) han *declarado* o *rechazado* declarar determinados *hechos* como *probados*” (art. 61.1 d)); y, por el otro, a que el MP “*concretará* la *existencia* de prueba de cargo” (art. 70.2). Pues bien, pocas cavilaciones requiere entresacar las tesis siguientes: primera, la *existencia* de prueba es una *condición* no una *razón* para tener por probado (o no probado) un hecho³²; segunda, la *valoración* de la prueba existente es la que puede transformar a ésta en *razón*; tercera, la *concreción* (o descripción de los elementos) de la prueba de cargo es una operación previa y distinta a la de su *valoración*; cuarta, la *descripción* de los elementos de prueba no ayuda, por tanto, a conocer cuáles son las *razones* por las que se declara probado (o no probado) un hecho; quinta, la *sucinta explicación* que menciona la Ley va conectada a las *razones* y no a las descripciones (de las pruebas de cargo); y sexta, en consecuencia la “*sucinta explicación*” permanecerá *sucinta* por detallada que sea la *concreción* de la prueba de cargo. O sea, la colaboración del MP no vale para lo que el TS pretende.

IV. EN SUSTANCIA

No caben vacilaciones en la censura que merece la STS por travestir unos argumentos (que son del propio Tribunal) con capisayos de una “autoridad” (la Ley del Jurado, nada menos) en un bochornoso ejercicio de suplantación. Y eso no debe pasarse por alto.

32 Sin elementos de prueba no puede haber hechos probados (por tanto, la *existencia* de prueba es una *condición* necesaria para declarar probado un hecho). Con elementos de prueba puede haber hechos no-probados (por ello, la *existencia* de prueba no es *razón* para declarar probado un hecho).

Vaya por delante que, salvo para los formalistas, la letra de la ley no se erige en límite absolutamente infranqueable de la interpretación jurídica. Pero, llegado el caso, eso ha de ser *proclamado* (alto y claro) y *justificado*. No como en la presente STS, donde se contrabandea el producto interpretativo haciendo pasar por aporoblemático –sin avisar ni razonar– como *iuxta legem* lo que abiertamente llega a ser *contra litteram legis* cuando menos.

Pero dado que no lleva a nada prejuzgar la vertiente subjetiva de la cuestión (es decir, si en el TS hubo descuido o manipulación consciente), atengámonos solo al resultado objetivo: el alto Tribunal nos ha endilgado una insoportable ristra de *tergiversaciones*.

novedad estrotta

LUIGI FERRAJOLI

La democracia a través de los derechos.
El constitucionalismo garantista como
modelo teórico y como proyecto político

MANUEL ATIENZA

Curso de argumentación jurídica

ERIC VOEGELIN

Las religiones políticas

STEFANO RODOTÀ

El derecho a tener derechos

PEDRO BARCELÓ y DAVID HERNÁNDEZ DE LA FUENTE

Historia del pensamiento político griego.
Teoría y praxis

HANS KÜNG

Humanidad vivida. Memorias

CARLOS DE CABO MARTÍN

Pensamiento crítico, constitucionalismo
crítico

ANTONIO PORRAS NADALES

La acción de gobierno. Gobernabilidad,
gobernanza y gobermedia

MICHELANGELO BOVERO y VALENTINA PAZÉ (eds.)

La democracia en nueve lecciones

MAURIZIO FIORAVANTI

Constitucionalismo. Experiencias históricas
y tendencias actuales

BARTOLOMÉ CLAVERO

Derecho global. Por una historia verosímil
de los derechos humanos

PAOLO FLORES D'ARCAIS

Por una democracia sin Dios

GUSTAVO ZAGREBELSKY

La ley y su justicia. Tres capítulos
de justicia constitucional

ALFONSO RUIZ MIGUEL (ed.)

Entre Estado y Cosmópolis. Derecho
y justicia en un mundo global

GERARDO PISARELLO

Procesos constituyentes. Caminos para
la ruptura democrática

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Si Dios fuese un activista de los derechos
humanos

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 03 61

Ferraz 55 - 28008 Madrid

editorial@trotta.es

www.trotta.es

LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS UN COMENTARIO

Manuel ATIENZA

Luigi Ferrajoli es, en mi opinión, uno de los grandes juristas (y teóricos del Derecho) de las últimas décadas y probablemente (y merecidamente) el más influyente en los países latinos: de Europa y de América. Acaba de publicar un libro, *La democracia a través de los derechos* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Trotta, Madrid, 2014), con un subtítulo que sintetiza a la perfección su contenido y —creo yo— su entera concepción del Derecho: *El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*.

Por “constitucionalismo garantista” Luigi Ferrajoli entiende una forma de concebir el Derecho —desarrollada por él en muchos escritos de las últimas décadas y que culmina en su monumental *Principia iuris*— que, situándose dentro de la órbita del positivismo jurídico, vendría a constituir, sin embargo, un “nuevo paradigma” en relación con el positivismo jurídico clásico que, para Ferrajoli, estaría representado, de manera eminente, por las figuras de Hans Kelsen y de Norberto Bobbio. Con ellos comparte, como digo, la idea positivista de que el Derecho es un conjunto de normas separado, desde un punto de vista metodológico, de la moral. Pero se aparta de los dos anteriores autores porque estos no habrían tenido en cuenta el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos, ocurrido después de la segunda guerra mundial, y que para él significa, esencialmente, la existencia de constituciones rígidas, lo que tiene consecuencias de gran calado. Así, el constitucionalismo supone para Ferrajoli la subordinación de la ley a la constitución lo que, a su vez, implica la existencia de dos niveles de normatividad y de validez jurídica: la validez simplemente formal o vigencia (conformidad de las normas con criterios formales y procedimentales), y la validez plena (conformidad, además, con los criterios sustantivos establecidos en la constitución, en los principios y en los derechos fundamentales). Un cambio que lleva, en su opinión, a profundas modificaciones no sólo en relación con el concepto y la estructura del Derecho, sino también en cuanto a la manera de concebir la jurisdicción y la ciencia del Derecho. Ferrajoli es, por ello, crítico con los autores que, hoy en día, siguen defendiendo el modelo iuspositivista del pasado (del Estado legislativo de Derecho) y no ven en las constituciones rígidas un cambio cualitativo, sino simplemente una continuidad en relación con la legislación ordinaria. Pero también con autores propiamente constitucionalistas que, al igual que él, consideran que la constitucionalización de nuestros Derechos requiere un nuevo paradigma teórico pero que no podría ser ya de tipo positivista; según Ferrajoli, esos autores (Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelski, entre otros) conciben la constitución fundamentalmente como un conjunto de principios morales, lo que les lleva a debilitar el papel de los derechos fundamentales que, en lugar de ser *aplicados* (como ocurre con las reglas), tendrían que ser *ponderados* (la ponderación sería el tipo de razonamiento peculiar de los principios). Ferrajoli presenta por ello

su constitucionalismo garantista como una vía media entre el paleo-positivismo y el neo-iusnaturalismo, como la única teoría capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo.

Ese constitucionalismo garantista constituye, para Ferrajoli, un modelo teórico y normativo, nunca realizado plenamente, y que puede sintetizarse en cuatro postulados: el principio de legalidad, o sea, el sometimiento de todos los poderes a normas jurídicas lo que implica también el sometimiento de la ley a la constitución; el principio de plenitud deóntica, que supone que los principios constitucionales y los derechos por ellos establecidos requieren de un desarrollo legislativo para que no se produzcan lagunas (la infracción del anterior principio daría lugar a contradicciones); el principio de jurisdiccionalidad, según el cual deben existir, para el caso de vulneración de las anteriores normas, órganos jurisdiccionales sometidos a la ley y sólo a la ley; y el principio de accionabilidad que exige que la jurisdicción pueda ser activada por los titulares de los derechos e intereses lesionados y, con carácter complementario y subsidiario, por un órgano público.

Ahora bien, esos cuatro principios (que, como se ha dicho, no han tenido una consagración plena en ningún sistema jurídico) están hoy seriamente amenazados como consecuencia de la progresiva pérdida de poder de lo político en beneficio del mercado, y del consiguiente proceso de deconstitucionalización de nuestras democracias. El proyecto político de Ferrajoli consiste entonces en señalar las medidas que habría que tomar para revertir esa tendencia y hacer que prevalezcan esos principios, y se sintetiza en la idea de una doble ampliación del paradigma constitucional: en sentido extensional, lo que supone llevar el paradigma a todos los poderes (con la constitucionalización tanto del Derecho internacional como del Derecho privado y comercial); y en sentido intensional, reforzando la garantía de todos los derechos. Se trata de un proyecto político que supone cambios verdaderamente radicales y, en mi opinión, completamente justificados. La exposición de Ferrajoli al respecto es clara y profunda, sumamente informada y, con frecuencia, brillante. De particular interés me ha resultado su llamada de atención para ver los poderes económicos privados no como libertades sino, precisamente, como poderes, lo que supone capacidad para afectar los intereses y la conducta de los sometidos a ese poder; la necesidad de superar el esquema clásico de la separación de poderes, de manera de incluir también la separación entre los poderes públicos y no públicos (los poderes económicos de naturaleza privada) y entre los poderes públicos y los poderes sociales; o su defensa de la renta básica como garantía esencial de los derechos sociales.

En relación con los fines, con el proyecto político, yo no tengo ninguna discrepancia con Ferrajoli. Pero sí me parecen cuestionables algunos elementos del modelo teórico, de la construcción conceptual que ofrece para alcanzar esos objetivos últimos. Por un lado, yo no creo que Ferrajoli caracterice bien la teoría constitucionalista que rivaliza con la suya; diría más bien que, en ciertos aspectos, lo que ofrece es una caricatura y, por ello, las críticas que le dirige están, en ocasiones, desenfocadas. Por otro lado, su modelo teórico resulta, en mi opinión, excesivamente pobre para dar cuenta de la complejidad de nuestros Derechos, al estar lastrado el modelo por dos importantes déficits: el positivismo jurídico, que reduce el Derecho a un fenómeno de autoridad; y el no objetivismo en materia moral, que deja su modelo teórico, por así decirlo, en el aire, al no poder ofrecer una fundamentación de los derechos fundamentales, que constituyen el objetivo último de toda su construcción: “los va-

lores morales y políticos últimos no se demuestran (...) simplemente se eligen, se postulan y se defienden” (p. 104).

Sobre todo esto he discutido con Ferrajoli en diversas ocasiones, y no me parece que sea este el lugar para proseguir con esa disputa doctrinal¹. Pero me gustaría señalar, para terminar, dos aspectos de su construcción teórica que, de alguna manera, le acercan a la concepción que él rechaza (la otra versión del constitucionalismo como teoría a la que, yo creo, sería mejor denominar “postpositivismo”). El primero se refiere al doble plano de análisis que él introduce, al que antes hacía referencia. Es lo que hace posible hablar de “Derecho ilegítimo” (Derecho válido según criterios formales, pero contrario a la Constitución) y lo que le lleva a Ferrajoli a defender una jurisdicción comprometida con los valores constitucionales y a configurar la ciencia del Derecho en términos críticos y normativos: consecuencias, todas ellas, que a mí me parecen perfectamente aceptables. Pero a esa división de planos habría que añadir, en mi opinión, otra, aún más fundamental: la que permite distinguir en el Derecho no sólo una dimensión autoritativa, sino también otra de carácter valorativo; o sea, el Derecho (en cuanto fenómeno social e histórico, como obra humana y no fenómeno natural; no hay aquí ninguna apelación a un Derecho natural) no es sólo un sistema de normas, sino –fundamentalmente– una empresa dirigida al logro de ciertos fines y valores, dentro de los límites marcados autoritativamente. La diferencia entonces radica en que los dos niveles jurídicos de Ferrajoli se sitúan dentro de la dimensión autoritativa del Derecho, porque él piensa que el discurso moral (valorativo) es siempre externo al Derecho: “la moral y la justicia(...)son siempre puntos de vista externos al derecho: los puntos de vista morales y políticos, no objetivos sino subjetivos, de cada uno de nosotros, ya sea de adhesión o de rechazo, total o parcial, de los principios y valores constitucionalmente establecidos” (p. 101). De manera que lo que Ferrajoli rechaza, por ejemplo, es que el discurso jurídico justificativo (por ejemplo, la motivación de una sentencia) contenga también un fragmento de razonamiento moral. Una tesis, esta última, en mi opinión insostenible desde un punto de vista teórico pero que, además, contribuye a justificar una de las mayores deficiencias en la formación profesional de nuestros jueces: su ignorancia (con las excepciones de rigor) de la filosofía moral contemporánea.

Y el segundo aspecto atañe a cierta innovación que aparece en su último libro, cuando Ferrajoli señala que hay una dimensión nueva que añadir a la de los derechos fundamentales: la de los bienes fundamentales (pp. 211 y ss.). Bueno, lo que el postpositivismo (o cierto tipo de postpositivismo) defiende al respecto (y que Ferrajoli critica) es que la noción de derechos fundamentales no puede entenderse adecuadamente si uno se mueve exclusivamente en el nivel normativo; se hace necesario también aquí incorporar el plano de los valores. Por supuesto, es posible dar una definición puramente formal del concepto de derecho fundamental (como hace Ferrajoli), pero la misma resulta insuficiente, porque los valores, la existencia de conductas o de estados de cosas particularmente valiosos, es lo que justifica que se articule una red normativa para su protección; si se prescinde del elemento de valor, entonces se deja fuera un elemento esencial de ese concepto. O sea que, de nuevo, no hay ninguna objeción que poner a la noción de bienes fundamentales, pero

¹ Al lector interesado le remito al nº 34 de la revista *Doxa*, que se publicó también como libro en Marcial Pons con el título de *Un debate sobre el constitucionalismo* (Madrid, 2012). Ahí se recoge la presentación de Ferrajoli de dos tipos de constitucionalismo a los que llama respectivamente “garantista” y “principalista” y los comentarios al respecto de diversos filósofos del Derecho; el mío se titula, “Dos versiones del constitucionalismo”.

sí a la reducción del Derecho a su dimensión autoritativa. Y, también aquí, el plano valorativo es (en parte) interno a nuestras prácticas jurídicas, como se ve en el papel determinante que los valores pueden tener a la hora de resolver un problema de interpretación en relación con un derecho fundamental (o de ponderación, en caso de conflicto entre derechos).

Como se habrá visto, quien escribe este comentario no es exactamente un ferrajoliano en materia de teoría del Derecho. Sino más bien alguien que piensa que el paso dado por Ferrajoli al superar el positivismo clásico de Kelsen o de Bobbio debe proseguirse más allá para dejar también atrás al positivismo jurídico. Lo que no implica, naturalmente, pensar que el positivismo jurídico carece de cualquier valor y que, por lo tanto, no hay nada en lo construido por los autores pertenecientes a esa concepción del Derecho que merezca conservarse. Por el contrario, sigue habiendo, en mi opinión, muchos elementos útiles en lo construido por esa tradición de pensamiento, incluyendo en la misma, de manera muy destacada, las aportaciones de Ferrajoli. Sinceramente, no creo que el jurista (positivista, postpositivista o lo que quiera que sea) tenga hoy a su disposición muchos libros en los que pueda aprender tanto como en el que acaba de publicar Luigi Ferrajoli: *La democracia a través de los derechos*.

UNA SENTENCIA EJEMPLAR*

Nicolás GARCÍA RIVAS

La Sentencia de la Audiencia Nacional que ha absuelto a quienes se manifestaron ante el Parlamento catalán –en junio de 2011– ha sido objeto de aceradas críticas, pronunciadas casi siempre desde un profundo desconocimiento del Derecho penal y del alcance de los derechos fundamentales.

La Fiscalía y la asociación Manos Limpias (cuya ubicuidad procesal resulta asombrosa) acusaron a los manifestantes como autores de un delito contra las altas instituciones de la Nación, que castiga con penas de tres a cinco años de prisión a “los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para *impedir* a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años.” Se trata de una modalidad de delito político, que busca prevenir la libertad de los parlamentarios contra injerencias externas. Exige, por tanto, un deliberado propósito de *impedir* el ejercicio de la tarea parlamentaria.

Antes de nada, conviene recordar que cualquier condena penal debe basarse en pruebas correctamente obtenidas y que, en caso de duda sobre su culpabilidad, el art. 24 de la Constitución *obliga* a los jueces a absolver al acusado. En realidad, la Sentencia de la Audiencia Nacional se centra precisamente en este asunto: coteja hasta la saciedad las pruebas fotográficas y videográficas obtenidas a lo largo del proceso, descarta aquellas que se obtuvieron violando derechos fundamentales y valora como es debido (así lo exige la Constitución) aquellas que se presentan en juicio, referidas principalmente a la identificación de los acusados, para determinar quiénes de ellos increparon o coaccionaron efectivamente a los diputados catalanes, que tuvieron que sortear la manifestación para acceder al Parlamento. La exhaustividad con la que la Sentencia analiza este problema no merece tacha alguna. Es más, resulta ejemplar en un panorama forense que a veces no se destaca por la precisión técnica y por el afán garantizador de los derechos fundamentales del ciudadano que, eventualmente, se sienta en el banquillo. Nadie que tenga mínimos conocimientos jurídicos puede calificar por tanto esta Sentencia como tendenciosa o descuidada en ese punto. La absolución de casi todos los acusados se basa, pues, en que no ha podido llegarse a la convicción suficiente sobre su participación en los hechos. El voto particular de Grande Marlaska lo reconoce así en la mitad de ellos.

Pero los ataques más duros de los medios de comunicación se refieren a la interpretación que realiza la Audiencia Nacional sobre el alcance de los derechos de reunión y manifestación, como contrapunto del delito imputado a los indignados

* Este artículo, remitido a El País, en respuesta a su editorial “Peligrosa sentencia”, de 9 de julio de 2014, en el que, entre otras cosas se (des)calificaba de “delirante” el modo de argumentar la decisión cuestionada, fue devuelto al autor por “falta de interés editorial” del asunto.

manifestantes. En alguno —como El País— se ha llegado a calificar como “delirante”. Sorprende que se descalifique con tanta facilidad y escaso acierto una resolución que expone —negro sobre blanco— una interpretación del Derecho penal que lo configura como última ratio del poder de castigar del Estado, que sólo está legitimado para intervenir cuando la conducta sea gravemente lesiva de intereses fundamentales. Y esa intervención debe restringirse más aún cuando el delito en cuestión linda con el ejercicio de derechos fundamentales como los de reunión y manifestación, a los que cualquier juez de nuestro país debe otorgar una *posición preferente*, so pena de ofender gravemente la norma fundamental. Y esa doctrina no la ha inventado ahora la Audiencia Nacional sino que se halla en el espíritu de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancias sobre las que no puede pesar sospecha alguna de “delirio”.

Bajo esos parámetros, la Sentencia sostiene, con razón, que una sociedad democrática debe soportar cierto grado de presión por parte de aquellos que no tienen otro vehículo para expresar su opinión que reunirse y manifestarse en demanda de sus intereses, máxime cuando la realidad social indica que esos sectores están sufriendo el brutal recorte del Estado del bienestar y sólo les queda manifestarse contra ello. En Derecho, a eso se le llama interpretar las normas “de acuerdo con el contexto y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas”, algo que lejos de plasmar ideas revolucionarias es lo que proclama el art. 3 del Código Civil español desde —nada menos— 1889. Además, el art. 9.2 de la Constitución —que la Sentencia considera esencial para su argumentación— obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que la libertad sea real y efectiva, así como a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política. La Audiencia Nacional se toma muy en serio estos preceptos y analiza el caso bajo el tamiz constitucional, ponderando de manera cabal la conducta enjuiciada, advirtiendo de que no se *impidió* a los diputados catalanes acudir a la sede del Parlamento y votar según su criterio los presupuestos que los manifestantes consideraban rechazables, una vez modificado el orden del día de la sesión. Castigar con cinco años de prisión esas manifestaciones, aunque se incurriera en alguna leve extralimitación, dejaría en puro papel las garantías constitucionales.

Eso es lo que dice la Sentencia, con argumentos muy sólidos y centrados en la jurisprudencia constitucional, que no puede (des)calificarse como “delirante”. Los intereses políticos que cada cual defienda no pueden servir para ofender gravemente a los magistrados firmantes de la Sentencia, que sólo han cumplido su deber de aplicar la Constitución como garantía de los derechos básicos del ciudadano, procurando su tutela efectiva frente al poder punitivo del Estado. Al contrario, convendría mostrar satisfacción porque la Audiencia Nacional haya dictado una resolución ejemplar, modelo de lo que debería ser siempre el ejercicio de la jurisdicción penal en un Estado democrático de Derecho.

ESTUDIOS

ENTRE LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA LEGALIZACIÓN DE LA MORAL

(Variaciones sobre la presunta
obligatoriedad moral del Derecho)

Luis PRIETO SANCHÍS

1. PRELIMINAR

La relación entre el Derecho y la moral puede ser contemplada desde tres perspectivas diferentes: una primera se sitúa en el plano de la *aplicación* del Derecho, pues si bien en ocasiones las normas jurídicas describen hechos constatables mediante comprobación empírica, con frecuencia incorporan también conceptos morales o normativos cuya aplicación reclama juicios de valor que se inscriben en una argumentación de tipo moral. Un segundo nivel de relación puede situarse en la *identificación* del Derecho mismo: se supone que la moral desempeña aquí una función identificadora de la normatividad jurídica, en el sentido de que la pregunta acerca de qué establece el Derecho o de cuáles son sus normas se quiere hacer depender de qué establece la moral. Por último, desde una tercera perspectiva cabe hablar asimismo de *identificación*, pero esta vez no del Derecho, sino de la moral; esto es, determinar qué dice la moral o una parte de la misma depende de qué dice el Derecho.

La identificación del Derecho a través de la moral parece haber sido una de las ideas nucleares de la concepción iusnaturalista. Para ella, el Derecho no se agota en la mera *positividad* expresada mediante normas respaldadas por la fuerza, sino que un sistema verdaderamente jurídico encarna también un *mínimum ético* o un contenido de justicia, al punto de que, al menos para las posiciones más ortodoxas, una norma injustísima pierde su consideración de jurídica. Por eso, el iusnaturalismo comporta asimismo una teoría de la moral o, cuando menos, excluye algunas. En particular, la doctrina del Derecho natural parece implicar la asunción de posiciones metaéticas de carácter cognitivista y objetivista¹ capaces de suministrar criterios firmes para la identificación moral del Derecho.

¹ Lo que, a mi juicio, tampoco significa que esas posiciones metaéticas resulten necesariamente incompatibles con el positivismo y sobre ello vid. P. Comanducci 2010, p. 61 ss.. Aunque hay que reconocer que conspicuos positivistas se han mostrado como escépticos en materia ética. Vid., por ejemplo, H. Kelsen 1952, p. 59.

El iusnaturalismo se sitúa así en una posición simétrica a la del denominado positivismo ético o ideológico, que sostiene, al contrario, una suerte de *legalización de la moral*, esto es, que la determinación de lo que dice la moral depende en alguna medida de lo que dice el Derecho, o que las formas y los procedimientos jurídicos constituyen fuente de moralidad o son en algún sentido moralmente valiosos, generando un deber de obediencia. Con todo, tal vez convendría distinguir dos modalidades de positivismo ético²: aquella (débil) que ve en el Derecho un valor moral asociado generalmente al orden, la seguridad, la publicidad y generalidad de las normas, la previsibilidad de las acciones, etc³; y aquella otra (fuerte) que considera que la producción del Derecho representa al mismo tiempo una fuente de producción de la moral; en suma, que la justicia se identifica con el Derecho⁴. La primera versión suministra una razón moral para la obediencia; la segunda más bien supone cancelar la deliberación moral autónoma.

Aunque aparentemente resulten contradictorios, iusnaturalismo y positivismo ético (al menos en su segunda versión) comparten sin embargo una concepción de Derecho y moral donde estos dos sistemas normativos aparecen estrechamente conectados, lo que en ambos casos da lugar a un concepto de validez jurídica en términos de necesaria e inmediata obligatoriedad moral. Las normas jurídicas deben ser obedecidas por motivos morales: bien porque, como diría un positivista ético, son justas por definición al derivar de un príncipe legítimo o de una asamblea democrática; bien porque, como diría un iusnaturalista, en el caso de no ser normas justas, habrían dejado de ser asimismo normas genuinamente jurídicas. Por eso, no es tan sorprendente que argumentos procedentes del iusnaturalismo y del positivismo ético aparezcan con frecuencia entrecruzados en algunas teorías del Derecho contemporáneas.

Por supuesto, existe alguna relación entre estos tres niveles, sobre todo entre el aplicativo y el de identificación del Derecho, dado que en todo sistema complejo la identificación de las normas del sistema requiere interpretar o aplicar las normas sobre la producción jurídica. No obstante, la idea que pretendo desarrollar es que una buena parte de la actual teoría del Derecho, en muchos aspectos heterogénea pero que pudiéramos englobar bajo el calificativo de neoconstitucionalista o postpositivista, opera una cierta confusión o entrecruzamiento de los tres planos comentados, el aplicativo o de justificación de las decisiones de aplicación de normas, el de identificación del Derecho y el de identificación de la moral. Me parece que al menos pueden señalarse las siguientes consecuencias, aunque me ocuparé principalmente de la última.

Primero: la idea antes sugerida de que en algunos casos la justificación de las decisiones que aplican el Derecho no tiene naturaleza moral, sino que se puede resolver mediante la mera constatación de los hechos descritos en las normas y sin ulterior deliberación, debe matizarse seriamente. En el marco del constitucionalismo contemporáneo, el llamado efecto *impregnación* o *irradiación* significa que detrás de cada norma jurídica existe (o es posible adscribir) un principio moral constitucionalizado, y esto supone que cualquier justificación de una decisión aplicativa del Derecho *puede* (o sea, no necesariamente) ser presentada como una justificación moral⁵.

2 La distinción procede de N. Bobbio 1964, pp. 114 ss.

3 Esta versión supone lo que suele llamarse una *moral interna del Derecho* (L. Fuller 1969), que es compatible con cualesquiera contenidos morales. No obstante, sobre una posible obligación de obediencia a partir de esta primera versión vid. R. Escudero Alday 2000, pp. 391 ss.

4 Th. Hobbes lo expresó con toda claridad: "toda acción es por naturaleza indiferente, y el que sea justa o injusta depende del derecho del gobernante" (1642, cap. XII, p. 192)

5 Me permito remitir a L. Prieto 2013, p. 40 s.

Segundo: dado que en un sistema complejo la identificación requiere siempre aplicación de las normas sobre la producción jurídica y que esa aplicación puede *impregnarse* o tomar en consideración principios morales, esto significa que la identificación de las normas del sistema *puede ser* presentada siempre (o convertirse en) una cuestión de argumentación moral o dependiente de juicios de valor. En resumen, que tanto la interpretación del Derecho como la identificación de sus normas puede ser *moralizada*.

Finalmente, y por paradójico que parezca a primera vista, este proceso de moralización del Derecho parece hoy correr paralelo a una empresa de legalización de la moral. Las posiciones neoconstitucionalistas o postpositivistas, en efecto, por lo común toman como punto de partida la incorporación de la moral al Derecho y, por tanto, la necesidad de acudir a dicha moral para la determinación de cuáles son las normas vigentes o de cuál es su contenido prescriptivo, para finalmente abrazar una suerte de positivismo ideológico o constitucionalismo ético que recurre al propio orden jurídico, a las formas y procedimientos del Derecho, como fuente de una presunta *moral objetiva*; una moral que no es propiamente la moral social, pero tampoco la moral crítica o esclarecida: es moral social en cuanto a su origen o fuente de producción, y es moral crítica en cuanto a su virtualidad fundamentadora de obligaciones. Se trata de una especie de argumento circular y fuertemente legitimador: el Derecho reclama obediencia porque es justo, pero luego resulta que la justicia misma parece ser obra del propio Derecho. Antes de abordar esa cuestión, sin embargo, creo oportuno prestar atención brevemente a la tesis de las fuentes sociales, de modo especial en el marco de las teorías neoconstitucionalistas.

2. LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES DEL DERECHO

La moralización del Derecho parece representar a primera vista un desmentido de la tesis positivista (esta vez del positivismo metodológico o conceptual) llamada de las fuentes sociales del Derecho, que justamente pretende reducir la identificación del Derecho a una cuestión de hechos sociales. La tesis de las fuentes sociales, no obstante, puede ser entendida de dos formas o con dos intensidades diferentes. La primera en el sentido de que el Derecho es un producto histórico y variable, que depende de la mudable voluntad de los hombres y de sus prácticas sociales; dicho de modo negativo, que el orden jurídico no es una criatura que habite en el mundo de la teología o de las realidades naturales. Así parecen entender esta tesis Atienza y Ruiz Manero (2009, p. 145) cuando escriben que la misma representa hoy “una especie de acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante”. Esta es la tesis convencionalista, que ve en el Derecho exclusivamente un fenómeno que depende de las prácticas sociales.

Sin embargo, la tesis en cuestión puede (y suele) entenderse de forma algo más problemática, en el sentido de que el Derecho es un fenómeno que *está ahí fuera*, de manera que podemos identificarlo a través de ciertos hecho externos, como el acto de promulgación de las normas por una autoridad o la verificación de una cierta práctica social, en suma, que puede ser identificado sin recurrir a juicios morales⁶. En general, me parece que el positivismo tiende a sostener también esta segunda acepción, aunque con alguna significativa concesión, como es el reconocimiento de una suerte de reglas

6 Es lo que a veces se llama *tesis de la identificación objetiva*, que puede presentarse así: “las proposiciones sobre la existencia de un sistema jurídico y las proposiciones sobre la existencia de una norma jurídica son proposiciones meramente descriptivas y veritativas” (L. Hierro 2002, p. 379). La expresión procede de J. C. Bayón 1996, p. 48.

implícitas llamadas “principios generales del Derecho”, que obviamente no son ley ni costumbre y que, por tanto, no están *ahí fuera*, sino que requieren emprender una tarea constructiva (y valorativa). Con todo, y dejando a un lado este problema, lo cierto es que desde la perspectiva positivista, la identificación del Derecho sería una cuestión de hecho, lo que significa que el carácter jurídico de una norma no depende en ningún caso de su contenido y, por tanto, tampoco de su justicia (H. Kelsen 1960, pp. 201 ss.). De aquí una segunda y célebre tesis del positivismo jurídico, que es la separación entre Derecho y moral: una norma no pierde su carácter jurídico por ser injusta, ni la justicia de una norma es título bastante para que se convierta, por ese solo motivo, en una norma jurídica.

Ahora bien, esta imagen del Derecho avalada por la tesis de las fuentes sociales pudo resultar apta para describir el modelo del Estado legislativo de Derecho, carente de constitución o dotado de una constitución solamente formal que regulaba básicamente los órganos competentes y los procedimientos para dictar normas prácticamente “con cualquier contenido”: si la constitución regula sólo *quién* manda y *cómo* se manda, pero nada dice acerca de *qué puede o debe mandarse*, es claro que las leyes podrán tener cualquier contenido. Pero es mucho más discutible que la tesis de las fuentes sociales (entendida en el segundo de los sentidos indicados) sea una descripción adecuada de los sistemas jurídicos que cuentan con constituciones que, además de ostentar plena fuerza normativa, presentan un denso contenido sustantivo o moral formado por valores, principios y, sobre todo, derechos fundamentales; lo que impide seguir concibiendo la identificación de las demás normas del sistema como una mera cuestión de hecho, independiente de su contenido. Ésta es la dimensión sustantiva o material de la validez⁷.

Adviértase que con todo ello se incorporan a las constituciones contemporáneas contenidos que proceden directamente de la moralidad, algo que se expresa con sorprendente unanimidad: la moral “ya no flota sobre el Derecho... (sino que) emigra al interior del mismo” (Habermas 1981, p. 168), de manera que “el conflicto entre Derecho y moral se desplaza al interior del Derecho positivo” (Dreier 1985, p. 74). Incluso un positivista como Ferrajoli observa que el constitucionalismo moderno “ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado”, lo que ha propiciado un acercamiento entre “legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico”⁸. En pocas palabras, los problemas de justicia parece que se han transformado en problemas de validez: lo que dice el Derecho depende de lo que dice la moral, concretamente la moral que la constitución consagra. Ésta es la que suele llamarse tesis de la *incorporación*, que Moreso define así: “Cuando las fuentes del Derecho...incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral” (2013, p. 38). Pero conviene insistir en esto: sólo cuando preceptos jurídicos incluyen conceptos morales, la determinación de lo que el Derecho dice depende de la moralidad (J. M. Vilajosana 2004, p. 80)⁹

7 En la terminología de Hart (1994, pp. 18 ss.) cabe decir que el tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional supone también el tránsito de un positivismo de meros hechos (*plain fact*) a un positivismo suave (*soft positivism*). O, en expresión de Ferrajoli (2007, I, p. 534 y s.), ese mismo tránsito supone el paso de la regulación sólo de las *formas* a la regulación también de los *significados* y, con ello, el paso del positivismo legalista al constitucionalismo.

8 L. Ferrajoli 1989, p. 366. Más aún, las constituciones contemporáneas operan una “positivización de la ley de la razón” bajo la forma de principios y derechos fundamentales (2011, p. 25).

9 Me parece que en el positivismo inclusivo se mantienen a veces posiciones más cercanas a Dworkin, en el sentido de que los principios se recaban, no de hechos históricos, sino directamente de la moralidad, o sea, que tienen valor por sí mismos. Vid., por ejemplo, J. Coleman 2000, pp. 171 ss. En realidad, lo que hace el positivismo inclusivo es rechazar la tesis de las fuentes, pero no la tesis convencionalista, esto es: hay normas morales que se convierten

No es ocioso recordar que esta incorporación de conceptos o estándares morales tampoco constituye un fenómeno nuevo o vinculado al constitucionalismo de nuestros días. Al contrario, su presencia es una constante de todos los sistemas jurídicos; piénsese en conceptos como legítima defensa, orden público, moral vigente, diligencia de un buen padre de familia, buenas costumbres, convivencia intolerable, etc. Por eso, un positivista tan severo o *exclusivo* como Raz (1994, pp. 348 ss) reconoce que en estos casos la aplicación (no la identificación) del Derecho entraña el desarrollo de un razonamiento moral, estimulado o al menos permitido por el propio legislador. Otra cosa es el estatus que se quiera reconocer a ese razonamiento moral y que puede oscilar entre la subjetiva discrecionalidad y el más riguroso objetivismo moral¹⁰. Tal vez la novedad reside en que hoy los conceptos morales presentes en la constitución han ganado en densidad normativa (dignidad humana, interdicción de penas crueles, etc)¹¹ y asimismo en que pretenden erigirse en parámetro de validez de las leyes y no sólo del comportamiento de los destinatarios habituales del Derecho; es decir, son relevantes no sólo para *aplicar* el Derecho, sino también para *identificarlo*.

Esto significa que nuestros sistemas jurídicos parecen funcionar *cotidianamente* de acuerdo con el modelo de la moralización del Derecho y no con el de las fuentes sociales, dado que la validez de sus normas no depende sólo del *hecho* de su promulgación según las reglas de competencia y procedimiento, no depende sólo de la mera positividad¹², sino que depende también de que su contenido respete las normas morales o de justicia recogidas en la constitución, respeto cuya comprobación reclama el desarrollo de un razonamiento jurídico que es propiamente un razonamiento moral. Ciertamente, conviene subrayar que la tesis de las fuentes sociales mantiene toda su virtualidad en relación justamente con la constitución: que ésta exista y cuál sea su concreto contenido es una cuestión de hecho que para el positivista no depende de la moralidad, ni de juicios de valor¹³. La pregunta acerca de la moralización del Derecho encuentra, en cambio, una respuesta afirmativa en el ámbito de las dogmáticas y de las teorías “particulares” de los sistemas constitucionalizados¹⁴. La controversia se situará entonces más bien en el capítulo de la argumentación y a propósito de la objetividad de los juicios de valor que es preciso efectuar para identificar las normas del sistema.

en jurídicas en virtud de su contenido, no por su *incorporación* en fuentes, pero esto sólo ocurre si existe una práctica jurídica que incluya la convención de reconocerlas (Vid. J. C. Bayón 2002, p. 70; R. Escudero 2004, p. 102)

10 La idea de que la aplicación de los principios comporta discrecionalidad o incluso “mayor discrecionalidad” o indeterminación es la tesis del actual positivismo. Vid., por ejemplo, P. Comanducci 2010 p. 89 s. Pero en el pasado (y como se verá también en el presente) no han faltado tesis objetivistas: así Santi Romano 1947, pp. 146 s.

11 J. J. Moreso (2009, p. 191) utiliza la distinción entre conceptos morales ligeros (bueno, correcto) y conceptos morales densos (cobarde, trato degradante) en relación con el problema del objetivismo moral o de las cualidades de verdad que cabe atribuir a los juicios sobre principios morales (densos).

12 En realidad, las condiciones de competencia y procedimiento no son hechos, sino normas, pues la idea de que el Derecho descansa en un hecho sólo puede predicarse de las prácticas sociales o costumbres no reguladas a su vez por otras normas. Lo que ocurre es que las normas formales que regulan competencia y procedimiento suelen referirse a hechos y, en todo caso, no reclaman una interpretación del tipo de la que sí requieren las normas sustantivas. Vid. L. Ferrajoli 2007, vol. I, p. 545.

13 Pero, insisto, sólo para el positivista. Conviene advertir que para el postpositivismo que adopta el punto de vista interno y parte de la idea de unidad del razonamiento práctico, la existencia de la constitución y la propia normatividad del Derecho en su conjunto reposan en un principio de *aceptación moral* de la llamada regla de reconocimiento. Volveremos sobre esto.

14 Tal vez a partir de Dworkin, muchas teorías del Derecho suelen presentarse como expresamente particulares, preocupadas sólo por explicar los sistemas jurídicos del constitucionalismo basado en derechos y principios, lo que supone un acercamiento de la teoría del Derecho a la dogmática, como con acierto pone de relieve (desde un punto de vista interno) A. García Figueroa (2009, p. 232): “nos *interesa* sobre todo reconstruir el Derecho de los Estados constitucionales y no los sistemas vigentes en la Alemania nazi o en la Antigüedad clásica por ejemplo”.

Sin embargo, el neoconstitucionalismo no resulta del todo homogéneo en la presentación de sus argumentos, oscilando entre lo *particular* y lo *universal*¹⁵. Ciertamente, en algunas de sus versiones parece referirse sólo a ciertos sistemas jurídicos contemporáneos¹⁶, de manera que su crítica al positivismo obedecería a que éste no suministra ya una reconstrucción adecuada de los mismos. Sin embargo, otras presentaciones desembocan en conclusiones que pretenden tener un alcance general sobre la naturaleza del Derecho y, por tanto, suponen que el positivismo es una explicación inaceptable para todo sistema; como veremos este es el caso de Alexy. En líneas generales, cabe decir que algunos argumentos, los más “universales” atribuyen al Derecho un contenido ético y en consecuencia una conexión necesaria con la moral, aun cuando a veces con *cualquier moral*; mientras que otros, los más “particulares”, parecen querer construir ellos mismos una *moral correcta* a partir de una concepción procedimental del Derecho, dando lugar así a la dimensión jurídica de la moralidad.

3. EL CONTENIDO ÉTICO DEL DERECHO

La moralización del Derecho parece presentar dos consecuencias, una *positiva* o de ampliación y reforzamiento del sistema jurídico, y otra *negativa* o de restricción del mismo. Positivamente, la moralización significa que, con independencia de lo que digan sus normas legales o consuetudinarias, sus normas *puestas*, todo Derecho incorpora un *mínimum ético*, que incluso a veces se hace manifiesto en forma de principios latentes o implícitos que van *más allá* del contenido prescriptivo que cabe deducir de las disposiciones explícitas y que, entre otras cosas, permiten colmar las lagunas que irremediablemente aquéllas presentan y en todo caso ofrecer también sus mejores interpretaciones¹⁷. Negativamente, la moralización implica la eliminación o pérdida de valor jurídico de aquellas normas positivas que, no obstante proceder de la autoridad, resulten injustas o notoriamente injustas. De este modo, la dimensión positiva incorpora un contenido ético al Derecho, mientras que la dimensión negativa hace más estrecho el ámbito de lo jurídico al permitir la invalidación de alguna de sus normas por razón de su injusticia.

El primero de los argumentos, que bien pudiera resumirse en que hay “exigencias de justicia de obligada presencia en el derecho positivo” (A. Ollero 2007, p. 217), forma parte de la tradición iusnaturalista¹⁸, pero su presentación actual dista de ser uniforme. Porque, ¿en qué consiste ese *mínimum ético* necesariamente presente en el Derecho, cuáles son las exigencias de justicia “de obligada presencia”? Con un cierto afán clasificatorio, me parece que las respuestas se pueden agrupar en dos categorías: la de quienes, seguramente más fieles al iusnaturalismo, conciben dicha justicia en términos de contenidos sustantivos de justicia, más concretamente en términos de derechos humanos; y la de quienes, tal vez más cercanos a un cierto positivismo ético, conciben esa justicia en términos formales, estructurales o procedimentales, en suma, más jurídicos. Dicho de un modo algo tosco, la moralización del Derecho

15 Llama la atención sobre esto G. Pino 2011, p. 969.

16 “Es claro –dice M. Atienza hablando del paradigma constitucionalista– que se trataría de una concepción que pretene dar cuenta de (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales” (2001, p. 309)

17 Ésta era la caracterización que inicialmente presentaba R. Dworkin de sus principios en *Los derechos en serio*: a diferencia de las reglas, cuya existencia “es siempre un problema de hechos históricos y nunca depende de la moralidad”, los principios, que no son menos jurídicos que las reglas, representan “una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (1977, pp. 65 y 72).

18 En palabras de San Agustín, “Desterrada la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes piraterías? Y las mismas piraterías, ¿qué son sino pequeños reinos?” (413 p. 195).

propia del iusnaturalismo conduce a una *sustantivación* del orden jurídico, mientras que la legalización de la moral que caracteriza al positivismo ético tiende más bien a la *formalización* de esa misma moral.

3.1. La renovada tradición iusnaturalista

Para el iusnaturalismo, más allá de su inevitable historicidad, el Derecho presenta “una realidad permanente que le es esencial”; lo que supone admitir “la existencia de una verdad jurídica y considerar posible el acceso cognoscitivo a esa realidad del derecho, resistiéndose a reducirla a mera imposición arbitraria” (A. Ollero 2007, p. 258). Esa verdad jurídica son los derechos humanos, que no se conciben como exigencias morales eventualmente *importadas* por los Derechos positivos, como si se tratase de mercancías ajenas, sino que encarnan de modo inmediato *exigencias jurídicas* incluso aunque carezcan de respaldo explícito en las normas *puestas*, porque resulta que “no es cierto que en los textos legales esté *ya puesto* el derecho” (A. Ollero 2005, p. 57). Merece la pena insistir en que, desde esta perspectiva, no se trata de que algunos sistemas jurídicos hayan incorporado o puedan incorporar derechos humanos u otros contenidos procedentes de la moralidad (que es lo que diría el positivismo incorporacionista), sino de que el concepto mismo de Derecho, junto a la dimensión formal o procedimental que da vida a las normas *puestas*, incluye en todo caso un *mínimum ético*, una conexión con la justicia: resulta entonces que algunos principios o derechos son jurídicos, aunque ningún texto legal haga incorporación de los mismos.

Esta perspectiva bien puede calificarse de iusnaturalista¹⁹ y presenta implicaciones éticas y metaéticas en las que no me detendré. Por limitarnos al plano jurídico, tal vez la cuestión fundamental es la del estatus que corresponde atribuir a los sistemas normativas *realmente existentes* que se muestran como manifiestamente injustos desde la perspectiva de esa “verdad” ética y jurídica que son los derechos humanos. Aquí el problema del iusnaturalismo es cómo ajustar o hacer compatible esa visión ética del concepto de Derecho con la realidad de sistemas normativos inicuos, si no es negando pura y simplemente que estos últimos sean verdaderos Derechos. Pero, ¿en qué sentido las normas o los sistemas injustos (o injustísimos, si se quiere) pierden su condición jurídica? La verdad es que el pensamiento iusnaturalista siempre se ha mostrado cauto²⁰ e incluso hoy muchos rechazan esta consecuencia invalidante o derogatoria: “optar por proclamar enfáticamente la no juridicidad de la ley injusta resulta una curiosa alternativa... (las normas injustas) son sin duda derecho; un pésimo derecho que merecería verse civilmente desobedecido e incluso derogado por una eficaz *desuetudo*, si se contara con el preciso heroísmo cívico” (A. Ollero 2007, p. 244).

19 Sin embargo, conviene subrayar que no estamos en presencia de un iusnaturalismo abstracto o “more geométrico” que desde un cielo religioso o secular confíe en guiar a los hombres mediante la luz de una justicia intemporal. Hoy el iusnaturalismo tiende a ser más hermenéutico o constructivista, de manera que la razón no es una herramienta para conocer un objeto externo o acabado, sino que el Derecho mismo, intrínsecamente unido a la justicia, se configura como el más cabal ejercicio de la razón práctica, como una actividad que conjuga teoría y praxis en el marco de un círculo (hermenéutico) para alcanzar “el mejor derecho posible”. Por otra parte, este giro hermenéutico es una de las razones que estimulan el acercamiento entre las posiciones iusnaturalistas y postpositivistas, que asimismo conciben el discurso y la argumentación como el aspecto esencial de la vida del Derecho. Un buen ejercicio de esta actitud metódica me parece el libro de V. Villa 2012.

20 Para Tomás de Aquino (1273, I-II, q. 96, a, 4, p. 185) la violación de la ley natural hace de la ley humana una corrupción de la ley. Una ley corrompida es sin duda una ley injusta, pero no parece que necesariamente inválida o inexistente: no es ley en sentido estricto, pero sí en sentido secundario (J. Finnis 1980, p. 391)

La tesis de la injusticia o de la *corruptio legis* puede ser entendida de dos formas, y no hay que excluir que ambas hayan sido defendidas en algún momento. La primera es considerar que la injusticia afecta a la validez como existencia, de manera que una norma o un sistema injustos carecerían de toda juridicidad. La segunda consiste en entender que la injusticia afecta a la validez como obligatoriedad o fuerza vinculante, lo que supone que las norma o sistemas injustos existen o son válidos al menos en algún sentido, aunque no deban ser obedecidos. La primera respuesta parece en verdad extraña, pues equivaldría a sostener que tales normas o sistemas en realidad no han existido nunca, ni pueden existir en el futuro, lo que sería ridículo (R. Guastini 2013, p. 60). La segunda parece más plausible y coherente con la interpretación antes citada, pero entraña una consecuencia autodestructiva para quienes piensan que la obligatoriedad es una propiedad de la validez, o sencillamente que validez y fuerza vinculante son la misma cosa: porque si las normas o sistemas inmorales ya no son obligatorios, pero sí existen en algún sentido, ello significa que la mera existencia no comporta obligatoriedad; o sea, que las normas jurídicas justas gozan de fuerza vinculante, pero por su justicia; y las injustas pierden su fuerza precisamente por su inmoralidad²¹. Si esto fuera así, si se acepta que la obligatoriedad no procede del Derecho sino de la moral, me parece que la pugna entre iusnaturalismo y positivismo debería atenuarse al menos en la esfera de la teoría del Derecho.

3.2. La pretensión de justicia como rasgo definidor del Derecho

Hay una segunda versión de este argumento que genéricamente pudiéramos llamar *moralizante* (porque incorpora ciertas exigencias éticas al concepto de Derecho) que, a mi juicio, plantea mayores dudas. Me refiero a los intentos de moralización del Derecho que no cifran ese *mínimum ético* en contenidos sustantivos de justicia, sino más bien en rasgos formales o estructurales que, a la postre, todo orden jurídico mínimamente evolucionado parece presentar y ello *con independencia del contenido* prescriptivo de sus normas. Según esta perspectiva, sin una mínima *pretensión de corrección* o legitimidad no existe orden jurídico; la pretensión de corrección, que procede de las autoridades y funcionarios, tiene naturaleza moral y, por tanto, es una razón para postular la conexión entre Derecho y moral.

Ciertamente, esta pretensión parece haber suscitado varias críticas²², entre otras que no es lo mismo pretender ser correcto que serlo realmente (Bulygin 2006, p. 100), pero lo que aquí interesa es determinar cuáles son las concretas exigencias morales que incorpora; esto es, ¿cuál es el umbral que permite distinguir una norma jurídica de la orden de un bandido y el Derecho en su conjunto del código normativo de la mafia o de una banda terrorista? Al parecer “hay dos tipos de órdenes sociales que, por razones conceptuales, con total independencia del hecho de que puedan lograr una vigencia duradera o no, no son sistema jurídicos: los órdenes absurdos y los depredatorios o de bandidos” (R. Alexy 1994, p. 38).

Cabe decir que el orden absurdo se identifica con la banda de ladrones que aún carece de una organización elemental, esto es, una esfera de violencia donde todo está permitido y donde no es posible reconocer fines coherentes ni para los gobernantes ni

21 Ollero es en esto consecuente: el Derecho *puesto* “no genera en realidad obligación alguna”; en cambio, los contenidos jurídicos, “*incluso si no llegan a verse formalmente homologados*, sí activan una obligatoriedad, moral por supuesto” (2007, p. 238. El subrayado es mío).

22 Que Alexy replica en 2010, pp. 29 ss.

para los gobernados. Por su parte, el orden depredatorio es el propio de un grupo de malhechores algo más organizado, pero que ni siquiera se toma la molestia de recabar alguna legitimidad o de disimular ante sus víctimas que les mueve el mero propósito de la dominación y de la explotación. El orden jurídico se hace presente sólo cuando aparece la *pretensión de corrección*, que básicamente supone la existencia de algunas normas generales y de una mínima seguridad en su aplicación regular, aunque, eso sí, “la muerte y el saqueo de los dominados siguen siendo en él siempre posibles”(R. Alexy 1994, p. 40). Merece subrayarse: lo que entonces diferencia al Estado y a su Derecho del rudimentario sistema normativo de una banda mafiosa o terrorista no es lo que hacen, sino la certeza y regularidad con que lo hacen; no es el *contenido* sino la *forma* de sus prescripciones.

Por eso, cuando dice Alexy que un enunciado como “X es un Estado justo” hipotéticamente incorporado a una constitución resultaría redundante o absurdo, puede concedérsele la razón. Pero hay que añadir que aquí la justicia es un concepto vacío: basta una organización elemental y una mínima seguridad en la aplicación de las normas para que nazca la justicia o la pretensión de corrección y, con ello, el ingrediente moral necesario para la existencia del Derecho; pero, eso sí, se trata de *cualquier moral*. Por ejemplo, la justicia del Estado X bien puede presentar el contenido de la moral esclavista y, en ese caso, tampoco faltará quien sostenga que “también los esclavos pueden tener obligaciones *prima facie* de obedecer al Derecho”, aunque, eso sí, siempre que “los funcionarios crean sinceramente que ese tratamiento se puede justificar moralmente” (Ph. Soper 1984, p. 187). Creo que es difícil ver en este argumento una conexión relevante entre el Derecho y la justicia, y que más bien desempeña una función emotiva de justificación de la *fuerza vinculante* del Derecho²³. En realidad, me parece que el papel de la pretensión de corrección se asemeja bastante a la idea de *aceptación moral* de la regla de reconocimiento, esto es, conferir obligatoriedad moral a cualquier constitución y a todo sistema jurídico²⁴.

La verdad es que, si se trata de buscar fundamentos para la presunta obligación moral de obediencia al Derecho, me parece preferible la tradición iusnaturalista. La insistencia por parte de esta última en que todo Derecho, para serlo de verdad, ha de incorporar un mínimo ético o la garantía de algunos derechos humanos o *naturales* puede haber sido desmentido por la realidad de sistemas normativos inicuos, pero cuando menos permite abandonar la equivalencia entre validez y obligatoriedad: sostener que las normas injustas no generan un deber de obediencia es una forma de reconocer que la “fuerza vinculante” no es un rasgo definitorio de la existencia de las mismas. En cambio, la segunda versión, que he llamado formal o estructural, apenas se muestra capaz de distinguir la justicia de la mera positividad, confiriendo fundamentos de obligatoriedad moral a cualesquiera contenidos jurídicos. Naturalmente, queda una alternativa, que consiste en considerar que el Derecho y sus normas, en sí mismos considerados, no generan obligación moral alguna de obediencia.

3.3. La tesis de la injusticia en la perspectiva del participante

Ya hemos hablado (en 3.1) del dudoso alcance de esta segunda consecuencia de la moralización del Derecho que se expresa en el famoso principio de que “la ley

23 Más severo, dice Guastini (2013, p. 59) que esta tesis no merece ser tomada en serio

24 Por otra parte, la *pretensión de corrección* se presenta generalmente en términos tan formales (basta que la autoridad se vea a sí misma “teniendo derecho”, Vilajosana 2007, p. 56) que es difícil ver en ella un criterio para distinguir el orden jurídico del de la banda de malhechores; porque ¿acaso muchos bandidos no creen tener derecho y aún más derecho?, un bandido se convierte en autoridad ¿cuándo piensa que tiene derecho, cuando lo piensan los súbditos, o sencillamente cuando logra *de hecho* que las antiguas autoridades se conviertan en bandidos?

injusta no es ley”. A partir de Radbruch se advierte siempre, no obstante, que ha de tratarse de una norma notoria y manifiestamente injusta, o injusta de “una manera insoportable”²⁵. La singularidad es que ahora esta pérdida de validez (cualquiera que sea el modo de entenderla) ocurre únicamente desde la perspectiva del *participante*, de quien adopta el llamado punto de vista interno y hace suyas las pautas morales fundamentales del sistema, y no desde el punto de vista del observador externo, para quien la proposición “la ley injusta es ley” seguiría teniendo pleno sentido. Sólo para el participante “cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden su carácter jurídico” (R. Alexy 1994, p. 45). También Dworkin parece pensar en el participante cuando escribe que si el juez fuera llamado a la aplicación de una ley profundamente inmoral tendría que considerar... si debería mentir y decir que después de todo esa no era la ley (1977, p. 451; 1986, p. 160)

El argumento parece más prometedor que el precedente, pues ya no viene a decir que la pretensión de justicia representa una condición de la existencia o de la obligatoriedad del Derecho, pero siendo así que el *contenido* de las normas jurídicas pueda ser cualquiera; lo que viene a decir es que ciertas normas que consideramos absolutamente injustas no se deben obedecer, lo que, como mínimo, habría de suponer una cierta idea de la justicia independiente o externa al Derecho mismo. Es verdad que con ello no sólo se abren las puertas irremediabilmente a un cierto cognitivism ético, sino que se hacen oscuras las fronteras mismas del Derecho, que dependerían de conceptos centralmente vagos, pues ¿cuándo una injusticia traspasa el umbral de lo notorio, manifiesto o profundo?

Pero, sobre todo, resulta cuando menos extraño que el *participante*, aquel que ha hecho de la moral positiva su propia moral crítica, esté en condiciones siquiera de percibir la injusticia extrema de una norma, puesto que parece que para efectuar una constatación así resulta ineludible adoptar un punto de vista externo a dicho sistema: si las leyes racistas de la Alemania nazi no merecían ser llamadas Derecho, ello no podía obedecer a que ese sistema careciese de una “pretensión de corrección” en los modestos términos que ya han sido explicados, o a una ausencia de principios (el racismo es un principio) que imposibilitase el desarrollo de un razonamiento práctico justificatorio, sino a que desde una moral superior (crítica) aquellas leyes resultaban injustas: “el problema del derecho nazi no consistió en que careciera de moral, sino en que suscribía una moral inhumana” (Ollero, 2005, p. 58). Porque si nos situamos en la óptica del *participante* comprometido con los valores en que descansa el Derecho, las leyes racistas no sólo eran válidas, sino además conformes con el tipo de moral que se desprendía de la filosofía política vigente en la Alemania de los años treinta.

Por ello, esta reformulación de la tesis de la injusticia parece conducir a un resultado paradójico: el observador externo puede, sin duda, constatar la injusticia de una norma, pero para él tiene pleno sentido seguir diciendo que se trata de una norma jurídica. En cambio, no se comprende bien que el participante pueda siquiera constatar la injusticia extrema de una ley, pues para él la moral social o positiva que se expresa a través del Derecho es precisamente la moral correcta²⁶. En esto tiene razón Nino (1994, p. 46):

25 “No todos los defectos morales acarrearán la invalidez jurídica”, sólo “la injusticia extrema no es Derecho”, dice R. Alexy 2010, p. 49

26 En palabras de F. Laporta, desde la perspectiva del participante “la moralidad del Derecho que practica desde dentro es para él la única moralidad posible... El *insider* que afirma que hay una conexión necesaria entre Derecho y moral lo único que expresa realmente es su propia aceptación de las normas jurídicas como pautas morales válidas”

“desde la perspectiva interna, la moral que resulta positiva consiste en un conjunto de juicios y principios asumidos como válidos que, por cierto, no se refieren a la misma moral positiva, sino que se consideran parte de una moral crítica o ideal”; por tanto, la injusticia de una ley no puede ser captada por quien haya interiorizado la moral positiva, haciendo de ella su moral crítica o correcta. Y con ello me parece que colapsa el argumento de la injusticia.

A mi juicio, el argumento de la injusticia, a veces enarbolado como reproche a una supuesta insensibilidad moral del positivismo, reposa sobre un malentendido, que es la idea de que la validez de una norma equivale a su obligatoriedad y es razón suficiente para postular obediencia a la misma y, por tanto, que sólo cabe desobedecer las normas injustas o corrompidas, que en realidad serían ya normas inválidas (no vinculantes). Pero esto es justamente lo que cabe discutir. Desde mi punto de vista, no hay inconveniente en compartir la idea de la desobediencia a las leyes injustas: bien porque se afirme directamente que no existe obligación alguna de obediencia al Derecho por el mero hecho de ser Derecho²⁷; bien porque en todo caso se mantenga “la primacía práctica de la moral y de la justicia sobre el derecho, que justifica la *desobediencia civil* contra el derecho injusto” (L Ferrajoli 2007, vol. II, p. 98). Sencillamente, el argumento de la injusticia no representa ningún desafío al positivismo, al menos al positivismo que considera que la validez no implica ni equivale a obligatoriedad²⁸. En cambio, quien sí encuentra muy serias dificultades para hacer uso de este argumento es la figura del participante, precisamente porque su punto de vista interno implica una adhesión a las normas del derecho por razones morales (E. Garzón Valdés, 1996, p. 399)

4. LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA MORALIDAD

Ya se ha comentado la predilección de las teorías neoconstitucionalistas o postpositivistas por los argumentos vinculados a ciertos sistemas jurídicos particulares, concretamente a los constitucional-democráticos. Se trata por tanto de argumentos “contingentes”, en el sentido de que predicán una conexión entre Derecho y moral de carácter contingente o limitado a tales sistemas jurídicos; aunque, tal vez precisamente por ello y con alguna excepción, ya no se trata de una conexión con *cualquier moral*, sino con la *moral correcta*. Creo, sin embargo, que merece la pena distinguir dos versiones que a veces aparecen entrecruzadas, pero que pueden tener consecuencias prácticas diferentes.

4.1. El constructivismo ético y la democracia como fuente de moralidad

Me parece que el constructivismo ético ha estimulado el desarrollo de algunas versiones particularmente vigorosas de neoconstitucionalismo o postpositivismo. Por así decirlo, ahora los principios de justicia ya no se descubren de modo solipsista y

1993, p. 113.

²⁷ Entre nosotros, pocos lo han expresado con la claridad de F. González Vicen 1979, pp. 365 ss.

²⁸ Soy consciente de que la afirmación es problemática, entre otras razones porque un positivista como Kelsen mantuvo la idea de obligatoriedad o fuerza vinculante como el rasgo esencial del concepto jurídico de validez; lo que, por cierto, le valió el reproche de “cuasi positivismo” (que es un tipo de Derecho natural) por parte de A. Ross 1969, pp. 21 y ss. Vid. E. Bulygin 1990, p. 499 ss; R. Guastini 1999, pp.401 ss; 2013, pp. 70 ss.. Por otro lado, no procede detenerse aquí en la cuestión de si la idea de validez como fuerza vinculante aún puede o debe mantenerse en el marco de un positivismo jurídico no cognitivista, una vez que deje de utilizarse como disfraz de una presunta obligación política, y deje también de postularse en conexión necesaria con la existencia de las normas jurídicas. Sobre esto vid. B. Celano 2000, pp. 77 ss.

por contemplación directa de un orden objetivo de valores²⁹, sino que son el fruto de un esfuerzo colectivo realizado en el marco de una comunidad en la que exista un acuerdo inicial sobre cuáles son las prácticas legales (R. Dworkin 1986, pp. 74 ss); los principios de justicia ya no se *aparecen* al Derecho desde fuera de lo que son sus propias prácticas institucionales, sino que se generan a partir de las mismas. Como dice alguien que se confiesa neoconstitucionalista, “el constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral... y el constructivismo ético ha aproximado la moral al Derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento” (A. García Figueroa 2009, p. 20). Creo que la idea de que el Derecho carece de autonomía frente a la moral, sino que se configura más bien como una institucionalización de la misma, o como parte de la moralidad política (R. Dworkin, 2006, p. 44), confirma este juicio.

El constructivismo, en efecto, relativiza la clásica distinción entre moral crítica y moral social, al atribuir a la primera un fundamento procedimental y cooperativo. Cabe decir que la moral se democratiza y, de este modo, el sistema jurídico democrático puede ser visto, no ya como la institucionalización de una cualquiera moral social, sino como la fuente de la moral crítica o racional. La posibilidad de un Derecho injusto tiende a disolverse porque también se disuelve el dualismo moral crítica/moral social. Como también se mantiene desde lo que pudiera llamarse un neoconstitucionalismo deliberativo: “en un sistema democrático, y en la medida en que el Derecho sea reflejo de una democracia constitucional sana, el Derecho debería ser el reflejo también de cierta corrección moral y en tal caso quedará fundada en alguna medida una cierta obligación de obediencia al Derecho” (A. García Figueroa 2009, p. 41). El proceso de decisión democrática tiende a identificarse con el proceso de decisión ética y por tanto con la autonomía moral (E. Díaz 2013, p. 91).

Desde esta perspectiva, la conexión entre Derecho y moral ya no se predica en relación con el contenido prescriptivo de las normas singulares, sino en relación con el sistema en su conjunto, y especialmente con los procedimientos; pues, como dice Habermas, la moralidad que “queda atada al Derecho... se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles” (J. Habermas 1981, p. 168). Lo que llama Nino el valor epistémico de la democracia se aplica al proceso de decisión, con independencia del contenido de las decisiones (C. Nino, 1996, p. 181). Recordando a Kelsen, cabe decir que la validez jurídica de una norma sigue siendo aquí independiente de su contenido, pero no de su procedimiento, que se erige así en fuente conjunta de juridicidad y eticidad.

Este desplazamiento de los contenidos a las formas es presentado así por Habermas (1987, vol. I, p. 338): “el efecto práctico de la positivización del orden jurídico consiste en un *desplazamiento de los problemas de fundamentación*, es decir, en que el manejo técnico del Derecho queda descargado, *durante largos tramos*, de problemas de fundamentación”. Esta es la razón por la no parece existir inconveniente en mantener la conexión entre Derecho y moral y reconocer al mismo tiempo el estatus jurídico –léase moralmente obligatorio– de las normas injustas: una norma jurídica producida en el marco democrático deviene obligatoria en atención al procedimiento de producción;

29 Recordemos que para Rawls (1980, p. 213 y 254) “la idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar alguno en una doctrina constructivista: las partes en la posición original no reconocen ningún principio de justicia como verdadero o correcto y por ello como previamente dado: su meta es simplemente seleccionar la concepción que para ellos es más racional, dadas sus circunstancias”.

los problemas de justificación o evaluación moral han quedado “desplazados” a ese procedimiento. De la democracia como sucedáneo del discurso moral se deduce: primero, “que las prescripciones jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de que haya razones para actuar”, o sea, para obedecer; y segundo, que dicho origen “permite fundamentar la observancia de las prescripciones democráticas aún en aquellos casos particulares en que nuestra reflexión individual nos da la certeza de que son moralmente incorrectas” (C. Nino 1994, p. 188); es decir, que “por paradójico que suene, (hay) razones morales para obedecer una ley que desaprobamos por razones morales” (M. Kriele 1980, p. 24).

Aunque guiada por el mismo designio de fundamentar una conexión entre Derecho y moral, la ética del discurso acentúa aún más el positivismo ético porque viene a cancelar el propio debate moral al sublimarlo en el concepto de autoridad: “si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de *autoridad* y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral” (F. Laporta 1993, p. 120). Más claramente, las razones que nos ofrecen las normas que proceden de la autoridad “deben ser tratadas como vinculantes con independencia de su contenido” (J. M. Vilajosana 2007, p. 56)³⁰ Con independencia de que el modelo se presente como “contrafáctico” o bien sea usado como legitimador de las democracias realmente existentes, lo cierto es que termina proporcionando un fundamento a la obligación de obediencia *con independencia del contenido* de las normas y, desde luego, al margen de una *autonomía moral* que ha quedado sublimada en el procedimiento. No es que el Derecho tenga un valor moral en sí mismo, sino que el propio orden jurídico se convierte en fábrica de la eticidad. Por cierto, llevado hasta sus últimas consecuencias, este argumento habla en contra de la “rematerialización” del constitucionalismo contemporáneo por cuanto este último implica límites sustanciales a lo que puede ser democráticamente decidido.

4.2. De los principios a la argumentación

El argumento de los principios viene a recoger la que antes llamamos “tesis de la incorporación”: muchas constituciones consagran un cierto número de conceptos morales que se denominan *principios*, cuya aplicación reclama el desarrollo de una genuina argumentación moral o, como también suele decirse, de un juicio de ponderación: allí donde se producen casos dudosos y existe ponderación, existen también principios, y allí donde existen principios se da una presencia de la moral en el Derecho (R. Alexy, 1994, pp. 73 ss.). Aunque el problema central reside en las cualidades morales de la argumentación, y no en los principios, conviene formular alguna observación sobre estos últimos.

Ante todo, que en hipótesis son concebibles sistemas jurídicos compuestos sólo de reglas o también, lo que me parece equivalente, que cuenten con un solo principio o con una sola norma suprema. Pero sobre todo, en segundo lugar, porque no está dicho que el contenido de los principios haya de ser en todo caso moralmente plausible o haya de coincidir con una determinada teoría ética; entre sus cultivadores más acreditados, la idea de principio parece dar cuenta de una cierta estructura normativa o de un especial modo de argumentar, pero no de un determinado contenido de

³⁰ Pero, a mi juicio, precisamente la justicia o moralidad de una norma sólo puede predicarse en virtud de su contenido (E. Bulygin 2006, p. 101)

justicia: la dignidad humana o la igualdad son principios, pero también lo pueden ser (y lo han sido y siguen siéndolo en algunos sistemas jurídicos) la xenofobia, la supremacía del varón sobre la mujer, la segregación racial o la confesionalidad a favor de un credo o ideología; también estos principios pueden ponderarse y optimizarse. Sostener que a partir de cualquier tipo de premisa la argumentación pueda tener efectos taumatúrgicos y dar como resultado una decisión justa, resultaría un poco extraño.

Pero esto es justamente lo que a veces se sostiene. ¿Qué decir por ejemplo del principio de la raza que fue un auténtico principio jurídico en la Alemania de los años treinta? Alexy reconoce que dicho principio no reúne las exigencias mínimas de una fundamentación racional; pero, a renglón seguido, acepta que el juez que lo aplica “formula con su decisión una pretensión de corrección... (que) se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta” (R. Alexy 1994, pp. 82 y 84). De nuevo se aprecia aquí una traslación de la justicia desde los contenidos (morales) a los procedimientos (jurídicos), pues aunque aquéllos puedan reputarse injustos al parecer quedan depurados a través de la argumentación.

Esta respuesta nos sugiere que en realidad la conexión con la moral se establece a través del razonamiento jurídico, con independencia de cuáles sean los principios vigentes. Con todo, pienso que dicha conexión presenta dos dimensiones, que pudiéramos llamar formal (o de origen) y material (o de ejercicio). De esta última nos ocuparemos en el siguiente epígrafe. La primera tiene que ver con la tesis, ya mencionada, de la *aceptación moral* que reclama la regla de reconocimiento como fundamento de todo razonamiento jurídico: la cadena de validez que en sentido ascendente enlaza desde la más ínfima decisión o negocio hasta la norma suprema no puede descansar en un deber jurídico (que, a su vez, reclamaría otro deber jurídico), sino en un deber moral que se basa en la *aceptación*; y de ahí la unidad del razonamiento práctico (M. Atienza, 2006, pp. 242 ss.). La tesis ha sido criticada por distintos motivos (R. Guastini, 1999), pero aquí me interesa especialmente uno: la obligación moral de la que estamos hablando carece de contenido o, mejor dicho, su contenido no es otro que aquél que establezcan las normas positivas, es redundante, y podría formularse así: “hay una obligación moral de obedecer las normas válidas, *cualquiera* que sea su contenido”. La mera presencia de principios y el razonamiento a partir de los mismos no acreditan una conexión del Derecho con la *moral correcta*, sino con *cualquier moral*; son un “cheque en blanco” para justificar el fundamento moral de la obediencia al Derecho, a todo Derecho

4.3. De la argumentación a la moral objetiva

Pero naturalmente los principios que interesan a una teoría “particular” no son los que presentan cualquier contenido, sino los que incorporan la “moral pública de la modernidad”, como dignidad humana, igualdad, derechos fundamentales, etc. Aquí se plantea un problema de interpretación, aunque agravado por la peculiar fisonomía de los principios, por su naturaleza conflictiva y *derrotable* y porque suponen la irremediable formulación de juicios de valor en las constataciones judiciales. No procede detenerse en esto, pero sí llamar la atención sobre el objetivismo moral al que parece que se ve arrastrada la teoría de la argumentación. Y en cierto modo es comprensible que así suceda, entre otras cosas, porque si la determinación de lo que dice el Derecho depende de lo que dicen los conceptos morales, entonces parece que sólo suponiendo alguna objetividad en la interpretación de tales conceptos

será posible la identificación del Derecho³¹. Es más, de no aceptarse algún grado de objetividad en la interpretación de los conceptos morales, la situación sería casi equivalente a la de prescindir de ellos, pues todo quedaría confiado a la subjetividad del juez. Dworkin lo ha expresado muy elocuentemente: “si la verdad moral objetiva no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles”³².

Porque, ¿cuál es la moral que ha de tenerse en cuenta para juzgar, por ejemplo, si una pena merece el calificativo de cruel o inhumana, o para fijar el peso relativo de dos principios en conflicto? Ya he dicho que no puede tratarse de la moral crítica del intérprete, pues ello nos devolvería a la esfera de la discrecionalidad: la pretendida objetividad a la postre se resolvería en la subjetividad del juez. Parece que, puesto que de interpretar se trata, habría que atender a las convenciones de la comunidad acerca del significado y peso de los principios, con lo que la argumentación tendría además un componente de constatación sociológica. Pero este camino entraña asimismo sus dificultades: en algunos casos cabe que la moral social no sea concluyente, o que no resulte posible saber cuál es; en otros casos y en el marco de sociedades pluralistas y hasta multiculturales puede ocurrir que no exista *una sola* moral social³³.

Las teorías de la argumentación suelen recurrir a un tercer género, la “moral objetiva”³⁴, que significa *moral justificada* con arreglo a una teoría ética, de ética normativa, que sostenga algún grado de objetivismo moral y en particular, creo que muy predominantemente, con arreglo al constructivismo moral³⁵: lo que es justo se define por el resultado del procedimiento mismo o, como dice Rawls (1980, p. 245), la objetividad aparece en términos de un punto de vista social adecuadamente construido. De ahí que las teorías procedimentales no suelen ofrecer *códigos morales* racionales (P. Comanducci 2010, p. 68), por lo que la objetividad no se concibe como un horizonte que la argumentación *encuentra* o hacia el que se encamina, sino más bien como un producto que la argumentación *construye*.

Ciertamente, esta moral objetiva o justificada no pretende presentarse en términos de una verdad científica, ni siquiera (me parece) en términos de correspondencia con algún orden moral superior; cabe decir que busca respuestas *correctas*, no tanto respuestas

31 Se habla, por ejemplo, de un “objetivismo mínimo” (M. Atienza 2006, p. 53) o de una “objetividad modesta” donde lo que *parece* correcto “bajo condiciones epistémicas ideales” *debe considerarse* correcto (J. Coleman y B. Leiter, 1995, p. 263); J. J. Moreso también sostiene que “la tesis de la incorporación presupone el objetivismo ético, si por tal entendemos algo similar a lo que Rawls atribuye a la ética kantiana” (2013, p. 65). Es más, este último autor ha llegado a sugerir una línea esencialista recurriendo a la teoría de los géneros naturales de Kripke (2010). En realidad, parece que un cierto objetivismo moral resulta consustancial al positivismo inclusivo.

32 R. Dworkin 2006, p. 73. Poco antes de esta afirmación Dworkin critica a quienes suponen que “la verdad objetiva en la moral política no está *ahí fuera* en el universo para que los abogados, jueces y cualquier otro pueda descubrirla”.

33 M. Atienza entiende asimismo que, si bien los criterios de moralidad social han de tener su peso, hay más de una razón para no considerar que sean concluyentes (2013, p. 559). Por su parte, Moreso apela a una dimensión descriptiva –susceptible de verdad– de los conceptos morales densos que parece pensar también en la moral social: “los miembros de la comunidad donde está vigente la Constitución española poseemos el concepto de trato degradante y somos capaces de aplicarlo con verdad a algunos casos” (2013 p. 191 s). La objetividad “modesta” de la que hablan Coleman y Leiter tiene asimismo como punto de partida una apelación a lo que piensa la comunidad (objetividad mínima), si bien en “condiciones epistémicas ideales” que trascienden lo convencional (1995, p. 270).

34 R. Guastini rechaza categóricamente que junto a la moral crítica y a la moral social podamos contar con una moral objetiva, “cuyas normas sean válidas en todo tiempo y lugar, o sea verdaderas: las normas no tienen valor de verdad” (2011, p.20). No sólo esto: “la idea de que existen valores morales (o de justicia) objetivos es una idea políticamente repugnante”; el cognitivismo ético “implica (pragmáticamente) alguna forma de intolerancia, de fundamentalismo o de totalitarismo” (2013, p. 60 y 225 ss.). Una observación semejante en L. Ferrajoli 2011, pp. 30 ss.

35 “Los principios de la moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso una serie de agentes que discutirían respetando ciertas reglas más o menos idealizadas”, M. Atienza 2013 p. 562.

verdaderas en el sentido de ajustadas a una moral universal independiente de las creencias y prácticas sociales³⁶. Más que a la racionalidad apela a la razonabilidad, que en su sentido más específico supone la previa existencia de distintas respuestas fundadas ante un cierto problema práctico (M. Atienza 2013, p. 563). Argumentar equivale a justificar, a ofrecer razones que sustenten la corrección (o la mayor corrección) de una cierta aplicación del Derecho; y, a mi juicio, es en ese esfuerzo de justificación, de búsqueda de aceptación y de someter a razones un artefacto tan decisonal o voluntarista como es el Derecho, donde reside la virtud de la argumentación. Pero me parece más dudoso que la *moral objetiva* pueda considerarse como una alternativa superadora de la dicotomía entre moral social y moral subjetiva del juez, y esto tanto en la atribución de significado a los principios morales como, sobre todo, en la resolución de sus conflictos³⁷.

Sería bueno pensar que el razonamiento jurídico pudiera conducir a soluciones idealmente justas o conformes con una moral esclarecida o universal, es decir, que pudiera alcanzarse esa objetividad no constreñida por las creencias o convenciones sociales. Esto exigiría dar respuesta a todos los problemas que presenta el objetivismo moral y que no procede examinar ahora. Pero sí conviene señalar: primero que, en mi opinión, es harto discutible que la ética del discurso sea capaz de obtener tales resultados, realizando la autonomía moral por vía comunicativa³⁸. Segundo, que el significado “objetivo” o “correcto” de los principios morales depende de cada teoría ética y no parece que contemos con un procedimiento para decidir cuál es la relevante. Y finalmente, que la argumentación jurídica es un caso “muy especial” de argumentación moral, no sólo por sus limitaciones institucionales, sino porque sólo cabe pensar en soluciones correctas si suponemos que los conceptos morales incorporados al sistema son realmente correctos. Creo, en suma, que la “objetividad” remite más bien a la moral positiva o a la moral social, esto es, a lo que entendió el constituyente por justo, digno o cruel, a lo que entienden la actual mayoría parlamentaria, los jueces superiores o un más o menos homogéneo “cuerpo social”. Pero ya he dicho que la moral social puede no ser concluyente y permitir distintas soluciones fundadas; y entonces no veo cómo evitar que, al final de la argumentación, la objetividad se transforme en subjetividad y la determinación en indeterminación, es decir, que se abra paso la moral crítica del juez (Vid. P. Comanducci 2010, pp. 67 ss.). De un modo u otro, parece difícil que podamos escalar hacia una moral superior, verdadera o universal.

36 En mi opinión, una respuesta *verdadera* debería ser equivalente a una respuesta objetiva desde el punto de vista de la moral; una respuesta *correcta* se conforma con la posibilidad de *alguna* respuesta *mejor* o quizás, más modestamente, con la exclusión de las respuestas *inaceptables*. Refiriéndose al Derecho, Bulygin llama la atención sobre la tendencia de la literatura actual a sustituir las respuestas verdaderas por las respuestas correctas, lo que obedecería a la necesidad de inyectar principios morales a fin de superar los defectos del sistema jurídico (ambigüedad, vaguedad, lagunas, antinomias). Naturalmente, considera más que dudoso que una operación así pueda tener éxito y que la apelación a la moral, en lugar de asegurar la objetividad, no incremente la subjetividad (2006 b, pp. 39 ss).

37 Uno de esos conflictos fue el examinado por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006 sobre una ley de seguridad aérea que facultaba a las autoridades para ordenar el derribo de aviones secuestrados por terroristas suicidas aún a costa del sacrificio de pasajeros inocentes. Muy en síntesis, las cuestiones a resolver eran dos: primero, si la medida podía considerarse lesiva del art. 1,1 de la Constitución (“La dignidad del hombre es intangible”); y segundo, si, no obstante podía considerarse justificada para la protección de poblaciones también inocentes. La primera cuestión mereció una respuesta afirmativa: es *objetivo* (en el sentido de compartido socialmente en nuestro contexto cultural) que la muerte de inocentes constituye una lesión de la dignidad –que, por cierto, en Alemania se consagra más como regla que como principio–. Pero para resolver la segunda se enfrentan dos teorías éticas que aquí parecen irreductibles por vía de argumentación: una deontológica que apoya la anulación de la ley (*fiat iustitia et pereat mundus*) y otra teleológica que habla a favor de su vigencia. Creo que ambas pueden sostenerse por sujetos racionales, pero ninguna es “objetiva”, sino que expresan la moral crítica del juez.

38 Por ideales que sean las condiciones del diálogo, creo que siempre quedará espacio para esa “concordia discorde” fundada en “la instancia definitivamente última que es la comunidad de comunicación consigo misma constituida por la *conciencia individual*” (J. Muguerza 1988, p. 126).

Es cierto que tal vez haya una manera en que puede intentar cancelarse esta dicotomía, que es suponiendo que nuestra moral crítica ha de coincidir con la moral positiva. Aquí entra en juego una restricción que ya conocemos y que está muy presente en los enfoques postpositivistas: parece que la argumentación no está abierta a todos por igual, sino que en ella ocupa un lugar privilegiado el *participante*. La adopción del punto de vista interno y comprometido constituye la premisa de un conocimiento que es al mismo tiempo justificación: la ciencia jurídica en general y la actividad de jueces y dogmáticos en particular, llamados todos a una argumentación moral a partir de los principios, se integra en su propio objeto, escribiendo el último capítulo de una novela iniciada en la constitución y, más allá, en el sistema moral en que ésta descansa. Para el *participante* la objetividad o corrección viene dada por su identificación con la moral positiva o convencional. Por así decirlo, la moralidad positiva aporta una dimensión *empírica* y la moralidad crítica aporta una dimensión *ideal*.

Un planteamiento así se hace fiduciario de cada Derecho positivo particular: “las teorías interpretativas están por su propia naturaleza dirigidas a una cultura legal particular” (R. Dworkin 1986, p. 82). Por eso, este modelo se adapta muy bien a la tradición hermenéutica de la ciencia jurídica. Zagrebelsky, por ejemplo, más que haber propugnado una teoría del Derecho desde la perspectiva interna, tiene el mérito de haberla puesto en práctica. *Juris prudentia* frente a *scientia iuris*: el lema es elocuente de este género de aproximación (G. Zagrebelsky 1992, pp. 122 ss). La *teoría pragmáticamente orientada de la interpretación* también levanta acta de este enfoque que se confiesa deudor de la epistemología constructivista y que supone abandonar la concepción objetualista del Derecho para ver en el mismo un proceso que “encuentra una contribución necesaria y decisiva en la obra de los participantes... de quienes se requiere no ya un papel *pasivo* de simples observadores, sino un papel *activo* de sujetos que aceptan y usan colectivamente la regla” (V. Villa 2012, p. 13). En suma, un conocimiento y una práctica particularista y comprometida con la moral a la que el Derecho sirve, menos sistemática y más problemática o hermenéutica, más interna que externa.

Desde mi punto de vista, en lo que tiene de condición epistemológica, la postulada primacía del punto de vista interno resulta irrelevante³⁹ y supone tanto como decir que para ser un buen canonista hay que ser un buen católico; tesis esta última que, por cierto, nada tiene de insólita y que hace del Derecho de la Iglesia una peculiar práctica social casi incomprensible para quien no participe de ella⁴⁰. Pero en su dimensión normativa o de justificación de la “fuerza obligatoria” viene una vez más a fundar la relación entre Derecho y moral a través de los mismos procedimientos jurídicos: la constitución y sus principios, la legislación democrática y la argumentación jurídica generarían de este modo una moral que, no obstante su institucionalidad, resulta objetiva, o sea, vinculante. El distanciamiento y la neutralidad del modelo positivista de ciencia se sustituyen así por la implicación y el compromiso con las claves morales del sistema jurídico.

39 Lo que significa que el observador externo tiene las mismas posibilidades y encuentra las mismas dificultades para identificar las normas, así como para comprender o atribuir significado a las mismas, que el participante interno o aceptante, quien, por cierto, antes de aceptar ha de conocer. Vid. ampliamente L. Hierro 2002. Una posición diferente en J. C. Bayón 1996, pp. 47 ss. Vid. también la réplica de E. Bulygin 1998, pp. 41 ss.

40 Esta es la tesis de la llamada escuela sacramental: el Derecho canónico sólo puede ser comprendido desde la perspectiva de estar con la Iglesia y en la Iglesia, pues sin fe no hay conocimiento, vid. I. C. Ibán, 1984, p. 470.

5. SOBRE EL VALOR MORAL DEL PUNTO DE VISTA EXTERNO

Me parece generalmente admitido que entre Derecho y moral existe una conexión empírica que bien puede calificarse como necesaria. Por dos motivos: primero, porque la mera delimitación de las esferas de lo prohibido, de lo ordenado y de lo permitido que verifica *todo* sistema jurídico entraña la adopción de un punto de vista moral (que en general es la moral del propio legislador) acerca de lo bueno y de lo malo, de lo justo e injusto. Y segundo porque forma parte de toda experiencia jurídica que las normas incorporan conceptos morales cuya interpretación no puede reducirse a meras constataciones de hecho, sino que requiere la formulación de juicios de valor y, en suma, el desarrollo de una argumentación moral. Pero me parece no menos evidente que la moral que así se incorpora al Derecho puede adscribirse a cualquier teoría ética; puede ser la moral del liberalismo, del cristianismo o simplemente la subjetiva de los diferentes operadores jurídicos, o tal vez más frecuentemente una combinación de todas ellas. No creo que los argumentos hasta aquí examinados nos permitan avanzar mucho más: demuestran que todo Derecho se halla conectado con *alguna* moral. Pero esto obviamente no representa ninguna razón que fundamente la obediencia.

Sin embargo, los desacuerdos acerca del tipo de relación que cabe establecer entre el Derecho y la moral no son de naturaleza empírica, sino conceptual y hasta axiológica; y por eso me parece que están muy condicionados por una cuestión si se quiere previa, que es el concepto mismo de Derecho y de moral que cada uno maneja. Simplificando bastante, desde una primera perspectiva Derecho y moral tienden a concebirse como dos fenómenos imbricados, como dos caras de una misma construcción colectiva guiada por valores comunes. Desde esta óptica, suele subrayarse la dimensión organizadora, de seguridad y coordinación que corresponde al orden jurídico; o también la idoneidad de sus procedimientos (la democracia y la argumentación) para producir una *ética comunicativa* (la ética objetiva) superadora del solipsismo moral. El Derecho aparece entonces como una prolongación de la moral, entendida asimismo como una actividad social, menos formalizada pero construida con las mismas herramientas. Una segunda perspectiva, en cambio, tiende a presentar una imagen mucho más escindida del Derecho y de la moral: el primero como reino de la coacción, de la fuerza y de la imposición heterónoma de reglas; la segunda como espacio autónomo del individuo.

Si en la historia del pensamiento hubiera que identificar un elemento de separación entre ambas concepciones, tal vez me inclinaría por señalar la idea del *appetitus societatis*, que está presente en toda la escolástica medieval y que alcanza hasta Grocio, pero que desaparece luego en el iusnaturalismo racionalista y contractualista (E. Cassirer 1932, pp. 284 ss.). Este *appetitus* permite concebir al Estado y al Derecho como fenómenos o exigencias que nacen de la misma naturaleza humana y por tanto como *bienes morales* en sí mismos. Me parece que algo de esto se percibe en algunos planteamientos contemporáneos, la comprensión del Derecho como una actividad que forma parte de la dimensión moral del hombre predispuesta o, como también se dice, dotada de una propiedad disposicional al bien y a la justicia. Aunque requeriría una investigación más detallada, llama la atención que en las aproximaciones actuales al Derecho haya desaparecido o, cuando menos, quede generalmente postergado o difuminado el rasgo de la fuerza y de la coacción, y que en su lugar aparezcan apelaciones al consenso, al discurso o a la pretensión de corrección; como se dice ahora, el Derecho viene a ser una forma institucionalizada de la moral, de una moral que a su vez adquiere objetividad empírica gracias al Derecho.

La segunda perspectiva, que bien podemos llamar positivista e ilustrada, abandona esa idea de *appetitus societatis*. Incluso sin renunciar al tópicus del Derecho natural, éste ya no “prefigura” la existencia y contenido de las instituciones, justamente porque las mismas no forman parte de la naturaleza, ni son reclamadas por una moralidad natural, sino que se presentan como *artificios* que sólo los hombres pueden construir convencionalmente. El Derecho y el Estado tienen aquí un sentido utilitario, son meros instrumentos y carecen en sí de propiedades disposicionales (la pretensión de justicia); se muestran como sus autores han querido que sean, y en todo caso como depósitos de fuerza cuyo uso puede siempre ser juzgado desde una perspectiva externa y crítica⁴¹.

En modo alguno pienso que nuestras posiciones teóricas o las concepciones sobre el Derecho formen parte o dependan de una especie de estrategia política legitimadora o, al contrario, antisistema. Pero creo que no es aventurado sostener que existe una cierta relación entre los sucesivos paradigmas adoptados por la ciencia jurídica (por los juristas en general) y la función política que han desempeñado. Es bien conocido, por ejemplo, que en la España franquista el iusnaturalismo (sobre todo en su versión escolástica) fue una especie de ideología oficial, no ya entre los cultivadores de la teoría del Derecho, que entonces se llamaba precisamente Derecho Natural, sino incluso entre los dogmáticos, que con frecuencia iniciaban sus manuales universitarios con proclamaciones de fe iusnaturalista, aunque al parecer luego no encontraban en el sistema ninguna norma que no fuese positiva, ni desde luego ninguna que hubiese perdido la validez por causa de su injusticia; aquel iusnaturalismo no fue crítico, sino legitimador. Como es también conocido que el positivismo se fue abriendo paso de la mano de los críticos, no ya del iusnaturalismo, sino del régimen autoritario⁴²; entre otras cosas, probablemente porque encontraron en el positivismo (metodológico) la perspectiva más idónea para la crítica del sistema. Esto es lo que denomino valor moral del punto de vista externo.

De modo que la doctrina de la separación entre el Derecho y la moral no es sólo un buen punto de partida para quien desee mantener la distinción entre *describir* y *valorar*, considerando que se pueden identificar normas e incluso hacer uso de ellas sin necesidad de aceptarlas moralmente; más aún, considerando que es el ideal de neutralidad de la ciencia y no el compromiso valorativo la mejor garantía del conocimiento (N. Bobbio, 1965, p.105 s.). A mi juicio, dicha separación es también, y quizás sobre todo, una exigencia política o moral propia del liberalismo y de una concepción ilustrada que, como dice Ferrajoli, equivale tanto a la “laicidad del Derecho” como a la “laicidad de la moral”⁴³. La autonomía del punto de vista externo es lo mismo que la autonomía de la moral crítica frente al Derecho positivo; el orden jurídico, en cuanto que estructura coactiva orientada a la consecución de fines, se halla siempre necesitado de justificación, precisamente a la luz de una moral que es externa al Derecho mismo. La legalización de la moral en que desemboca hoy la moralización del Derecho empobrece y transforma en heterónomos los requerimientos de aquélla

41 La definición del Derecho en torno a la fuerza y la coacción hace del orden jurídico un *mal* que siempre puede degenerar en despotismo; y de ahí su necesidad de justificación ante una instancia superior, siempre crítica y externa al Derecho positivo. Esto explica la visión *pesimista* del poder que se desprende del garantismo, vid. L. Ferrajoli 1989., p. 885.

42 Dan cumplida cuenta de todo ello M. Atienza Y J. Ruiz Manero 2009, pp. 127 ss.

43 Y que supone su recíproca autonomía: “por un lado, el principio según el cual el derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (esto es, de *una* determinada) moral... por otro, el principio, inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónimo y coercitivo del derecho” (2006 p. 17).

y la desvirtúa como instancia crítica frente al Derecho. La virtualidad (moral y no ya metodológica) de este enfoque estriba precisamente en la posibilidad de mantener la autonomía del punto de vista moral frente al Derecho positivo⁴⁴. No significa afirmar la superioridad del Derecho sobre la moral, ni tratar al Derecho como un fenómeno moralmente indiferente, sino todo lo contrario: significa entender el orden jurídico como una práctica social que debe estar sometida a una crítica moral permanente (N. MacCormick 1982, p. 140)

Por eso también la cuestión de la obediencia al Derecho ha de ser respondida desde la moral y no desde el Derecho⁴⁵; este último, en su estricta positividad, puede suministrar razones prudenciales o estratégicas pero no genuinas razones morales: el carácter jurídico o la validez de las normas *puestas* no añade ni resta nada a su obligatoriedad o fuerza vinculante. El fundamento de la obediencia o de la desobediencia está fuera del Derecho mismo: “la obligatoriedad ética no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia” (F. González Vicén 1979, p. 388), porque, como dijo bellamente Scarpelli, “nessun principio direttivo vale per l’uomo, se l’uomo non lo fa proprio con una scelta” (1976, p. 110). De ahí que la única moralidad que puede justificar tanto la obediencia como la desobediencia es la que resulte individualmente *asumida* o *aceptada*, tenga su origen último en un credo religioso, en una cosmovisión secular, en una doctrina política o en la conciencia autolegisladora: el punto de vista externo no es más que el punto de vista crítico de cada uno de nosotros (L. Ferrajoli 2011, p. 32). La desobediencia al Derecho no revela ningún déficit cognitivo a propósito de la razón práctica, ni el Derecho y sus instituciones resultan competentes para calificarla como pecado o desvarío moral; sólo como infracción, como delito o como falta.

44 L. Hierro 2002, p. 297. Censura esta posición E. Garzón Valdés (1992, pp. 330 ss.) quien, sin embargo, afirma que no cabe la menor duda de que la insistencia de Kelsen y Hart en mantener la tesis de la separación obedece a razones morales. También W. Waluchow (1994, pp. 88 ss.) dedica varias páginas a criticar lo que él llama el argumento moral como un presunto obstáculo al positivismo inclusivo.

45 Tal vez por eso escribe J. A. García Amado: “si nos preguntamos qué tiene que decir el positivismo jurídico acerca de la obligación moral de obedecer o desobedecer el derecho, la respuesta es bien simple: nada”, (2003, p. 284). Idéntica observación en E. Bulygin 2006, p. 101. Incluso por motivos lógicos: el enunciado “se debe obedecer el Derecho” no puede pertenecer al lenguaje del Derecho, sino a un metalenguaje a propósito del Derecho (Guastini, 2013, p. 82)

OBRAS CITADAS

AGUSTÍN DE HIPONA (413), *La ciudad de Dios*, en *Obras completas de San Agustín*, edición bilingüe, versión de J. Morán, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964.

ALEXY, R. (1994), *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona.

—(2010), “La doble naturaleza del Derecho”, trad. de J. Portocarrero, en *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Alexy*, Palestra, Lima.

ATIENZA, M. (2001), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.

—(2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

—(2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2009), “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Temis, Lima-Bogotá.

BAYÓN, J. C. (1996), “Participant, osservatori, e identificazione del diritto”, trad. de P. Chiassoni, en *Struttura e dinamica dei sistema giuridici*, ed. de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino.

—(2002), “Derecho, convencionalismo, controversia”, en *La relevancia del Derecho*, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), Gedisa, Barcelona.

BOBBIO, N. (1965), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano.

BULYGIN, E. (1990), “Validez y positivismo”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Prólogo de G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

—(1998), “Sobre observadores y participantes”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21.

—(2006), *El positivismo jurídico*, Fontamara, México.

—(2006 b), “Sobre el problema de la objetividad del Derecho”, en *Las razones de la producción del Derecho*, N. Cardinaux, L. Clérico y A. D’Auria (coord.), Universidad de Buenos Aires.

CASSIRER, E. (1932), *Filosofía de la Ilustración*, trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1950.

CELLANO, B. (2000), “Validez como ‘desentremollado’ en *Derecho, justicia razones*, trad. de A. Greppi y F. Laporta, Prólogo de J. J. Moreso, Madrid, 2009.

COLEMAN, J. (2000), “Constraints on the Criteria of Legality”, en *Legal Theorie*, nº 6.

COLEMAN, J., LEITER, B. (1995), “Determinacy, Objectivity and Authority”, en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford Clarendon Press.

COMANDUCCI, P. (2010), *Hacia una teoría analítica del Derecho*, Estudio preliminar de R. Escudero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

DÍAZ, E. (2013), *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.

DREIER, R. (1985), “Derecho y moral”, en *Derecho y filosofía*, E. Garzón Valdés (comp.), Ariel, Barcelona.

DWORKIN, R. (1977), *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino y Prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984.

—(1986), *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

—(2006), *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, M. Pons, Madrid, 2007.

ESCUADERO ALDAY, R. (2000), *Positivismo y moral interna del derecho*, CEPC, Madrid.

—(2004), *Los calificativos del positivismo jurídico*, Civitas, Madrid.

FERRAJOLI, L. (1989), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 10ª ed., 2011.

—(2006), *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid.

—(2007), *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

—(2011), “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de N. Guzmán, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34.

FINNIS, J. (1980), *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, A. Perrot, Buenos Aires, 2000.

- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003), "Positivismo jurídico y obediencia al Derecho", en *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá.
- GARCÍAFIGUEROA, A. (2009) *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1992), "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", en *Derecho, Ética y Política*, C.E.C., Madrid, 1993.
- (1996), "Derecho y moral", en *El derecho y la justicia*, E. Garzón Valdés y F. Laporta (ed.), Trotta, Madrid.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1979), "La obediencia al Derecho", en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna.
- GUASTINI, R. (1999), "Conocimiento sin aceptación", en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona.
- (2011), *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino.
- (2013), "A propósito de neocostitucionalismo", en *Distinguiendo ancora*, M. Pons, Madrid.
- HABERMAS, J. (1981), "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad", en *Estudios sobre moralidad y eticidad*, trad. de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona.
- (1987), *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid.
- HART, H. (1994) *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. y Estudio preliminar de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.
- HIERRO, L. (2002), "¿Por qué ser positivista?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25.
- HOBBS, T. (1642), *Del ciudadano*, trad. de A. Catrysse, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966.
- IBÁN, I. C. (1984) *Derecho canónico y ciencia jurídica*, Universidad Complutense de Madrid.
- KELSEN, H (1952) *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982.
- (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. de J. Vernengo, UNAM, México, 1986.
- KRIELE, M. (1980), *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires.
- LAPORTA, F. (1993), *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México.
- MacCORMICK, N. (1982), "Law, Morality and Positivism", *Legal Studies*, nº 1.
- MORESO, J. J. (2001), "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en *La Constitución: modelo para armar*, M. Pons, Madrid, 2009.
- (2010) "Tomates, hongos y significado jurídico", en J. J. Moreso, L. Prieto y J. Ferrer, *Los desacuerdos en Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- (2013), *Ethica more iuridico incorporata*, Fontamara, México.
- MUGUERZA, J. (1988), "Habermas en el reino de los fines (variaciones sobre un tema kantiano)", en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*. E. Guisán (coord.), Anthropos, Barcelona.
- NINO, C. S. (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la Teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- (1996), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- OLLERO, A. (2005), *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Eunsa, Pamplona.
- (2007), *El Derecho en teoría*, Thomson, Aranzadi, Pamplona.
- PINO, G. (2011), "Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici", en *Giurisprudenza costituzionale*, nº 1.
- PRIETO, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid.
- RAWLS, J. (1980), "El constructivismo kantiano en la teoría moral", en *Justicia como equidad*, edición de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999
- RAZ, J. (1994), *La ética en el ámbito de lo público*, trad. de M. L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001.
- ROMANO, S. (1947), *Fragments de un diccionario jurídico*, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Comares, Granada, 2002.
- ROSS, A. (1969) "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. Carrió y O. Paschero, Fontamara, México, 1991.

SCARPELLI, U (1967), "La meta-etica analítica e la sua rilevanza ética", en *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia, 1982.

SOPER, Ph. (1984), *Una teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

TOMÁS DE AQUINO (1273), *Suma teológica*, edición de la Comisión de Padres Dominicos, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1947.

VILAJOSANA, J. M. (2007), *Identificación y justificación del derecho*, M. Pons, Madrid.

VILLA, V. (2012), *Una teoría pragmáticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino.

WALUCHOW, W. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford

ZAGREBELSKY, G. (1992), *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Prólogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1999.

“AUTOR Y CÓMPLICE EN DERECHO PENAL” MEDIO SIGLO DESPUÉS

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

I. INTRODUCCIÓN

Permítaseme que en este trabajo reafirme, aclare y rectifique algunas de mis ideas expuestas ampliamente, hace casi ya medio siglo, en mi monografía “Autor y cómplice en Derecho penal”¹, una materia de la que casi no me he vuelto a ocupar, si prescindimos de un artículo publicado en 1968 en la ZStW², de una breve referencia en mi “Introducción a la Parte General del Derecho penal español”³, de mi artículo-recensión a un libro de Enrique Peñaranda⁴, y del Prólogo a la 2ª edición del texto del Código Penal (editorial Tecnos) preparada por mí en colaboración con Mestre⁵.

Según la doctrina española dominante en 1966, en el art. 14.1 del entonces vigente CP (“Se consideran autores:- 1º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho”) se describía la conducta del autor material del delito. La tesis que yo defendí entonces —en contra de esa doctrina dominante⁶— era que la conducta del autor material se caracterizaba por ser directamente subsumible en el tipo penal del correspondiente hecho punible cometido, y que lo que se describía en el art. 14.1º era el comportamiento de quien, *sin ser autor en sentido estricto del delito*, colaboraba en él con actos ejecutivos —en contraposición a los actos preparatorios—⁷: el art. 14 regulaba la participación delictiva, esto es: una causa de *ampliación* de la punibilidad, por lo que no tenía sentido alguno mantener que la conducta del autor material del delito, además de estar prevista en el tipo correspondiente, lo estaba también, innecesaria y redundantemente, poniendo en relación dicho tipo penal con el art. 14.1º. A ese partícipe que, *sin ser el autor material*, contribuía al delito con actos ejecutivos, yo le denominaba “coautor ejecutivo”⁸, aunque hubiera sido más preciso denominarle “partícipe ejecutivo”. Los *restantes* partícipes tenían entre ellos en común que su contribución al hecho punible se había desarrollado, antes de (o simultáneamente con) la iniciación de la consumación del delito con actos ejecutivos, *dentro del marco de los actos preparatorios*, distinguiendo el CP entre los cooperadores según el peso de su contribución, en función de si aquéllos

1 Gimbernat, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid 1966 (existe una reimpresión de este libro, de 2006, publicada en Montevideo-Buenos Aires, por la editorial B de f). En lo que sigue, las citas de esta monografía se hacen de la edición de 1966.

2 Gimbernat, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW 80 (1968), pp. 915-943.

3 Gimbernat, Introducción a la Parte General del Derecho penal español, 1979, pp. 141-149

4 Gimbernat, Concurso de leyes, error y participación en el delito, ADPCP 1992, pp. 833-854 (este artículo figura también, como Anexo, en la reimpresión de “Autor y cómplice en Derecho penal”, publicada en 2006 por la editorial B de f).

5 Prólogo a la 2ª ed. I.6. Este “Prólogo” se reproduce en todas las posteriores ediciones de este texto (última edición: 19ª, de 2013).

6 Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 215 ss.

7 V. Gimbernat, op. cit., pp. 92 ss.

8 Gimbernat, Introducción, pp. 142/143.

habían “coopera[do] a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado” (art. 14.3º: cooperación necesaria) o con un acto (igualmente preparatorio) sin el cual el hecho (punible) también se habría efectuado (art. 16: complicidad, cooperación *no* necesaria).

En Alemania, durante mucho tiempo, el precepto entonces vigente —y paralelo a nuestro antiguo art. 14.1º— era el § 47 StGB —“Mittäter” (“coautores”)—, según el cual “cuando varios ejecutan conjuntamente una acción punible, cada uno de ellos será castigado como autor” (“Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft”), precepto que la doctrina absolutamente dominante entendió, en su día, en el sentido de la teoría objetivo-formal⁹, según la cual eran abarcados por el § 47 todos aquellos que hubieran intervenido en el delito con actos ejecutivos, si bien, como en España, al aplicar ese precepto no siempre se distinguía correctamente entre autor en sentido estricto y coautor (mejor: partícipe) ejecutivo¹⁰; de acuerdo también con esta interpretación del § 47, y según la teoría objetivo-formal, y consecuentemente, lo que caracterizaba al cómplice (“Gehilfe”) era que, por exclusión, había contribuido al delito que ya había entrado en la esfera de la ejecución con *actos preparatorios* —§ 49.1: “Se castigará como cómplice quien, con consejos o con hechos, preste ayuda voluntariamente al autor para ejecutar una acción amenazada con pena como delito o falta” (“Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat”)—.

II. LOS DISTINTOS PROBLEMAS HISTÓRICOS DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN ALEMANIA Y EN ESPAÑA: LA AUTORÍA MEDIATA Y LA COOPERACIÓN NECESARIA

Por aquel entonces los problemas de participación delictiva que preocupaban a la doctrina alemana y a la española no siempre eran coincidentes.

En la dogmática alemana, el problema central de la participación delictiva era cómo fundamentar el castigo del autor mediato —por ejemplo, de quien utiliza para cometer el delito a un inimputable, o a una persona que actúa coaccionada o que está sujeta a error—, ya que como aquél, en principio, no realiza actos ejecutivos (§ 47 StGB), y ya que, como en principio también, su conducta no es subsumible directamente en el tipo penal correspondiente¹¹, la doctrina se encontraba ante lo que tenía toda la apariencia de constituir una difícilmente digerible laguna de punibilidad. Como esa laguna de punibilidad no la podía cubrir, obviamente, la teoría objetivo-formal, esa circunstancia lleva al abandono de ésta, siendo sustituida por la hoy dominante teoría del dominio del hecho, fundada por *Welzel*¹², y espectacularmente desarrollada por *Roxin*, en 1963, con una monografía de impar influencia que ha marcado toda la ulterior discusión¹³.

9 Amplísimas referencias sobre la teoría objetivo-formal en *Gimbernat*, Autor y cómplice, pp. 19 ss.

10 Indicaciones en *Gimbernat*, ZStW 80 (1968), p 916 n. 1.

11 Cfr., sin embargo, para algunos supuestos en los que la conducta del autor mediato sí es subsumible, *Gimbernat*, Autor y cómplice, p. 223.

12 En su artículo *Studien zum System des Strafrechts*, publicado en ZStW 58 (1939), p. 539 („Ciertamente que el inductor incita al hecho ajeno y el cómplice lo apoya. Pero el dominio final sobre la decisión y su ejecución real sólo la tiene el autor”); v. también pp. 542 y 543.

13 Su escrito de habilitación “Täterschaft und Tatherrschaft” (1ª ed., 1963, 8ª ed., 2006). Con el título „Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”, la 6ª ed. de esta obra ha sido traducida al castellano por *Cuello Contreras y Serrano González de Murillo*, Madrid 1998

La teoría del dominio del hecho, surge por consiguiente, para fundamentar la punibilidad de la autoría mediata, pero como tiene la pretensión de establecer un *concepto general de autor* —según ella, autor es el que tiene el dominio del hecho—, mantiene que ese dominio del hecho no sólo lo tiene el autor mediato, el autor inmediato y los coautores ejecutivos (“Mittäter”) del § 47 StGB, sino también, además de los que acabo de mencionar, otros intervinientes que, aun habiendo ejecutado sólo actos preparatorios, han decidido sobre el si y el cómo de la realización del tipo penal. Así, por ejemplo, *Roxin* —y con él la mayoría de los partidarios de esta teoría— considera que son autores, *porque todos ellos tienen el dominio del hecho*, además del autor mediato (“dominio de la voluntad”¹⁴) y del material del delito (“dominio de la acción”¹⁵), los que contribuyen al hecho del autor material —por ejemplo de quien mata con sus propias manos— con un acto ejecutivo (“dominio funcional del hecho”¹⁶): “quien choca contra el auto de la víctima, y lo detiene, ha asesinado conjuntamente con otro (coautor), aun cuando este otro haya sido quien —tal como se había acordado— haya disparado de manera directa el disparo mortal”¹⁷. Ciertamente que, cuando hay varios partícipes, *Roxin* excluye en principio del dominio del hecho a los que realizan actos preparatorios, pero como, dentro de la modalidad que él denomina “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”¹⁸ —Estados criminales como el nacionalsocialista, organizaciones terroristas, bandas mafiosas—, opina que existe también autoría mediata, aunque el autor inmediato haya actuado libre y conscientemente, de ahí se sigue que *Roxin* asimismo considera autores a personas que, en determinadas circunstancias y dentro de determinadas organizaciones, han realizado únicamente actos preparatorios.

Otros autores partidarios de la teoría del dominio del hecho, en cambio, y de manera ya generalizada, admiten la posibilidad de que ostenten ese dominio (por lo que, en consecuencia, serían también autores) intervinientes que han contribuido al hecho sólo con actos preparatorios¹⁹. Y así, por ejemplo, *Jakobs* opina que “si bien quien no realiza actos ejecutivos interviene más débilmente en el dominio material bajo la forma del dominio de decisión, este Minus puede ser equilibrado mediante un Plus en el dominio material bajo la forma del dominio de conformación que se ejerce en los actos preparatorios”²⁰.

Pero mientras que la gran preocupación de la doctrina alemana en 1966, cuando escribo “Autor y cómplice”, era cómo fundamentar la punibilidad de la autoría mediata, lo que —como acabo de exponer— conduce al abandono de la hasta entonces dominante teoría objetivo-formal y al triunfo arrollador de la del dominio del hecho, en España ni la doctrina ni la jurisprudencia se quebraban demasiado la cabeza con el problema de la autoría mediata, y ello por dos razones:

La primera razón era la de que, a diferencia de la regulación del StGB, en el CP existían algunos recursos —inexistentes en Alemania— que podían cubrir —al menos parcialmente— las indeseadas lagunas de punibilidad. Ello era así porque,

14 *Roxin*, AT II, 2003, § 25 nn. mm. 45 ss.

15 *Roxin*, op. cit., § 25 nn. mm. 38 ss.

16 *Roxin*, op. cit., § 25 nn. mm. 188 ss., si bien para *Roxin* no todos los que intervienen en el hecho con actos ejecutivos son “coautores”, sino sólo aquéllos que lo hacen con un acto ejecutivo de “considerable” importancia, ya que “tiene el co-dominio sobre el acontecimiento sólo el que ejerce en la ejecución del hecho una función de la que puede depender el éxito del plan” (op. cit., § 25 n.m. 211).

17 *Roxin*, op. cit., § 25 n. m. 29.

18 Op. cit. §25 nn. mm. 105 ss.

19 Indicaciones en *Roxin*, op. cit., § 25 n. m. 204 notas 272 y 273.

20 *Jakobs*, Strafrecht AT, 2ª ed., 1991, 21/48. Con el título “Derecho penal. Parte General”, esta obra ha sido traducida al castellano por *Cuello Contreras y Serrano González de Murillo*, Madrid 1995.

como el CP definía a la inducción, en el art. 14.2º, como “[l]os que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo [el hecho]” —en el StGB no figuraba “*forzar a otro*” como una forma de inducción—, y como existía —y existe— la institución —también desconocida en el StGB— de la cooperación necesaria, ello permitía en determinados supuestos de autoría mediata castigar a los autores mediatos como inductores o cooperadores necesarios; bien es cierto que, con esta solución, se calificaba de inductor o de cooperador necesario a quienes, en sentido estricto, eran autores (mediatos), pero ello sólo planteaba un problema conceptual, pero no de punibilidad, ya que tanto al inductor como al cooperador necesario se les castiga con la misma pena que al autor.

La segunda razón por la que la dogmática española no consideraba a la autoría mediata un problema central de la teoría de la autoría y de la participación era porque sólo en muy contadas ocasiones se dan en la realidad —y, por consiguiente, sólo en muy contadas ocasiones llegan a los tribunales— supuestos de hecho en los que una persona, para cometer un delito, se ha servido de otra como su “instrumento”, mientras que los que acontecen —y siguen aconteciendo— continuamente, un día sí y otro también, son otros supuestos de hecho —de los que incesantemente se ha tenido que ocupar y se sigue teniendo que ocupar nuestra jurisprudencia— en los que en la realización de un delito han intervenido, no un autor único, sino *varias personas*, por lo que aquí nos encontrábamos —y nos seguimos encontrando— con un problema endiablado, desconocido en Derecho alemán: el de distinguir la cooperación necesaria —esta forma de participación no existe en el StGB— de la complicidad, problema cuya solución no se puede eludir, ya que las consecuencias jurídicas de ambas formas de participación son distintas, en cuanto que, mientras que al cooperador necesario se le castiga con la misma pena que al autor, al cómplice se le impone la pena inferior en grado.

III. LA PREVISIÓN EXPRESA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS CÓDIGOS PENALES

Entretanto, el problema de la punibilidad de la autoría mediata ha pasado a la historia, ya que esa modalidad de autoría ha sido expresamente prevista tanto por el legislador alemán como por el español. Y así, en 1975, en virtud de la Segunda Ley para la Reforma del StGB, se sustituye el hasta entonces vigente § 47 (v. su texto supra I) por el § 25 StGB, en el que, junto a los coautores del antiguo § 47, *se recogen expresamente* las figuras del autor único y del *autor mediato*, con la siguiente redacción: “§ 25 (Autoría). (1) Se castigará como autor al que cometa el hecho por sí mismo o a través de otra persona. — (2). Si varios cometen conjuntamente el hecho punible, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)”²¹. Y, en España, el hasta entonces vigente art. 14.1º CP 1973 es reemplazado, en el CP 1995, por otro que, con una redacción similar a la del Código alemán, *también prevé expresamente la punición de la autoría mediata*: el actual art. 28 CP dispone que “[s]on autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. — También serán considerados autores: — a) Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. — b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

21 „§ 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. — (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)“.

IV. MI PUNTO DE PARTIDA SOBRE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA

Mi punto de partida, al interpretar los arts. 14 y 16 CP 1973 y los vigentes arts. 28 y 29 CP 1995²², era —y es— que autor en sentido estricto es aquél cuya conducta es gramatical y directamente subsumible en el tipo. Y que los restantes intervinientes son *partícipes*, en cuanto que todos ellos colaboran con —y derivan su responsabilidad (accesoriedad) de— el hecho cometido por ese autor en sentido estricto, distinguiéndose, dentro de esos partícipes, entre aquéllos cuya participación en el hecho principal se materializa en la realización de actos ejecutivos (art.14.1º CP 1973; art. 28, párrafo primero, CP 1995: “realizan el hecho ... conjuntamente...”), y entre aquellos otros que lo hacen con actos preparatorios previos a —o simultáneos con— la entrada del delito en la esfera de la ejecución llevada a cabo por un autor principal que bien ha actuado solo o lo ha hecho ayudado, en su caso, por los partícipes ejecutivos²³.

En cualquier caso, y prescindiendo ya de cuestiones terminológicas y hasta cierto punto secundarias, lo decisivo —y lo verdaderamente importante— son las consecuencias jurídicas, y lo que no se puede discutir es que el vigente CP, como asimismo hacía el derogado, ordena aplicar, tanto al autor en sentido estricto como al partícipe ejecutivo (a los que mezcla indiferenciadamente en el totum revolutum del art. 28, párrafo primero), la pena prevista en la Parte Especial para el delito en cuestión.

V. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Como ya he señalado anteriormente, la teoría del dominio del hecho surge para, de alguna manera, tratar de fundamentar la punibilidad del autor mediato: ciertamente que éste, en principio, no es el autor en sentido estricto, cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal que habría que aplicar, y que tampoco es autor (partícipe) ejecutivo, lo que habría permitido su castigo sobre la base de preceptos vigentes con anterioridad a la introducción en el StGB (1975) y en el CP (1995) de la punición expresa del autor mediato, y que, por otra parte, castigarle sólo como cómplice (en Alemania no existe la figura intermedia del cooperador necesario) —cuando ello hubiera sido posible si hubieran concurrido los requisitos de accesoriedad en el autor principal— tampoco parecía una pena adecuada para quien se había servido como instrumento del autor material para lesionar el bien jurídicopenalmente prote-

22 Remito para ello a mi “Autor y cómplice”, pp. 92 ss., 151 ss., 205 ss. y 215 ss., y a mi “Prólogo” a la 2ª ed. del Código Penal (Editorial Tecnos), I.6.

23 Ciertamente que, a diferencia del antiguo art. 14.1º, que de los partícipes ejecutivos no decía que *eran*, sino que se “consideraban” autores, el vigente art. 28, párrafo primero, afirma de esos partícipes ejecutivos que “*son* autores”, contraponiéndolos a los inductores y a los cooperadores necesarios de los que el mencionado precepto dice que “serán considerados autores”. Naturalmente que el legislador puede adoptar la terminología que le parezca conveniente, pero, porque las leyes de la gramática son las que son, y por mucho que diga de ellos que son autores, lo que no está en las manos de ese legislador es, dentro de los que realizan actos ejecutivos, convertir en autores en sentido estricto, esto es: en sujetos cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal, a aquéllos en los cuales no concurre esa condición, ya que su punibilidad (*porque no es abarcada gramaticalmente por la descripción legal*) no deriva directamente de dicho tipo penal, sino de la causa de *ampliación* de la punibilidad del actual art. 28: “Pues si A sujeta por la fuerza a la mujer mientras B yace con ella, por mucho que A y B hayan actuado *conjuntamente* y ambos *sean*, por consiguiente y en el sentido del art. 28 CP 1995, autores, es evidente —por redundante— que sólo ha cumplido el tipo de <atentar con violencia contra la libertad de otra persona mediante acceso carnal> (art. 178 en relación con el 179 CP 1995), quien efectivamente ha <atentado contra la libertad sexual mediante acceso carnal>; y que quien ha aplicado fuerza sin tener acceso carnal ha realizado una conducta no subsumible en el tipo de violación, por lo que su responsabilidad —al contrario de lo que sucede con el autor en sentido estricto— sólo puede fundamentarse sobre la base de *poner en relación* el concreto delito con la <causa de ampliación de la tipicidad> del art. 28, párrafo 1º, CP 1995 (<conjuntamente>)” (*Gimbernat*, Prólogo a la 2ª ed. del texto del Código Penal de Tecnos, I.6.).

gido. Por ello, con la definición un tanto ampulosa del autor mediato como aquél que tenía el “dominio del hecho” se intentó fundamentar —*al margen y prescindiendo de la legislación penal entonces vigente*— su punibilidad, porque ¿cómo no podía ser autor quien tenía el “dominio del hecho”, quien “decidía sobre el si y el cómo de la producción del resultado lesivo”, quien era “el señor del acontecimiento”, aquél que “tenía-en-sus-manos o que tenía las riendas del desarrollo típico” o que “podía dejar correr, detener o interrumpir la realización del tipo”?²⁴. Al final, y para acabar de fundamentar —antes de 1975 en Alemania, y de 1995 en España— la punibilidad del autor mediato en los Códigos entonces en vigor, se acude a una especie de *pars pro toto* y se define —*y todo ello prescindiendo de las definiciones de autoría y participación contenidas en los Códigos Penales*—, no ya al autor mediato, sino a *cualquier clase de autor* (por contraposición al partícipe) como aquél que ostenta el dominio del hecho.

La opinión que expresaba en 1966, de que la teoría del dominio del hecho “no ha sido capaz de abordar con éxito el problema de la delimitación entre autor y cómplice”²⁵, la sigo manteniendo en su integridad: las definiciones del dominio del hecho —porque no hay una definición, sino muchas definiciones de esa teoría— son tan ambiguas y carentes de contornos precisos que —sea la que sea la definición que elijamos— no es posible subsumir en ellas con una mínima seguridad (jurídica), y de entre las inabarcables variantes con las que en la vida real se pueden presentar las distintas contribuciones de las personas que intervienen en un hecho delictivo, quién tiene y quién no tiene el dominio del hecho, y, por consiguiente, quién es autor y quién es sólo partícipe (ejecutivo, cooperador necesario, cómplice o inductor).

Y a los hechos me remito. Desde las SSTS de 1 de julio de 1963 (A. 3373), 4 de mayo (A. 811) y 5 de junio de 1965 (A. 2826)²⁶ hasta nuestros días, los tribunales españoles —con el Tribunal Supremo a la cabeza— ciertamente que han aplicado en innumerables ocasiones la teoría del dominio del hecho, pero ello nunca ha pasado de ser una cláusula de estilo con la que se legitima a posteriori el resultado alcanzado intuitivamente de que una determinada conducta es constitutiva de autoría o de complicidad: los resultados a los que llega nuestra jurisprudencia son tan imprevisibles y contradictorios (muchas veces a la hora de calificar conductas prácticamente idénticas) que, en mi opinión, debería haber llegado ya la hora de abandonar definitivamente —por impracticable— la teoría del dominio del hecho.

Por otra parte, no es difícil —más bien, es fácil— encontrar resoluciones judiciales es las que se aplica la teoría del dominio del hecho para argumentar por qué una determinada conducta es constitutiva de cooperación necesaria²⁷, lo que supone colocar a esta teoría patas arriba. Porque, si una cosa es segura, es que la teoría del dominio del hecho es un criterio para distinguir al autor del partícipe, y, si otra cosa es segura también, es que *el cooperador necesario no es autor, sino que es partícipe del hecho principal*, con lo que, al interpretar la cooperación necesaria —y en contra de lo que hacen nuestra jurisprudencia y una gran parte de la doctrina—, lo que habría que argumentar es, no que el cooperador necesario tiene el dominio del hecho, sino todo lo contrario: *que no tiene el dominio del hecho*: si

24 Para éstas y otras definiciones del dominio del hecho cfr. *Gimbernat*, Autor y cómplice, pp. 123 ss.

25 *Gimbernat*, Autor y cómplice, p. 151, opinión que fundamentaba en la crítica a la que en páginas anteriores (135 ss.) había sometido a esa teoría.

26 V. *Gimbernat*, Autor y cómplice, p. 122.

27 Indicaciones sobre esa dirección jurisprudencial en *Bolea*, La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial, 2004, pp. 113 ss.

el dominio del hecho es lo que, según esta teoría, define al autor, entonces no lo puede tener el cooperador necesario que es un simple —aunque muy importante— partícipe, por lo que caracterizar a este último como detentador del dominio del hecho supone tergiversar el postulado fundamental —el dominio del hecho es lo que distingue al autor del partícipe— de la, en cualquier caso errónea, teoría del dominio del hecho.

Si de verdad queremos distinguir al autor del partícipe a lo que hay que atenerse es a lo que establecen los Códigos Penales y prescindir de la teoría del dominio del hecho, un *invento* elaborado al margen de lo que figura en esos textos legales. Y si, en concreto, nos atenemos al CP español, lo primero que hay que decir es que, cuando intervienen varios en un hecho punible, autor es aquél cuya conducta es subsumible en el tipo penal correspondiente, es decir: el que apuñala, el que sustrae una cosa mueble ajena o el que accede carnalmente con violencia a otra persona, independientemente de si ha sido el propio violador o un tercero (partícipe) el que aplica dicha violencia²⁸. Como hemos visto, la teoría del dominio del hecho surge para justificar la —entonces no prevista legalmente, ahora sí— punibilidad de la autoría mediata y, para dar mayor consistencia a esa justificación, afirma que no sólo el mediato, sino también el inmediato tiene el dominio del hecho, generalizando esa requisito del dominio del hecho como uno que caracteriza a *cualquier clase de autor*. Pero ¿qué necesidad tengo yo de acudir al argumento de que el autor material del delito es autor *porque tiene el dominio del hecho*, cuando esa conclusión se extrae de la elemental evidencia de que lo es porque, simplemente, su conducta ha cumplido el tipo penal aplicable, y todo ello independientemente de que, al construir un concepto de autor al margen y por encima de los textos legales, la teoría del dominio del hecho ha llevado a extender la condición de autor a conductas —a las de quienes, sin ser autores mediatos, han intervenido en el delito con actos preparatorios— que no están previstas como tales en los Códigos Penales?

Junto al autor en sentido estricto —aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal— el CP 1995 equipara a éste al autor mediato. En su día, mantuve la opinión de que “la utilidad de esta teoría [del dominio del hecho] para la autoría mediata me parece... fuera de duda”²⁹. A la vista de la extensión que, en aplicación de la teoría del dominio del hecho, ha ido adquiriendo la autoría mediata —incluyendo en ella otros casos distintos de los tradicionales, que habían dado origen al nacimiento de esa forma de autoría—, no volvería a escribir esa frase. Como al describir la autoría mediata, el CP no habla para nada de dominio del hecho, sino de “realiza[r] el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento”, creo que lo más conforme con el texto legal sería determinar cuándo, más allá de la inducción y de la cooperación necesaria, se puede afirmar que “el autor de detrás” ha “*instrumentalizado*” al autor inmediato para cometer un delito, una tarea que ni quiero, ni puedo (ni me siento capaz de) abordar aquí.

VI. PARTÍCIPES QUE COLABORAN CON ACTOS EJECUTIVOS Y PARTÍCIPES QUE LO HACEN CON ACTOS PREPARATORIOS

Todos los que intervienen en la realización de un delito, y no son ni autores en sentido estricto ni autores mediatos, son *partícipes*, distinguiendo el CP entre los que contribuyen con actos ejecutivos (art. 28, párrafo primero, segundo supuesto), con actos de

28 Cfr. supra nota 23 y mi “Autor y cómplice”, pp. 215 ss.

29 Gimbernat, Autor y cómplice, p. 136.

inducción [art. 28 a)] y con actos preparatorios [art. 28 b), cooperación necesaria, art. 29, complicidad].

Prescindiendo de la inducción, la forma de participación que menos problemas de interpretación plantea, quienes auxilian al autor con actos de ejecución, *e independientemente de si su intervención es necesaria o no*, son todos ellos partícipes ejecutivos y son sancionados con la misma pena que el autor, una consecuencia jurídica que tiene también un fundamento material, ya que en otro lugar (arts. 15-18 CP), y debido a su *proximidad* a la puesta en peligro del bien jurídico, el CP ha distinguido también entre actos ejecutivos y preparatorios, en el sentido de que aquéllos son siempre punibles (como tentativa), mientras que estos últimos sólo lo son en determinados casos³⁰. Por consiguiente, si el interviniente sujeta a la víctima mientras el autor material le asesta la puñalada mortal, si el partícipe *ha escalado el muro* y permanece como vigilante mientras los autores materiales consuman (o intentan consumir) el robo, si la enfermera entrega el instrumental al ginecólogo mientras éste practica un aborto ilegal, estamos en presencia de partícipes ejecutivos cuya punibilidad deriva de poner en relación el tipo penal realizado por el autor material con el segundo supuesto del art. 28, párrafo primero.

Si el sujeto ha intervenido en el delito, pero no con actos de ejecución —ni de inducción—, entonces su responsabilidad por participación adopta forzosamente la forma de cooperación necesaria o de complicidad. Como se deriva del art. 29 que regula la complicidad (“con actos anteriores o *simultáneos*”) —un binomio que es también aplicable, sistemáticamente, a la cooperación necesaria— la presencia en el lugar de los hechos puede dar lugar tanto a la participación con actos ejecutivos como preparatorios. Si el vigilante del robo al que acabo de aludir no ha saltado el muro y, por consiguiente, no ha realizado ningún acto ejecutivo en el sentido del art. 238.1º, sino que ha estado ejerciendo la misma tarea de guardia fuera del referido muro, su acto debe ser calificado de preparatorio —de preparatorio, a pesar de que su acción se desarrolla *simultáneamente* con la ejecución del delito que están llevando a cabo los restantes intervinientes—, con lo que, excluida ya su calificación como partícipe ejecutivo, la cuestión que habría que decidir entonces es la de si esa vigilancia es constitutiva de cooperación necesaria o de complicidad.

VII. EL PROBLEMA DE LA COOPERACIÓN NECESARIA

En 1966, me encuentro con que la dogmática española ha acudido a dos criterios distintos para interpretar la cooperación necesaria³¹.

Según el primer criterio —abstracto—, “para averiguar si una determinada conducta es o no condición necesaria del resultado, el juez debería tener en cuenta qué es lo que hubiera sucedido, hipotéticamente, suprimiendo in mente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría complicidad; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería subsumible en el 14,3”³².

Según el segundo criterio —concreto—³³, *cualquier* condición en relación de causalidad con el resultado —en el sentido de la teoría de la *conditio sine qua non*—, y *por*

30 Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 97-99, y ahora, además, los arts 17. 3 (“La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”) y 18.2, párrafo primero (“La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevé”) CP 1995.

31 Referencias en mi “Autor y cómplice”, pp. 131 ss.

32 Gimbernat, Autor y cómplice, p. 137.

33 Referencias en Gimbernat, op. cit., p. 133.

muy poca importancia que haya tenido para la realización del delito, sería constitutiva de cooperación necesaria.

Contra la interpretación abstracta de la cooperación necesaria argumenté en su día —y me ratifico en ese argumento— que “no es posible que la ley haya querido —se opone, pues, a la voluntad objetiva de la ley— encomendar al juez tareas insolubles. E insoluble es averiguar si el autor directo hubiera podido o no encontrar un modo de sustituir la actividad del cooperador. Por tanto, y en base al principio in dubio pro reo, habría que considerar siempre a todo partícipe que no sea ejecutor, cómplice y nunca cooperador necesario, con lo que el art. 14 núm. 3 no encontraría jamás una oportunidad de ser aplicado. Y claro es que el legislador no dicta preceptos para que no entren en ningún caso en juego. Resumen: La interpretación abstracta de la <necesidad> es incompatible con la voluntad objetiva de la ley”³⁴.

Igualmente sigo considerando válidos los argumentos que entonces expuse contra la interpretación concreta de la cooperación necesaria: “Los resultados a que llega la posición concreta nos muestran ya que no puede ser correcta. Pues el núm. 3 del art. 14 ha de presentar frente al art. 16 una diferenciación *material*. Con ello quiero decir lo siguiente: como la consecuencia jurídica de la cooperación necesaria consiste en una pena superior a la de la complicidad, con la definición del art. 14 num. 3 se tiene que describir, forzosamente, una conducta que sea más digna de castigo que la del 16. Pero éste no sería el caso si la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad residiera en que aquella era causal y ésta no para el resultado”³⁵.

A la vista de que ninguna de las dos exégesis entonces vigentes de la cooperación necesaria eran convincentes —la posición abstracta ni siquiera era viable—, propuse interpretar el entonces vigente art. 14.3 [hoy: 28 b)], partiendo de que “está fuera de duda que la ley, en el art. 14 núm. 3, hace referencia a una actividad de *especial importancia* para el resultado. Por ello, el CP vincula a la cooperación necesaria una pena superior a la impuesta al cómplice, cuya conducta no es demasiado importante, no tiene gran trascendencia para la consecución del resultado delictivo”³⁶. Y añadía que esa interpretación era conforme con lo que en el lenguaje corriente se entendía por una aportación sin la cual no se habría podido alcanzar un determinado objetivo: “El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente: en la conversación de cada día también hablamos de prestaciones o cosas sin las cuales no habríamos podido hacer esto o lo otro. Y hablamos de ello, aunque, naturalmente, ignoramos cuál es el curso que habrían seguido los acontecimientos si no hubiéramos podido disponer de esas prestaciones o cosas”³⁷.

34 Gimbernat, op., cit., p. 139. V. también p. 203: “Sin embargo, tampoco esta otra posibilidad de interpretación [la abstracta] del art. 14 núm. 3 puede ser correcta. Y no lo puede ser por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque no hay juez en el mundo que pueda constatar lo que habría sucedido sin mi colaboración. Y en segundo lugar, porque aunque hubiese un juez que, en efecto, fuese capaz de constatarlo, aunque hubiese en algún lugar de la tierra un juez omnisciente, desde un punto de vista de justicia material la solución seguiría siendo poco convincente. Lo que el partícipe sabe en el momento de actuar es sólo si su aportación es o no difícil de conseguir para el autor en sentido estricto, si ella le resuelve o no un grave problema. Este factor, que es el único que el partícipe conoce, es también el único que hay que tener en cuenta para calificar su conducta. ¿Por qué va a depender el que se me considere cooperador necesario o cómplice de lo que yo no sé —de si mi conducta es <absolutamente necesaria> o no— en el momento de actuar? Lo lógico es que dependa de lo que yo sé. Y lo que yo sé es si estoy resolviendo o no una dificultad seria para el autor directo”.

35 Gimbernat, op. cit., p. 140 (cursivas en el texto original).

36 Gimbernat, op. cit., p. 152 (cursivas en el texto original).

37 Gimbernat, op. cit., pp. 152/153.

VIII. LA TEORÍA DE LOS BIENES ESCASOS. REFORMULACIÓN Y REBAUTIZO DE LA TEORÍA DE LOS BIENES ESCASOS: LA “TEORÍA DE LOS ACTOS NO-NEUTRALES (O DE LOS ACTOS NO-COTIDIANOS)”

Teniendo en cuenta, por consiguiente, que la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad debe interpretarse, *según una exégesis conforme con el texto de la ley*, en el sentido de que aquella es una *aportación importante* para la ejecución del delito, mientras que la última no lo es, y teniendo en cuenta que, *desde un punto de vista material*, tiene también todo el sentido castigar más severamente la cooperación necesaria (con la misma pena del autor) que la complicidad (a la que se le impone la pena inferior en grado a la del autor), en cuanto que la primera ha contribuido *de manera más decisiva* que la segunda a ayudar al autor material para la realización del tipo penal, propuse, para delimitar lo que es necesario de lo no-necesario, la que yo denominé “teoría de los bienes escasos”³⁸.

Desde su formulación, esta teoría de los bienes escasos ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española —¡muchas gracias!—, si bien tengo que confesar: primero, que, en su aplicación práctica, no ha servido de mucho para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad, y, segundo, que de esa poca utilidad en su aplicación práctica no es responsable la jurisprudencia española, sino, con toda seguridad, mi torpeza a la hora de establecer criterios fácilmente concretizables sobre lo que es y lo que no es un “bien escaso”, una torpeza que, de alguna manera, ya intuía en 1966 cuando escribía: “Si este desarrollo [el que había llevado a cabo de la teoría de los bienes escasos en las páginas precedentes] ha sido acertado y si necesita ser completado o modificado en algunos puntos es algo que no le toca decidir al autor de esta obra”³⁹.

Pero como sigo creyendo que es correcto el *núcleo* de la teoría de los bienes escasos, a continuación voy a tratar de ofrecer criterios de aplicación más seguros, lo que me lleva a proponer, en el presente trabajo, una reformulación de esta teoría y un rebautizo de la misma, sustituyendo el nombre de “teoría de los bienes escasos” por el de “teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos”.

Para explicar por qué sigo considerando que el *núcleo* de esa teoría sigue siendo válido para delimitar la cooperación necesaria de la complicidad, voy a recordar en lo que sigue, y fragmentariamente, algunos de los postulados y ejemplos —no siempre lineales y no siempre exentos de contradicciones— que recogía en mi monografía de 1966.

La idea central de la teoría de los bienes escasos —como criterio de diferenciación entre el art. 14.3 y el 16 CP 1973 y, actualmente, entre los arts. 28 b) y 29 CP 1995— era la de que la distinción tenía que residir en la mayor (cooperación necesaria) o menor dificultad (complicidad) del autor para obtener la correspondiente prestación del partícipe, y que la cooperación necesaria no se podía entender, *en un sentido estrictamente literal*, de si el autor hubiera podido o no obtener, *hipotéticamente*, dicha prestación si el cooperador necesario real se hubiera negado a aportarla, porque ello habría exigido del intérprete que pudiera demostrar lo indemostrable —qué es lo que habría sucedido, si ...—, sino que había que entenderla, *en un sentido coloquial*, de qué es lo que ex ante suponía una aportación importante para la realización de delito, independientemente de si hubiera existido o no la posibilidad, por otros medios, de obtener idéntica aportación.

38 Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 151 ss.

39 Autor y cómplice, p. 204.

En mi “Autor y cómplice” distinguía, de entre las aportaciones de los cooperadores necesarios y no-necesarios, entre aquéllas que habían consistido “en la entrega de una cosa”⁴⁰ y aquéllas otras que “consist[ían] en un mero hacer”⁴¹.

Por lo que se refería a la entrega de cosas, al interpretar el 14.3, escribía⁴²: “si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es coautor⁴³ del 14.3, prescindiendo de si por un azar o realizando un serio esfuerzo hubiera podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona. En cambio, si lo que entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta es de complicidad”.

De acuerdo con ese principio —y frecuentemente utilizando casos de la jurisprudencia, y tomando posición frente a ellos, en los que ésta se había pronunciado sobre la concurrencia de cooperación necesaria o complicidad—, y en lo que se refiere a la aportación al hecho delictivo de *bienes no-escasos*, y constitutivos, por consiguiente de conductas de *complicidad*, ponía como ejemplos, la entrega de un cuchillo para cometer un homicidio⁴⁴, o de un martillo para el mismo fin⁴⁵, o de “una piedra (v. gr., para producir daños), un palo (v. gr., para alcanzar la cosa que se quiere hurtar), una escalera (v. gr., para penetrar en la morada que se quiere allanar)”⁴⁶, o proporcionar a los restantes delinquentes una habitación donde planear el hecho punible⁴⁷, mientras que, entre otros, calificaba de *bienes escasos*, cuya contribución por parte del partícipe le convertía en *cooperador necesario*, facilitar a los autores materiales de delitos contra las personas instrumentos tales como pistolas, dinamita o un veneno⁴⁸.

Y en relación con aportaciones no consistentes en entregar (o en poner a disposición) cosas para la comisión de un delito, sino en el despliegue de *actividades* de participación —y, a menudo también, analizando críticamente casos resueltos por la jurisprudencia—, establecía el criterio central de que constituían actividades de cooperación necesaria todas aquéllas que tuvieran un *carácter inequívocamente criminal*⁴⁹, reservando para la complicidad aquéllas otras que no habría tenido inconveniente en ejecutar —si no hubiera conocido el uso delictivo que se iba a hacer de tal actividad—, y precisamente por carecer de tal carácter, cualquier persona cuidadosa: “Este factor [el criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta] se corresponde con el siguiente principio: Abundante será toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa; pues si la mayoría de los hombres no ponen reparos a comportarse de esa manera, ello significa que, por así decir, disponemos de tal actividad, que ésta no nos es escasa. Por consiguiente, si un sujeto se encarga de llevar la carta injuriosa que otro ha escrito a su destinatario, tal actividad no será de cooperación necesaria, ya que todo el mundo tiene a su disposición el servicio de correos para remitir una carta. El criterio de la conducta que un hombre cuidadoso no tiene inconveniente en llevar a cabo es aquí el criterio decisivo; preci-

40 Pp. 155 ss.

41 Pp. 167 ss.

42 P. 159

43 Aquí utilizaba la expresión coautor en el sentido legal del 14.3 de “se consideran autores...”, aunque, naturalmente, en un sentido técnico el cooperador necesario es un partícipe.

44 Cfr. *Gimbernat*, Autor y cómplice, pp. 154, 194.

45 Op. cit., p. 155.

46 Op. cit. loc. cit.

47 La STS de 6 de julio de 1881 había estimado, sin embargo, que esa conducta era de cooperación necesaria: cfr. op. cit., pp. 196/197

48 Cfr. op. cit., pp. 155, 156, 158 y 160.

49 Op. cit., p. 167: “El criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta”.

samente porque, como hemos dicho anteriormente, son estos los que abundan en la sociedad, no los criminales. Por tanto, en principio, toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo es escasa y constitutiva de cooperación necesaria. No es claramente criminal, por ejemplo, el trasladar en automóvil al delincuente al lugar del delito; pues, *ocultando las intenciones delictivas*, tenemos a nuestra disposición taxis y otros medios de transporte que nos llevan al punto que determinemos. Por ello, el partícipe que, con conciencia de la finalidad del viaje, lleva a cabo tal conducta no coopera necesariamente; es sólo cómplice. En cambio, es cooperación necesaria la vigilancia mientras otros roban, pues el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo una actividad tan claramente criminal”⁵⁰.

En mi “Autor y cómplice”, porque estimaba que constituían conductas inequívocamente criminales, entendía que eran casos de cooperación necesaria, ejercer funciones de vigilancia mientras se cometía un robo⁵¹, facilitar el nombre de una persona dispuesta a cometer un aborto ilegal —las SSTS de 11 de octubre de 1946 y de 3 de julio de 1963, en cambio, habían calificado esa conducta de complicidad—⁵², indicar a una mujer embarazada qué manipulaciones debería llevar a cabo para provocarse un aborto —comportamiento que la jurisprudencia había considerado de complicidad—⁵³, o poner a quienes necesitaban unas certificaciones falsas en contacto con la persona que sabía cómo realizarlas⁵⁴. De igual manera, y dentro todavía del marco de la cooperación necesaria, me “adher[ía] a la doctrina jurisprudencial dominante de considerar cooperación necesaria la consistente, en el hurto o en el robo, en poner a disposición de los autores habitaciones contiguas o pasadizos que llevan a la estancia donde se desea perpetrar el delito y también la de aquéllos que, desde dentro de la casa, facilitan la entrada a los ladrones”⁵⁵, como asimismo expresaba que “nada hay que oponer ..., por tratarse de una actividad claramente criminal ..., a la doctrina jurisprudencial dominante de considerar cooperación necesaria la conducta del que en un delito contra la vida o contra la propiedad distrae al sujeto pasivo para que los otros codelincuentes puedan aprovecharse de la situación de sorpresa”, añadiendo que “consideraciones parecidas hacen aparecer correcta la tesis del TS de calificar de cooperación necesaria las conductas de la persona que, con engaño, lleva a la víctima a un lugar propicio donde la matan, la de quien indica a los codelincuentes que el sujeto a quien se quiere quitar la vida se ha dormido ya o ha llegado ya a su casa y la del que señala a los ladrones quién es la persona que lleva el dinero”⁵⁶.

En cambio, y por sólo mencionar dos supuestos de hecho a los que la jurisprudencia del TS había calificado equivocadamente de cooperación necesaria⁵⁷, y por no constituir comportamientos inequívocamente criminales, había estimado que eran de complicidad las actividades de llevar una carta injuriosa a su destinatario⁵⁸ o del mero traslado en automóvil del autor al lugar de comisión del delito⁵⁹.

50 *Gimbernat*, Autor y cómplice, pp. 167/168 (cursivas añadidas).

51 Cfr. op. cit., pp. 168, 197.

52 V. op. cit., p. 198 con n. 218.

53 V. ibídem.

54 Cfr. ibídem.

55 Autor y cómplice, p. 199.

56 *Gimbernat*, op. cit., p. 200, donde todos esos ejemplos se mencionan, citando las correspondientes sentencias del TS en las que calificaba de cooperación necesaria tales conductas.

57 Indicaciones en op. cit., pp. 198/199, 200.

58 V. op. cit., pp. 168, 200.

59 V. op. cit., pp. 168, 199.

IX. LOS “ACTOS NEUTRALES” O “ACTOS COTIDIANOS”

En 1966, año de la publicación de mi “Autor y cómplice en Derecho penal”, nadie se había ocupado en la dogmática jurídicopenal —porque no se había tomado conciencia ni de su existencia ni de su relevancia— de los llamados “actos neutrales” o “actos cotidianos”, es decir: de aquellos actos aparentemente inocuos como vender un cuchillo de cocina o como trasladar a una persona a un determinado lugar, que se convierten en constitutivos de participación delictiva y dejan de ser inocuos, desde el momento en que el partícipe sabe —porque se ha puesto de acuerdo con el autor o porque ha llegado a ese conocimiento por otros medios— que la entrega de ese instrumento (el cuchillo se va a emplear para un asesinato) o el ejercicio de esa actividad (el conductor del automóvil sabe que está trasladando al ocupante al lugar donde éste va a llevar a cabo una violación o un robo) serán utilizados para la comisión de un delito.

Entretanto, sin embargo, la dogmática de los “actos neutrales” se ha convertido, en palabras de *Amelung*, en un “tema de moda” que ocupa y sigue ocupando a la jurisprudencia y a la ciencia penal, no sólo a la alemana⁶⁰, sino también a la española⁶¹. En Alemania, cuyo StGB sólo conoce la complicidad —pero no la cooperación necesaria—, la discusión se ha desencadenado porque, según la jurisprudencia y la ciencia dominantes en aquel país, ciertamente que los “actos neutrales” son, en principio, constitutivos de complicidad, si bien, y según las distintas opiniones —en cuyas variantes, naturalmente, no puedo entrar aquí— algunos de ellos deben quedar al margen del Derecho penal: la discusión en Alemania se centra, por consiguiente, en determinar qué “actos neutrales” deben calificarse de conductas de complicidad y cuáles ni siquiera alcanzan esa categoría, debiendo quedar, por consiguiente, impunes.

Lo que la dogmática actual considera “acto neutral” *coincide en todo* con mi concepto de aquellas conductas de participación integrantes —frente a las de cooperación necesaria— de complicidad. En primer lugar, porque yo consideraba “*actividades*” de complicidad “toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa”⁶², y “*entregas de cosas*”, fundamentadoras asimismo de complicidad, aquellos supuestos en los que lo que “se entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir”⁶³, “actos neutrales” que se convierten en actos de complicidad cuando quien lleva a cabo esa conducta, en principio inocua, sabe que va a ser utilizada como contribución para la comisión de un delito. Y, en segundo lugar, porque, como yo estimaba que era de cooperación necesaria toda conducta de participación que tuviera “un carácter inequívocamente criminal”, de ahí hacía seguir, a contrario, que lo que no tuviera ese carácter de que “no [fuera] claramente criminal”⁶⁴, sólo podía fundamentar una complicidad.

60 Indicaciones bibliográficas en *Roxin*, AT II, 2003, § 26 n. 292, y, más recientemente, en *Fischer*, StGB, 60 ed., 2013, § 27 n. m. 16 a.

61 Donde también se ha acabado convirtiendo en un “tema de moda”: cfr. *López Peregrín*, La complicidad en el delito, 1997, pp. 253 ss.; *Feijoo*, Límites de la participación criminal, 1999, pp. 73 ss.; *Blanco Cordero*, Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, 2001; *Landa*, La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al límite mínimo de la participación frente a los “actos neutros”, 2002; *Robles*, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003, pp. 23 ss.; *Miró*, Conocimiento e imputación en la participación delictiva, 2009, pp. 63 ss.

62 Autor y cómplice, pp. 167/168.

63 Op. cit., p. 159.

64 Op. cit., p. 168.

La coincidencia de “acto neutral” con lo que yo denominaba bien no-escaso constitutivo de complicidad se pone de manifiesto en que, para determinar lo que debe entenderse por “acto neutral”, la dogmática y la jurisprudencia alemanas acuden a *los mismos supuestos* que yo empleaba para ilustrar lo que era una actividad o una cosa no-escasas: entrega de un martillo⁶⁵ o de un cuchillo de cocina⁶⁶ para atacar a otra persona, taxista que conduce al traficante de droga al lugar de comisión del delito⁶⁷, entrega de una escalera como instrumento para cometer un robo o un allanamiento de morada⁶⁸.

Prescindiendo de ejemplos traídos por los pelos en los que se niega que sean constitutivas de complicidad determinadas “acciones neutrales o cotidianas” —no sería cómplice de un delito contra la Hacienda Pública el que abona a un profesional el dinero que le corresponde por la obra realizada, aun conociendo que la suma percibida por éste no la va a declarar a la Agencia Tributaria⁶⁹—, la doctrina jurisprudencial alemana parte, con razón, de los siguientes principios: “Si la actuación del autor principal está dirigida exclusivamente a cometer un hecho punible, y eso lo sabe quien presta la ayuda, entonces hay que valorar la contribución de éste al hecho como una acción de complicidad; el hecho pierde siempre su ‘carácter cotidiano’ y ha de ser interpretado como de ‘solidaridad’ con el autor”⁷⁰.

Ciertamente que el “acto neutral o cotidiano” tiene una significación distinta en Alemania de la que yo propongo que tenga en nuestro Derecho penal.

Como en el StGB, entre los actos preparatorios de participación en el delito, *sólo existe la complicidad* —al contrario de lo que sucede en España, donde, *en función de su importancia para la realización del delito*, el CP distingue los actos de cooperación necesaria de los de complicidad—, en Alemania los “actos neutrales” constituyen el *límite mínimo de la complicidad* —y sirven para excluir, *en supuestos excepcionales*, incluso a algunos de ellos de la esfera de la complicidad—, y son castigados, como tal complicidad, exactamente igual que los “actos no-neutrales” de participación en el delito con una pena inferior (§ 27 en relación con el § 49.1 StGB) a la que corresponde al autor, que es la que se impone (además de a los autores inmediatos y mediatos) también al partícipe ejecutivo y al inductor.

En cambio, como en nuestro Código sí que existe la distinción cooperación necesaria-complicidad, la solución que propongo en este trabajo, y dada que la diferencia entre una y otra reside en la mayor o menor importancia que haya supuesto la correspondiente aportación para la realización del delito, y dada, asimismo, la evidente mayor facilidad que, para ejecutar el hecho punible, tiene el autor principal de obtener “actos neutrales o cotidianos” que no la de conseguir “actos no-neutrales o no-cotidianos”, la ayuda con estos últimos integrará una cooperación necesaria, mientras que la que consista en aquellos “actos neutrales o cotidianos” tendrá que calificarse de complicidad⁷¹.

65 *Roxin*, op. cit., § 26 nn. mm. 218 y 222.

66 *Frister*, AT, 3ª ed., 2008, 28/47.

67 Así, la jurisprudencia alemana: cfr. *Roxin*, op. cit., § 26 n. 330.

68 Así, la jurisprudencia alemana: cfr. *Frister*, op. cit., 28/45.

69 Ejemplo que se reproduce a menudo para ilustrar casos de acciones neutrales no constitutivas de complicidad: v. sólo *Roxin*, op. cit., § 26 n. m. 218.

70 Así resumen *Schönke/Schröder/Cramer-Heine*, StGB, 27 ed., 2006, § 27 n. m. 10 a, la doctrina establecida por la jurisprudencia del BGH. Análogamente, *Fischer*, StGB, 60 ed., 2013, § 27 n. m. 18, para quien la posición de la jurisprudencia alemana se puede expresar así: “acciones neutrales en sí pierden su <carácter cotidiano> cuando el comportamiento del autor principal está dirigido a la comisión de un hecho punible y eso lo sabe positivamente quien presta la ayuda”.

71 La jurisprudencia española se está empezando a ocupar, ocasionalmente, de los actos neutrales, pero a veces

X. CONCLUSIONES

Reformulando en parte mis tesis expuestas por primera vez, en 1966, en mi monografía sobre “Autor y cómplice en Derecho penal”, y rebautizando mi “teoría de los bienes escasos” con el de “teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)”, propongo la siguiente interpretación de la regulación de la autoría y de la participación en el Código Penal español.

1. Autores

a) Autor en sentido estricto (o autor material o autor principal) es aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo correspondiente de la Parte Especial, independientemente de si en la realización de la conducta típica han colaborado también con él otros partícipes con actos ejecutivos.

b) Autor mediato es quien realiza el hecho sirviéndose del autor material al que utiliza como un “instrumento” (art. 28, párrafo primero, inciso tercero).

2. Partícipes

Todos los demás intervinientes en el acontecimiento delictivo son partícipes.

a) Partícipe ejecutivo [art. 28, párrafo primero, segundo inciso (“conjuntamente”) CP] es todo aquél que, sin que su conducta sea directamente subsumible en el tipo penal en cuestión, ayuda al autor principal a la realización del delito, *e independientemente de la mayor o menor importancia de su aportación*, con actos ejecutivos en el sentido del art. 16.1 CP.

b) Inductor [art. 20 a)] es quien despierta en el autor material la decisión de cometer un delito.

c) Cooperador necesario [art. 28 b)] es el partícipe que, sin ser partícipe ejecutivo, contribuye a la realización del delito con un acto preparatorio caracterizado por ser un “acto no-neutral (un acto no-cotidiano)” o, expresándolo con términos menos precisos, con una “conducta con un carácter inequívocamente criminal” o un “bien escaso”.

d) Finalmente, la aportación del cómplice (art. 29) al autor principal consiste en un acto preparatorio caracterizado por ser un “acto neutral (un acto cotidiano)” o, expresándolo en términos menos precisos, una “conducta no claramente criminal” o un “bien no-escaso”.

en una dirección que no coincide ni con la mantenida por la jurisprudencia alemana (v. supra n. 70), ni con la que yo mantengo en este trabajo. Y así, mientras que los tribunales alemanes consideran que los actos neutrales son constitutivos, por lo general, de complicidad, debiendo quedar impunes sólo en casos excepcionales, y yo soy de la opinión de que la cualidad de acto neutral es lo que distingue a la punible complicidad de la cooperación necesaria (acto no-neutral), el TS ha llegado a decir, equivocadamente, “que estos actos [neutrales] son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que *por regla general no son típicos*” (STS 34/2007, de 1 de febrero, cursivas añadidas). De esta manera, en la primera sentencia en la que, por lo que alcanzo a ver, el TS se ocupó, aun sin emplear todavía esa terminología, de los “actos neutrales”, mantuvo la tesis de que, por constituir actos cotidianos, era impune y no constituía complicidad, en una detención ilegal, la conducta de la mujer que, sabiendo que estaba privado ilegalmente de libertad, lavaba la ropa del secuestrado —encerrado durante casi un año en un zulo de 3 metros de largo, 1,90 de ancho y 1,95 de alto— y proporcionó el coche con el que aquél fue puesto en libertad, tesis mayoritaria del tribunal que fue rechazada, convincente y contundentemente, en el voto particular formulado a la sentencia por los magistrados Martínez Arrieta y Monterde.

EL ABORTO Y EL DERECHO A DECIDIR. ¿EXISTE LA PERSONA NO NACIDA? CONFLICTOS ENTRE ARGUMENTOS CIENTÍFICOS, SOCIO-JURÍDICOS Y MORALES EN CUANTO AL ABORTO

Daniel M. CAMPAGNE

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en el siglo XVIII las Constituciones empezaron a definir quién debía considerarse “persona”, no se contempló incluir al no-nacido como sujeto de derecho, ni tampoco a las mujeres.

Desde entonces continúa el debate sobre si debe considerarse persona al no-nacido¹. La cuestión en cuanto a la despenalización del aborto² sigue evocando dudas que surgen del hecho de que suelen combinarse argumentos y conceptos concretos y comprobados con otros abstractos y discutibles. Esta combinación impide que se llegue a una concepción lo suficientemente clara como para fundamentar un concepto de “persona no-nacida” con una aceptación mayoritaria en cuanto su aplicación en Derecho.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce el derecho a la vida de “cada persona”, así como que “nadie” podrá ser privado de su vida intencionadamente. El Protocolo N° 13 de 2002 del CEDH elabora el concepto afirmando que el derecho a la vida es de “todo ser humano”: “Convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano”. El derecho a la vida del no-nacido y, por ende, la cuestión de si se le debe extender los derechos que formula el CEDH, se considera competencia del derecho (constitucional) nacional, que difiere en toda la Unión Europea. En cuanto a este derecho nacional, el derecho civil así como el penal de muchos países, considera persona al no-nacido, a veces de forma proactiva, es decir adjudicándole derechos o estatus por si naciera, pero su legislación no adjudica estos derechos o estatus al no-nacido o incluso invalida de alguna forma este reconocimiento implícito en la norma general, por razones socio-políticas. Considerar al no-nacido “persona” tiene vínculos íntimos con conceptos igualitarios. Al considerarle no-persona se acepta que entre seres humanos puede haber diferencias de valor, por

1 Dice Warren M.A. 1973: 457 que sólo las personas pueden tener derechos. Idem Tooley, M. 1972: 40-43; Singer, P. 2000: 126-28 y 155-156; Pojman, L.P. 1994: 280; y otros. Nota que “persona” se puede usar en dos sentidos. John Locke ,1690, libro II, cap.27, considera que es un término descriptivo que nos informa acerca de las propiedades psicológicas. Warren, M.A., 1997, lo considera un término moral o evaluativo que informa acerca de las propiedades morales de un ser aunque, como condición previa, debe ser ya persona psicológica.

2 En este trabajo el término “aborto” es sinónimo de “aborto inducido”, “aborto provocado” o “interrupción voluntaria del embarazo”

ende, que no todos los humanos son iguales ante la ley, a pesar de una igualdad formal.

2. EL DERECHO A LA VIDA ¿ES UN DERECHO DE TODOS LOS HUMANOS?

En el debate sobre el aborto, la protección de la autonomía de las mujeres, que incluye el derecho a la libre reproducción y el derecho a decidir sobre su cuerpo, parece oponerse a la protección del derecho a la vida del no-nacido. En el debate, los ámbitos participantes científicos, socio-jurídicos y morales han producido sus propias definiciones del aborto y de los factores relevantes, que difieren entre sí considerablemente y hacen que reine cierta confusión en cuanto al significado de cada concepto. (Grimes, D.A. y Stuart G., 2010: 93-96). Los intentos de formular una definición para una aplicación general y de consenso, han provocado rechazo por atentar, supuestamente, contra los derechos de las mujeres o bien contra la protección de la vida. Aunque se reconoce que los argumentos científicos no necesariamente son decisivos en un debate socio-jurídico, ni que lo sean las opiniones morales o personales “sentidas” más que razonadas, los defensores tanto de una como de otra postura suelen buscar argumentos a favor y en contra en ámbitos ajenos a la propia disciplina, con lo cual parece importante que estos argumentos tengan un fundamento contrastado con datos científicos.

Empecemos por el reconocimiento del no-nacido como ser humano, persona y/o individuo. El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Implica, por ende, que no se debe quitar arbitrariamente el derecho a la vida de un “individuo” (aquí explícitamente equiparado a “persona”³) o constreñir su vivencia. El derecho a la vida es el mismo para toda persona, sin excepción. El derecho a la integridad de la persona es considerado derecho fundamental por España, entre otros países⁴: “El derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral son los derechos más básicos y primarios de todos los reconocidos en el texto constitucional” (arts.15 j° 10 j° 43), o Colombia⁵, cuyo artículo 12 de su Constitución proclama “el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico (Corte Constitucional, Sentencia T-248/98). Aunque estos preceptos parece que abarcan toda la vida humana, no es así⁶. El derecho fundamental “a la vida” tiene límites, como tienen todos los derechos y libertades positivados, que necesariamente son de consentimiento democrático y de contenido legal. A veces los límites no están completamente claros, lo cual origina debates en cuanto a la extensión o prevalencia de un “derecho” o “libertad” particular. Los límites a “la interrupción del embarazo” o aborto inducido, necesitan una mayor y mejor especificación y, sobre todo, más consenso acerca de sus características principales.

Los derechos necesitan respetarse de forma activa, por ello, los estados no sólo deben abstenerse de la privación de la vida de manera intencional e ilegal,

3 Concepto introducido en la citada Declaración, gracias a la labor de A. Eleanor Roosevelt

4 Nombramos a España sólo a título informativo

5 Primer país latinoamericano en incorporar al debate constitucional el asunto del aborto (1990-91) en el proceso constituyente.

6 Human Rights Education Associates (HREA Org): The Right to Life. Ver http://www.hrea.org/index.php?base_id=159 acceso 7 de julio de 2014

también deben tomar las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas dentro de su jurisdicción. Las entidades internacionales supervisoras de los derechos humanos han identificado un conjunto de obligaciones positivas que los Estados deben cumplir. Entre ellas están el deber de investigar las muertes y el deber de castigar a los infractores. Sin embargo, en el caso del aborto surge el conflicto entre derechos, valorándose de forma distinta los derechos de las mujeres, y los del no nacido.

La vida de este último parece quedar protegida, pero una mirada más atenta revela que no. Para una buena comprensión del problema es determinante la terminología usada. Por ejemplo, el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas (ONU), declara que “todo ser humano” tiene el derecho inherente a la vida; mientras que respecto de otros derechos, el Pacto los otorga a “toda persona” y “a cada persona”. Este uso de una terminología diferente en cuanto a quién puede ser sujeto de un derecho, presenta la cuestión de si “todo ser humano” tiene un significado más amplio que “toda persona” y si el primer calificativo puede, por tanto, ser interpretado como que incluye al ser no nacido. Sin duda consciente de esta cuestión, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aún no se ha pronunciado de forma directa sobre ella⁷.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1978, también llamada Pacto de San José de Costa Rica declara, en su Artículo 4.1: « Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.» Aquí queda incluida entre “las personas” la vida no-nacida. Obviamente, la Convención sólo obliga a (la mayoría de) los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que la ratificaron, entre ellos no están los Estados Unidos de América. Aunque el artículo 4 CADH exige una protección desde la concepción, la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, órgano principal y autónomo de la OEA y encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano y competente en cuanto al Convenio, parece cuestionarse si el Artículo 4 CADH ofrece una protección absoluta del derecho a la vida, en vista de los posibles conflictos con la legislación sobre el aborto y la pena de muerte de la mayoría de los Estados Miembros^{8, 9, 10}.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), también denominado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, en el fallo en el caso *Evans v. el Reino Unido* (10 de abril de 2007), reafirmó su política de antes, es decir, abstenerse de tomar una posición sobre si el derecho a la vida se extiende al no nacido (Lamm, E., 2008:195-220). La Corte consideró que el asunto de cuándo empieza el derecho a la vida es competencia de la ley nacional, por ende de los Estados Miembros afectados. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (1950) dice en su Artículo 2: “Derecho a la vida. El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en la ejecución de una condena a la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito

7 Ver el caso *KL v. Perú* (2005), del Comité de Derechos Humanos de la ONU

8 Véase el caso *Baby boy v. los Estados Unidos de América* (Caso 2141). Ver <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141b.htm>, acceso 4 de mayo de 2014

9 Véase comentario en: Faerman, R., 2008.

10 También el caso *FI v. Costa Rica* 2011, y el caso *B. contra El Salvador*, 29 de mayo de 2013. Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf, acceso 8 de mayo de 2014

para el que la ley establece esa pena”. Aunque el Artículo 2 es aplicable a “toda persona”, la legislación de Gran Bretaña no otorga derechos o intereses independientes al embrión que, por ende, no es considerado persona jurídica y no puede reclamar, por sí o por representante, un derecho a la vida. En consecuencia, la Corte falló que el aborto en este caso no fue una violación del Artículo 2 y, por ello, en la Unión Europea la decisión de si la vida no nacida se considera persona, en el sentido de sujeto jurídico independiente, corresponderá a la ley nacional. Aunque ya han pasado muchos años desde este fallo, la mayoría de los Estados miembros no han llegado a ofrecer respuestas claras. La Corte aclaraba el sentido de la norma, indicando cómo debía interpretarse, tomando en cuenta las diferencias que existen entre el CEDH y las leyes nacionales, cuando decía:

“...invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania del 25 de febrero de 1975 en la que, en su opinión, se hace completamente claro que, según el conocimiento biológico y fisiológico actual, hay vida humana en el sentido de la existencia histórica de un individuo humano, desde los catorce días después de la concepción; por ello, la protección no puede limitarse al humano nacido ni tampoco al nasciturus viable. El derecho a la vida se garantiza a todos los vivos; entre los diferentes estadios antes del nacimiento, y entre los nacidos y los no nacidos, no se puede establecer diferencia alguna en este contexto (...)

... el derecho a la vida que proclama el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn extiende a la vida del embrión en igual medida que su “posición legal independiente”, añadiendo que según el conocimiento actual establecido biológico y fisiológico, la vida humana existe al menos desde el día catorce siguiente a la concepción, y que el desarrollo que sigue entonces es continuo, sin ninguna división precisa, ni distinción exacta.

En su Fundamento Jurídico número 5, la citada Sentencia dice: “Que la vida humana es un desarrollo, un proceso que comienza con el embarazo durante el cual una realidad biológica está tomando cuerpo y configuración sensitiva humana, y termina con la muerte; es un continuo sujeto a los efectos del tiempo sobre los cambios cualitativos de una naturaleza somática y psíquica que tiene su reflejo sobre el estatus jurídico público y privado del sujeto vivo.

Fundamento 5º c): Que dentro de los cambios cualitativos y el proceso vital de desarrollo y a partir del supuesto de que la vida es una realidad desde el comienzo del embarazo, el nacimiento es de relevancia especial por significar un paso desde la vida cobijada en el útero materno a la vida cobijada en sociedad, aunque con especificaciones y formas diferentes durante el transcurso vital. Y antes del nacimiento es de importancia especial el momento en que el nasciturus es capaz de vida independiente de la madre, eso es, obtener individualidad humana completa.”

En resumen, la decisión europea proclama que la ley alemana es intachable, y considera que ésta establece correctamente que la vida humana comienza con la concepción y que es un desarrollo continuo desde ese momento. Podría esperarse que reconocer que el feto es vida humana implicara que tendría la protección del artículo 2 CEDH, pero entonces el razonamiento de la Corte europea vuelve sobre sí mismo en el apartado “c” y revierte a consideraciones que se suponían ya superadas por la evidencia científica, tales como de “momentos de especial importancia” o “especificaciones y formas diferentes”, del “nasciturus viable” y de “la individualidad humana versus la vida humana”. Por ende, el derecho europeo aún no ha explicitado las consecuencias legales de que el feto es vida individual humana.

En el año 2004, en el caso *Vo v. Francia* (53924/00)¹¹ la Corte reconfirmó que, en vista de la falta de consenso en Europa, la ley nacional tendría que decidir sobre el estatus del feto.

La cuestión de si el feto es persona en Derecho no sólo determina su derecho a la vida, sino también sus otros derechos humanos, como por ejemplo su derecho de personalidad, de privacidad e integridad, de libre expresión, y otros, que pueden ser vulnerados antes del nacimiento. Para admitir una práctica abortiva, muchos Estados han intentado remediar las consecuencias consideradas inaceptables, resultado de denegar todos estos derechos al feto, a través de la aplicación de construcciones legales complicadas, por ejemplo, a través de la recreación de “derechos proactivos” y “derechos condicionados” a favor del feto, como veremos más adelante.

3. LÍMITES AL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO

Las dos posiciones que se manifiestan en el debate acerca de la legalidad del aborto inducido, mantienen unos puntos de vista claros y opuestos. Los que están en contra mantienen:

1. Que la existencia y el derecho a la vida de los seres u organismos humanos comienza con o cerca de la concepción o fertilización
2. Que el aborto inducido es el dar muerte de forma deliberada y no justificada al embrión, en violación de su derecho a la vida
3. Que la ley debería prohibir las violaciones injustas del derecho a la vida

Los que defienden que el aborto debería ser legal en la mayoría de o en todos los casos, generalmente aducen:

1. Que las mujeres tienen el derecho de decidir sobre lo que ocurre dentro de y con sus cuerpos
2. Que el aborto es una extensión justificada de este derecho
3. Que la ley no debería criminalizar los ejercicios justos del derecho de decidir sobre el propio cuerpo.
4. Que la personalidad se adquiere con el nacimiento¹².

Hace sólo 40 años, en *Roe v. Wade*, el Tribunal Supremo de EE.UU. reconoció que determinar cuándo empieza la vida era un asunto demasiado complicado para la judicatura: “No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo empieza la vida. Cuando los que están formados en las respectivas disciplinas de medicina, filosofía y teología son incapaces de llegar a un consenso, la judicatura, en este momento del desarrollo del saber humano, no está en una posición para especular en cuanto a la respuesta”. Desde entonces, la situación ha cambiado notablemente ya que al menos la medicina sí ha llegado al consenso en varios aspectos determinantes.

En cuanto intentemos recopilar los datos científicos que puedan fundamentar el debate del aborto provocado o inducido (véase más adelante), necesitaremos en primer lugar definir el acto de “abortar de forma no espontánea”. ¿Cuál es el significado

11 Ver: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61887%22%7D> acceso 4 de septiembre de 2014.

12 Ver arts.29 y 30 C.Civil.

de este abortar? Nuestra definición de trabajo podría ser: “Extirpar o provocar la expulsión del embrión o del feto del útero con la intención de terminar un embarazo”. El acto, por ende, tiene la intención de terminar con la vida incipiente. Algunos de los más ávidos defensores de un “derecho” al aborto admiten límites a cómo y cuándo el acto podría ser practicado¹³. Otros defienden el aborto en cualquier momento e incluyen el infanticidio, llamándolo “aborto postparto”¹⁴. Respecto al método, la mayoría concuerda que los métodos aplicados tienen una equivalencia formal. Usar veneno o raspar la pared uterina o cualquier tipo de agresión con la intención mencionada, sólo difiere en las consecuencias para la mujer que aborta. Pero existe un “área gris” de métodos que resultan de la tecnología reproductiva médica actual, un área donde el saber científico se enturbia con una moralidad emotiva que evoca valoraciones científicamente equivocadas. Por ejemplo, las píldoras anticonceptivas o el uso del dispositivo intrauterino (IUD), aunque no abortivos, son considerados incluso por voces importantes pro-aborto como métodos que “destrozan al óvulo fertilizado”¹⁵, quod non. En cuanto al momento en el tiempo en el que sería considerada admisible la acción, existe otro área gris, posiblemente más influido por convencimientos morales. ¿Debería despenalizarse el aborto de un feto de nueve meses pocas horas antes del parto natural previsto? La mayoría de las personas diría que no y lo consideraría homicidio o asesinato.¹⁶ Pero ¿puede una mujer abortar un feto perfectamente viable no de nueve, pero si de ocho meses? También aquí, la mayoría diría que no. A medida que reducimos sucesivamente la edad del feto-por-abortar, más personas entrarán en un área gris de dudas y vacilaciones. A los cinco meses — el límite legal de aborto en algunos países — muchos equipararían aún el feto a un “niño no nacido” y en consecuencia lo condenarían como un aborto, pero muchos otros ya no. Sin embargo, a cuatro meses, o tres, habrá más opiniones a favor de permitir abortar a la mujer si ella así lo decidiera. En cuanto al feto de diez semanas, o cuatro semanas, o siete días, una alta proporción de opiniones cambiará progresivamente en permitir el aborto, siendo opiniones de las mismas personas que estarían en contra del aborto a los nueve, ocho o siete meses.

Las personas con opiniones que dependen del momento en el tiempo y de las circunstancias, también suelen estar abiertas a un razonamiento que justifique el aborto en tanto en cuanto los intereses de la mujer así lo demandaran. Aquí podemos discernir otra área gris acerca de las razones que justificarían o no el aborto provocado. Hay argumentaciones que defienden que, aunque el feto tenga o tuviera estatus de persona, el derecho de la mujer sobre el cuerpo propio debería pesar más y justificar el aborto en cualquier momento (Thomson, J.J., 1971;47-66). Thomson propone el caso hipotético del violinista famoso en coma, conectado a una mujer para sobrevivir. Defiende que es justificable dar muerte a un ser humano si con ello se salva otro ser humano “más valioso”.

Los que están a favor de un aborto “libre” suelen utilizar el argumento de que las mujeres deben considerarse libres de decidir qué hacer con su cuerpo. En parte parecen coincidir con la antigua noción de que el feto debe considerarse parte del

13 Por ejemplo, Susan Bevan, vice-presidenta de la Republican Majority for Choice (RM4C). Ver www.catholics-forchoice.org acceso 8 de julio de 2014

14 Giubilini, A., y Minerva, F. 2011:100411

15 Dworkin, R., 1989:49

16 En EE.UU. el 35% está a favor del aborto libre, el 20% está en contra, mientras el 45% está “atrapados en el barro en el centro” (muddled in the middle) según Pojman, L.P., y Beckwith, F.J., 1994:59; ver CBS News Poll. Julio 18-22, 2013. N=1,036 adultos, nacional. Margen de error \pm 3.)

cuerpo de la mujer y, por ello, subordinado a su libre albedrío¹⁷. Hay libertarios que opinan que el feto sólo está en el útero con el permiso “revocable” de la madre (Gilbert, M.J. 2001:35). Otros lo formulan algo diferente: “...nuestra Constitución prohíbe obligar una mujer a llevar un feto durante nueve meses y hacerse madre” (Tribe, L. 1990:135). Posiblemente de más relevancia jurídica es el argumento de que el altruismo no tiene base legal y por ende no es exigible, aunque en este caso los deberes de los padres se regulan legalmente por el parentesco formal o biológico: no se trata de “un” feto, sino del suyo.

La cuestión que tenemos delante desde la antigüedad es si nuestra sociedad como tal está de acuerdo con estas aserciones. Si fuese así, y a pesar de la evidencia biológica de la individualidad del feto, las razones sociales puedan obligarnos a aceptar considerar al feto como parte del cuerpo de la mujer, un “crecimiento tisular”¹⁸. O bien podemos considerar que el derecho de decidir libremente sobre su cuerpo de la mujer prima sobre el derecho a la vida del feto¹⁹. Una vez tomada esta decisión deberíamos consensuar qué derechos, si cabe alguno, deben ser asignados a consecuencia de por esta calificación no-biológica del feto como “no-individuo”. La situación puede que constituya un buen ejemplo de la separación kelseniana entre los derechos jurídicos y los deberes morales: el feto sólo es persona si la ley lo dice, incluso si la ciencia y el sentido común dicen lo contrario. Sin embargo, en este caso existen dos filosofías separadas, cada una con su particular fondo jurídico-moral. La primera es que “la decisión de ser madre le corresponde, en primer término, a quien esté en disposición de serlo. Tras dar amparo a esa libertad por el tiempo preciso, debe la ley proteger a la vida fetal y proteger su desarrollo hasta que se convierta en una vida humana completa”. (Amelia Valcárcel²⁰). Esta afirmación desoye la evidencia biológica que comentamos en cuanto al momento en el que empieza la vida humana, y erróneamente mantiene que exista algún momento evolutivo moral en el desarrollo fetal en que éste haría la transición de “cosa” a “humano” y, por tanto, de no-persona a persona. Tampoco menciona la responsabilidad que acompaña al derecho sobre el cuerpo propio. Este derecho siempre está limitado por el derecho idéntico de otro u otros.

Desde diferentes disciplinas se ha intentado justificar, a veces ad absurdum, la hipotética separación entre los estadios de desarrollo de la individualidad del feto. Se ha invocado la voluntad de la madre como instrumento que cambie el estatus del feto al de persona: “Podemos perfectamente anticipar el “nacimiento” de la persona a un momento anterior al parto, pero a condición de que sea claro que esto, según la concepción moral que aquí se sostiene, está en todo caso ligado al acto por el que la mujer se piensa y se quiere como “madre” y piensa y quiere al

17 Ni la placenta es todo tejido genético de la madre, sino una parte es del feto.

18 Además del obvio conflicto sobre el verdadero carácter biológico del embrión o del feto, la sugerencia implícita en este razonamiento es que una mujer tendría el derecho de autolesionarse, quod non. Un feto de 22 semanas (límite para el aborto “legal” en los Países Bajos) pesa entre 350 y 500 gramos, peso comparable o superior al del pecho de la mujer, o de una mano. Si una quisiera cortarse el pecho o la mano, sin otra razón que su “libre voluntad” ¿se le permitiría hacerlo? ¿Un médico le asistiría? Nuestra sociedad no suele ver con buenos ojos la auto-mutilación, que en general es considerada signo de una alteración mental grave. Pero el aborto no se presenta como auto-mutilación o auto-lesión y, por ende, fundamentarlo sobre una supuesta libertad (de las mujeres) a hacer lo que le parezca con su cuerpo, carece de lógica.

19 Se apoya en el Libertarismo de John Locke (Essay, op.cit) y otros, como Max Stirner (1844), que se basa en un único derecho natural: el derecho negativo a no ser molestado. Lo limita Dworkin, R. 2011: “El derecho a hacer lo que queramos se limita cuando vulnera el mismo derecho de otros”.

20 Catedrática de Filosofía Moral y Política de la UNED y miembro del Consejo de Estado. Ver http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/21/actualidad/1387661150_608564.html

hijo como “nacido”. Según este punto de vista moral, la procreación es realmente un acto creativo, como el fiat lux, fruto no sólo de un proceso biológico sino de un acto de conciencia y de voluntad. Con él la madre da no sólo cuerpo, sino también forma de persona al nasciturus, pensándolo como hijo. Dicho de otra forma, si es verdad que para nacer el embrión tiene necesidad de la (decisión de la) madre, entonces tal decisión cambia su naturaleza haciendo de él una (futura) persona. En suma, su calidad de “persona” resulta decidida por la madre, es decir, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal” (Ferrajoli, L. 2002). A nuestro entender, este razonamiento conduce a una imposibilidad moral y jurídica: Si en algún momento del embarazo la mujer tiene dicha voluntad y por ende “emancipa” el feto al estatus de persona, pero sí en un momento posterior del embarazo cambia de opinión por la razón que sea ¿se anula el estatus de persona que el feto había adquirido? (Y si la mujer que lleva el feto en su cuerpo no es la madre ¿decide ella o debe/puede decidir la madre biológica o la madre “propietaria” del embrión donado o comprado?) En una democracia constitucional, la condición de persona — la dignidad — no puede otorgarse o retirarse a voluntad. Cualquier intento o sugerencia de determinar un mayor o menor valor del feto, comparándolo con el valor de otras personas, como la madre o la madre de alquiler, debe considerarse un arriesgado intento de eludir la cuestión real que concierne a las condiciones bajo las cuales la sociedad permita destruir un feto.

La otra filosofía rescata razonamientos desigualitarios de tiempos aristotélicos que dan al feto un valor que incrementaría por “estadios” desde la concepción hasta el nacimiento²¹. Tal supuesto incremento sucesivo del valor “moral y constitucional” del feto fundamentaría una desigualdad meritória con que poder discriminar entre humanos y poder atentar contra la base igualitaria de nuestra sociedad.²² Al menos formalmente²³, nuestro sistema socio-jurídico está construido sobre un “sagrado” principio de igualdad, y admitir una desigualdad evolutiva o asignar un mayor valor de un humano frente a otro conllevaría optar por la desigualdad como principio de derecho, con todas las consecuencias (Véase Pojman, L.P., 1991:481-504., también Nielsen, K., 1981: 121-9;123-4; 1985). Puede que siga habiendo convencimientos políticos que apunten en esta dirección, pero es llamativo ver cómo los mismos filósofos o juristas que defienden a ultranza la igualdad fundamental, defienden la no- igualdad entre humanos en el debate sobre el aborto. Como dice Philip Devine (1994:223): “... si ser persona o ser humano admite grados antes del nacimiento, entonces parece que debe admitir también grados después del nacimiento.

4. DATOS CIENTÍFICOS SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA Y EL DOGMA HISTÓRICO

Con el fin de evaluar las varias posiciones actuales respecto de la identidad social y jurídica del feto y su dignidad como persona, el contexto histórico nos ayuda

21 Aristóteles consideraba los humanos esencialmente desiguales, dependiendo de sus capacidades de razón. Thomas Hobbes, en “Leviathan”, ya en el comienzo de nuestros tiempos, rechazaba de pleno la idea de un “valor intrínseco” humano, considerando determinante el mérito: el valor que uno tiene a los ojos de los demás.

22 Ronald Dworkin, 1973:532, dice “Es la asunción moral más profunda de nuestro tiempo que toda persona tiene el mismo valor intrínseco, que tiene “dignidad”, y por ende debe ser tratada con el mismo respeto y ser otorgada derechos iguales”. Se disocia de la metafísica y se considera la primera asunción de cualquier sistema moral.

23 La razón de La Mentira Piadosa de Platón: Debemos enseñar a la gente que son desiguales para producir una estabilidad social en una sociedad aristocrática. Feinberg, J. 1973:93 y s. la invierte y la actualiza: debemos convencer a la gente que todos son iguales con el fin de producir una estabilidad social en una sociedad democrática.

a alumbrar un número de errores que encontramos tanto en posiciones dogmáticas pro-aborto como en las pro-vida.

El último siglo produjo adelantos importantes en el reconocimiento público del valor de la vida. El respeto por la vida humana se ha vuelto objeto y objetivo de tratados, organizaciones internacionales y tribunales. No sólo la vida humana, también las no-humanas como las de los chimpancés, los delfines o los elefantes, y hasta la vida de ecosistemas, ahora pueden tener un estatus legalmente reconocido con su protección inherente. No nos detendremos en la extensión y eficacia de tal protección. Sobre el mero hecho de que la humanidad está abriendo los ojos y las leyes al necesario respeto a la vida en general, y la está protegiendo en más casos. Se reclama que la vida, tanto humana como no humana, necesita protección sobre la base de varios criterios, tales como el criterio de autonomía. Sorprende tal vez que algunos pretendan conceder la dignidad, el ser persona (pero no humana), sobre la base de esta autonomía. “Reclamamos que los chimpancés son autónomos — eso es, capaces de auto-determinación, con auto-conciencia y capaces de elegir cómo quieren vivir sus vidas”, y según la demanda presentada el 2 de diciembre de 2013 ante un juzgado de Nueva York, la organización Nonhuman Rights Project pide que se declare “persona” a un chimpancé llamado Tommy y a cuatro más. La organización se dedica a cambiar el estatus jurídico de especies consideradas autónomas, y presentará también demandas para que se declaren personas en Derecho a los gorilas, los orangutanes, las ballenas, los delfines y los elefantes²⁴.

El último siglo también fue testigo de un crecimiento rápido en la concienciación pública sobre y el reconocimiento de los derechos de las mujeres²⁵. Varios de estos derechos están ligados a temas de reproducción. El derecho de reproducción generalmente se considera un derecho humano. Cuestiones reproductivas y sexuales suelen tratarse en un mismo contexto jurídico²⁶. Ahora muchos sistemas legales condenan la violación y regulan la explotación sexual. Muchos permiten (o al menos no castigan) el control de natalidad a través de la venta legal de métodos y fármacos anticonceptivos, y admiten el aborto en casos específicos o hasta un cierto momento del embarazo.

Ya comentamos que el debate sobre la existencia y la extensión de un “derecho” de las mujeres a cualquier forma de aborto bajo un sistema legal moderno, enfrenta a los participantes — a veces de forma violenta; véase los acontecimientos en EE.UU. alrededor de clínicas abortivas — quienes predominantemente utilizan argumentos de naturaleza personal, religiosa o filosófica, aunque también aspectos jurídicos y económicos, que contribuyen a pintar un cuadro muy complejo. Debido al contenido emocional del debate, los esfuerzos políticos para alcanzar una solución consensuada, en algunos países concibieron y conciben marcos jurídicos que puedan satisfacer a una mayoría de votantes, aunque no convencen a una minoría, a veces considerable, que se muestra resuelta en su oposición.

El debate sobre el aborto se fundamenta en dos cuestiones básicas:

1. ¿Debería considerarse persona al no nacido?

24 Ver <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-25211859> acceso 8 de julio de 2014

25 Ver http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/brave_new_world/women.htm acceso 12 de julio de 2014

26 Catherine A. MacKinnon (1987), jurista estadounidense feminista, alega que el aborto es el necesario contrapeso al contenido violento de origen machista que habitualmente obliga a las mujeres a consentir el acto sexual.

2. ¿Quién está autorizado a decidir sobre la vida del no nacido?

Ya se debatían estas cuestiones en los tiempos de los antiguos Persas, Griegos y Romanos²⁷ que en su mayoría consideraron que el nasciturus era *mulieris portio vel viscerum*²⁸, por ende permitían el aborto, aunque no sin críticas²⁹. En tiempos antiguos, no sólo el feto sino también la vida de un recién nacido tenía escaso valor, tan poco que hasta el siglo IV de nuestra era se permitió el infanticidio. A pesar del desarrollo del derecho a la vida durante veinticinco siglos, el estatus jurídico del feto no ha cambiado mucho.

Ad 1: El no nacido ¿es persona? Si lo es ¿desde cuándo?

Los conceptos de aceleración, viabilidad, primer respiro, individuación, autonomía, vínculo y consciencia

Como se refirió antes, desde los días tempranos de la cultura occidental, la cuestión de si el feto es persona ha originado dos pensamientos sobre la vida opuestos. El uno argumenta que el feto en crecimiento es una mera extensión de la madre, por ende no es una entidad individual. El otro mantiene que el ser vivo individual comienza con la fecundación y desde este momento evoluciona de forma continua. En el primer caso, la madre (o su tutor) podría decidir sobre el feto o disponer de él; mientras que en el segundo caso, esta libertad de decisión estaría limitada por el valor socio-político o jurídico que se diera al feto como individuo.

El estatus médico así como buena parte del estatus jurídico del no nacido en sus estadios diferentes se refleja en el nombre dado a cada estadio. La célula que combina el óvulo y el espermatozoide exitoso se llama cigoto³⁰. Un óvulo fertilizado y creciendo o blastocito se llama embrión hasta las ocho semanas que es cuando “se hace” feto. Este feto es “no viable” hasta las 26 semanas cuando se convierte en “feto viable”. Son distinciones nominales en un proceso biológico de desarrollo continuo. Aunque las técnicas modernas de fertilización también utilizan esta nomenclatura, obviamente no distinguen fases vivas y no-vivas. Biológicamente, la vida que crece es sólo eso, desde la concepción hasta el nacimiento. Hoy día, y más en un futuro próximo, la viabilidad del feto dependerá del apoyo técnico-médico y, con el desarrollo continuado de la tecnología médica, llegará el momento en que el feto puede ser viable — en el sentido de tener posibilidades de sobrevivir no-autónomas— en cualquier estadio.

En *Roe v. Wade*³¹, el Tribunal Supremo de los EE.UU. decidió que una mujer embarazada tiene un “derecho constitucional” a abortar, y que un feto no es persona bajo la Enmienda Catorce de la Constitución, ergo, no tiene un “derecho a la vida”. El Tribunal reflexionó sobre el conflicto aparente entre la práctica abortiva usual e ilimitada en la antigüedad, y el Juramento Hipocrático que desapruueba el aborto, los dos representando a las dos posiciones referidas antes. *“El Juramento fue controvertido también en el tiempo de Hipócrates; sólo la Escuela Pitagórica de filósofos desaprobó el acto*

27 RIDDLE, J. 1994:62, 71-3.

28 Ulpiano, Digesto 25, 4, 1, 1

29 <http://lasmaquinasromanas.wikispaces.com/3+-Ulpiano,+Digesto+25,+4,+1,+1> acceso 5 de mayo de 2014

30 El cigoto es una célula “diploide” con dos conjuntos de cromosomas, igual que casi todas las células humanas. Sin embargo, la diferencia con estas es que las cromosomas del cigoto son de individuos diferentes, una combinación nueva de sus células “haploides” sexuales, que cada una tiene un solo conjunto de cromosomas. Contrario a los casos de partenogénesis y de clonación, la reproducción sexual produce un ser único, distinto de sus progenitores. (O'Connor, C. 2008:174).

31 410 U.S. 113, 160, 93 S.Ct. 705, 730 (1973).

de suicidio relacionado. La mayoría de los pensadores griegos, por otra parte, recomendaron el aborto, al menos antes de la viabilidad. Ver Platón, *República*, V, 461; Aristóteles, *Política*, VII, 1335b 25. Para los Pitagóricos, sin embargo, fue un asunto de dogma. Para ellos, el embrión era animado desde el momento de la concepción, y el aborto significaba la destrucción de un ser vivo. La cláusula abortiva del Juramento, por tanto, “refleja doctrinas pitagóricas” y “en ningún otro estrato de la opinión griega se mantuvieron estas opiniones o propuestas en el mismo espíritu de austeridad sin compromiso.”... Pero con el fin de la Antigüedad ocurrió un cambio decisivo. Se volvió común la resistencia en contra del suicidio y en contra del aborto... El Juramento “se hizo el núcleo de toda la ética médica” y “fue aplaudido como la encarnación de la verdad.” Así, como sugiere el Dr. Edelstein, es un “manifiesto pitagórico, y no la expresión de un estándar absoluto de conducta médica.” El Tribunal consideró que por “razones de salud” la mujer debía poder abortar, en una interpretación del concepto de “salud” tan amplia que, según la Comisión Judicial del Senado de los EE.UU. en 1983, “no existe hoy día en los Estados Unidos ninguna barrera legal de tipo alguno a que una mujer pueda obtener un aborto por cualquier razón en cualquier momento de su embarazo³².

Mary Anne Warren, también hace 40 años (Warren, M.A.,1973:43-61), intenta especificar en qué aspectos la persona se diferencia del ser biológico humano, y propone un conjunto de características, aunque considera que, para considerar “persona” al feto, debe tener al menos una de ellas:

- Conciencia (de objetos y eventos externos y/o internos del ser, y en particular la capacidad de sentir dolor³³).
- La razón (la capacidad desarrollada de solventar problemas nuevos y relativamente complejos).
- La actividad auto-motivada (actividad relativamente independiente de un control, bien genético o externo directo).
- La capacidad de comunicar, por cualquier medio, mensajes de una variedad ilimitada de tipos, esto es, no sólo con un número indefinido de posibles contenidos, sino también sobre una cantidad indefinida de tópicos posibles.
- La presencia de auto-conceptos y auto-conciencia, tanto individual como racial o en ambos.

Con este listado de características, Warren reduce la esencia de la persona a una serie de manifestaciones o realizaciones, que no necesariamente reflejan lo que hay y puede haber. Sus críticos alegan que confunde *ser* persona con *funcionar como* persona (Schwarz, S. 1994:239). Tooley, M. 1972:40-43) antes había intentado razonar algo similar a las tesis de Warren, llegando a la conclusión de que tanto el aborto como el infanticidio son permisibles porque:

32 Report, Committee on the Judiciary, U.S.Senate, on Senate Resolution 3, 98th Congress, 98-149, 7 de junio de 1983; reproducido en Pojman & Beckwith, p.13. En el debate se argumentó que donde prevalecían actitudes permisivas hacia el aborto, el número de los mismo había excedido al número de nacimientos vivos. Un ejemplo es Russia, donde desde la revolución bolchevique se había promovido el aborto por parte del Estado. Había años con 4.5 millones de abortos y 1.5 millones de nacimientos. En 2004 se había bajado a un equilibrio aproximado de 1.6 millones nacidos y 1.5 millones abortos. Desde entonces la ratio abortos/vivos sigue bajando y está en la actualidad al 0.5 (Agosto, 2013). Por comparación, este ratio en la región europea está en 0.28 (28 abortos por cada 100 nacidos vivos).

33 Los conceptos de conciencia y del Yo suelen confundirse en este debate. Como Descartes decía “Puedo abstraer del supuesto de toda cosa externa, pero no del supuesto de mi propia conciencia” con lo cual se refería a la efímera calidad del Yo que no necesita concretarse en acciones o capacidades determinadas.

1. Una entidad no puede tener un derecho a la vida salvo si tiene la capacidad de tener un interés en la propia existencia continuada
2. Una entidad no es capaz de tener un interés en su propia existencia continuada salvo que posea, en algún momento, el concepto de un yo continuo, o sea sujeto de experiencias y otros estados mentales
3. El hecho de que una entidad tendrá, si no se destruye, propiedades que le darían un derecho a la vida, por sí mismo no convierte en malo el acto de su destrucción

Ambos razonamientos y otros parecidos ignoran la ciencia genética. Como Dawkins argumentó sobre la base de la evidencia, el ser (humano) es dirigido desde su concepción por el contenido de su código genético que incluye la planificación de lo que sería la mejor forma *para este ser* de vivirla y de adaptarse para conseguir los mejores resultados (Dawkins, R..1990). Significaría que el “bien jurídico”, que dicen ser el cigoto, blastocito o el feto, calificaría de “entidad capaz de tener un interés en su propia existencia continuada”, así que la “búsqueda de la felicidad” es un código genético para la misma.

1. *Aceleración*

Como se ha referido antes, el fallo Roe v. Wade menciona un determinado estado de desarrollo en que el feto podría considerarse ser humano físicamente “completo” y por tanto (supuestamente) apto para sobrevivir en caso de nacer en aquel momento. El comienzo de esta “viabilidad” del feto coincide con el momento en el desarrollo en el que los griegos marcaron un límite al aborto, a una terminación sin restricciones de la existencia del feto. En el milenio siguiente se buscaban distinciones en los diversos estadios de desarrollo del feto, con la intención de remplazar el concepto arbitrario y difuso de “viabilidad”. En el fallo Roe v. Wade, la Corte sugiere que la definición de Aquino del siglo XIII de “movimiento” como uno de los dos principios de la vida, contribuía a considerar la “aceleración”³⁴ como el momento decisivo para distinguir la vida. Se suponía, en aquél entonces, que la aceleración era el primer movimiento del feto. Sólo el feto “acelerado” se consideraba ser vivo y, antes de ese momento, el feto se consideraba tejido de la madre y su destrucción, por ende, no era homicidio. En los siglos posteriores, estas aserciones se habían introducido en el derecho común en Europa y en los Estados Unidos (Mohr, J.C. 1978). El aborto de un feto acelerado legalmente se consideraba homicidio o asesinato, mientras la “terminación” de un feto no-acelerado sería, como mucho, un delito menor.

Nos debe llamar la atención que en aquellos tiempos se entendía que la aceleración ocurría a los 40 días para un feto masculino, y a los 80 o 90 días para uno femenino, con lo cual se justificaba una ventana de acción mucho más amplia para el aborto no castigado en el último caso. Está claro que la diferencia sólo se manifestaría después del aborto, ya que no había medios para determinar el sexo del feto antes de su expulsión. Esta diferencia en apreciación puede que refleje un inherente juicio de valor de género. Sin embargo, la observación fetal moderna con ultrasonidos confirma que el movimiento fetal empieza en un momento similar tanto para niños como niñas, desde aproximadamente los 40 días de edad (Sparling J.W. y Wilhelm, I.J.. 1993;12(2/3):97—

34 “Quickening” en inglés.

114). El término “aceleración” ahora se utiliza para indicar el momento, mucho más tardío, cuando la mujer embarazada misma se da cuenta de los movimientos del feto, entre los 15 y 21 semanas de gestación. Como consecuencia, sabemos que el movimiento en sí no es un indicador conciso para ninguna distinción con finalidades abortivas, ya que el primer movimiento *real* ocurre a un mes y diez días, mientras el primer movimiento *percibido* ocurre entre los tres y medio y cinco meses.

2. Viabilidad

Para las ciencias reproductivas modernas, la pregunta de cuándo comienza la vida (humana) no es difícil de contestar. (Findlay, J.K., et al. 2007:905-11.) Biológicamente, la presencia de vida no depende de ningún movimiento discernible de un feto ni depende de sus posibilidades de supervivencia, sino de la fusión de células reproductivas y la multiplicación celular subsiguiente, algo que se puede observar completamente en el laboratorio. También se puede constatar en el laboratorio que esta nueva vida es un nuevo individuo con su propio sexo, grupo sanguíneo, estructura ósea, sistema inmunológico y código genético. Desde la fusión y el comienzo de multiplicación, el desarrollo de la nueva vida es continuo. No obstante y para fines jurídicos, se utilizan objetivos morales y sociales en una forma políticamente aceptada que “adaptan” los hechos científicos. Con ellos parece pretenderse distinguir a la vida nacida de la no nacida, incluso para hacer distinciones más precisas en la última categoría, con el fin de justificar una diferenciación jurídica. No hay distinción biológica nacido/no-nacido, y ésta sólo es justificable desde ese punto de vista jurídico o social. Un feto de nueve meses no difiere de forma objetiva alguna de un recién nacido, excepto tal vez por el ya cortado cordón umbilical. No todos los países reconocen la realidad biológica. La Sección 223 del Código Penal (1985) de Canadá declara que un feto es “un ser humano...cuando ha procedido completamente, en estado vivo, del cuerpo de su madre y habiendo respirado o no, teniendo una circulación independiente o el cordón umbilical cortado”³⁵. Como decimos, cualquier hipotético momento de desarrollo en que un feto podría considerarse “viable” como opuesto a un estado previo “aún no viable”, carece de soporte científico. Sabemos que un feto, en cualquier estadio, ni un niño ya nacido, son “viables” sin una asistencia de naturaleza altamente técnica. El concepto Hebreo (y Canadiense) de que el niño existe individualmente desde el momento en que la mayor parte de su cabeza haya emergido durante el proceso de nacimiento, es una derivación de la idea judaica de que el primer aliento da comienzo a la existencia individual (Génesis 2:7). Pero, incluso después de la primera inspiración, el niño no es viable en el sentido de ser capaz de existir independientemente fuera del útero o un equivalente técnico: no es autónomo. Cualquier nacido necesita atención intensiva durante muchos meses o años. Por ende, la “viabilidad” es referencia inadecuada para determinar un derecho a la vida como ser independiente o autónomo. La cuestión se ve reflejada en *Roe v. Wade*, donde el Tribunal considera que la viabilidad es el estado de desarrollo del feto donde es capaz de sobrevivir fuera del útero o sea, el “punto interino en el que el feto se hace ...potencialmente capaz de sobrevivir fuera del útero de la madre, aún con ayuda artificial (...) se ubica usualmente a aproximadamente siete meses (28 semanas) pero puede ocurrir antes, incluso a las 24 semanas”.³⁶ Sin embargo, este concepto biológico cuestionable de “viabilidad” llevó

35 <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-105.html#h-77> , acceso 24 de julio de 2014.

36 En su opinión, en parte disidente, en la importante decisión sobre el aborto *Planned Parenthood v. Casey* (1992) en que se denegaba que el aborto sería un derecho fundamental constitucional, el Juez Scalia escribe: “Siempre pensé

al actual concepto jurídico donde el término “no viable” es interpretado como sinónimo de “aún no vivo” o “sin entidad individual” y por tanto “no persona”. Causa grave confusión en el debate el hecho de que se utiliza el término “no viable” tanto para los fetos “jóvenes”, es decir como término sinónimo de “no autónomo”, como para los fetos “dañados”, es decir los que presenten daños físicos (¿o psíquicos?) a causa de eventos biológicos o genéticos. En los últimos casos la no-viabilidad parecía ser un criterio mejor definible médicamente, aunque se ha visto que existen valoraciones jurídicas diferentes acerca del grado de inviabilidad que se pueda atribuir al feto por determinados estados de daño o deformación y, cuando no son considerados razón suficiente para un aborto eutanásico, es esta la “inviabilidad” que, por tanto, debe aceptar el feto como carga prenatal para el resto de su vida. Aunque hay mucho que decir sobre la inviabilidad médica y los juicios de valor involucrados, debemos dejarlo para otra ocasión.

En Occidente surgió nuevamente el debate sobre el aborto y la viabilidad fetal hace unos 200 años, posiblemente como efecto secundario de las especulaciones de Malthus sobre la superpoblación, pero entonces un feto de cinco o seis meses no podía considerarse viable en el sentido de poder vivir fuera del útero. La historia se repite: en nuestra era Paul Ehrlich, biólogo de la universidad de Stanford, consiguió el éxito con especulaciones similares a las de Malthus con su libro *La bomba poblacional* (Ehrlich, P. 1968) en el que defiende al aborto en general y al aborto género-selectivo en particular como métodos para combatir la inminente superpoblación, una posición que mantiene en la actualidad (2014). Puede que tanto Malthus como Ehrlich tengan algo de razón en cuanto a su temor a la superpoblación, pero considerar el aborto una solución para este problema es moral y jurídicamente cuestionable además de económicamente inviable, como han demostrado las campañas de aborto y esterilización forzosa en China y en la India.

Gracias a las mejoras técnicas de las incubadoras neonatales desde el siglo XIX, una edad fetal de siete meses ha ido acercándose, progresivamente y de forma más realista, a un concepto biológico de “viabilidad”, aunque siempre asistida y sin garantías de supervivencia para los nacidos prematuros, incluso en los países más desarrollados y con la última tecnología neonatal, como Suecia (EXPRESS Group, Fellman, V., et al.. 2009:2225-33). Este estudio poblacional sueco daba las estimaciones de supervivencia para 22, 23, 24, 25, y 26 semanas, que fueron del 9.8%, 53%, 67%, 82%, y 85%, respectivamente. Sin embargo, entre los supervivientes de un año, el 55% tenía una mayor morbilidad neonatal.

Como mencionamos, el concepto de una falta de viabilidad como justificación para permitir el aborto no requería de ninguna forma que el feto fuese o no autónomo: se limitaba a suponer que a partir de cierto momento el feto tuviera una posibilidad de sobrevivir cuando naciera prematuro. Este concepto restringido de viabilidad tampoco puede entenderse como indicio válido de un estado de formación completa del feto. El feto de 24 o 28 semanas tiene forma reconocible humana pero cambios mayores, especialmente en el sistema nervioso y en las proporciones corporales siguen produciéndose. La decisión *Roe v. Wade* dejó el límite jurídicamente

(...) que el marco arbitrario trimestral, que la Corte hoy descarta, fue tan central para *Roe* como la prueba arbitraria de viabilidad, que la Corte hoy mantiene.”(subrayado añadido mío). Más tarde, en *Maher v. Roe*, 432 U.S.464, 473-474(1977), la Corte explica: “*Roe* no declaraba un “derecho constitucional al aborto” general, como parece pensar la Corte de Distrito. Más bien, el derecho protege a la mujer de una interferencia excesivamente gravosa en su libertad de decidir si terminar con su embarazo.”

relevante entre viable y no-viable en las manos del profesional médico que estaría considerando un aborto, y por ello, no definía en qué momento el feto debía poder considerarse un ser humano. Tampoco condicionó el fallo a compromiso alguno en las diferencias entonces existentes de puntos de vista en el debate. “Ninguna decisión judicial de nuestro tiempo ha suscitado tanta indignación pública sostenida, emoción, y violencia física, o tanta crítica profesional intemperante, que la decisión de 1973 del Tribunal Supremo en *Roe versus Wade*.” (Dworkin, R.1989:49). Más tarde, el fallo del Tribunal Supremo de los EE.UU. en *Parenthood v. Casey* (1992) cambió el límite de “viabilidad” por otro, también interpretable o arbitrario, de “carga desproporcionada para la gestante”.

3. *Alma o consciencia*

El fondo de esta cuestión acerca de la valoración del feto o, mejor dicho, este impasse, es que al comienzo del siglo XIX se había demostrado que las teorías medievales de Aquino tenían graves errores biológicos. Su teoría de cómo la nueva vida gradualmente se hacía persona, es decir dotada de alma (enalmación), se rechazó por muchos teólogos. Aquino defendía la existencia de una serie ascendente de almas prenatales, lo cual ya no tenía el apoyo de la medicina y tampoco de las autoridades eclesiásticas, y se aceptó que la enalmación ocurría en el momento de la fertilización. Sin embargo, la idea de un valor del feto que crece con el tiempo permanece en la postura liberal actual³⁷. Para este debate y cambio profundo de criterio en el XIX era determinante que al óvulo humano solo se identificaría hacia 1850. En la Antigüedad, pero incluso desde el “descubrimiento” del esperma en 1677, se pensaba que el esperma “evolucionaba” haciéndose sangre, después carne y hueso y luego haciéndose embrión/feto, una visión puramente androcéntrica. Por ende, se comparaba el desarrollo fetal con el de una semilla o un fruto, una comparación que muestra desconocimiento total del procedimiento de fecundación y multiplicación celular de una nueva vida mamífera.

Desde la bula *Apostolicae Sedis Moderationi* de Pío IX (1869) la iglesia católica considera la “hominización inmediata” o la “enalmación” desde la concepción, aunque evita pronunciarse sobre si el ser con alma equivale a persona humana. La Instrucción *Donum vitae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe (1987) remite a las indicaciones de la ciencia para determinar esta cuestión filosófica. Filósofos morales contemporáneos, como Donceel, argumentan que la enalmación (que coincidiría con el concepto biológico de “nacimiento del cerebro” o “vida cortical” (Brain Birth) sólo puede ocurrir cuando existe la estructura neuronal necesaria, lo cual sería a partir de las cuatro semanas de gestación. (Donceel, J.F., 1985:81-3). Ellos rechazan la idea dualista de Platón o Descartes de que el alma y el cuerpo son entidades separadas. Aun así, el axioma de que una estructura cerebral suficiente “generaría” el alma, no estaría refiriéndose al alma en sentido meta-filosófico, sino a la conciencia en sentido neurológico. Tanto psico-filósofos como Carl Jung como neurocientíficos como Antonio Damasio se cuestionaron la ligereza con que conceptos como alma o consciencia son etiquetados sin haberse aclarado su contenido y procedencia. Desde la filosofía moral, Carol A.Tauer (1995:82) considera que el término ‘persona’ se aplica a la vida humana prenatal temprana y que

37 En esta línea Atienza: “un valor que se va incrementando a medida que el embrión se va desarrollando”. Atienza, M. y González-Meneses, M. 2011: 907

aglutine aspectos moralmente relevantes del ser persona. Una ‘persona’, en lo que ella llama el sentido “psíquico”, equivalente al ser vivo con conciencia, tendría (1) una psicología mínima, definida como la capacidad de retener experiencias que pueden ser no-conscientes, por mecanismos de memoria analógicos fisiológicos, y (2) el potencial para ser una persona completamente consciente³⁸. En general, ser persona psíquica o con conciencia incipiente se relaciona con la actividad temprana del tronco cerebral, es decir, sobre la semana séptima del desarrollo fetal, momento que se ha llamado “Nacimiento del cerebro I” (Brain Birth I). La autora no se pronuncia sobre la pregunta de si, con ello, el aborto hasta la séptima semana sería considerado moral.

La conciencia, entendida como actividad ya no del tronco cerebral sino cortical, empieza a partir de las 24 semanas, y se ha llamado “Nacimiento del cerebro II” (Brain Birth II) (Jones, D.G..1998:237-242). No está claro lo que significa para la moralidad o para la dignidad, de ser “persona”. Está claro, eso sí, que hasta ese momento el feto dispone al menos de una pre-capacidad para la conciencia.

4. *Vínculo con la madre*

¿Le da valor al feto el mero vínculo con la madre, como sugiere Ferrajoli? El hecho de que el feto esté en el útero ¿da autonomía a la madre para decidir sobre su existencia? Nos parece que el mero vínculo no puede tener esta función ya que, entonces, la madre de alquiler también tendría esta autonomía de decisión sobre el feto que no es “suyo”. Los laboratorios de reproducción asistida tendrían autonomía sobre los embriones, algo rebatido por las legislaciones del mundo. El vínculo como tal parece volverse cada vez más en un valor abstracto y condicionado, poco apto para una normativa.

5. *Individuación y nidación*

La biología embrionaria ha establecido que, hasta las dos semanas de gestación, los embriones aún pueden dividirse o fusionarse, así que considera la individuación el primer momento de unicidad de la vida nueva. El parlamento británico consideró que este hecho era razón suficiente para permitir la experimentación y la destrucción de embriones hasta ese momento. Con ello utilizó la diferencia técnica que existe entre la fertilización y el embarazo para eludir la cuestión espinosa de cuando el embrión se hace humano. En terminología reproductiva, el término “embarazo” suele referirse no a la fertilización sino a la implantación (nidación), y esta diferencia técnica el parlamento juzgó suficiente para justificar legalmente los métodos de descarte temprano, entre ellos la “píldora de la mañana (o del día) siguiente”³⁹. De esta forma, la pregunta de si un feto o un embrión pueden ser legalmente destruidos se eludió —al menos hasta las dos semanas de desarrollo— con el pronunciamiento oficial de que el embrión no es embrión hasta la individuación o la nidación, sino algo anterior y diferente, no protegido por la ley. Ulpiano dixit.

38 Esta visión de una conciencia incorporada (embodied mind view) es la que defiende Tooley, M. 1984: 218-219 (usando el término “sujeto de conciencia), también McMahan, J. 2002: cap.1.

39 Se cataloga la píldora del día después como “anticonceptivo de emergencia” (RU486) mientras que las píldoras con combinaciones de mifepristona, metotrexato y prostaglandina (misoprostol) son consideradas abortivas

6. Permitir o despenalizar

En el derecho moderno comúnmente se maneja un límite de tres a cinco meses para el aborto no penalizado. Aunque vimos que los datos científicos indican que mucho antes el feto ya tiene la estructura neurológica para la conciencia — y por ende tendría “dignidad” — los sistemas legales que buscan permitir el aborto usualmente manejan un límite “permisivo” de entre tres y cinco meses. Esto no significa que se da un permiso legal para abortar. Una hipocresía socialmente justificada dicta que el aborto sigue desaprobándose legalmente pero, si se cumplen condiciones específicas, no será perseguido penalmente. Es despenalizado. Esta impunidad acordada protege a la mujer, y posiblemente al médico, de una responsabilidad criminal. Sorprendentemente y un tanto contradictorio, muchos países (entre ellos los Países Bajos) mantienen la total responsabilidad criminal para el maltrato al feto, que puede incluir el abuso de drogas o la malnutrición auto-administrada de la mujer embarazada. La conclusión aparentemente ilógica es que maltratar al feto es considerado un acto peor que matarlo.

Los avances importantes en la ciencia reproductiva de los últimos decenios llevan a cambios profundos en la manera de considerar al feto/nasciturus. Valores y conceptos históricos se han demostrado inadecuados o incorrectos. La realidad de las técnicas de reproducción asistida, la criopreservación, la cirugía fetal y el ajuste genético demandan una respuesta al día y creíble a la cuestión de si un feto debe considerarse persona en algún momento antes del nacimiento. La cuestión ha demostrado ser no sólo de relevancia jurídica o médica, sino también una incidencia en la paz social.

5. REPRODUCCIÓN O SEXO

En general, la vida de las mujeres está condicionada por la reproducción, tanto biológicamente como socio-psicológicamente. La reproducción hace que las mujeres sean vulnerables y, en muchos sentidos, desiguales. El mero hecho de poder preñarse hace que necesiten protección contra el quedarse embarazada sin su consentimiento o conocimiento (sic)⁴⁰. Circunstancias relacionadas con la reproducción que pueden darse antes de que la mujer esté en edad reproductiva pueden condicionar su futuro, como la rotura accidental de su himen o la circuncisión o ablación. En cuanto ella deje de ser reproductiva, los resultados habidos hasta entonces aún jugarán un rol a través del estatus social y de sus posibilidades de sobrevivir. Incluso en los países más modernos e igualitarios, estos temas siguen teniendo influencia. Como consecuencia, las mujeres son la parte más involucrada en cuanto a la reproducción, aunque no se reconoce este hecho en todas las fases. Esto no quiere decir que ellas sean las únicas involucradas. En cuanto al aborto, la libertad de las mujeres para decidir si quieren embarazarse y dar a luz a un niño, ergo sus derechos reproductivos, se enfrenta al derecho a la vida del no nacido. Los defensores pro-aborto se refieren a los riesgos para la salud que conlleva el aborto clandestino⁴¹, pero consideran aún más importante la merma que significaría el

40 Una de las denuncias en el caso célebre de Julian Assange le acusa de haber tenido sexo con una mujer dormida, por tanto se refiere a la norma del derecho sueco que considera violación al tener sexo con una mujer quien no consiente o no puede consentir. Ver <http://bethgranter.com/blog/2012/08/julian-assange-admitted-to-non-consensual-sex/> acceso 12 de julio de 2013.

41 El aborto legalmente inducido parece más seguro que el embarazo que resulta en parto. (Raymond EG, Grimes DA. 2012:215-9). Antes ya se criticaron estas estadísticas por un número de razones y se concluye que el embarazo y parto, tanto antes como después de las 20 semanas, es más seguro que el aborto legal-

reconocimiento de los derechos del feto, a la libertad de las mujeres para gobernar su cuerpo (Farmer, F., 2001). Como hemos visto, los tratados internacionales, los tribunales constitucionales y las legislaciones nacionales están divididos sobre la cuestión de qué derecho debe prevalecer. En muchos casos, se da solamente una limitada protección al derecho a la vida del no nacido. En otros casos, la responsabilidad moral y jurídica de las mujeres para prevenir una fecundación no querida, queda sin relevancia jurídica. En casi todos los casos, las necesidades y la voz de las mujeres quedan infrarrepresentadas.

Ad 2: Representar a un ser humano o a una cosa: ¿quién puede decidir en nombre del feto?

En cuanto a nuestra primera pregunta vimos que, en la mayoría de los países occidentales, el estatus jurídico del no nacido se deja en un lugar a medio camino entre cosa y persona, considerándolo “una entidad legal reconocida”. También vimos que el hecho de que sea entidad legal reconocida, digna de protección legal, no hace ilegal al aborto o, para más confusión, hace al aborto ilegal pero no castigable. Nuestra segunda pregunta pretende clarificar esta contradicción en un sentido práctico. ¿Quién es el representante legal del no nacido? ¿Lo es la mujer embarazada, o la madre (puesto que ahora sí existe una distinción), o el padre, o el Estado, o el médico que cosechaba los óvulos para una fertilización asistida, o el biólogo que realizaba la fertilización, o el técnico reproductivo que seleccionaba los gametos, o los trabajadores que recogieron y procesaron el esperma? Sabemos que tanto la deontología médica como los marcos legislativos no suelen reconocer al feto como persona, pero sí reconocen su individualidad como entidad humana viva, al menos desde algún momento de la gestación. Este reconocimiento condicionado se manifiesta en la reluctancia o el rechazo que puedan manifestar los profesionales médicos en cuanto a cooperar en la práctica de un aborto, así como en leyes que restringen más el acceso a él. En general, al cualificar al feto como objeto de interés público, se le compara en realidad con otras formas de vida que puedan merecer una protección, como mencionábamos al comienzo. El reconocimiento considera al feto objeto jurídico pero no sujeto legal.

Como objeto, o “bien” jurídico⁴² el feto puede tener muchos —siempre auto-proclamados— portavoces: personas o instituciones que quieren decidir y deciden sobre su bienestar, incluso sobre su existencia. La decisión de terminar con una nueva vida humana, además de llamarse aborto puede tener otros nombres que dependen de las circunstancias bajo las que se considere el asunto. La mujer que compra una “píldora del día después” de “prevención de embarazo de emergencia” tomó la decisión de terminar con una hipotética como máximo de unas pocas células. El Estado que legaliza la venta de estas píldoras facilita esta decisión y por ello comparte las responsabilidades inherentes. El especialista reproductivo o biólogo que fertiliza un número de óvulos y, pasados unos días, descarta un número de los blastocitos resultantes por razones objetivas médicas, toma una decisión parecida. Reglas de procedimiento técnico, deontológicas y jurídicas pueden limitar el número de fertilizaciones que se practiquen y, también, cuándo y cómo descartar los embriones que sobran. También aquí la decisión la comparten muchos, igual que la responsabilidad moral y jurídica. Casi dos tercios de las mujeres del mundo actualmente residen en países con acceso al aborto por una variedad de razones sociales, económicas o

mente inducido. (Hilgers, T.W. y O'Hare, D., 1981)

42 Ver Sentencia del Tribunal Supremo 53/1985, de 11 de abril de 1985.

personales. Las leyes que regulan el aborto difieren mucho entre países. En América Latina y Europa, siete países vetan el procedimiento completamente. Sin embargo, el número de abortos ha demostrado ser un tanto independiente del permiso legal, y las tasas de aborto son similares en los países donde es “legal” y en aquellos donde no lo es, según la Organización Mundial de la Salud (OMS). Este dato importante puede deberse a la indisponibilidad de contraceptivos modernos en áreas donde es ilegal el aborto. (Sedgh, G., et al. 2012:625-32).

6. ABORTAR O NO ABORTAR ¿ES ESA LA CUESTIÓN?

Nuestra revisión sumaria de los aspectos históricos, biológicos y jurídicos del acto de terminar con la vida de un no-nacido humano resalta lo inadecuados que son muchos de los argumentos utilizados, tanto por activistas pro-aborto como los pro-vida. Por lógica, cualquier debate con la intención de avanzar hacia un acuerdo social acerca de este tema con un contenido emocional tan marcado, debería empezar por un intento metódico de clarificar los datos disponibles relevantes e identificar como tal aquellos conceptos que no son hechos, cualquiera que sea su fundamento histórico, religioso o moral/personal. No quiero decir que sea irrelevante para el debate un convencimiento personal de que debe permitirse el aborto libre porque uno siente que tal acto sería justo, o correcto, o conveniente, por no fundamentarse en datos concretos. Tampoco es irrelevante el convencimiento de que abortar es lo mismo que matar una vida humana nueva y por tanto no debería ser permitido. Ambas son opiniones personales que merecen respeto, así como voz y voto democrático, de cómo nuestra sociedad tratará el tema. Ambas posiciones serán expresadas y plasmadas a través de los representantes políticos elegidos para su defensa. Es la vía democrática. Pero, en nuestro caso hemos visto que esta vía hasta ahora no ha producido una paz social sobre el tema.

Para la comprensión del tema puede ser de ayuda la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ya hace cuatro décadas, en la que mantuvo que la Constitución garantiza el derecho a la vida desde la concepción, pero también que el parlamento puede decidir no castigar el aborto bajo ciertas condiciones, entre ellas que la mujer aceptaría un “counseling” especial diseñado para desanimar la “terminación” y a “proteger a la vida no nacida”. Este esquema divide la cuestión en tres partes, cada una con su especial énfasis:

1. La Constitución garantiza que el ser humano siempre es considerado tal, desde la concepción hasta la muerte, sin cuestionar su valor o asignarle un valor meritorio.
2. La sociedad, a través del consenso político y la legislación relevante, puede acordar dar muerte a un ser humano en ciertas circunstancias y con ciertas condiciones.
3. Los derechos de las mujeres conllevan responsabilidades, entre ellas la prevención del aborto y la protección de la vida no nacida, que por ende condicionan su autonomía.

El debate sobre el aborto sólo podrá avanzar hacia un consenso cuando todos los participantes se basen en los mismos hechos científicamente verificados y reconozcan que la cuestión no es “abortar o no abortar” sino en qué circunstancias nuestra sociedad quiere aceptar o permitir el cese de una vida. Este debate tendría

relación y efectos en otros, también esperados, sobre la eutanasia, el suicidio y la pena de muerte. ¿Consensuamos que una vida de 1 día o 2 días de edad puede ser destruida? Si la respuesta es afirmativa, entonces y sólo entonces la píldora del día después es legal. No es porque este blastocito de un día o dos no sea humano, o no sea persona, o no es viable, o no es único, o no consciente o no tiene dignidad... La acción es legal porque habremos decidido que sea legal. Lo dice la ley, nuestra ley. No obstante, nuestra ley se deslegitima si disfraza sus motivos y se esconde detrás de un razonamiento tortuoso e incoherente. Si acordamos que la responsabilidad moral del aborto puede dejarse a la madre, o a la del vientre de alquiler, o a uno o dos o tres médicos o al consejo tribal de mayores, entonces y sólo entonces, sobre la base del acuerdo socio-jurídico podremos definir el aspecto moral, no porque el acuerdo mismo sea moral, sino porque es acuerdo, es ley. Aunque sea ley, el acuerdo puede ser cambiado salvo si se trata de un derecho considerado fundamental en cuyo caso debe reflejarse en la Constitución e interpretarse por el Tribunal Constitucional. Como lo expresaba el Tribunal Supremo de EE.UU. en 1989: “La finalidad de la determinación constitucional es mantener el equilibrio entre lo que la Constitución ponga fuera del alcance del proceso democrático y lo que no” (Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490). Por ende, el interés que tenga el Estado bien en promover una nueva vida o por el contrario promover la salud de la madre — ambos intereses legítimos - debe relacionarse con un derecho constitucionalmente protegido y, si no está clara esta relación, formar parte de los temas a consultar en un proceso constituyente. Cada persona es libre de opinar sobre el asunto en sí, pero la opinión sólo puede ser legalmente relevante si antes decidimos que lo sea. Siempre será condición para esta relevancia que la decisión común se tome con conocimiento suficiente de los hechos, sin manipulaciones y de aplicación sólo en los casos previstos. También es condición sine qua non que la decisión se tome con la participación equitativa de las mujeres, un aspecto especialmente a subrayar. No es menos condición que la opinión relevante encaje en un continuo de estabilidad jurídica.

El vientre de alquiler o la maternidad subrogada constituyen ejemplos de la dificultad para llegar a una decisión común sobre la condición del feto en la actualidad. En el contrato con un útero sustituto o sucedáneo, el feto es objeto de una transacción. Así sus derechos serán traspasados a los padres titulares, muchas veces previo pago, a pesar de las prohibiciones en muchos países. Según la ley de la India, país con una industria de vientres de alquiler en auge, la madre sucedánea no tiene derechos sobre el niño ni obligaciones o responsabilidades más allá del contrato suscrito. Debe cuidar de él durante el embarazo como si estuviera cuidando al hijo de otra persona. Si abortara o dañara el nasciturus sería responsable tanto de forma civil como penal. También, el tema de la clonación humana — indirectamente relacionado pero médicamente importante— demuestra cómo de arbitraria se ha vuelto la valoración moral del aborto, con tantas instancias de decisión y tantos participantes corresponsables. El Reino Unido es uno de los países donde la clonación reproductiva está prohibida pero no la clonación de investigación, a condición de que los embriones clonados sean destruidos. También en este tema el parlamento y Gobierno británico demostraron ser flexibles en su valoración de la vida humana, y consideraron que un embrión clonado es esencialmente diferente de otros embriones. Es otro ejemplo de un acuerdo público que autoriza a eliminar cierta clase de seres humanos vivos. A pesar de una oposición manifiesta, la autoridad judicial no-política suprema británica, el House of Lords, en 2001 juzgó suficientes las razones dadas por el Gobierno para cambiar la ley de 1990 que prohibía la clonación

humana, y con su decisión facilitó su legalización, incluida la destrucción de los embriones clonados⁴³.

Está por solucionar qué hacer con los que no aceptan el acuerdo político que facilita el aborto: la minoría disidente. O mejor dicho ¿qué harán ellos? ¿Será suficiente el valor instructivo de una norma jurídica moralmente mejor fundamentada para que acepten la validez de dicha norma?

En los Estados Unidos, la dualidad en cuanto al estatus del feto es tan destacada como en Europa. El Unborn Victims of Violence Act (Ley de Víctimas no nacidas de la violencia) de 2004 castiga específicamente el abuso a un no nacido. Sin embargo, la ley contiene una provisión que explícitamente excluye al aborto, declarando que la ley no será “construida para permitir la persecución”...”de cualquier persona por conducta relacionada con el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada, o una persona autorizada para actuar en su nombre”, “de alguna persona por tratamiento médico alguno de la mujer embarazada o su hijo no nacido.” o “de mujer alguna con respecto a su hijo no nacido». Bajo la presión del debate pro-elección contra pro-vida, muchos Estados de los EE.UU. han optado por construcciones legales complicadas, con el fin de remediar en lo posible las consecuencias negativas de privar al feto del estatus de ser humano y/o persona. Por ejemplo, aunque la ley del Estado de Nueva Jersey declara que un feto no es considerado persona, en cuanto este feto haya nacido vivo “será persona y tendrá derechos legales que puedan relacionarse con eventos y circunstancias que tuvieron lugar antes del nacimiento. Estos derechos incluyen el derecho a la protección bajo la ley desde antes del nacimiento de actos ilícitos de otros”⁴⁴. Bajo la Ley de Prevención de la Violencia Doméstica (Prevention of Domestic Violence Act), en la actualidad al menos 38 Estados tienen leyes sobre el homicidio fetal. De al menos 23 Estados estas leyes se aplican a las fases más tempranas de la gestación (“cualquier estadio de gestación”, “concepción,” “fertilización” o “post-fertilización»). En ellas se da al feto el estatus de persona de forma proactiva⁴⁵. La doctrina de la “jurisdicción federal del escrutinio estricto” permitía a los Estados promulgar sus propias leyes contra el acto de abortar cometido bajo su jurisdicción, dentro del “marco trimestral”, que incorpora la definición de viabilidad a las 28 semanas. El trato del derecho a la vida y otros derechos que vemos aquí reflejado es un eco de la norma “nacido vivo” del Derecho común. Este principio jurídico considera que varias leyes criminales, entre ellas las de homicidio y agresión, sólo se aplican al niño que es “nacido vivo”. Sin embargo, considerando la evidencia científica, los tribunales estadounidenses han anulado esta interpretación restrictiva, y ahora se incluye a los fetos en útero. En Canadá, el aborto aún está gobernado por la regla “nacido vivo”, y los tribunales continúan manteniendo sus principios fundamentales. En 1996, los Law Lords (el House of Lords) confirmaron que la regla es de aplicación en el Derecho inglés pero, con cierta dificultad teórica, decidieron que en el caso del aborto se aplicarían cargos alternativos en su lugar, como el cargo de homicidio ilegal o negligente en vez de asesinato⁴⁶.

43 Ver <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200102/ldselect/ldstem/83/8308.htm> acceso 2 de agosto de 2014

44 Ver BC v. TG, Superior Court of New Jersey, Chancery Division — Family Part, Ocean County, New Jersey del 31 de enero de 2013

45 Ver <http://www.ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx> acceso 20 de julio de 2014

46 Ver Attorney General's Reference No 3 of 1994 [1997] UKHL 31, [1998] 1 Cr App Rep 91, [1997] 3 All ER 936, [1997] 3 WLR 421, [1997] Crim LR 829, [1998] AC 245 (24 July 1997), House of Lords

En los Países Bajos, a pesar de ser un país con una larga tradición de permisividad en cuanto al aborto, las contradicciones implícitas con respecto a la vida humana nacida y no nacida siguen igualmente presentes. Al aborto se le considera un crimen, pero no es penalizado bajo ciertas circunstancias, así el feto no se considera protegido bajo el artículo 2 CEDH. El Derecho penal, sin embargo, considera al no nacido igual al ser humano nacido. El artículo 82a del Código Penal declara que el feto (viable) es igual a otros seres humanos, por tanto provocar su muerte se considera asesinato u homicidio. Aun así, cuando la muerte del feto es provocada por un médico autorizado y dentro de las 24 semanas desde la concepción, no será punible. Veinticuatro semanas son el límite desde 2004, ya que se considera al feto “independientemente viable” a partir de ese momento, aunque es científicamente debatible como hemos relatado. El Derecho civil neerlandés también considera al feto persona de forma proactiva. El artículo 1.2 del Código civil de los Países Bajos dice: *“El hijo con que la mujer está preñada será considerado ya nacido siempre que su interés así lo demande. Si nace muerto, se considerará que no ha existido”*. Esto concuerda con el Derecho romano, que consideraba el niño “nacido” desde el momento de la concepción, a condición de su nacimiento sea posteriormente viable. Dista esencialmente de la figura jurídica actual española del “feto no-persona” o “bien jurídico” ya que ésta no especifica derechos proactivos.

En resumen, los derechos “fetales” se distinguen de los derechos humanos. Un número significativo de leyes y tratados internacionales establecen un derecho a la vida del feto desde el momento de la concepción o fertilización. Su objetivo es proteger al feto como otro miembro más de la sociedad, dándole estatus de “persona”. Algunos países ajustaron su Derecho constitucional a este fin. La Enmienda Octava de 1983 de la Constitución de Irlanda, también conocida como “La Enmienda Pro-Vida”, se añadió por referéndum y con una amplia mayoría del 67%. La Enmienda reconoce “el derecho a la vida del no nacido”. Aquí se manifiesta el conflicto entre la legislación del aborto y la práctica permitida en otros países europeos. Una solución para este conflicto necesita de decisiones más fundamentadas y fundamentales que un mero cambio nominal en una Constitución, por muy importante que sea. Parece necesaria una refundación del concepto socio-jurídico de la vida humana.

7. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

El aborto se presenta como tema de convencimientos y supuestos personales entremezclados con aspectos sociales, jurídicos y médicos, incluyendo también algunas aportaciones de la bioética. Desde hace decenios sigue generando una problemática que provoca propuestas de cambios por parte de alguna de las disciplinas relacionadas, que causan controversias con una o varias de las otras. Por ello, los intentos para llegar a soluciones a escala global o transnacional en la actualidad, deben considerarse no prácticos o prematuros. Tanto en los Estados Unidos de América como en Europa la legislación, los tratados y los tribunales constitucionales conjuntamente construyeron una base para que se considere persona al no nacido, es decir, una base con que dar al feto o incluso al embrión acceso a los derechos humanos. A la vez, hicieron y están haciendo excepciones a la “condición de persona” del feto y sus derechos implícitos con respecto al aborto. Por otra parte, se acepta la libertad de decisión de las mujeres, pero limitada en el tiempo o

por valoraciones médicas. En ambas construcciones legales se suele dejar abierta la posibilidad de un aborto en caso de violación o de graves riesgos para la salud de la madre.

Las decisiones judiciales al respecto difieren según los países pero, a través de las interpretaciones de los convenios internacionales sobre el aborto y temas relacionados, parece que se está llegando si no al consenso, al menos a una concreción de lo que son los datos científicos innegables que subyacen. Para ello, la antes citada decisión del Tribunal Constitucional alemán de 1975 es referente obligatorio y sus pronunciamientos han ganado autoridad internacional. La fuerza de sus aserciones se basa en su sólida lógica; la debilidad de sus pronunciamientos está en su lógica sólida... Esta contradicción se produce a raíz de la ausencia de consideración o afirmación alguna acerca del componente no lógico sino emocional del dilema que, hasta la actualidad, ha sido y es la base de lo que parece ser una divergencia de criterio difícilmente reconciliable. Para que se produzca esta reconciliación se necesita transparencia en el diálogo en cuanto a los datos manejados.

Puede concluirse que:

1. El debate sobre el aborto hasta la fecha, y con pocas excepciones, se ha basado sobre datos y conceptos en buena parte erróneos. Hemos visto que las ciencias biológicas y médicas confirman que, desde la concepción o muy poco después, la nueva vida es humana, individuo, único y viable en un desarrollo continuo y sin escalas que justificarían distinción en cuanto a su valor o dignidad. Hemos visto que las ciencias jurídicas, a través de pronunciamientos de los Tribunales de derechos humanos, del texto de Convenios de derechos humanos y de fallos de tribunales constitucionales de primera relevancia, reconoce la nueva vida, desde la concepción o muy poco después, como humana, individuo, y persona, desautorizando de esta forma cualquier distinción legal en cuanto al estatus de la vida humana desde la concepción hasta la muerte.

2. El aborto no solo es materia del derecho a la vida, sino también del derecho a la libertad de decisión y privacidad, por ende no existe contraposición entre estos derechos sino una confluencia legal y moral por especificar a través de sus límites. El derecho a la vida debe regularse en la Constitución donde también debe especificarse sus límites, entre ellos el más importante que es la muerte. La realidad de nuestra sociedad ha demostrado necesitar que la muerte en todas sus vertientes forme parte de la regulación del derecho a la vida.

3. La conflictiva realidad jurídica acerca del aborto exige un debate que se base en datos contrastados, sin excluir la posibilidad de determinar que ciertas vidas en ciertas condiciones no o ya no se considerarán titular del derecho a la vida. Este debate debería concretarse mediante un proceso constituyente.

En determinados países, el conflicto tiene una importancia tal que — antes de poder empezar el debate - requiere una aproximación y educación social y jurídica nueva, que elimine argumentos superados y medias verdades que han sido utilizados durante siglos para esconder o eludir el reconocimiento del hecho de que la muerte puede tener una función moral y social positiva y puede ser una opción a respetar. No es preciso acudir a alegaciones de que el embrión o feto humano no es persona, para justificar darle muerte. A semejanza de argumento: No es preciso acudir a alegaciones de que un ser humano ya no es humano, para su eutanasia.

Puede resultar más fructífero canalizar el debate sobre el aborto hacia la pregunta subyacente: ¿Bajo qué condiciones nuestra sociedad quiere y puede aceptar darle muerte a un ser humano? En general, ya se distingue entre varias formas y circunstancias de dar muerte, y se distingue entre aquellos que pueden dar muerte. “La ley proviene castigos muy diferentes para el asesino despiadado y encubierto quien mata por dinero, la persona alterada quien mata durante una disputa familiar, el conductor que causa la muerte de otro por accidente, o el individuo al que el sufrimiento o un trastorno ha vuelto incapaz tanto de eludir el matar como de apreciar la significación del acto. El castigo puede variar desde la muerte hasta una condena condicional o ninguna. (Horan, D.J. y Balch, T.J..1994:101).

La vida no deja entenderse sin la muerte, y nuestro ordenamiento jurídico debe reconocer esta realidad ipso facto. En relación con el comienzo de una nueva vida o con la terminación de una vida en cualquier estadio o circunstancia, la sociedad debe poder debatir y consensuar en qué circunstancias y de qué forma la muerte, dar muerte, se acepta como complemento necesario y justo de la vida.

Los resultados de este debate podrían dar más claridad sobre las vías a seguir para alcanzar un consenso en cuanto al aborto.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. Y GONZÁLEZ-MENESES, M.. *Debate sobre el Aborto*. En: Derecho Sanitario y Bioética — Cuestiones actuales. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011: p. 907
- DAWKINS, R. *El gen egoísta: Las bases biológicas de nuestra conducta*. Salvat Editores, 1990. ISBN 9788434501782
- DEVINE, P. *The Scope of the Prohibition against Killing*. En: Pojman, L.P. y Beckwith, F. J., 1994:223.
- DONCEEL, J.F.. *Catholic politicians and abortion*. Board for Social Responsibility (Working Party on Human Fertilisation and Embryology). Personal origins. America (NY). 1985, 152(4):81-3. London: CIO Publishing
- DWORKIN, R. *The Original Position*. University of Chicago Law Review, 1973,40(3):532
- DWORKIN, R. 2011. *Justice for Hedgehogs*. Boston:Harvard University Press
- DWORKIN, R.. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977. ISBN 9780674867116
- DWORKIN, R. *The Great Abortion Case*. New York Review of Books, 29 junio de 1989:49 <http://www.nybooks.com/articles/archives/1989/jun/29/the-great-abortion-case/> acceso 2 de abril de 2014
- EHRlich, P.R.. *The Population Bomb*. 1968. New York: Ballantine Books
- EXPRESS GROUP, V.FELLMAN, V., HELLSTRÖM-WESTAS, L.,NORMAN, M., WEST-GREN, M., KÄLLÉN, K., LAGERCRANTZ, H., MARSÁL, K., SERENIUS, F., WENNERGREN, M. *One-year survival of extremely preterm infants after active perinatal care in Sweden*. JAMA. 2009;301(21):2225-33. doi: 10.1001/jama.2009.771.
- FAERMAN, R. *Algunos debates constitucionales sobre el aborto (2008)*. Jura Gentium ISSN 1826-8269. <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/faerman.htm#n> acceso 8 de mayo de 2014

- FARMER, R.. *Fetal Rights' Initiatives Concern Abortion Rights Supporters*. National Organization for Women(NOW). Times. 2001, Octubre.
- FEINBERG, J.. *Social Philosophy*. Prentice-Hall, 1973:93 y s.
- FERRAJOLI, L. 2002. *La cuestión del embrión entre derecho y moral*. Jueces para la democracia. Información y debate. Madrid, 2002,44
- FINDLAY, J.K. , GEAR, M.L., ILLINGWORTH, P., JUNK, S.M., KAY, G., MACKERRAS, A.H., POPE, A., ROTHENFLUH, H.S., WILTON, L. *Human embryo: a biological definition*. Human Reproduction 2007(4):905-11. Epub 2006 Dec 18.
- GILBERT, M.J. *The Vietnam War on campus: other voices, more distant drums*. Greenwood Publishing Group, 2001:35. ISBN 0-275-96909-6, ISBN 978-0-275-96909-7
- GIUBILINI, A. Y MINERVA, F. 2011. *After-birth abortion: why should the baby live?* Journal of Medical Ethics. doi:10.1136/medethics-2011-100411
- GRIMES, D.A., Y STUART, G. *Abortion jabberwocky: the need for better terminology*. Contraception. 2010, 81(2):93-96
- HILGERS, T.W. Y O'HARE, D.. *ABORTION RELATED MATERNAL MORTALITY: AN IN-DEPTH ANALYSIS*.. EN HILGERS, T.W., HORAN D.J., Y MALL, D. EDS., *New perspectives on human abortion*. 1981:69,70
- HORAN, D.J. Y BALCH, T.J.. *No basis in Law, Logic, or History*. En Pojman & Beckwith (eds). *The Abortion Controversy*. 1994:101
- JONES, D.G..*The problematic symmetry between brain birth and brain death*. Journal of Medical Ethics 1998;24:237-242
- LAMM, E.. *La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido*. Revista catalana de dret públic, 2008(36): 195-220.
- LOCKE, J. *An Essay concerning Human Understanding* (London:1690), libro II, cap.27
- MACKINNON, C.A. *Feminism Unmodified: Discourses of Life and Law*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1987.
- MAPPE, T. Y DEGRAZIA, D. 2001. *Biomedical Ethics*, 5ª Ed. New York: McGraw-Hill.
- MCMAHAN, J.. *The Ethics of Killing:Problems at the Margins of Life*. Oxford University Press 2002: Cap.1.
- MOHR, J.C. *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy*. Oxford University Press, 1978
- NIELSEN, K. *Impediments to Radical Egalitarianism*. American Philosophical Quarterly 1981: 121-9,123-4
- NIELSEN, K. 1985. *Equality and Liberty: A Defense of Radical Egalitarianism*. New Jersey: Totowa. ISBN 0-8476-7516-5
- O'Connor, C. *Meiosis, genetic recombination, and sexual reproduction*. Nature Education 2008,1(1):174
- POJMAN, L.P. *Abortion: A Defense of the Personhood Argument*. 1994. Reimpreso en Pojman, L.P. y Beckwith, F.J. 1998:275-290
- POJMAN, L.P. *Equal Human Worth? A Critique of Contemporary Equalitarianism*. Faith and Philosophy 1991,8(4):481-504. <http://www.louispojman.com/equalworth.pdf> acceso 2 de septiembre de 2014
- POJMAN, L.P. & BECKWITH, F.J. *The Abortion Controversy*. 1994, ISBN-0-86720-956-9. Boston: Jones & Bartlett
- RAYMOND, E.G. Y GRIMES, D.A.. *The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States*. *Obstetrics & Gynecology*. 2012 Feb;119(2 Pt 1):215-9. doi: 10.1097/AOG.0b013e31823fe923
- RIDDLE, J.. *Contraception and Abortion from the Ancient World to the Renaissance*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994:62, 71-3
- SCHWARZ, S. *Personhood begins at conception*. En Pojman, L.P. y Beckwith, F.J., 1994:239
- SEDG, G., Singh, S., Shah, I.H., Ahman, E., Henshaw, S.K., Bankole, A.. *Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008*. *Lancet*. 2012;379(9816):625-32. doi: 10.1016/S0140-6736(11)61786-8. Epub 2012 Jan 19.

SINGER, P.. *Taking Life: The Embryo and the Fetus*. (from Practical Ethics) En: Writings on an Ethical Life. New York: HarperCollins. 2000:126-28 y 155-156

SPARLING, J.W. Y WILHELM, I.J.. *Quantitative measurement of fetal movement: Fetal-Posture and Movement Assessment (F-PAM)*. Physical and Occupational Therapy in Pediatrics.1993 ;12(2/3):97–114

STIRNER, M. *El único y su propiedad*.1844/1976. Buenos Aires: Libros de Anarres

TAUER, C.A.. *Abortion: Embodiment and Prenatal Development*. En L.

S. CAHILL, L.S. Y FARLEY, M. (eds.) *Embodiment, Morality and Medicine*. Dordrecht/Boston: Kluwer Academic 1995:82. También en *Personhood and Human Embryos and Fetuses*, Journal of Medicine and Philosophy. 1985,10(3):253-266

THOMSON, J.J. *A Defense of Abortion*. Philosophy & Public Affairs, 1971,1(1):47-66

TOOLEY, M. *Abortion and Infanticide*. Philosophy & Public Affairs. 1972, 2(1):40-43(37-65)

TRIBE, L. *Abortion: The Clash of Absolutes*. New York: Norton 1990.

WARREN, M.A. *On the Moral and Legal Status of Abortion*. Monist, 1973,57(1):43-61. Reimpreso en Mappes, T. y DeGrazia, D. 2001:456-463

WARREN, M.A. (1997) *Moral Status: obligations to persons and other living things*. Oxford: Oxford University Press, p. 3]

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

VIGILANTES Y VIGILADOS: PREVARICACIÓN JUDICIAL Y NORMAS SIN SANCIÓN (A PROPÓSITO DE UN CASO) (*)

Alfonso RUIZ MIGUEL

“Leyes de calidad de maná, que saben a todo lo que los jueces quieren” (Francisco de Quevedo, *Cosas más corrientes de Madrid, y que más se usan. Por alfabeto*).

“Resistir a la injusticia es un *deber* del individuo para *consigo mismo*, porque es un precepto de la existencia moral; es un *deber* para con la *sociedad*, porque [...] defendiendo el individuo su derecho defiende la ley, y en la ley el orden establecido como indispensable para el bien público. [...] todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad” (Rudolf von Jhering, *La lucha por el Derecho*).

1. PRESENTACIÓN

Este artículo analiza un caso judicial que he tenido ocasión de conocer en detalle. No es que yo haya evitado estudiar problemas jurídicos concretos y comentar sentencias. Lo he hecho en ocasiones, pues siempre me ha parecido crucial la propuesta de Norberto Bobbio de cultivar una filosofía jurídica de y para juristas. Pero nunca antes había tenido un contacto tan directo con un caso en el que, en un momento dado, la administración de justicia da en engendrar decisiones y argumentaciones tan asombrosas que resultan difíciles de creer y donde lo que comienza siendo una palmaria violación del derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de mostrar claros indicios de prevaricación judicial, termina por ser considerado por nuestro Tribunal Supremo (TS) una argumentación perfectamente razonable en Derecho.

Nada nuevo bajo el sol, se dirá. De Quevedo a Voltaire, de von Kleist a Kafka, ya sabíamos de sobra la suerte que le puede caber al pobre individuo anónimo que pide justicia. Y que no es cosa de otros tiempos ni de lugares lejanos sino un mal generalizado en esta España nuestra lo tiene escrito y requeteescrito la tan buena pluma como cabeza de Alejandro Nieto, que lleva años predicando en el desierto el secreto de Polichinela de que la independencia

(*) Este escrito se ha beneficiado de la generosa e inteligente lectura de varias personas, como Juan Carlos Bayón, Alicia González Alonso, Javier Hernández García, Liborio Hierro, Francisco J. Laporta, Fernando Molina, Enrique Peñaranda y (a quien se lo dedico, todavía con mayores agradecimientos) Purificación Gutiérrez. También debo mencionar a Carlos Aguirre de Cárcer, que llevó la dirección letrada de la querrela que luego se comentará.

y la responsabilidad de nuestro sistema de justicia son una leyenda mítica¹. Para demostrar que la responsabilidad judicial es “una ficción”, decía Nieto en un libro de 2004,

“basta examinar las estadísticas. Cuando en ciento cincuenta años se ha condenado penalmente a cinco jueces de carrera y disciplinariamente, desde que se estableció el CGPJ hace veinticinco años, se han impuesto sanciones graves a menos de media docena, no puede afirmarse seriamente que el sistema represivo funciona”².

Además de la actualización e interpretación de esos datos, que dejo para más adelante, si alguna enseñanza puedo yo añadir a las de los estudios de Nieto y otros provendrá, en el plano teórico, del planteamiento del tema en un nivel micro y de la adición de alguna perspectiva prácticamente inédita en los estudios españoles sobre la prevaricación; y, en el plano más práctico y de política jurídica, de la discusión sobre los posibles remedios, siempre difíciles remedios, para que casos claros y fáciles como el que nos ocupará pudieran dejar de ser un síntoma de una dolencia grave de nuestro sistema judicial.

2. BREVES NOTAS SOBRE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL

Antes de entrar en el relato del caso conviene sentar algunas consideraciones generales sobre la prevaricación, término que proviene del latín *varicare*, andar torcido, y que, entendida como grave “torcimiento del Derecho”³ por parte de un cargo público, constituye un delito que con unas u otras particularidades está previsto en todos los ordenamientos de nuestro ámbito de cultura⁴. En cuanto a la prevaricación judicial, que en algunos sistemas se encuadra sin más en la prevaricación en general, en España se ha configurado como un delito específico desde el código penal de 1995. Será útil tener presentes aquí los dos artículos que regulan las dos formas esenciales de la prevaricación judicial, la dolosa y la culposa, dentro del título dedicado a los “Delitos contra la Administración de Justicia”:

Artículo 446.

El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.

1 Cf. *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta etc., 2004, p. 22; también en *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008, pp. 324-325. Vale la pena ver también otros estudios de Alejandro Nieto sobre materia judicial, como *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000; *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002; *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta etc., 2010; y junto con Tomás Ramón Fernández, *El Derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona, Ariel, 1998.

2 *El desgobierno judicial* cit., p. 164; cf. también p. 222. Aunque en lo esencial tiene sin duda razón Nieto, remito a *infra*, § 7, para un análisis del insuficiente sistema estadístico judicial español y una actualización de los datos judiciales en que Nieto se basa, que proceden del estudio de M^a Inmaculada Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, tirant lo blanch, 2000, p. 544.

3 Cf. Mercedes García Arán, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 106; y Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial* cit., p. 37, n. 2.

4 Cf. Adelmo Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Turín, G. Giappichelli, 2004, cap. II. Sobre el sistema de Estados Unidos, vid. Rodrigo Lacueva Bertolacci, “La imputación de jueces, magistrados y fiscales por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo”, *Noticias jurídicas*, octubre 2002, § 10, así como los interesantes datos que proporciona Luis Esteban Delgado Rincón, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, CEPyC, 2002, p. 94, nota 24. No hay propiamente análisis de Derecho comparado en las monografías de la doctrina penal española contemporánea sobre el tema que he consultado, que, además de las citadas en la nota anterior, son otras dos: Emilio Octavio de Toledo, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980; y Ramón Ferrer Barquero, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, tirant lo blanch, 2002.

Artículo 447.

El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

En ese marco legal, mencionaré brevemente los rasgos doctrinales y jurisprudenciales más salientes sobre este delito. Ante todo, la prevaricación judicial es una conducta que atenta gravemente contra el Estado de Derecho, que nuestra Constitución se ha cuidado de fortalecer mediante cláusulas de alta densidad interpretativa, como “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (art. 9.3) o la independencia y responsabilidad de los jueces bajo el sometimiento “únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1).

Para el caso que aquí se va a analizar tampoco es de interés tratar si la noción de *injusticia* en la expresión “sentencia o resolución *injusta*” pretende o no aludir a criterios supralegales que, en el sentido de Radbruch, puedan estar en conflicto con lo establecido por el Derecho vigente. No se verá aquí tensión alguna entre Derecho y justicia, por lo que la respuesta del juez Holmes a la demanda de Learned Hand de que hiciera justicia —“Ese no es mi trabajo”⁵— habría sido impertinente: para hacer justicia en este caso bastaba cumplir la ley.

Según acreditada doctrina y repetida jurisprudencia relativa a lo que se suele denominar el *elemento objetivo* de esta figura penal, el significado central de la prevaricación consiste en dictar una resolución judicial que, sobrepasando la mera ilegalidad o simple contradicción con el Derecho, resoluble a través de recursos, añade “la vulneración del Estado de Derecho”. Tal vulneración se produce cuando existe un “grave apartamiento del Derecho en perjuicio de alguna de las partes” que pone de manifiesto “una clara irracionalidad” de la resolución, una “arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional” o un “abuso de la función” judicial, todo ello mediante una interpretación “inaceptable”, “irrazonable” o ajena a los “cánones interpretativos admitidos”⁶.

En fin, respecto de la diferenciación legal entre el tipo doloso y el imprudente, que se refiere al *elemento subjetivo* del tipo, tampoco nuestro caso exige profundizar en la cuestión de si la expresión “a sabiendas” demanda especiales elementos subjetivos del injusto (como la motivación espuria o el ánimo de perjudicar a una parte) o si, como es dominante en la doctrina penal, alude al conocimiento y la voluntad genéricamente exigibles en el dolo directo (pudiendo incluir el dolo eventual)⁷. En cuanto al tipo imprudente —equivalente, se ha dicho, a una imprudencia temeraria—, es de interés hacer dos breves observaciones: por un lado, que la configuración legal viene a reforzar la noción objetiva ya indicada de que no se trata de una mera ilegalidad sino de una violación “manifiesta” del Derecho que, como tal, traiciona cualquier interpretación razonable de sus normas; y, por otro lado, que según el estándar del TS menos exigente con la conducta judicial, mientras la modalidad dolosa no exigiría una

5 Para una versión de la anécdota, vid. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge-Mass. etc., The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 1.

6 Espigo conceptos que confluyen en el mismo núcleo semántico del ATS 12366/2010, de 19 octubre (relativo al caso Garzón y las escuchas a abogados, del que fue ponente Alberto Jorge Barreiro) y de la más reciente STS 6196/2013, de 20 diciembre 2013; ambas resoluciones remiten a su vez a varia jurisprudencia anterior (en este y los demás casos, la numeración de las sentencias corresponde a la del Roj [*Repertorio oficial de jurisprudencia*] del CENDOJ [*Centro de Documentación Judicial* del CGPJ], fácilmente accesible en Internet).

Para un análisis crítico de las sentencias del TS más notorias antes del caso Garzón (casos Varón de Cobos, Estevill, Gómez de Liaño y Raposo) es de interés ver Ferrer Barquero, *El delito de prevaricación judicial* cit., pp. 114ss.

7 Cf. García Arán, *La prevaricación judicial* cit., §§ 5-6; Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial* cit., pp. 247ss y cap. 3^o; y Ferrer Barquero, *El delito de prevaricación judicial* cit., § 4.2.

arbitrariedad “esperpéntica” o “apreciable por cualquiera”, la culposa compensaría la degradación del elemento subjetivo agravando el objetivo hasta requerir una “infracción del ordenamiento jurídico patente, grosera, evidente, notoria o esperpéntica”⁸. Aunque también podrían defenderse estándares más exigentes para los jueces⁹, este resulta más que suficiente, y hasta pintiparado, para analizar críticamente el caso que aquí nos ocupa.

3. LAS RESOLUCIONES DEL CASO Y SUS PROTAGONISTAS

La sustancia del caso se contiene en una serie de resoluciones de un mismo tribunal, una sección del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia (TSJ). Las enumeraré cronológicamente:

1) Una primera sentencia, que resuelve un caso anterior idéntico al nuestro en lo esencial, a la que llamaré la *sentencia-precedente*¹⁰.

2) La sentencia de nuestro caso, veintidós días posterior, a la que llamaré *sentencia-corta-y-pega*¹¹ porque copió la motivación y el criterio de la anterior, conforme a los que dedujo correctamente el fallo, pero trasladando también por error un párrafo con unas afirmaciones que correspondían solo a esa *sentencia-precedente*, y que sirvió de base para dictar los dos autos que siguen.

3) Un auto de aclaración, al que denominaré *auto-“aclaración”*, donde las comillas son deliberadas porque lo que el auto en realidad hizo fue dar la vuelta completa al fallo de la *sentencia-corta-y-pega* alegando sin más un “error mecanográfico”.

4) Un auto de resolución de un incidente de nulidad, siempre del mismo órgano judicial, al que denominaré *auto-incidente*, que mantiene la inversión del *auto-“aclaración”* tras aludir a una supuesta jurisprudencia anterior de la propia Sala nunca citada, ni en ningún momento anterior del proceso ni en el propio auto¹².

8 Así, la citada STS 6196/2013 (cit. *supra*, nota 6), FD 2º; cf. también García Arán, *La prevaricación judicial* cit., § 7; Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial* cit., cap. 4º, espec. pp. 434-435; y Ferrer Barquero, *El delito de prevaricación judicial* cit., § 4.3.

9 En realidad, la STS 6196/2013 admite dos interpretaciones: la recogida en el texto y otra con un estándar más exigente para el juez, según se entienda la relación entre sus FFD 1º y 2º. Mientras en el FD 2º se afirma que la prevaricación judicial imprudente requiere una infracción “patente, grosera, evidente, notoria o esperpéntica”, el FD 1º recoge el criterio procedente de la sentencia del TS en el caso Gómez de Liaño, en la que se diferenciaba genéricamente entre la prevaricación administrativa y la judicial precisamente porque en la primera, al no ser los funcionarios necesariamente técnicos en Derecho, la infracción habría de ser “esperpéntica” o “apreciable por cualquiera”, mientras que en la judicial bastaría que fuera lo bastante evidente para un intérprete cualificado del Derecho (cf. STS 2/99, de 15 de octubre [Roj: STS 6389/1999]). Pues bien, según esta conclusión del FD 1º se entienda referida a la prevaricación judicial en general o solo a la dolosa tendremos una visión más o menos exigente para el juez de la prevaricación imprudente. En la segunda opción, referida solo a la prevaricación dolosa, que es la que he aceptado en el texto, la prevaricación judicial culposa sería asimilable a la del funcionario administrativo; en la otra opción, si aquella conclusión se refiere a la prevaricación en general, se sustentaría la visión más exigente según la cual lo grosero o esperpéntico de toda prevaricación judicial, incluso culposa, podría no ser “apreciable por cualquiera” sino que bastaría que fuera evidente o notoria para un intérprete cualificado del Derecho. A esta posición más exigente para el juez, hasta casi negar la posibilidad de la imprudencia en el delito, parece abonarse la STS 4687/2012, de 29 junio, al mantener el criterio de que “es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente” (FD 4º). En todo caso, como digo en el texto, el estándar menos exigente parece más que suficiente para el caso aquí comentado.

10 STSJ PV 3427/2013, de 21 de marzo (que en la numeración propia del TSJ era la 201/2013).

11 STSJ PV 552/2013, de 22 de abril (que en la numeración del TSJ era la 256/2013); téngase en cuenta que esta sentencia cita la *sentencia-precedente* solo por su fecha (21 de marzo de 2013) y con referencia a la “APE 529/2010”.

12 El *auto-“aclaración”* es de 15 de mayo de 2013 (Procedimiento: Recurso apelación 780/2010 –Sección 3ª) y el *auto-incidente* de 24 de septiembre de 2013 (Procedimiento: Incidente de nulidad [241.1 LOPJ] 6/2013). Estas dos resoluciones se citarán aquí literalmente de manera extensa porque no aparecen en el CENDOJ (última consulta: 21 agosto 2014).

La secuencia de las tres últimas decisiones dio lugar a la presentación de una querrela por prevaricación judicial ante el TS por parte de la persona afectada, a la que la *sentencia-corta-y-pega*, siguiendo las razones de la *sentencia-precedente*, había dado correctamente la razón que luego le negaron los dos autos mencionados. La querrela fue rápidamente inadmitida a trámite.

Antes de ver en detalle las razones de la querrela y de su iter y resultado final, será útil mencionar las *dramatis personae*, que son, además de la reclamante, a quien llamaré *demandante-querellante*, el magistrado protagonista del caso, Presidente tanto de la Sección que decidió como de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, que fue firmante de las cuatro resoluciones citadas y ponente de las tres últimas, a quien denominaré el *presidente-ponente*; y otros tres magistrados, más bien acompañantes del drama, a quienes denominaré *magistrado-uno* (ponente de la *sentencia-precedente* y firmante del *auto-“aclaración”*, que falleció poco tiempo después), *magistrado-dos* (firmante de las cuatro resoluciones) y *magistrada-tres* (firmante únicamente del *auto-incidente*, en sustitución del fallecido).

4. LA QUERRELLA Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Como antes he dicho, el presente caso era fácil, pues los hechos relevantes para iniciar la investigación penal son todos documentos públicos que no exigen más que una atenta lectura. Pero como la relación entre el caso y su precedente, junto al error cometido en la *sentencia-corta-y-pega*, pueden dar una cierta sensación de río revuelto, es conveniente relatar con detalle las principales alegaciones de la querrela.

La querrela relata que el origen del proceso fue un concurso-oposición celebrado en 2007 para la obtención de una plaza de Inmunología en el Servicio de Salud de una comunidad autónoma que la *demandante-querellante*, médica con esa especialidad, no logró obtener porque a otra concursante-opositora, farmacéutica pero sin el título de inmunóloga, se le reconocieron como mérito los puntos correspondientes a la posesión de ese título por haber estado cubriendo previamente la plaza como interina. Ante el rechazo del recurso contencioso-administrativo por el Juzgado, la *demandante-querellante* recurrió en apelación ante el TSJ, que dictó la *sentencia-corta-y-pega*, en la que se revocaba la sentencia de instancia y se anulaba la resolución administrativa del concurso en lo que afectaba a la valoración de los méritos. La *ratio decidendi* se encontraba en el FJ 3º, que comenzaba remitiendo a la *sentencia-precedente*, para a continuación reproducir literalmente el conjunto de la argumentación de esta última, cuya esencia era

“que la valoración del mérito atinente a la experiencia profesional ha de entenderse en un sentido formal, es decir, requiriendo para su valoración la posesión de la titulación habilitante, y no en el sentido material, es decir, en atención a las funciones realmente desempeñadas por la aspirante”.

Por lo que se verá inmediatamente, aunque no alteran su sustancia común, dos diferencias merecen ser retenidas entre una y otra sentencia: primera, mientras en el caso de la *sentencia-corta-y-pega* la *demandante-querellante* impugnaba que a una opositora contrincante se le habían reconocido méritos sin poseer el título formal necesario, en el caso de la *sentencia-precedente* lo que la demandante había pretendido era que se le reconociera a ella como mérito el haber ejercido las funciones de la plaza aun sin tener el título formal, pretensión que fue rechazada tanto por el Servicio de Salud como por la sentencia del Juzgado y que el TSJ confirmó rechazando el recurso de apelación; y, segunda, que la plaza y la especialidad de ese primer caso no era de “Inmunología”

sino de “Técnico Especialista Documentación Sanitaria” (el punto no es sustantivamente importante, pero sí decisivo para comprender el error que operó como pecado original de todo este asunto).

Pues bien, como la *sentencia-corta-y-pega* copió prácticamente la totalidad del Fundamento de Derecho que justificaba la *sentencia-precedente*, también transcribió por error un párrafo de esta última en el que, además de hacerse referencia a la última especialidad, se afirmaba que el Juzgado de lo contencioso-administrativo había obrado conforme a Derecho al rechazar la demanda y convalidar la decisión de la Administración en el concurso-oposición¹³. Esta afirmación, que era plenamente lógica en el caso precedente, donde se había exigido siempre el título formal, era patentemente incoherente en el posterior, donde tanto la Administración como la sentencia de instancia habían pasado por alto esa exigencia.

Que la copia de dicho párrafo — antepenúltimo de la *sentencia-precedente* y penúltimo de la *sentencia-corta-y-pega* — era un palmario error lo corroboraba el último párrafo de esta, este sí lógicamente acorde con la *ratio decidendi* común a las dos sentencias, pues anunciaba la correcta conclusión deductiva del fallo con esta breve frase: “Todo cuanto se ha expuesto ha de llevar a la estimación de la presente apelación” (el cuadro de la página siguiente recoge en paralelo los puntos esenciales de una y otra sentencia).

Sin embargo, el erróneo corta y pega del penúltimo párrafo de la *sentencia-corta-y-pega* dio pie a que la Administración, interesada en mantener la validez del concurso que esa sentencia había concluido anulando, presentara un recurso que se resolvió mediante el *auto-“aclaración”* de la misma Sección del TSJ. En él no sólo se daba la vuelta al correcto fallo de la *sentencia-corta-y-pega* sino al sentido mismo del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En efecto, aunque el auto por un lado rendía honores formales al principio de intangibilidad de las sentencias para acogerse a la posibilidad excepcional de aclarar, según decía, “algún punto oscuro o suplir cualquier omisión” —lo que, como enseguida veremos, lleva a extremos impensables el citado precepto de la LOPJ—, por otro lado, tras alegar la existencia de “errores materiales de transcripción mecanográfica advertidos en el ENCABEZAMIENTO y en el FALLO”¹⁴, terminaba por invertir por completo el fallo de la *sentencia-corta-y-pega*, convirtiéndolo sin más en desestimatorio.

El Fundamento de Derecho Único del *auto-“aclaración”* merece ser cotejado con lo que dice el art. 267 de la LOPJ. Dice el primero:

“El artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), después de consagrar el principio de que los Jueces y Tribunales no pueden variar sus sentencias y autos definitivos, después de firmadas, admite, excepcionalmente, que, bien de oficio, bien a instancia de parte, puedan aclarar algún punto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga la resolución, estableciendo unos plazos perentorios que, para los órganos judiciales es el día hábil siguiente al de su publicación y cuando es a petición de parte el de los dos días siguientes al de su notificación”.

Y veamos ahora lo que dice el artículo 267 de la LOPJ:

13 En dicho párrafo (transcrito en negrita en el cuadro de la página siguiente) la única frase que la *sentencia-corta-y-pega* podría haber mantenido coherentemente de la *sentencia-precedente*, porque resumía la esencia de la argumentación anterior, era: “La vinculación de la base a un determinado título profesional y no a unas funciones es, a juicio de la Sala, evidente...”; y tal afirmación en el nuevo caso debía conducir a revocar la sentencia de instancia y a dar la razón a la *demandante-querellante*, como en efecto se hacía en el último párrafo del FD 2º y en el fallo de la *sentencia-corta-y-pega*.

Por lo demás, hago notar también que “las normas aludidas en el recurso de apelación” de que habla ese mismo párrafo no tenían nada que ver con el caso aquí comentado ni habían sido alegadas en él, pues, como he insistido, la especialidad en liza era la Inmunología y no la de “Técnico Especialista Documentación Sanitaria”.

14 En el encabezamiento sí había habido, en efecto, un error mecanográfico sin trascendencia, pues en vez del nombre de la procuradora se había repetido el de la recurrente.

Sentencia-precedente	Sentencia-corta-y- pega
<p>FDº 1º. Resuelve la apelación de X contra una sentencia del Juzgado de lo Cont-Advo que desestimó el recurso contra decisión del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma AB en un concurso-oposición a una plaza de "Técnico Especialista Documentación Sanitaria": la apelante impugna que, en el concurso, a ella no se le había computado la experiencia acreditada en tal función, ejercida durante 5 años y medio, si bien bajo la condición formal de Auxiliar Administrativo.</p> <p>(Resumen de antecedentes y alegaciones de las partes)</p> <p>FDº 2º. "La sentencia impugnada [desestimatoria] no incurre en las vulneraciones denunciadas".</p> <p>"... la controversia que se plantea en la presente alzada se reduce a dilucidar la corrección del criterio seguido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, [... donde] tanto la Administración como el Juzgado han interpretado que los servicios prestados como Técnico Especialista Documentación Sanitaria han de entenderse en sentido formal, es decir, requiriendo para su valoración la posesión de la titulación habilitante, y no en sentido material, es decir, en atención a las funciones realmente desempeñadas por la aspirante".</p> <p>"El marco de enjuiciamiento de la anterior cuestión viene determinado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia, tal y como se recoge en la sentencia de 1 de abril de 2009 (rec. 6755/2004, Ponente D. Nicolás Antonio Maurandi...)..." (siguen varios párrafos citando doctrina del TS).</p> <p>(Antepenúltimo párrafo) "En el presente caso, la base de la convocatoria es clara, en la medida en que como experiencia profesional ordena computar el período de tiempo de servicios prestados 'como Técnico Especialista Documentación Sanitaria'. La vinculación de la base a un determinado título profesional y no a unas funciones es, a juicio de la Sala, evidente, por lo que no se aprecia que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo haya infringido norma alguna de las que regulan ese concreto ejercicio profesional al convalidar la interpretación defendida por la Administración demandada. Las normas aludidas por el recurso de apelación, o no hacen referencia al título de Técnico Superior en Documentación Sanitaria, como ocurre con la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 14 de junio de 1984, sobre competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de Laboratorio, Radiodiagnóstico o, Anatomía Patológica, Medicina Nuclear y Radioterapia, de Formación Profesional de Segundo Grado, Rama Sanitaria (BOE de 18-06-1984). O bien aluden a cuestiones excesivamente vagas en relación al concreto debate planteado en la litis, como ocurre con la invocación genérica de un proceso de convalidaciones al amparo de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional."</p> <p>(Penúltimo párrafo, relativo a una alegación de la apelación sobre la buena fe)</p> <p>(Último párrafo) "Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado".</p> <p>FALLO: "Con desestimación del recurso de apelación...."</p>	<p>FDº 1º. Resuelve la apelación de Z contra una sentencia del Juzgado de lo Cont-Advo que desestimó el recurso contra decisión del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma AB en un concurso-oposición a una plaza de "Inmunología": la apelante impugna que, en el concurso, a otra concursante se le había computado indebidamente la experiencia acreditada en tal función, durante 14 años, "trabajando en el área de inmunología pero sin ninguna especialidad".</p> <p>FDº 2º. "Que la sentencia apelada procedió a desestimar el recurso interpuesto por la apelante al considerar, en su fundamento de derecho 4º, que:" (se transcribe).</p> <p>FDº 3º. Frente a la sentencia de instancia, la apelación aduce infracción de las bases de la convocatoria por el reconocimiento a otra concursante de la experiencia profesional de la especialidad de Inmunología sin contar con especialidad alguna. [La apelación se acepta porque] "La Sala ya ha declarado (así, sentencia de 21/3/13, dictada en la APE 529/2010 [la sentencia- precedente]) que la valoración del mérito atinente a la experiencia profesional ha de entenderse en un sentido formal, es decir, requiriendo para su valoración la posesión de la titulación habilitante, y no en sentido material, es decir, en atención a las funciones realmente desempeñadas por la aspirante".</p> <p>"El marco de enjuiciamiento de la anterior cuestión viene determinado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia, tal y como se recoge en la sentencia de 1 de abril de 2009 (rec. 6755/2004, Ponente D. Nicolás Antonio Maurandi...)..." (siguen los mismos párrafos que en la <i>sentencia- precedente</i>).</p> <p>(Penúltimo párrafo)</p> <p>"La vinculación de la base a un determinado título profesional y no a unas funciones es, a juicio de la Sala, evidente, por lo que no se aprecia que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo haya infringido norma alguna de las que regulan ese concreto ejercicio profesional al convalidar la interpretación defendida por la Administración demandada. Las normas aludidas por el recurso de apelación, o no hacen referencia al título de Técnico Superior en Documentación Sanitaria, como ocurre con la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 14 de junio de 1984, sobre competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de Laboratorio, Radiodiagnóstico o, Anatomía Patológica, Medicina Nuclear y Radioterapia, de Formación Profesional de Segundo Grado, Rama Sanitaria (BOE de 18-06-1984). O bien aluden a cuestiones excesivamente vagas en relación al concreto debate planteado en la litis, como ocurre con la invocación genérica de un proceso de convalidaciones al amparo de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. No olvidemos en este punto que la titulación que habilita para la prestación de los servicios como inmunóloga es la obtenida a tenor del Real Decreto 365/2004." [en negrita, los únicos argumentos del párrafo coherentes con el caso]</p> <p>(Último párrafo) "Todo cuanto se ha expuesto ha de llevar a la estimación de la presente apelación."</p> <p>FALLO: "Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Z contra la sentencia ---- , debemos: Primero.- Revocar la sentencia apelada. Segundo.- Anular y dejar sin efecto la resolución administrativa recurrida ..."</p> <p>[En subrayado, el texto copiado].</p>

“1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

4. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecido en el apartado anterior.

5. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.

6. Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado. [...]

8. No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del Tribunal o del Secretario Judicial”.

A pesar de la farragosa técnica de esta regulación, es claro que su número 1 sienta una regla general que en ningún caso autoriza la variación de las resoluciones judiciales, por lo que la completa inversión de un fallo perfectamente coherente con la fundamentación de la sentencia no puede considerarse aclaración de un “concepto oscuro”, rectificación de un “error material” ni subsanación de “omisiones o defectos”¹⁵. Por lo demás, para cualquiera que lea con una mínima atención las dos sentencias aquí en cuestión —la *sentencia-corta-y-pegas* y la *sentencia-precedente*— no podrá haber duda alguna de que el *auto-“aclaración”* aprovechó el error ya señalado de su penúltimo párrafo, que es el que tenía que haber subsanado, para alterar el fallo verdaderamente fundamentado en ella¹⁶.

Este es momento oportuno para añadir que si bien el n. 8 del artículo 267 LOPJ precluye la posibilidad de recurrir un auto de aclaración —lo que, de paso, no hace sino confirmar la modesta función para la que está pensado semejante tipo de resolución—, desde 1997 existe un incidente excepcional de nulidad de actuaciones invocable cuando no cabe otro recurso ordinario ni extraordinario. Este procedimiento especial, que se

15 Cf. Joaquín Huelín Martínez de Velasco, “El derecho a la ejecución de las sentencias. El derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto, 2000, pp. 68-71. Vid. también Luis Enrique de la Villa Gil, “Aclaración, subsanación e integración de autos y sentencias” (2001), ahora en M. C. Palomeque e I. GarcíaPerrote (eds.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Sobre la distinción entre “aclaración”, “subsanación” e “integración”, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1785-1805.

16 Alivio el texto de dos puntos no del todo irrelevantes para calibrar la incuria con que se redactó ese breve fundamento: de un lado, que ninguno de los dos plazos que en él se citan corresponde a lo que dice el texto legal hoy vigente, que desde una modificación de 2003 (LO 19/2003, de 23 de diciembre) habla no de uno sino de los dos días hábiles siguientes a la publicación para la aclaración de oficio y no de dos sino de tres días desde la petición de aclaración cuando se haga a instancia de parte (aunque para este segundo caso el auto probablemente pretendía citar el plazo de dos días que siempre han tenido las partes, pero con una confusa redacción en el sujeto de la frase); y, de otro lado, todavía más relevante, que tampoco tiene en cuenta la clara diferencia que el art. 267 hace entre los meros errores materiales y aritméticos, que pueden ser rectificadas en cualquier momento, y las omisiones o los defectos sobre las pretensiones del proceso, que si son alegadas por una parte, como ocurrió en nuestro caso, deben ser trasladadas a la otra para alegaciones, lo que sin embargo no se hizo, pues el *auto-“aclaración”* se le notificó a la *demandante-querrelante* a la vez que el recurso de aclaración de la otra parte, según se desprende del n. 3º del escrito de queja gubernativa presentado por aquélla ante el Presidente del TSJ el 19 agosto 2013 (anexo n. 8 de la querrela).

previó inicialmente para salvar “defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo”, se generalizó en 2007 frente a “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución” (art. 241.1-1º LOPJ)¹⁷. Fuera o no razón esencial de esta ampliación el intentar compensar la reforma por la que la misma ley de 2007 venía a restringir la admisión a trámite de los recursos de amparo a los supuestos de “especial trascendencia constitucional” (art. 50.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [LOTJ])¹⁸, el caso es que el incidente de nulidad ha de resolverse por el mismo órgano presuntamente vulnerador del derecho fundamental. Pero el hecho de que de esta forma coincidan exactamente vigilado y vigilante ya habla por sí solo del previsible destino del mecanismo, a mejor gloria del desperdicio de papel y de la pérdida de tiempo de los justiciables sin apreciable mejora en la defensa de derecho alguno¹⁹.

Y eso es lo que ocurrió en el caso que nos ocupa. La *demandante-querellante* solicitó en tiempo incidente de nulidad recordando los argumentos anteriores sobre intangibilidad de las resoluciones judiciales e invocando la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, con apoyo en reiterada jurisprudencia del TS y del TC²⁰. Sucesivamente, también presentó un escrito de queja gubernativa ante el Pre-

17 Vid. Disposición final 1ª Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (para la primera regulación del incidente, vid. art. 140.3, según Ley 5/1997, de 4 de diciembre).

18 Para una crítica del trueque legal sugerido en el texto, cf. A. Nieto, *El desgobierno judicial* cit. (*supra*, nota 1), pp. 329-330. En contraste, la Exposición de Motivos de la doble reforma realizada por la LO 6/2007, con un claro *wishful thinking*, afirmaba que “la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones *previo al amparo* busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”, bajo el supuesto de que la “protección y garantía de los derechos fundamentales *no es una tarea única* del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella” (cursivas mías).

19 Por las estadísticas del CGPG puede saberse el número anual de incidentes de nulidad presentados (6.589 el último año: cf. *La Justicia Dato a Dato. Año 2013*, en “Estadística judicial” de www.poderjudicial.es, p. 72), pero no el de los acogidos; en cuanto a los recursos de amparo de la Memoria del TC correspondiente a 2013 (Anexo III, p. 256) pueden extraerse los siguientes datos:

Recursos de amparo

	2009		2010		2011		2012		2013	
Inadmisión y terminación	15.434		9.991		6.400		7.338		5.884	
Admisión	82	0,5%	204	2,0%	137	2,1%	209	2,8%	264	4,3%

La literatura generada por la reforma de 2007 es abundante, la mayoría de ella crítica desde el mismo título, y me limito a citar algunos estudios significativos: Lorena Bachmaier Winter, “La reforma de la LOTJ y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal* (iustel.com), n. 13, octubre 2007, pp. 1-23; Jorge Navarro Massip, “El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso penal y el recurso de amparo: entre la inutilidad y la intrascendencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, 2009, pp. 37-48; Pablo Morenilla Allard y José Luis de Castro Martín, “Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1.º LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, n. 7784, 26 ene 2012; Alicia González Alonso, “La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la «objetivación» del recurso de amparo”, *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, nn. 139-140, 2012, espec. § 4; José Ramón Rodríguez Carbajo, “La nulidad de actuaciones (ni «incidente» ni «excepcional»)”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2013, p. 6; y Encarnación Aguilera Morales, “El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema”, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 31, 20103.

20 Se citaban las SSTC 19/1995, de 24 de enero; 82/1995, de 5 de junio; 112/1999, de 14 de junio; y la STS de 3 de noviembre de 2000 (citada erróneamente como del TC). Podría haberse añadido el claro resumen de la STS de la Sala 2ª de 2009 (caso EKIN) que también recoge abundante jurisprudencia y que me permito citar por extenso: “como hemos dicho en las sentencias de esta Sala 202/2008 de 5.5 y 892/2008 de 26.12 y auto 23.4.2007, es preciso traer a colación la reiterada doctrina de esta Sala (SSTS. 753/96 de 26.10, 1700/2000 de 3.11 (LA LEY 199901/2000), y del TC. (SS. 69/2000 (LA LEY 6733/2000) de 13.3, 159/2000 (LA LEY 8791/2000) de 12.6, 111/2000 de 5.5 (LA LEY 7519/2000), 262/2000 (LA LEY 11045/2000) de 30.10, 286/2000 (LA LEY 12000/2000) de 17.11, 59/2001 (LA LEY 3742/2001) de 26.2, 140/2001 de 18.6 (LA LEY 6997/2001); 216/2001 de 29.10 (LA LEY 8793/2001), 187/2002 (LA LEY 275/2003) de 14.10), que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado,

sidente del TSJ (art. 160.13 LOPJ) en el que se hacía notar expresamente que el único error material de la *sentencia-corta-y-pega* se hallaba en su penúltimo párrafo por la introducción de referencias normativas que no correspondían al proceso. El contenido de esta queja fue conocido al menos por el *presidente-ponente*, pues como también Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, trasladó informe al Presidente del TSJ al día siguiente de la firma del *auto-incidente* limitándose a dar cuenta de que las alegaciones de la queja se habían resuelto jurisdiccionalmente mediante dicho *auto*²¹.

¿Qué había resuelto el *auto-incidente*, redactado, recuérdese, por el mismo *presidente-ponente* y la misma sección? Pues sin entrar en ninguno de los argumentos alegados en el escrito de la parte reclamante, despachaba su rechazo con dos breves Fundamentos de Derecho, solo el primero relativo al fondo del asunto (sobre el segundo, relativo a las costas, comentaré algo más adelante). En ese fundamento, tras reconocer en su valor facial el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales del art. 267.1 LOPJ, el *auto* sin embargo dice:

“Lo que ha ocurrido en este caso es sencillo: hay un número de asuntos idénticos en su controversia jurídica en los que procedía la revocación de las Sentencias apeladas al no coincidir su criterio con el de la Sala; sin embargo, en el presente supuesto, la Sentencia apelada sigue el criterio correcto y, en consecuencia debía ser confirmada. Por error, se deslizó un fallo idéntico al del resto de los asuntos, es decir, revocatorio de la Sentencia apelada, aun cuando del contenido de la Sentencia de este Tribunal de 22 de abril de 2013 [la *sentencia-corta-y-pega*] se desprende con meridiana claridad que la Sentencia apelada debe ser confirmada.

En consecuencia, lo que ha ocurrido no es una variación del fallo por cambio de criterio como consecuencia de una aclaración, lo que prohíbe el artículo 267.1 LOPJ, sino la corrección de un error que es puramente material, habida cuenta de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 22 de abril de 2013.”

Fue semejante argumentación lo que motivó la querrela por prevaricación ante el TS. Es importante insistir en que la querrela no llegaba a calificar directamente como prevaricación la arbitraria inversión del fallo del *auto-“aclaración”* y su desconocimiento del art. 267.1 LOPJ, así como del art. 5.1 en relación con la consolidada jurisprudencia constitucional que considera la intangibilidad de las sentencias una garantía esencial del art. 24.1 CE. En la querrela, aun sin dejar de mostrar dudas sobre el *auto-“aclaración”* que remitía a la instrucción para una posible calificación distinta, se estimaba que la arbitrariedad de ese *auto*

“podría haber sido resultado de una negligencia grave, tal vez originada en una lectura precipitada y descuidada de la Sentencia, pero sin suficiente relevancia penal” (n. V de la querrela).

sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales [... que] el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, «incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad» (SSTC. 231/91 de 10.12, 19/95 de 24.1, 48/99 de 22.3, 218/99 de 24.11, 69/2000 de 13.3, 111/2000 de 5.5, 286/2000 de 27.11, 140/2001, de 18.6, 216/2001 de 29.10); [...y que] el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión” (STS 480/209, de 22 de mayo [ROJ: STS 3057/2009], FD 22º-3º; las cursivas son mías).

21 Así consta en carta del Presidente del TSJ a la *demandante-querellante* de 13 de octubre de 2013, en la que se afirmaba que la decisión judicial “constituye un límite infranqueable para el ejercicio de las atribuciones que me vienen conferidas por el Reglamento 1/1998, del Consejo General del Poder Judicial, de tramitación de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de Juzgados y Tribunales...” y se concluía con el acuerdo del archivo de las diligencias sobre el caso.

Lo que la querella consideraba prevaricador era la invención en el *auto-incidente* de una “motivación” falsa que, en vez de rectificar el único error existente en la *sentencia-corta-y-pega*, ya señalado, mantenía la inversión del fallo del *auto-“aclaración”*, pues los magistrados,

“aduciendo un cuerpo de doctrina inexistente, alegan de manera abierta una “motivación” falsa —y, por tanto, arbitraria e irracional—, claramente opuesta al sentido cabal de lo anteriormente bien justificado y decidido por el propio tribunal en el propio caso y en un caso similar precedente [...], mediante una pretendida argumentación que, al partir de premisas falsas (y falsas de modo manifiesto conforme a la propia sentencia de la que ambos Autos traen causa), es jurídicamente indefendible y arbitraria” (n. V de la querella).

Dos comentarios merecen estas afirmaciones sobre la invención de una jurisprudencia inexistente por el *auto-“aclaración”*. La primera es que, en efecto, este investigador ha intentado encontrar el citado “número de asuntos idénticos” aludidos por ese auto tanto en *West Law* como en el CENDOJ pero sin éxito alguno. Y la segunda es que, aunque existieran, nunca fueron citados en la *sentencia-corta-y-pega*, por lo que lo único existente a efectos jurídicos en el caso era la amplia y pormenorizada argumentación que aquella había copiado de la *sentencia-precedente*, al fin y al cabo la única argumentación congruente con el fallo original y frontalmente disonante tanto con el nuevo fallo del *auto-“aclaración”* como con su inexplicable confirmación en el *auto-incidente*²².

Pues bien, considerando evidente el elemento objetivo del delito de prevaricación —y tanto en lo procedimental, por consagrar la utilización de un cauce procesal inapropiado, como en lo sustancial, por mantener una decisión no meramente arbitraria sino falsamente motivada e injusta—, la querella establecía una diferencia en su elemento subjetivo. Desde luego, proponía la calificación como dolosa de la conducta del *presidente-ponente*, por estimar que, al haber sido firmante de la *sentencia-precedente* y ponente tanto de la *sentencia-corta-y-pega* como de los dos autos, además de receptor del citado escrito de queja, “necesariamente tuvo plena conciencia del carácter injusto de la resolución” del *auto-incidente*. También se calificaba como dolosa la conducta del *magistrado-uno*, de cuya firma de las cuatro resoluciones la querella afirma que “debe colegirse su conocimiento sobre el fondo del asunto”, si bien dejando a “salvo que la instrucción depare otro resultado” (sin duda, por lo que se suele denominar la firma “en barbecho”, es decir, sin entrar a analizar lo propuesto por el ponente, en cuyo caso su conducta habría sido culposa)²³. En fin, con la misma cautela sobre los resultados de la instrucción, la querella proponía la calificación de la conducta de la *magistrada-tres* (recuérdese que el *magistrado-dos* había fallecido entre los dos autos) como debida a “imprudencia grave o ignorancia inexcusable” (art. 447 CP) porque habiendo intervenido solo en el *auto-incidente* su falta de conocimiento directo de los antecedentes del caso excluiría en principio el dolo.

22 No se va aquí a intentar indagar en la intrigante cuestión de las motivaciones de la conducta del *presidente-ponente*, donde si el cambio producido por el *auto-“aclaración”* es difícilmente explicable (pues no es fácil entender por qué un claro error se “enmienda” con un nuevo y más grave error), la persistencia del *auto-incidente* en la misma posición, con la adición de un argumento tan inverosímil como el señalado, resulta todavía más inexplicable, salvo quizá, en la mejor de las hipótesis, por pura soberbia. Lástima que la inadmisión del caso por el TS haya impedido preguntar sobre cuestión tan intrigante.

23 Sobre el tema, vid. Ferrer Barquero, *El delito de prevaricación judicial* cit. (*supra*, nota 2), pp. 52-55, donde comenta la STSJ CAT 11697/1999, de 22 de noviembre, que, por lo que yo pueda saber, es hasta ahora la única condena judicial a un magistrado por una prevaricación cometida en sala como ponente (las otras dos magistradas fueron absueltas).

Antes de ver el resultado de la querella, quiero concluir comentando el FD 2º del *auto-incidente*, que decía “que no concurren méritos para efectuar expresa imposición de las costas en este incidente (art. 139 Ley 29/98)”. Aunque la querella no menciona este punto, y con razón, aquí es de interés observar que se trata de una clara infracción del Derecho vigente, pero cualitativamente diferente a la anterior en el sentido de que ésta no sugiere indicios de prevaricación.

Esta otra desatención del Derecho se produce al menos por dos razones: la primera es que la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), es inaplicable al caso porque sobre ella tiene preeminencia como *lex specialis* el párrafo 2º del art. 241 LOPJ, dedicado al incidente de nulidad, que obliga al tribunal a imponer todas las costas cuando se desestime la solicitud²⁴; y la segunda es que, de no haber operado esa relación de especialidad, el precepto aplicable habría sido el art. 139.2 LJCA, que establece como regla la imposición de costas en caso de desestimación y que solo la excepciona obligando al tribunal a razonarlo “debidamente”.

Con independencia de que la *demandante-querellante* sin duda debió agradecer que no se le añadiera un nuevo perjuicio y de que, en la mejor de las hipótesis, la inaplicación del Derecho podría deberse en este caso más a un prurito de mala conciencia que a desconocimiento, lo que me interesa destacar es la diferencia entre este tipo de incumplimiento legal y los autos objeto de la querella: mientras el primero afecta al fin y al cabo a una cuestión de carácter más bien formal y produce perjuicios menores sin afectación a derechos fundamentales, en cambio, de ser admisible la querella, ambos autos negarían el derecho a la tutela judicial efectiva de una ciudadana en un caso de grave perjuicio por no haber obtenido la adjudicación de una plaza estable de médico en la sanidad pública²⁵. En suma, mientras ante un incumplimiento formal como el de las costas sería extravagante hablar de la *injusticia* que el código penal exige en el delito de prevaricación, en cambio, ante un incumplimiento del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales que afectaban con un grave perjuicio a un derecho fundamental, la querella alegaba indicios racionales suficientes para su admisión.

5. LA INADMISIÓN A TRÁMITE DE LA QUERELLA Y SU “ARGUMENTACIÓN”

La querella, presentada el 15 de abril de 2014, fue inadmitida a trámite por la Sala 2ª de lo Penal (Sala Especial) en el rapidísimo plazo de menos de dos meses. Tras una providencia de 24 de abril en la que se designaba ponente conforme al turno, el siguiente escrito que se notifica a la interesada es el informe del Ministerio Fiscal (MF), de 23 de mayo, de apenas más de dos páginas con márgenes bien espaciados y párrafos generosamente interlineados. En ellos se daba sucinta cuenta de que haberse dictado una sentencia y dos autos, ambos impugnados mediante un escrito de incidente de nulidad y otro de queja. La “argumentación” del MF se contenía completa en este párrafo:

24 El precepto dice así: “Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros”. Por lo demás, este precepto es también *lex posterior* respecto del art. 139.2 de la LJCA, que sigue la redacción originaria de 1998 y sería el único aplicable de no existir el precepto especial de la LOPJ.

25 En efecto, como la querella justificaba detalladamente, de haberse confirmado y ejecutado el fallo de la *sentencia-corta-y-pegas* habría conducido a otorgar la plaza a la *demandante-querellante* porque, según se desprende de la sentencia de instancia del recurso contencioso-administrativo, el número de puntos jurídicamente discutidos era decisivo para el otorgamiento de la plaza a una u otra concursante.

“En cuanto al fondo del asunto, la querellante relata en su querrela una percepción subjetiva de sus procesos y de sus pretendidas irregularidades, que le llevan a considerar como ilícitos penales las resoluciones dictadas. La querellante está en su derecho a discrepar de todas las resoluciones pero no puede aspirar a que su discrepancia convierta en delitos el acto de dictarlos, pues se trata de resoluciones en modo alguna arbitrarias fundadas en razones estimables y justificables”.

Eso fue todo. Poco y mal dicho, y no ya solo en cuanto a la inmotivada negación de las arbitrariedades alegadas —*stat pro ratione voluntas*, ¡pobre Hobbes!—, sino incluso por la doble incuria conceptual de “resumir” la querrela, de un lado, en la imputación como delitos de “todas las resoluciones”, cuando aquella solo había calificado así el *auto-incidente*, y, de otro lado, en la pretensión, nunca alegada, de convertir en delito el acto de “dictarlos” (*sic*, por “dictarlas”, que también la concordancia gramatical volaba bajo en el informe, tan bajo como la mera atención a datos básicos, ya que atribuía el escrito de queja a la *magistrada-tres*). Lo que la querrela pretendía, pero quedó del todo soslayado por el MF, era que se reconociera como frontalmente arbitrario e injusto no el acto de dictar unas resoluciones, que es al fin y al cabo la función a la que los jueces están llamados, sino el contenido de uno de los autos del conjunto del proceso.

En fin, el “informe” del MF, este sí mero acto de voluntad sin contenido argumentativo alguno, se quitó de encima la querrela de un manotazo, como si de una mosca se tratara. Se trataba, sin embargo, de una ciudadana cuyos derechos, sencillamente, no fueron tomados en serio en el informe. ¿Leyó el MF con el detalle exigible la descripción de la querrela y los hechos-documentos en ella citados? Si así lo hizo, ¿comprendió lo que quieren decir términos como “arbitrariedad” y “legalidad”, o frases como “promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos” (art. 124 CE, reiterado como art. 1 del Estatuto del MF)?

En su resultado sustancial no hizo algo muy diferente el auto de inadmisión a trámite del TS (ATS 5703/2014), con fecha 10 de junio de 2014. Su forma, ciertamente, no es tan escuálida y roma como la del informe del MF, pues, aunque los márgenes del texto sigan siendo generosos, el auto tiene siete páginas y pico y, sobre todo, cuenta con un larguísimo párrafo de casi dos páginas sin un solo punto y aparte. Lástima que este sea el que contiene el “razonamiento jurídico” esencial, que en la más vetusta tradición judicial, a falta de puntos pero no de gerundios, termina operando como un insecticida de los de antes, que nubla y enrarece toda la estancia hasta contribuir a quitarse de en medio la mosca por ofuscamiento. Pero la forma estilística solo coopera a la inadmisión a trámite de la querrela, porque lo que realiza de veras el trabajo es el seguimiento del método Ollendorff, un método de enseñanza de idiomas del que en España se tuvo conocimiento en el franquismo gracias a un procurador familiar que denunció así la manera del Gobierno de responder a las preguntas parlamentarias: “tú pregunta lo que quieras, que yo te respondo lo que me da la gana”²⁶.

El art. 248.2 LOPJ dice: “Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva”. Sin embargo, en el auto del TS, el apartado de “Hechos” se evacua rápidamente en tres párrafos sucintos que pueden resumirse ágilmente: se ha recibido una querrela de X contra Y; se ha registrado la querrela y designado ponente; y se ha recibido informe del MF interesando la inadmisión a trámite. Por su parte, el contenido de la querrela, que refiere hechos y debería a su vez caracterizarse como un relato de hechos (“la

26 Cf. Miguel Ángel Giménez Martínez, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, prólogo de Juan Sisinio Pérez Garzón, Madrid, CEPyC, 2014, pp. 266267.

querella afirma que...”), se incluye en el “razonamiento jurídico primero”. Tal encabezamiento, sin embargo, no cambia la naturaleza de la operación, que es descriptiva y que, como tal, puede ser, además de verdadera o falsa, más o menos fidedigna, completa, literal, etc. En el presente caso la descripción de los hechos es incompleta y muy poco fidedigna, porque el auto hace un entresacado literal de frases de la querella entre las que falta, precisamente, lo decisivo: sus afirmaciones de que una sentencia hizo un corta y pega de una sentencia anterior de la que tomó y siguió su fundamento jurídico y con la que cometió un error de transcripción claramente referido a un caso distinto pero que sin más explicación se usó luego para invertir el fallo en un auto de aclaración, luego confirmado por otro auto que inventó una jurisprudencia inexistente y en todo caso nunca antes mencionada. Ni una sola de esas afirmaciones se recoge o se impugna en la descripción que el auto del TS hace de la querella.

Es en el larguísimo “razonamiento jurídico tercero” en el que la sala del TS hace su propio relato de los hechos del caso para calificarlos como conformes a Derecho sin solución de continuidad. Y así, sin mencionar en ningún momento la especialidad de Inmunología de la plaza en cuestión, el auto relata a su modo el asunto citando literalmente y dando por bueno el párrafo erróneamente copiado y pegado, que como se recordará se refería a otra especialidad, para asumir sin empacho que el error estuvo en el fallo de la sentencia, de modo que el TS puede concluir, ya recreándose en la suerte, que no hay el “más mínimo indicio objetivo” de arbitrariedad en los autos que la rectificaron:

“La mera lectura de la sentencia de apelación, auto de aclaración y auto resolviendo el incidente ponen de manifiesto que los Magistrados querellados no dictaron unas resoluciones injustas a sabiendas o por ignorancia inexcusable y contradicción manifiesta y palpable con el ordenamiento jurídico ni infringieron normas procesales. Por el contrario dieron una respuesta fundada, con apoyo jurisprudencial a la cuestión sometida a su consideración con error manifiesto en el fallo de la sentencia que de sus fundamentos debían haber llevado a dictar el fallo inverso... [...] De lo expuesto no aprecia esta Sala en la actuación de los querellados el más mínimo indicio objetivo de realidad respecto a la existencia del tipo penal invocado, no puede apreciarse en los autos dictados más que notas de razonabilidad ajenas a una actuación arbitraria (art. 9.3 CE) ni una resolución carente de motivación que implique un «torcimiento» del derecho, ni, en suma, una resolución injusta por su evidente contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico. De ahí debemos concluir de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal que procede la desestimación de esta querella conforme al art. 314 LECrim. por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno”.

Pues haga el lector una “mera lectura” de las resoluciones en causa y juzgue si la argumentación del TS es plausible o si más bien ha de llegar a la conclusión de que mientras el *auto-incidente* (y por referencia el *auto-“aclaración”*) trastoca el Derecho al malinterpretar la figura de la aclaración de sentencia y pretender cubrirla con una jurisprudencia inexistente, el auto de inadmisión del TS trastoca los hechos, de tal modo que en realidad no dialoga con la querella y no responde a sus argumentos²⁷. De los *rule-skeptics* a los *fact-skeptics*, esa lectura alternativa del conjunto del caso sería una lección completa de realismo jurídico, aquí con una moraleja de añejo sabor hispano: que los hijos de ferroviario no pagan billete.

Aunque las diferencias entre verdad o corrección oficial y real, así como la libertad de crítica a las decisiones judiciales, sin duda lo permitirían, no se afirma aquí (como tampoco se ha hecho en ningún otro lugar de este escrito) que el *auto-“aclaración”* o el *auto-incidente* incurran en prevaricación. Para la crítica que pretendo es suficiente afirmar que en el caso había suficientes indicios racionales de prevaricación que justi-

27 Naturalmente, las relaciones entre hechos y Derecho son más trabadas de lo que indican literalmente las dos fórmulas anteriores, que valen solo como resumen de las líneas de fuerza dominantes en las respectivas resoluciones del TSJ y del TS.

ficaban el inicio del proceso penal. El auto de inadmisión del TS ha impedido ese paso mediante unas afirmaciones que no tocan los puntos nodales denunciados en la querrela, afectando así al derecho constitucional al ejercicio de la acción penal²⁸. Y lo que ahora quiero plantear es la hipótesis de que, debido a la forma de negar la existencia de cualquier indicio de prevaricación en el caso, mediante una descripción inexacta de los hechos que viene a aceptar la argumentación del tribunal acusado, el auto de inadmisión pudiera presentar también indicios de prevaricación. Lo que, si así fuera, no sería más que una manera de volver a plantear la vieja pregunta de Juvenal, *Quis custodiet ipsos custodios?*.

6. LA TEORÍA DE LAS NORMAS SIN SANCIÓN: LA CLAVE DE BÓVEDA DEL IMPERIO DE LA LEY

La pregunta por la vigilancia de los vigilantes permite destacar la peculiar naturaleza de la prevaricación judicial como cierre o “clave de bóveda”²⁹ del mecanismo sancionatorio de un sistema jurídico bajo el imperio de la ley. El tema atañe a la también *vexata quaestio* del papel de las sanciones en el Derecho, que no por casualidad está conectada a una igualmente vieja y persistente disputa sobre el alcance de la soberanía del Estado. Por plantearlo muy sencillamente, se diría que un sistema jurídico en el que ciertos incumplimientos graves de la ley no están jurídicamente sancionados carece de un rasgo esencial del Estado de Derecho, precisamente del sometimiento al imperio de la ley de todas las personas y comportamientos.

La disputa histórica tiene una vertiente conceptual que conviene despejar antes de entrar en sus detalles sustantivos. Para no remontarnos a los antecedentes escolásticos, la posición más rotunda e intuitiva sobre el tema, claramente formulada por John Austin en el siglo XIX, es que una norma es jurídica cuando, establecida por un soberano, está respaldada por una sanción coactiva. Pero la existencia de normas sin sanción, que resulta extraño no considerar jurídicas cuando figuran entre las últimas y más importantes (piénsese en la obligación del Jefe del Estado de promulgar las leyes y, en general, en la inviolabilidad e irresponsabilidad jurídica de los monarcas), dio lugar a la conocida respuesta kelseniana de que las normas jurídicas se caracterizarían no por estar acompañadas de una amenaza de sanción sino por establecer ellas mismas la sanción, con independencia de que para evitar el regreso al infinito la última sanción de la cadena no puede ser obligatoria sino facultativa. Probablemente esta última es una posición más útil como definición de la normatividad jurídica, en especial porque da satisfacción a la vieja visión de la soberanía como potestad jurídica por encima del Derecho (el soberano como *legibus solutus*) sobre la que se teorizó el Estado moderno³⁰.

28 El 4 de septiembre la misma Sala del TS, con los mismos componentes que en el auto de inadmisión, ha procedido a desestimar el recurso de súplica presentado por la *demandante-querellante*: vid. ATS 7408/2014, en el que, tras un “Razonamiento jurídico primero” que esboza un entresacado del recurso ininteligible para cualquiera ajeno a los antecedentes del caso, en el segundo razonamiento se concluye que “resulta patente” que las alegaciones de la querrela y del recurso “recibieron respuesta pormenorizada en el razonamiento tercero del auto de esta sala...”.

Aunque carezco del humor necesario para intentar constatar el índice de admisiones de recursos de súplica, no creo que me equivoque mucho si supongo que rondará el cero. Y, al igual que el actual incidente de nulidad por violación de derechos fundamentales, sería recomendable su supresión sin más, salvo que el legislador pretenda o finja dar la imagen de que ofrece remedios procesales pero sin que sirvan para nada.

29 Cf. A. Nieto, *El desgobierno judicial* cit. (*supra*, nota 1), p. 232.

30 Sobre el argumento de la soberanía, con distintas variaciones y aditamentos, véase Jean Bodin, *Les Six Livres de la République* (1576), París, Fayard, 1986, I, viii, pp. 192-199; sobre lo que puede verse mi comentario en *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2009, pp. 171-173, espec. notas 2 y 4); Immanuel Kant, *En torno al tópico «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no para la*

Ahora bien, reconocer las virtudes definitivas de esa teoría no obliga en absoluto a dar el paso ulterior, que tantos autores han dado a lo largo de la historia, desde Bodino hasta Kelsen, pasando por Kant, de que esa es necesariamente la única visión posible del Derecho. Los argumentos para ello son dos, relacionados entre sí. El primero, relativo a la naturaleza de la soberanía, afirma que si el soberano está jurídicamente limitado, entonces es que en realidad, conforme a la definición, no es soberano, siéndolo en cambio aquel que tiene la capacidad de sancionar al primero. Este argumento se contesta rápidamente denunciando su petición de principio, pues es bien posible que no exista soberano en el sentido de la definición inicial y que toda conducta está sometida al Derecho, que es, precisamente, el modelo del Estado de Derecho, que requiere una noción diferente de soberanía. Aceptado este punto de vista, la existencia de personas no sometidas al Derecho y de normas sin sanción es un rasgo posible pero no necesario de todo Derecho, pues podría haber también sistemas jurídicos en el que todas las personas están sometidas al Derecho y todas las normas vienen acompañadas en último término con una sanción.

El segundo argumento para sostener que la existencia de normas sin sanción es inevitable en todo Derecho apela al regreso al infinito. Si para ser jurídica toda norma ha de ser sancionada por otra norma, que a su vez, para ser jurídica, ha de ser sancionada por otra norma, ese proceso debe acabar necesariamente en una última norma no sancionada. En último término, así pues, el Estado de Derecho no podría descansar más que en un *fiat*, en la buena voluntad del último órgano llamado a sancionar sin que él mismo pudiera ser a su vez sancionado. Este argumento también es inconcluyente, al menos desde un punto de vista teórico, pero analizarlo con más detalle nos conduce de lleno al tipo penal de la prevaricación judicial y a los problemas que plantea³¹. El primero de los cuales es que la falta de sanción de una prevaricación judicial es a su vez una nueva prevaricación cuya falta de sanción es otra prevaricación y así sucesivamente hasta el infinito.

En realidad, como mostró claramente Hart en su estudio sobre las normas autorreferentes, no existe ningún obstáculo lógico en que una norma establezca de manera indefinida una sanción por su incumplimiento recursivo, como hacen precisamente las normas de nuestro código penal que sancionan la prevaricación. Ciertamente la autorreferencia sería absurda si la norma dijera *solamente* algo como lo siguiente: “El que incumpla la presente norma será castigado con la pena de X”; ya que tal norma carece de significado por la vaciedad de su contenido. Pero una norma como la que pena la prevaricación dice algo distinto, similar a lo siguiente: “Está prohibido incumplir gravemente cualquier norma, incluida esta, bajo la pena de X”. En esa y otras formulaciones semejantes, se establece una prohibición en cadena por la que el incumplimiento del deber de sancionar a quien ha incumplido la norma A puede dar lugar al deber de san-

práctica» (1793), III (“De la relación entre teoría y práctica en el Derecho político [Contra Hobbes]”), trad. cast. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, pp. 40-46.

Sobre las normas sin sanción, remito a John Austin, *El objeto de la jurisprudencia*, (ed. rev. 1885), trad. cast. de J. R. de Páramo, Madrid, CEPyC, 2002, pp. 36-37, 46-49, 198-200 y 249-250; Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y el Estado* (1949), trad. cast. de E. García Máynez, México, UNAM, 1979, § I.B.j.1; y *Teoría pura del Derecho* (2ª ed. en alemán, 1960), trad. cast. de R. J. Vernengo, México, UNAM, § 5.a, esp. p. 39; trad. cast. de 2 Norberto Bobbio, “Derecho y fuerza” (1965), en *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, XV.6.

31 Nos podría conducir también al bien diferente tema de la inviolabilidad y consiguiente exención de toda responsabilidad del rey en un sistema como el nuestro, sobre lo que no es cuestión de ocuparme aquí salvo para decir que, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, se trata de un rasgo justificado porque no “decide” las normas que firma (de donde la necesidad del refrendo para la validez de sus actos), mientras que en lo que afecta al resto de sus acciones es sin duda un residuo histórico tan justificado o injustificado como la propia existencia de la monarquía pero por ello mismo, como se justifica en el texto, no necesario.

cionar por el incumplimiento de la norma que obliga a sancionar, deber que de ser incumplido puede dar lugar a un nuevo deber, y así sucesivamente hasta el infinito, sin que esa remisión normativa al infinito sea viciosa ni problemática, al menos desde el punto de vista del deber ser jurídico sustantivo³².

No hay en ello un problema sustantivo, pero, como ha visto bien el penalista (y también excelente filósofo del Derecho) Fernando Molina, sí puede aparecer un obstáculo procedimental importante:

“...la cadena se trunca por arriba debido a la limitación de las normas procesales de competencia. Si el número de personas que pueden juzgar penalmente a otros es limitado, el incumplimiento de sus respectivas obligaciones por todos ellos, aun siendo una hipótesis altamente improbable, pone un límite máximo a la cadena normativa. Por ello la norma que se dirige al último escalón de la judicatura para que sancione al escalón anterior que a su vez no sancionó al anterior, etc. [...], carece de sanción, y no se trata de una mera cuestión de facto, sino de una consecuencia del límite máximo impuesto por el propio ordenamiento a través de normas procesales, aunque la norma penal en principio no parezca limitada. [...]

En la realidad de nuestro ordenamiento la cadena normativa conectada a un delito es bastante corta y comprende, si no me equivoco, sólo cinco normas para la generalidad de los ciudadanos, que podrían elevarse a seis según como se interprete el art. 61-4º LOPJ, y habida cuenta que la Sala 2ª del Tribunal Supremo está compuesta por 14 Magistrados y un Presidente. (Sólo serían cuatro normas para la mayoría de Jueces y Magistrados, y sólo tres para algunos magistrados del Tribunal Supremo y otras altas autoridades de la nación). Estas cinco normas, en el caso del Homicidio serían: la primaria (deducible del 138 CP y del propio art. 15 de la Constitución) que prohíbe al sujeto matar; la secundaria del art. 138 CP en relación con el art. 82-1º LOPJ que obliga a la Audiencia Provincial a juzgar y, si se cumplen los presupuestos procesales de la LECrim., sancionar a quien ha matado; si la Audiencia voluntariamente no sanciona el delito pese a cumplirse los requisitos procesales, la norma terciaria del art. 446. 3º CP (prevaricación judicial) en relación con el 73.3.b LOPJ, obliga al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad a juzgar, y en su caso condenar a los magistrados de la Audiencia (salvo el presidente de ésta o de alguna Sala) que dictaron la resolución injusta; la norma cuaternaria del mismo art. 446.3º CP en relación con el 57-3º LOPJ que obliga a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a juzgar, y en su caso sancionar, a los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia que, pese a cumplirse los requisitos de fondo y procesales oportunos, no hubieren a sabiendas condenado a los Magistrados de la Audiencia Provincial; y por último una norma quinquenaria del art. 446.3º CP en relación con el 61-4º LOPJ que obliga a una sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala, y los Magistrados más antiguo y más moderno de cada Sala (que no sean a su vez reos de la prevaricación), a juzgar y, en su caso sancionar a los Magistrados de la Sala 2ª que, a sabiendas, no hubieren sancionado a los magistrados del Tribunal Superior de Justicia prevaricadores, pese a cumplirse todos los requisitos de fondo y forma para ello. Por encima de ésta no hay norma alguna porque no hay más destinatarios posibles del tipo de prevaricación del art. 446.3º³³

Aunque coincido con Molina en la sustancia de su conclusión³⁴, puede tener interés teórico explorar una interpretación alternativa de la LOPJ que mantendría la cadena *ad infinitum* mediante el recurso al círculo. Así ocurriría si se interpreta que la Sala de la norma quinquenaria es susceptible de ser juzgada por prevaricación por la Sala que según el art. 57.2 de la LOPJ tiene la competencia general para juzgar a los magistrados del TS, es decir, a la Sala 2ª (excluidos los miembros que, por ser comunes, hubieran participa-

32 Cf. Herbert L. A. Hart, “Self-referring laws” (1964), en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 170-172: a mi modo de ver, la aclaración fundamental de Hart reside en destacar que la serie infinita no es de normas sino de deberes y violaciones.

33 F. Molina, *Antijuridicidad y sistema del delito*, prólogo de G. Rodríguez Mourullo, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2001, p. 618, nota.

34 Con la salvedad, ciertamente menor, de que el agotamiento del número de magistrados requerido para proseguir la cadena es al fin y al cabo una cuestión de hecho, pues depende no sólo de su número legal en abstracto (los componentes del órgano, según la norma), sino también de su edad y salud, del ritmo de renovaciones, de la duración de los procesos, etc., factores que hacen en principio indefinido el número concreto de magistrados que de hecho ocupan el órgano: en tal sentido, la frase de Molina de que “el número de personas que pueden juzgar penalmente a otros es limitado” es ambigua y, según se entienda, no necesariamente verdadera. Sin embargo, para un caso concreto, sería prácticamente casi imposible que el número de magistrados pudiera ser indefinido sin que el caso acabara antes por prescripción.

do en ninguno de las sucesivas prevaricaciones), la que a su vez podría ser juzgada por la sala quinquenaria (que ahora actuaría ya como septenaria), y así sucesivamente, de modo que las dos salas operarían como vigilantes recíprocos. ¿Funcionaría semejante esquema?

La situación parece formular un típico dilema del prisionero. A diferencia del caso penal habitual en el que el comportamiento de A se ve disuadido por la amenaza de un B situado en posición superior (lo que se aplica también a la norma cuaternaria), aquí A y B están en una posición similar de amenaza recíproca: como en el “Duelo a garrotazos” de Goya, la solución mejor para cada uno sería permanecer armado mientras el otro se desarma (que quedaría en la peor situación posible), lo que hace imposible la solución cooperativa de desarme mutuo y deja como única estrategia dominante o más racional la estrategia no cooperativa de amenaza mutua. Aparentemente, esta sería la estrategia impuesta por la ley, y la más favorable para el Estado de Derecho, si su resultado fuera la disuasión mutua de incurrir en prevaricación. Sin embargo, dada la iteración indefinida de la situación —junto al posible compañerismo o, en todo caso, al cultivo tradicional del espíritu de cuerpo—, la teoría dice que la estrategia dominante sería precisamente la opuesta, mucho menos favorable al Estado de Derecho, de cooperación para la evitación de acusaciones mutuas, conforme a la cual los jugadores no se amenazan realmente entre sí y la disuasión de la prevaricación es ineficaz³⁵. Los datos empíricos que luego veremos parecen corroborar esta última posibilidad.

Hasta aquí la teoría, que puede resultar extravagante para la práctica. En efecto, en la práctica resulta extremadamente inverosímil suponer que se podría recorrer la escala más allá de uno o dos peldaños en la acusación a magistrados por prevaricación³⁶, y en el caso aquí analizado sería muy poco sensato que alguien aconsejara a nuestra *demandante-querellante* que continuara un proceso por prevaricación contra el auto desestimatorio del TS con ninguna probabilidad de éxito. Pero precisamente por su inverosimilitud práctica, la teorización anterior puede tomarse como una especie de experimento mental que nos permite mirar de una manera más fresca una realidad muy vieja y ver que, por bien establecido que esté en teoría, un sistema que deja en manos de los propios jueces el exigirse a sí mismos la debida responsabilidad es muy improbable que pueda cumplir su función. Dentro de sus distintas y graves insuficiencias, que enseguida se señalarán, así parecen indicarlo los datos empíricos existentes sobre persecución en España del delito de prevaricación judicial. Y ello plantea la pregunta de si hay alguna vía de solución para asentar adecuadamente la clave de bóveda del Estado de Derecho, de modo que las normas que sancionan a los vigilantes no sean solo, o fundamentalmente, normas papel mojado.

7. LA PRÁCTICA DE LAS NORMAS SIN SANCIÓN: ¿CUÁNTAS PREVARICACIONES JUDICIALES?

El recuento de las escasas sentencias del TS por prevaricación judicial de 1870 a 1997 fue realizado en la tesis doctoral de Ramos Tapia con el resultado de diez casos, solo tres de los cuales concernientes a jueces de carrera³⁷. La actualización de esos

35 Cf. Morton D. Davis, *Introducción a la teoría de juegos*, Madrid, Alianza, 1971, pp. 122ss.

36 De los 95 autos del TS recogidos en el apéndice 2, sobre los que luego se hablará, si no estoy equivocado, solo uno sube dos escalones en la acusación por prevaricación (el ATS 6002/2014, que inadmite una querrela por prevaricación contra el presidente de un TSJ por haber inadmitido una querrela por prevaricación contra un juez).

37 Cf. el cuadro realizado por Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial* cit., p. 544, que, aunque refiere como primer caso uno de 1883, parece que toma como punto de partida de su investigación la fecha de 1870 (cf. p. 29, así

datos por mi parte ha sido ardua incluso sin ser exhaustiva. Vale la pena comentar el camino que he tenido que recorrer para hacerse una idea de las graves carencias de nuestro sistema estadístico judicial, a pesar de todas las previsiones legales que lo rodean (vid. arts. 461 LOPJ y 247ss LECrim). En abstracto, parece sencillo contar con una estadística diferenciada por tipo de delitos sobre asuntos incoados y asuntos resueltos, distinguiendo en estos entre absoluciones y condenas. En el caso de la prevaricación judicial sería todavía más sencilla porque la competencia en primera instancia se divide claramente entre dos tipos de órganos: (a) el TS, que juzga a los magistrados del propio TS y a los de los TSJs y de la Audiencia Nacional; y (b) los 17 TSJs, para el resto de los jueces y magistrados (cuyas sentencias y autos de sobreseimiento libre son a su vez recurribles en casación ante el TS, conforme a los arts. 847-849 LECrim).

Pues bien, no hay una estadística judicial afinada (ni rigurosa, como se verá enseguida) sobre los delitos de prevaricación judicial. No existe un tratamiento global para todos los tribunales, y en el caso del TS ni las estadísticas del CGPJ ni las de las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado (FGE) permiten obtener datos concretos sobre tal delito³⁸. Sólo el apartado sobre “Fiscalías de las CCAA y Fiscalías provinciales” de esas Memorias viene suministrando algunos datos, aunque de una forma que deja mucho que desear, probablemente debido a que el patrón dominante parece ser mostrar la carga de trabajo de la fiscalía, medida en número de asuntos despachados. Hasta 2013, la única información sobre prevaricación judicial aportada en las estadísticas de estas Memorias, desagregada por provincias, era el número de diligencias previas (es decir, de asuntos iniciados), cuyos totales se resumen en el cuadro siguiente³⁹:

Memorias FGE (Diligencias previas)										
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Prevaric. jud.	94	95	68	55	68	108	149	?	433	368
Total	3.427.587	3.561.782	3.318.954	3.801.061	4.089.207	4.054.306	3.512.517	3.827.183	3.502.559	3.540.953
%	0,003	0,003	0,002	0,001	0,002	0,003	0,004	?	0,012	0,010

(las cifras de la tabla de 2011 son claramente erróneas: cf. *Memoria FGE 2012* II.II.1, pp. 70-71)

Solo la Memoria de 2013 ha incluido por vez primera nuevos cuadros, siempre desagregados por provincias, cuyos totales resumo en la siguiente tabla⁴⁰:

como p. 22, del “Prólogo” de J. M. Zugaldía). Dicho cuadro concluye con una sentencia de 1996, por lo que no incluye el caso “Gómez de Liaño”, aunque sí lo considera en el texto (y en un Anexo, que añade la sentencia del TS, el voto particular y un comentario de la autora: cf. pp. 545-613).

38 Así, por un lado, el CGPJ da la cifra total del “Movimiento de asuntos” ingresados, resueltos y en trámite, incluyendo también “Sentencias”, por la Sala de lo Penal del TS y sus Salas especiales —que conocen, además de los conflictos de competencia, de las causas de aforados—, pero sin desagregación por delitos (cf. *La Justicia Dato a Dato. Año 2013* cit., p. 35). Por otro lado, en la información sobre el TS de las Memorias de la FGE las cifras sobre las “causas especiales incoadas” (las relativas a personas aforadas) no distinguen entre magistrados y otros altos cargos. Para hacerse una idea de la pobreza de estos datos, tras navegar por distintos cuadros y gráficos, lo más concreto que podemos averiguar sobre la actividad del TS el último año disponible, 2012, es que hubo 45 causas especiales (de las cuales 29 por denuncia y 16 por querrela); que se prepararon un total de 3.456 recursos de casación, junto a la cifra de los preparados y los aportados por el MF; que, dentro de los recursos de casación anunciados por el MF, desistió en 43 de los 111 interpuestos y hubo sentencia estimatoria en 18; y, en fin, que de los interpuestos por el MF por infracción de ley, 5 correspondieron a homicidio, 10 a drogas, 2 a detención ilegal/estafas, y 1 a otras ocho materias (cf. *Memoria FGE 2013*, I.II.1.2.1, p. 73 del pdf, así como II.II.1.2, en “Hoja1” de Excel; los datos de este último gráfico se recogen también en los comentarios del vol. I, cf. p. 77).

39 Los datos siempre corresponden al año anterior de cada Memoria y pueden encontrarse en la página de la Fiscalía General, por lo general bajo el título “Datos compendiados a escala nacional” en el cap. II de su volumen II. Advierto que en esos cuadros se distingue siempre entre “prevaricación judicial” y “prevaricación judicial por imprudencia”, aunque en mi reelaboración se suman las dos cifras.

40 Cf. *Memoria FGE 2013*, II.II.1, respectivamente apud “Nacional-Previas”, “Nacional_PA_inc”/“Nacional_PA_cal”, “Nacional_DI”, “Nacional_Sentencias” y “Nacional_Incoados”, de la hoja Excel.

Memoria FGE 2014 (datos de 2013)						
	Proced. incoados	Diligencias previas	Diligencias investigación	Proced. abreviados		Sentencias
				<i>incoados</i>	<i>calificados</i>	
Prevaric. jud.	386	368	83	7	6	50
Total	3.971.768	3.540.953	13.897	225.937	167.625	231.849
%	0,01%	0,01%	0,60%	0,003%	0,004%	0,02%

¿Qué nos dicen todos estos datos? No gran cosa, salvo la exigua importancia de este delito en el conjunto, confirmada por la todavía más exigua cifra de casos de prevaricación que terminan dando lugar a la iniciación del procedimiento previsto (que es el abreviado: arts. 757ss LECrim) y en sentencia. No obstante, si las cifras relativas son bajas, la cifra absoluta de 50 “sentencias” en 2013 es sorprendentemente alta porque —salvo que, de forma impropia, incluya autos de inadmisión a trámite y de sobreseimiento— no corresponde en absoluto con las sentencias que pueden encontrarse en el CENDOJ⁴¹. En todo caso, se trate estrictamente de sentencias o no, la estadística no da nunca resultados más finos (si son absolutorias o condenatorias, si el fiscal acusó o apoyó la acusación, etc.).

Ante las anteriores carencias, y para intentar completar y ampliar la información de Ramos Tapia, decidí acudir al buscador de jurisprudencia del CENDOJ tras superar la tentación de abandono por la escasa fiabilidad de mis primeras prospecciones. Haciendo búsquedas que pudieran pecar más por exceso que por defecto y expurgando los resultados mediante la lectura de cada una de las resoluciones, he obtenido dos tipos de información, que se refleja en sendos apéndices⁴².

En el Apéndice 1 se enumeran las 21 sentencias sobre prevaricación desde 1999 hasta la actualidad, en concreto, desde la sentencia del caso “Gómez de Liaño” (que Ramos Tapia no incluye en su cuadro, aunque sí tiene en cuenta en apéndice): este listado, que incluye las tres sentencias dictadas por el TS en primera instancia, las 18 por TSJs y, en

41 En efecto, aparte de los resultados de la investigación por mí realizada, que consta en los dos apéndices que enseguida se comentan en el texto, la búsqueda en el CENDOJ de sentencias de todos los TSJ para “prevaricación judicial” en todo 2013 da cuatro resultados, de los cuales solo uno corresponde realmente a tal delito (la STSJ CAT 2856/2013). Y los datos son muy similares para 2012, donde la memoria del FGE reporta 48 casos y de la búsqueda en el CENDOJ se obtienen también cuatro resultados y uno sólo efectivamente correspondiente a dicho delito, casualmente también del TSJ de Cataluña (la STSJ CAT 7531/2012).

42 Por si alguien tiene curiosidad de conocer la metodología seguida, las búsquedas en el CENDOJ se han hecho mediante los siguientes campos: Apéndice 1) (a) “Jurisdicción: penal”, “Tipo de resolución: Sentencia”, “Tipo de órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal”; “Fecha desde: 01/10/1999”; “Fecha hasta: 31/07/2014”; “Texto a buscar: Prevaricación judicial” (49 resultados); (b) “Jurisdicción: penal, especial”, “Tipo de resolución: Sentencia”, “Tipo de órgano: Tribunal Supremo”; ídem para fechas y texto a buscar (391 resultados); Apéndice 2) “Jurisdicción: penal, especial”, “Tipo de resolución: Auto”, “Tipo de órgano: Tribunal Supremo”, “Fecha desde: 01/10/2009”; “Fecha hasta: 31/07/2014”; “Texto a buscar: Prevaricación judicial” (266 resultados). Con esos campos, de un total de 706 resultados solo los 135 autos y sentencias reflejados en los dos apéndices resuelven acusaciones de prevaricación judicial.

En todo caso, como digo en el texto, el expurgo ha sido muy laborioso. Por un lado, el campo “Texto a buscar” discrimina muy poco en las búsquedas sin entrecomillar (pase que si uno pide “admisión” o “admisiones”, incluya también muchos documentos con inadmisiones, puesto que “inadmisiones” contiene “admisiones”, pero que ocurra lo mismo a la inversa ya resulta menos explicable) y demasiado en las entrecomilladas (así “«prevaricación judicial»”, a diferencia de “prevaricación judicial”, deja escapar bastantes casos, seguramente porque en ellos la expresión no aparece textualmente; no obstante, puede dejar pasar casos de prevaricación administrativa si en los fundamentos ésta se compara con la judicial). Por otro lado, en los resultados de cada búsqueda, que contienen siempre el número, el órgano, el ponente, etc., se incluye un ítem de “Resumen” que sólo en ocasiones es suficientemente explícito (aunque muy excepcionalmente, dependiendo del ponente, puede resultar detalladísimo). En fin, se trata de un buscador manifiestamente mejorable.

su caso, los recursos de casación frente a ellas, comprende presumiblemente todas las condenas y absoluciones por prevaricación en el período.

Aunque en estos últimos 15 años ha habido más condenas que en los casi 130 años anteriores (11 frente a 10), y el número de casos también es más alto en términos relativos, ambas cifras llaman la atención por su escasa entidad. Esta valoración se confirma si pasamos al análisis del Apéndice 2, que solamente recoge una parte de los autos de admisión o inadmisión a trámite en la materia. Su limitación es doble: por un lado, solo busqué autos del TS, que afectan a las causas iniciadas contra magistrados allí aforados, los cuales son 210 según la última estadística, esto es, un 4 por ciento de los 5.211 jueces y magistrados españoles⁴³; por otro lado, limité la búsqueda a los autos dictados entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 de julio de 2014, que siendo la tercera parte del período considerado en el apéndice anterior puede considerarse representativa y extrapolarse indicativamente, al menos en lo que a los autos de inadmisión del TS se refiere: ello daría una cifra total de unas 280 causas iniciadas en los últimos quince años, de las cuales habrían terminado siendo inadmitidas a trámite un 97 por ciento; y, teniendo en cuenta los 3 únicos casos que constan con sentencia, todavía otro 2 por ciento del total habría acabado en autos de sobreseimiento y archivo tras la admisión: en suma, un uno por ciento de admisiones.

¿Qué hay detrás de ese abrumador número de inadmisiones a trámite, que es presumible que se repita también en los TSJs? De mi análisis cualitativo puedo proporcionar algunos datos objetivos, distinguiéndolos de las hipótesis o conjeturas que dejan abiertas. Datos objetivos son que el MF interesa la inadmisión a trámite sistemáticamente, también en los pocos casos en los que el TS ha terminado admitiendo (así, además de los de Garzón y el de Gómez de Liaño, el del ATS 5309/2012). Lástima que los autos del TS rarísima vez recojan el contenido de esos informes (como excepción, véase ATS 8672/2013), pero el caso concreto que aquí se ha analizado permite cargar la prueba en favor de la conjetura de que el trámite se evacúa sin especial sustancia argumentativa.

Otro dato objetivo, que puede observarse en el resumen del final del Apéndice 2, es que las inadmisiones siguen básicamente dos patrones distintos: mientras casi la cuarta parte de ellas se dictan sin mayores consideraciones por haberse presentado mediante mera denuncia y no por querrela, más del 70 por ciento se responden con alguna argumentación sobre los hechos alegados y el Derecho aplicable (el resto se rechazan expeditivamente por no contener relación de hechos o por falta de competencia del TS). No es fácil saber cuántas de aquellas denuncias se han repetido después como querrela⁴⁴, pero lo que me interesa destacar aquí es el extremo formalismo del criterio seguido por el TS, que aplica ritualmente el artículo 406 de la LOPJ, según el cual

“el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá iniciarse por providencia del Tribunal competente, o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular”.

Sin embargo, los autos que he visto no hacen nunca mención del art. 407 de la misma Ley, que dice:

43 Cf. *La Justicia Dato a Dato. Año 2013* cit., p. 11.

44 La dificultad proviene sobre todo de la discutible opción de ocultar los nombres y referencias de los querrelados en las resoluciones judiciales publicadas, que es pauta común en los principales países del continente europeo. Me parece preferible el sistema anglosajón, seguido también por el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sólo oculta los nombres de los actores por excepción (*Roe v Wade*, por ejemplo), ya que, con un criterio como el nuestro no se habría podido tener noticia de Marbury ni de Madison.

“Cuando el Tribunal Supremo, por razón de los pleitos o causas de que conozca o por cualquier otro medio, tuviere noticia de algún acto de Jueces o Magistrados realizado en el ejercicio de su cargo y que pueda calificarse de delito o falta, lo comunicará, oyendo previamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, a los efectos de incoación de la causa. Lo mismo harán, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias.»

Yo daba por supuesta la vigencia del principio según el cual nuestro proceso penal puede, y hasta debe, iniciarse de oficio⁴⁵, pero ninguno de los casos que he visto ha dado lugar a tal tipo de incoación. Con alguna contada excepción poco relevante⁴⁶, estos autos siguen un sencillo molde calcado en el que no aparece mencionado traslado alguno al MF ni referencia a su eventual informe. Ignoro si de todos modos tales trámites se producen, aunque los autos no lo digan expresamente, pero de lo que podemos estar seguros es de que el MF nunca ha avanzado querrela (lo que por lo demás habría sido extraordinario, cuando resultan prácticamente inéditas sus adhesiones a las querellas de los perjudicados, presumiblemente más y mejor argumentadas). Todo sumado, cabe concluir que la actitud del TS ante estas denuncias es de evacuación expeditiva y meramente burocrática, en franco descuido del mencionado principio de la iniciación de oficio del proceso penal.

Si dejamos a un lado las *denuncias*, los autos que desestiman la admisión de *querellas* constituyen, como he dicho, más del 70 por ciento de los casos. Como en el caso que aquí hemos analizado, su patrón formal es similar: formulando como “Hechos” la presentación de la querrela, la referencia a la designación de ponente y la posición del MF, la descripción de los hechos que fundamentan la acusación se emprende en la parte dedicada a “Razonamientos jurídicos”. Tras esa descripción, suelen hacerse unas consideraciones muy similares, cuando no idénticas, sobre la naturaleza jurídica del delito de prevaricación judicial. El auto se cierra silogísticamente con una “Parte dispositiva” en la que, tras declarar la competencia del tribunal y antes de decretar el archivo de las actuaciones, se inadmite la querrela mediante una fórmula como “no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno”, “por entender que los hechos contenidos en la misma no revisten indiciariamente naturaleza delictiva” o similar. Otro dato objetivo es que solamente en uno de los autos aquí analizados el TS consideró necesario abrir pieza separada para examinar si había mala fe procesal por la carencia de fundamento de la querrela⁴⁷, una decisión que no alcanza a aclarar mis dudas sobre si la carencia de todo indicio de delito y la carencia de fundamento de la querrela es un caso de identidad de los indiscernibles.

No hay ni puede haber datos objetivos, sin embargo, sobre en cuántos de esos autos la descripción del TS se corresponde de manera fidedigna con los hechos for-

45 Cf. Lacueva, “La imputación de jueces...” cit. (*supra*, nota 4), § 5.1; y Eladio Escusol Barra, *Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. La responsabilidad en la función judicial: Jueces, Tribunales y Estado. Posición del Ministerio Fiscal*, Madrid, Colex, 1989, p. 195.

46 Así, de los 21 ATS rechazados por tratarse de mera denuncia (vid. el Apéndice 2), sólo hay variaciones formales en dos casos (AATS 11084/2011 y 7558/2013), pero sin que tampoco conste referencia al informe del MF y siempre con el mismo resultado de archivo.

En contraste, aunque no es del TS, sí es relevante, al menos formalmente, el diferente y más cuidadoso tratamiento que aparece en esta argumentación de un Auto de inadmisión del TSJ de Andalucía: “Exigiéndose por el artículo 406 de la Ley orgánica del Poder Judicial para poder incoar causa por responsabilidad criminal contra Jueces y Magistrados a instancia de un particular que por éste se ejercite la correspondiente acción mediante querrela, que es requisito inobservado en el presente caso, en el que lo presentado es una mera denuncia y dado que el Ministerio Fiscal, por estimar que «prima facie» los hechos no son constitutivos de delito, tampoco cree procedente ejercitar la acción penal mediante la correspondiente querrela, [...] deberá acordarse el archivo de las actuaciones” (ATSJ AND de 23 septiembre 2000 [cuyo Roj, por error, es STSJ AND 13227/2000]).

47 Y efectivamente así lo consideró, imponiendo una multa al querellante, el ATS 8357/2013, de 18 sep., en relación con el ATS 4796/2013, de 20 de mayo, que inadmitió la querrela.

mulados en la querrela y, por tanto, si esta es real y palmariamente infundada. Desde luego, no excluyo en absoluto tales casos, pues la inadmisión a trámite me ha parecido bien convincente en varios de ellos: valga por todos la querrela presentada contra el Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por haber convocado un pleno de tal Sala con motivo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la doctrina Parot⁴⁸ en el que se adoptó una interpretación de tal sentencia que luego avaló el propio TS. Pero en otros casos no he podido evitar preguntarme si no estaremos ante argumentaciones *ad hoc* similares a las del caso aquí analizado, en el que, como se ha podido ver, el relato de los hechos de la querrela —y la lectura de las sentencias y autos concernidos— muestra suficientes indicios racionales de prevaricación sin que el TS haya sabido o querido leerlo así.

¿Es el caso aquí analizado una golondrina que no hace verano o, por el contrario, sugiere que el que hace un cesto hace ciento? ¿Es una patología o forma parte de la fisiología del sistema? Los datos anteriores y el análisis que permiten no constituyen evidencia de que el rey esté desnudo, pero sí pueden sembrar un grave manto de duda sobre nuestro sistema judicial. Porque para conjeturar que se juzgan menos casos de prevaricación judicial de los que se debería, al desenfadado donaire con el que el TS ha resuelto el caso aquí considerado se pueden añadir razones sociológicas bien acreditadas, como el reducidísimo número de jueces juzgados y, todavía más, condenados por ese delito en nuestra historia, el corporativismo y el compañerismo profesionales, el amplio margen de la horquilla que va de la difícil observancia del *nemo iudex in propria causa* (pues “la ropa sucia se lava en casa”, pero de hecho no se lava) hasta la tentación de los intercambios de favores entre iguales (“hoy por ti y mañana por mí”), lo inverosímil de que tantas y tantas querrelas sean producto de la mala fe o de la incompetencia de los abogados, la tendencia a la autoprotección colectiva ante el temor de que el reconocimiento de prevaricaciones desprestigie todavía más a nuestra administración de justicia, o en fin, por qué no decirlo, la lenidad judicial ante la más usual y probable motivación de este tipo de delitos, la soberbia (que es también, quede dicho, el pecado capital de los profesores)⁴⁹.

48 Caso *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013.

49 Un buen conocedor de nuestro sistema judicial como Alejandro Nieto corrobora las generalizaciones del texto: “Las sanciones, tanto penales como disciplinarias, no parecen responder a los comportamientos enjuiciados sino a presiones mediáticas o políticas y a relaciones personales que van desde la amistosa tolerancia que roza con el encubrimiento al celo implacable que evoca descarados ajustes de cuentas” (*El desgobierno judicial* cit. [*supra*, nota 1], p. 231-232); “Lo más grave es, no obstante, la agudeza auditiva o, por el contrario, la sordera del instructor. Porque hay casos en que percibe lo más leves deseos de una parte (si es que no se adelanta a ellos) en otros nada oye y se niega terminantemente a escuchar. Hay perjudicados que se desgañitan y presentan escrito tras escrito, denunciando incumplimiento de trámites, situaciones ilegales intolerables y todo va a parar, sin ser leído, a la fosa común de las reclamaciones que carecen de salvoconducto personal... [...]. Bienaventurado el que tiene acceso directo al juez, porque sólo él verá su pleito benévola y puntualmente concluido” (*ib.*, p. 51: cf. en similar sentido p. 92); “... cuando los autores [de conductas corruptas] son los jueces, entonces no se trata sólo de desviar la mirada sino de cerrar voluntariamente los ojos y de taparse los oídos. Y es que su espíritu corporativo y su afán de defender a ultranza la imagen de la carrera les impiden ver lo que están haciendo mal y, si lo tienen que ver, se consideran obligados a taponarlo como si de un pecadillo vergonzoso se tratara” (*ib.*, p. 89); “en España la responsabilidad [judicial] no ha pasado nunca —ahora como antes— de ser una ficción (o, en su caso, un mecanismo perverso de ajuste de cuentas y represión política)...” (*ib.*, p. 163); “es más fácil que pase un camello por el ojo de una aguja que prospere una querrela por prevaricación (salvo, naturalmente, que intervengan presiones políticas o mediáticas)” (*ib.*, p. 165).

Como contrapunto, Javier Hernández García me hace notar que la punición de la prevaricación judicial *imprudente* podría ser uno de esos casos de hipercriminalización que en la práctica terminan generando hipopunición, al alentar una cultura judicial autoprotectora frente al riesgo generalizado de prevaricar por imprudencia. Valga como explicación, pero que en absoluto justificaría la falta de persecución de casos en los que existan claros indicios de dolo e, incluso, en los que la imprudencia sea esperpéntica.

Esos son los argumentos que apoyan mi hipótesis de que se producen bastantes más prevaricaciones de las que se reconocen judicialmente. Si hay argumentos en contra, no meras afirmaciones, estoy dispuesto a discutirlos y, si son convincentes, aceptarlos.

8. ¿QUÉ HACER? EPÍLOGO PARA UN POSIBLE FUTURO

El viejo problema de quién vigila a los vigilantes tiene sentido solo cuando se prefiere el gobierno de las leyes sobre el de los hombres. Pero como las leyes tienen que aplicarlas los hombres y al final no hay más que hombres, lo que puede garantizar el gobierno de las leyes no es tanto la buena voluntad humana como las instituciones capaces de alentar las conductas correctas. En el ámbito que aquí comentamos cabe pensar en general en dos tipos de instrumentos institucionales: la transparencia y los controles externos.

La transparencia de las decisiones judiciales suele buscarse mediante obligaciones legales relativas a la motivación de las resoluciones y su publicación o a la oralidad de los juicios. Esta última condición se podría cumplir volviendo al sistema del antejuicio, aunque debería garantizarse la audiencia también a la parte querellada y excluirse la posibilidad de inadmisión a trámite⁵⁰. Como política de transparencia también podría incluirse la publicidad de los expedientes judiciales a efectos de investigación científica y periodística, siempre bajo un compromiso de confidencialidad sobre datos personales. Y ayudaría a la transparencia el contar con un sistema de información estadística rico y depurado. Tras los análisis aquí realizados resultará claro que en España queda mucho por hacer en este último punto, pero también que las virtudes en la motivación y la publicación de las resoluciones judiciales tienen sus límites cuando los hechos no son fidedignamente relatados⁵¹.

Los controles externos parecen en teoría más prometedores. El control externo más obvio y apropiado para los casos de prevaricación judicial es, sin lugar a dudas, el jurado⁵² (de la posible instrucción por los fiscales, en nuestro país y con nuestra tradición, mejor no hablamos, y menos para los casos de prevaricación). Seguramente por eso, y por el enorme poder de los jueces, ese delito se excluyó de los juzgables por jurado en la ley de 1995. En su programa a las Elecciones generales de 2004, aquellas que no pensaba poder ganar, el PSOE llevaba un epígrafe sobre “Una justicia responsable” con el siguiente renglón: “Los juicios por delitos y faltas cometidas por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones serán competencia del Jurado”⁵³. Cuando luego ganó, “miró al soslayo, fuese y no hubo nada”, sin que volviera a repetir semejante promesa en los dos programas sucesivos⁵⁴. Con todo, a la vista de los datos que aquí se han recopilado, que

50 Cf. Lacueva, “La imputación de jueces...” cit. (*supra*, nota 4), § 4; sobre el anterior sistema de antejuicio, cf. también Escusol, *Estudio...* cit. (*supra*, nota 45), pp. 199-201.

51 Por lo demás, sobre las posibilidades y dificultades de superar la distancia entre *insiders* y *outsiders* en el sistema penal estadounidense es de gran interés Stephanos Bibas, “Transparency and Participation in Criminal Procedure”, *New York University Law Review*, 81/3, junio 2006, pp. 911-966.

52 Así lo propuso Vicente Gimeno Sendra en su voto particular a la STC 156/1989, de 5 de octubre de 1989.

53 Vid. “Merecemos una España mejor. Programa Electoral. Elecciones Generales 2004” (pdf en Internet, p. 44).

54 En el programa de 2008 se comprometía la elaboración de “un sistema integral de responsabilidades de todos los funcionarios y profesionales que intervienen en la Administración de Justicia” (vid. “Motivos para creer. Programa electoral. Elecciones generales 2008”, pdf en Internet, p. 274), que por lo que yo sé no se llevó a cabo; y en el de 2011 se afirmaba todavía más genéricamente que “desarrollaremos los instrumentos necesarios para garantizar la responsabilidad de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones” (“Programa electoral. Elecciones generales 2011”, pdf en Internet, p. 126).

muestran un alto número de querellas en la materia, buena parte de ellas frente a magistrados del TS, las objeciones que tal reforma suscitaría resultan obvias, sobre todo porque tras ella el número de querellas aumentaría exponencialmente. Y si para evitar esa proliferación se dejara como filtro un sistema de inadmisiones a trámite como el actual, pues más valdría no enredarse con trampantojos y ahorrarse el viaje de la reforma.

No obstante, aunque hace tiempo que dejé de creer en las utopías, por si, dadas las debidas condiciones, una mano política inocente y más confanzuda quisiera cerrar bien la clave de bóveda del imperio de la ley, se podría seguir defendiendo el sistema de jurado si se estableciera un filtro de admisión diferente. Uno de los argumentos más presentables para excluir la prevaricación judicial del juicio por jurado es que tal delito puede tener un carácter técnico inidóneo para los legos en Derecho. Siguiendo ese argumento, para el enjuiciamiento de jueces podría darse la vuelta al criterio actual —que excluye del jurado a casi todos los profesionales del Derecho para evitar su prevalencia sobre los legos— y reservarlo solo para licenciados en Derecho, salvo los activos en los tribunales. En cuanto a la admisión a trámite, se podría pensar en una comisión ajena al cuerpo judicial, por ejemplo de juristas académicos, llamada a decidir mediante un mecanismo similar al de la admisión de artículos para revistas científicas, como las dos evaluaciones doble ciego, es decir, anonimato tanto del evaluador como del evaluado. El sistema podría funcionar y, tras el lógico aumento de querellas los primeros años, seguramente la justicia —y no solo en lo que se refiere a prevaricaciones— sería mucho mejor. Pero como la propuesta es tan razonable, seguro que nunca se realizará.

Dos comentarios para terminar, uno relacionado con la transparencia y otro con los controles externos. En algún momento abrigué alguna duda sobre la conveniencia de escribir este artículo. Si la hipótesis de la alta lenidad ante la prevaricación judicial, siendo probable, fuera de alguna novedad para jueces, fiscales y abogados, su publicidad podría tener efectos perversos al desalentar tanto el comportamiento judicial correcto como, quizá, el combate jurídico contra el incorrecto. Pero si, como es más de temer y asegura Alejandro Nieto, estamos ante el secreto de Polichinela, la denuncia podría ser como clamar en el desierto. Para un pre-pos-moderno como yo la duda estaba ya resuelta desde *¿Qué es la Ilustración?* Ejercer la libertad de hacer uso público de la propia razón no garantiza que la verdad nos haga libres o, en una versión posterior de la idea, que sea revolucionaria. A lo que puede aspirar un ilustrado, aun desencantado, es a que la falsedad y la ocultación no nos hagan más esclavos.

El último comentario. El caso concreto aquí estudiado no ha terminado del todo porque tiene pendiente la resolución de un recurso de amparo. La pregunta de si todavía hay jueces en Madrid, bien pertinente para la persona perjudicada, es de tan incierta respuesta como la de si hubo jueces en Berlín, que tiene variadas versiones, y no todas tan edificantes como la que concluye con el triunfo del imperio de la ley sobre Federico II. Si el caso concluyera mal, sería una buena muestra de que la tutela judicial efectiva no está ahora suficientemente garantizada en nuestro sistema, pues a la escasa viabilidad de las querellas por prevaricación se uniría el defectuoso engranaje entre el prácticamente inútil incidente de nulidad ante el propio órgano y la muy difícil admisibilidad de los amparos. Lo que dejaría abierta solo la posibilidad de una última pregunta, quizá de tarda respuesta: si todavía hay jueces en Estrasburgo. Si el caso fuera tan lejos y yo estuviera todavía por aquí, prometo dar noticia de la respuesta.

APÉNDICES

Apéndice 1. Sentencias sobre prevaricación judicial (1 octubre 1999 - 31 julio 2014)

Instancia (Roj)	Fecha	Contra / (acusación)	Fallo	Casación (Roj)	Fecha	Fallo casación
STS 6389/1999	15 oct	Juez Juzgado Instrucc Central STS (caso Gómez de Liaño, asunto Sogecable)	Condena (dolo; cont.) (1 VP)			
STSJ CV3775/1999		Juez Instrucc Novelda (Valencia) (obstrucción derecho defensa etc.)	Absolución	STS 8178/2001	23 oct	confirma
STSJ CAT 11697/1999	22 nov	Magistr AP Barcelona (caso Raposo, alterar reparto y auto injusto)	Condena (dolo)	STS 9695/2001	11 dic	confirma
STSJ CV 1523/2000	28 feb	Magistrs 1ª Inst titular y sustituta Valencia (resol injusta jurisd voluntaria-familia)	Absolución	STS 1364/2002	26 feb	confirma
STSJ CAT 16566/2001	15 nov	Juez Vigil. Penit. Barcelona (caso Manzanares; retraso malicioso permisos)	Condena (dolo)	STS 8596/2003	20 ene	confirma
STSJ AND 18287/2002	9 jul	Juez 1ª Inst La Palma del Condado (Huelva) (resol civil injusta)	Condena (dolo)	STS 3466/2004	20 may	confirma
STSJ CAT 4000/2003	27 mar	Magistr AP Barcelona (Caso Juan Poch, por resol mercantil injusta por amistad)	Condena (dolo; continuado)	STS 4520/2004	28 jun	confirma
STSJ AND 251/2005	28 ene	Juez 1º Inst Málaga (por abrir expte gubernativo en propia causa)	Condena (culpa)	STS 6979/2006	15 feb	confirma
STSJ CAT 10/2005	3 ene	Juez Instrucc Barcelona (caso Pascual Estevill, por detención injusta, etc.)	Condena (dolo; continuado)	STS 6187/2006	31 jul	confirma
STSJ AND 2/2007	20 mar	Juez Instrucc Málaga (liberación injusta preso)	Condena (dolo)	STS 923/2009	3 feb	confirma
STSJ AND 783/2008	7 ago	Juez Instrucc Marbella (1º caso De Urquía)	Condena (dolo)	STS 1636/2009	23 mar	casa y absuelve
STSJ MU 2407/2008	23 dic	Juez 1ª Inst e Instrucc (caso Ferrín Calamita, por retardo malicioso agrav)	Absolución	STS 7693/2009	30 oct	casa y condena (dolo)
STSJ AND 12841/2010	18 jun	Juez Instrucc Marbella (2º caso De Urquía)	Condena (dolo; continuado)	STS 1114/2012	28 feb	confirma dolo; casa cont.
STSJ CAT 11130/2010	30 dic	Juez 1ª inst e instrucc sustituta de prov Barcelona (imprud auto busca y captura)	Absolución			
STSJ CAT 4324/2011	28 abr	Juez Paz prov Tarragona (retardo malicioso)	Absolución			
STSJ AND 8132/2011	13 oct	Juez Juzgado familia Sevilla (caso Serrano, atraer competencia ilegalmente)	Condena (culpa)	STS 4687/2012	29 jun	casa y condena (dolo) (2 VP)
STS 414/2012	9 feb	Juez AN (caso Garzón-escuchas abogados; vid. Apénd 2, ATS 1662/2010)	Condena (dolo)			
STS 813/2012	27 feb	Juez AN (caso Garzón-franquismo; vid. Apénd 2, ATS 6901/2009)	Absolución (1 VP)			
STSJ CAT 7531/2012	4 jun	Juez sustituta prov Barcelona (imprud por errores graves calific delitos)	Absolución			
STSJ CAT 2856/2013	18 mar	Juez sustituta Tremp (Lérida) (retardo malicioso, falsedad documental y otros)	Absolución	STS 727/2014	25 feb	confirma
STSJ CAT 28 feb 2013 (no consta en el CENDOJ)		Juez (suplente) Instrucc Santa Coloma de Farners (internamiento ilegal extranjeros)	Condena (culpa)	STS 6196/2013	20 dic	confirma

Acusación contra acto:

en Juzgado	18	85,7%
en Tribunal	3	14,3%

Resolución TS en

1ª instancia	3	16,7%
Casación	15	83,3%

Fallo en 1ª inst:

Condenas	13	61,9%
Absoluciones	8	38,1%

Fallo en casación:

Condenas	11	73,3%
Absoluciones	4	26,7%

Autos catalogados erróneamente como sentencias en el CENDOJ (1 octubre 1999 - 31 julio 2014)

STSJ CAT 8093/2000	16 jun	Juez Instruc Barcelona ("Caso Casinos")	Sobres. libre
STSJ AND 13227/2000	23 sep	Juez 1ª Inst (mera denuncia)	Inadmisión
STSJ CLM 2157/2002	14 ago	Magistr-Juez 1ª Inst e Instruc	Inadmisión
STSJ PV 1006/2005	10 mar	Magistr de ? (mera denuncia)	Inadmisión

Apéndice 2. Autos TS inadmisión y admisión (1 octubre 2009 - 31 agosto 2014)

	Roj	Fecha		Contra	Decisión/motivo	
1	ATS 14040/2009	13 oct		Magistr-Juez Menores AN	Inadmisión	1
2	ATS 15120/2009	13 nov		Magistr-Juez AN	Inadmisión	2
3	ATS 177/2010	28 ene		Magistr-Juez AN (caso Garzón-cursos NY); archivo por ATS 729/2012	Admisión	
4	ATS 1662/2010	2 feb		Magistr-Juez AN (caso Garzón-escuchas a abogados); condena por STS 414/2012	Admisión	
5	ATS 1101/2010	4 feb		Magistrs Sala penal AN	Inadmisión	2
6	ATS 2920/2010	1 mar		Magistrs Sección TC	Inadmisión	1
7	ATS 4201/2010	18 mar		Presid Sala 2ª TS	Inadmisión	1
8	ATS 6243/2010	7 may		Presid Sala 2ª TS	Inadmisión	1
9	ATS 6244/2010	10 may		Presid y 1 Magistr Sala 2ª TS	Inadmisión	1
10	ATS 6862/2010	24 may		Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	2
11	ATS 6863/2010	26 may		Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	2
12	ATS 7046/2010	27 may		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ	Inadmisión	2
13	ATS 7067/2010	4 jun		Presid TS	Inadmisión	2
14	ATS 7068/2010	8 jun		Magistr-Juez AN	Inadmisión	2
15	ATS 9169/2010	14 jun		Magistrs TC, Sala 3ª TS, Sala cont advo TSJ Madrid	Inadmisión	1
16	ATS 8715/2010	28 jun		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ Madrid	Inadmisión	1
17	ATS 9492/2010	7 jul		Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	2
18	ATS 9378/2010	13 jul		Presid TSJ	Inadmisión	2
19	ATS 9379/2010	13 jul		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ	Inadmisión	2
20	ATS 10963/2010	7 sep		Magistrs Sala cont-advo TSJ	Inadmisión	1
21	13679/2010	27 sep		Magistrs TSJ Murcia	Inadmisión	1
22	ATS 11985/2010	30 sep		Magistrs TSJ Galicia	Inadmisión	2
23	ATS 14280/2010	15 oct		Presid y la mayor parte Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	1
24	ATS 14786/2010	22 oct		Magistrs TSJ Asturias	Inadmisión	3
25	ATS 14787/2010	11 nov		Magistrs Sala cont-advo TSJ País Vasco	Inadmisión	1
26	ATS 16645/2010	3 dic		Magistrs Sala cont-advo TSJ Madrid	Inadmisión	1
27	ATS 4149/2011	10 feb		Magistrs Sala civil y penal TSJ Andalucía	Inadmisión	1
28	ATS 7713/2011	17 feb		Magistrs Sala 3ª TS	Inadmisión	2
29	ATS 4146/2011	10 mar		Magistr-juez Instr AN	Inadmisión	1
30	ATS 3463/2011	21 mar		Magistr Sala social TS	Inadmisión	1
31	ATS 4268/2011	28 mar		Magistrs Sala cont-advo TSJ Madrid	Inadmisión	1
32	ATS 4266/2011	26 abr		Magistrs AN	Inadmisión	2
33	ATS 4900/2011	3 may		Magistrs Sala cont-advo AN	Inadmisión	1
34	ATS 4872/2011	13 may		Magistrs TC	Inadmisión	2
35	ATS 6025/2011	20 may		Magistr-juez Instr AN	Inadmisión	3
36	ATS 7339/2011	31 may		Presid y Magistrs Sala 3ª TS	Inadmisión	4
37	ATS 6027/2011	8 jun		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ Aragón	Inadmisión	2
38	ATS 7343/2011	27 jun		Presid Sala 3ª TS	Inadmisión	1
39	ATS 9363/2011	6 sep		Magistrs Sala penal AN	Inadmisión	1
40	ATS 10806/2011	19 sep		Magistrs TC	Inadmisión	1
41	ATS 9934/2011	26 sep		Magistr-Juez AN	Inadmisión	1
42	ATS 11084/2011	30 sep		Presid y Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	2
43	ATS 9948/2011	6 oct		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ	Inadmisión	1
44	ATS 12474/2011	24 nov		Magistr-Juez AN	Inadmisión	1
45	ATS 13235/2011	7 dic		Magistr-Juez AN	Inadmisión	1
					(./...)	

	Roj	Fecha		Contra	Decisión/motivo	
46	ATS 401/2012	19 ene		Magistrs Sala 3ª TS	Inadmisión	2
47	ATS 729/2012	13 feb		Magistr-Juez Juzgado AN (caso Garzón-cursos NY)	Archivo por prescripción	
48	ATS 1824/2012	9 feb		Magistr-Juez AN	Inadmisión	1
49	ATS 3844/2012	15 mar		Magistr Sala cont-advo AN	Inadmisión	1
50	ATS 5312/2012	9 abr		Magistrs Sala civil y penal TSJ Andalucía	Inadmisión	2
51	ATS 5309/2012	10 abr		Magistr Sala civil y penal TSJ Canarias (vid. <i>infra</i> ATS 798/2013)	Admisión	
52	ATS 5697/2012	23 may		Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	1
53	ATS 6031/2012	24 may		Magistr Sala 2ª TS	Inadmisión	1
54	ATS 8095/2012	29 jun		Magistr-Juez AN	Inadmisión	1
55	ATS 8307/2012	16 jul		Presid y Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	3
56	ATS 7816/2012	16 jul		Presid y Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	1
57	ATS 8577/2012	7 sep		Magistr Sala 1ª TS	Inadmisión	2
58	ATS 9130/2012	19 sep		Magistr Sala cont-advo TSJ	Inadmisión	1
59	ATS 9619/2012	9 oct		Magistr Sala cont-advo TSJ Galicia	Inadmisión	1
60	ATS 11645/2012	13 nov		Magistrs Sala cont-advo TSJ Madrid	Inadmisión	1
61	ATS 11646/2012	15 nov		Magistrs Sala cont-advo TSJ Galicia	Inadmisión	1
62	ATS 12347/2012	19 nov		Magistrs Sala cont-advo TSJ Andalucía	Inadmisión	1
63	ATS 12660/2012	17 dic		Magistrs Sala cont-advo TSJ Galicia	Inadmisión	1
64	ATS 12656/2012	21 dic		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ Madrid	Inadmisión	1
65	ATS 798/2013	4 feb		Magistr Sala civil y penal TSJ Canarias	Sobres. libre	
66	ATS 2796/2013	28 ene		Magistrs Sala cont-advo TSJ Galicia	Inadmisión	1
67	ATS 1520/2013	7 feb		Presid y Magistrs Sala penal TSJ Andalucía	Inadmisión	1
68	ATS 2541/2013	4 mar		Magistrs Sala cont-advo AN	Inadmisión	1
69	ATS 3464/2013	11 mar		Magistr-Juez Vig Penit AN	Inadmisión	1
70	ATS 4781/2013	30 abr		Magistr Sala penal AN	Inadmisión	1
71	ATS 5146/2013	9 may		Presid TSJ Canarias	Inadmisión	1
72	ATS 4796/2013	20 may		Presid y Magistrs Sala 3ª TS	Inadmisión	1
73	ATS 6517/2013	10 jun		Magistr Sala civil y penal TSJ	Inadmisión	1
74	ATS 7802/2013	19 jun		Magistr Sala penal AN	Inadmisión	1
75	ATS 6519/2013	26 jun		Magistr Sala cont-advo TSJ	Inadmisión	2
76	ATS 7558/2013	11 jul		Magistrs Sala especial TS	Inadmisión	2
77	ATS 8672/2013	1 oct		Magistrs TC	Inadmisión	1
78	ATS 10168/2013	11 oct		Presid TS y Magistr Sala cont-advo TSJ Madrid	Inadmisión	1
79	ATS 10474/2013	15 oct		Magistr-juez AN	Inadmisión	1
80	ATS 10360/2013	24 oct		Magistr-juez AN	Inadmisión	1
81	ATS 11188/2013	18 nov		Magistrs Sala penal AN	Inadmisión	1
82	ATS 11928/2013	28 nov		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ	Inadmisión	1
83	ATS 11912/2013	1 dic		Magistr Sala cont-advo TSJ Valencia	Inadmisión	1
84	ATS 12096/2013	20 dic		Presid y Magistrs Sala cont-advo AN	Inadmisión	1
85	ATS 756/2014	17 ene		Presid y magistrs Sala civil y penal TSJ Murcia	Inadmisión	1
86	ATS 1171/2014	23 ene		Presid TSJ Madrid	Inadmisión	1
87	ATS 757/2014	23 ene		Presid Sala social TSJ Asturias	Inadmisión	1
88	ATS 1214/2014	10 feb		Presid y Magistrs Pleno TC	Inadmisión	1
89	ATS 2304/2014	3 mar		Presid y Magistrs Sala civil y penal TSJ Cantabria	Inadmisión	1
90	ATS 3097/2014	5 mar		Presid Sala Penal AN	Inadmisión	1
					(./....)	

	Roj	Fecha		Contra	Decisión/motivo	
91	ATS 5703/2014	10 jun		Presid y Magistrs Sala cont-advo TSJ País Vasco	Inadmisión	1
92	ATS 6002/2015	10 jun		Presid TSJ Madrid	Inadmisión	1
93	ATS 5848/2014	16 jun		Presid y Magistrs Sala 2ª TS	Inadmisión	1
94	ATS 5984/2014	17 jun		Presid y Magistrs Sala cont-advo TSJ Andalucía	Inadmisión	1
95	ATS 5731/2014	17 jun		Magistr-juez y Magistrs Sala penal AN	Inadmisión	1

Resumen

Inadmisión	90	94,7%
<i>Inadm 1</i>	65	72,2%
<i>Inadm 2</i>	21	23,3%
<i>Inadm 3</i>	3	3,3%
<i>Inadm 4</i>	1	1,1%
Admisión	3	3,2%
Otros	2	2,1%

Motivos

- 1 *Por no ser los hechos constitutivos de delito*
- 2 *Por defecto formal (denuncia no es cauce)*
- 3 *Por no contener relación de hechos*
- 4 *Por falta de competencia*

Contra

AN	33	32,7%
TSJs	40	39,6%
TS	22	21,8%
TC	6	5,9%

EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA

José Manuel GARCÉS PEREGRINA

INTRODUCCIÓN

La intensa actividad urbanística registrada desde hace años en la Costa del Sol, que hizo que en los años previos a la crisis iniciada en 2008 la provincia de Málaga fuera una de las provincias españolas con mayor actividad urbanística, dio lugar a un elevado número de infracciones urbanísticas. Como directa consecuencia de ello, el número de sentencias dictadas sobre delitos urbanísticos en el ámbito de la Audiencia provincial de Málaga experimentó un notable crecimiento, que se aprecia de forma especial justamente desde ese año 2008.

Entre los factores que impulsan esa tendencia al alza en la persecución de los delitos urbanísticos están sin duda los excesos producidos en los últimos años de crecimiento económico dentro de la llamada burbuja inmobiliaria. Pero también cuentan el mayor rechazo de estas conductas por parte de la ciudadanía, mejor informada por los medios de comunicación de los abusos cometidos, así como la ineficacia que han mostrado la propia administración pública e incluso la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de estas conductas¹.

Sin embargo, está por analizar cuál sea el resultado de ese aumento de la actividad jurisdiccional penal, y si posee las cualidades precisas para contener mediante la disuasión individual y colectiva la futura comisión de estos delitos. Con este trabajo pretendo profundizar en esta cuestión, centrándome en las sentencias dictadas entre 2010 y 2013 por los juzgados de lo penal de la Audiencia provincial de Málaga.

Fuera de mi consideración quedan los efectos que haya podido tener la reforma del código penal de 2010, en la que nuestro legislador dio una vuelta de tuerca en la persecución de estas conductas, ampliando tipos y endureciendo las penas. Dado el tiempo transcurrido aún no disponemos, a fines de 2013, de sentencias dictadas en aplicación de la nueva regulación de los arts. 319 y 320.

OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA

El objetivo perseguido es verificar la efectiva aplicación de los delitos urbanísticos en el ámbito geográfico de la Costa del Sol, mediante el análisis de la actividad judicial en la Audiencia de Málaga.

A partir del objetivo anterior, la hipótesis planteada es la siguiente: a pesar de que el legislador ha configurado los delitos urbanísticos y de prevaricación urbanística de un modo técnicamente aceptable —con una importante mejora tras la reforma de 2010— lo cierto es que su aplicación por parte de la jurisdicción penal presenta insuficiencias de tal entidad que pueden desactivar los efectos preventivo-generales y preventivo-especiales buscados por el legislador.

¹ Digo ineficacia cuando quizás debiera hablarse en muchos casos de inobservancia de sus funciones, dado los altos niveles de inoperancia registrados hasta el momento.

La metodología de investigación ha consistido en un análisis de todas las decisiones judiciales sobre estos delitos dictadas por órganos jurisdiccionales de la Audiencia de Málaga entre los años 2010 y 2013. Se han analizado un total de 367 sentencias, tanto en primera instancia como en apelación.

Se ha escogido el lapso temporal 2010-2013 por dos razones: la primera, por ser, hasta ahora, el periodo de mayor actividad judicial en materia urbanística; la segunda, de un carácter mucho más pragmático, porque en fecha anterior a 2010 resultaba en extremo difícil la obtención de las sentencias, pues no se encuentran sistematizadas en los archivos de la Fiscalía de Málaga.

El método seguido para la obtención de las sentencias fue recoger en las dependencias de la Fiscalía de Málaga todas las sentencias habidas en su poder de los años comprendidos dentro del lapso temporal señalado², las cuales me fueron facilitadas por los funcionarios tras la correspondiente solicitud.

En varias ocasiones he tropezado con sentencias con igual numeración, por lo que, para distinguirlas, una de ellas lleva un asterisco³. Además, he obviado indicar el juzgado de procedencia de las sentencias en la medida de lo posible —hay dos excepciones, que se deben a la imposibilidad de denominarlas de otro modo— para evitar así posibles agravios a algún juzgador.

Por otro lado, en la mayoría de las sentencias —en especial del artículo 320— encontramos una pluralidad de imputados, por lo que el lector se encontrará con la misma sentencia recogiendo 3 ó 4 inhabilitaciones distintas, por ejemplo.

Otro dato importante es que todas las sentencias analizadas hacen referencia a supuestos de autoconstrucción. Es muy llamativo, cuanto menos, que no se encuentren promotoras o constructoras en éste ámbito dentro del lapso temporal escogido, en pleno auge de la burbuja inmobiliaria.

Por último, no todas las sentencias aluden a todos los temas que yo pretendo analizar —los cuales explicaré a continuación— por lo que los cálculos responden a ese hecho.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 319 CP

Tipifica el código penal en su artículo 319 el que se conoce como delito urbanístico, que es propiamente el núcleo duro de las conductas ilícitas cometidas en éste ámbito. Como prueba de ello, se ocupan de este delito 228 sentencias de las 367 analizadas —el 62.12% de todas—, de las cuales 160 fueron condenatorias mientras que 68 fueron absolutorias —un porcentaje de condena del 70.17%—. El cuadro estadístico completo es el siguiente:

Tabla n.º 1: sentencias y condenas.

ÍTEM	N	%
ABSOLUCIONES	68	29.83 %
CONDENAS	160	70.17 %
TOTAL	228	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias obtenidas y analizadas.

² A fecha de 31 de diciembre de 2013 había sentencias del año corriente que no habían llegado aún a la fiscalía debido a los retrasos judiciales. Por tanto, dichas sentencias no fueron objeto del análisis, al ser consideradas ya del año 2014.

³ Por ejemplo, había dos sentencias 190/12 de dos juzgados diferentes, por lo que una de ellas la identifiqué del siguiente modo: 190/12*.

Haciendo un planteamiento general tras la observación de los datos, la primera conclusión que se desprende es el protagonismo de las conductas del artículo 319 sobre las del artículo 320.

Las conformidades, por su parte, suponen un porcentaje alto para lo que cabría esperar de conductas enjuiciadas por el cauce del procedimiento abreviado, mientras que el porcentaje de demoliciones resulta apropiado, al menos apriorísticamente⁴.

Bien jurídico protegido

En la audiencia de Málaga la totalidad de las sentencias analizadas sostienen el mismo concepto de bien jurídico protegido⁵, que identifican con el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de la utilización racional del suelo orientado a los intereses generales.

Es en este concepto material de bien jurídico, que exige la producción concreta de un daño al medio ambiente, en el que se basan los tribunales para justificar la necesidad de demoler. Así, la totalidad de las sentencias configuran el bien jurídico como la “protección del suelo como marco jurídico de la vida humana frente a operaciones urbanísticas; y en los casos en que se produce una vulneración de dicho bien jurídico protegido, éste sólo puede restaurarse como regla general con la demolición, que es por tanto la regla general, sin que quepan argumentos económicos o del quebrantamiento que supone la demolición, ni en confiar en una futura legalización”.

Por lo tanto, con esta conceptualización de bien jurídico protegido se hace necesario que se produzca un daño concreto al medio protegido para que se estime que hay delito, y una concreta afectación a él de la construcción para decretar la demolición. Como veremos, en muchas ocasiones la jurisprudencia no es coherente con este concepto del bien jurídico protegido.

Tipo subjetivo y error de prohibición

El tipo subjetivo es, junto al tipo objetivo, elemento fundamental de la figura de delito, pues sin su concurrencia hablaríamos de una conducta atípica, ya que no está contemplada en el código penal la comisión por imprudencia. Por su parte, el error de prohibición está en un nivel categorial posterior, en el cual el sujeto conoce la naturaleza de su conducta, pero la realiza en base a la creencia —errónea— de que su actuar es conforme a Derecho.

La jurisprudencia, en lo referente a los delitos urbanísticos, tiene la tendencia a hacer un tratamiento simultáneo y, en numerosas ocasiones, indistinto de ambos problemas⁶. Es por este motivo por el cual también aquí procederé a hacer su tratamiento de forma unificada.

En primer lugar hay que resaltar que una parte significativa de la jurisprudencia sigue pautas preestablecidas a la hora de fundar sus conclusiones, dando poco margen a una verdadera decisión motivada aplicable al caso concreto. De todos modos,

4 En realidad, esta afirmación no puede sostenerse cuando veamos los motivos por los cuales no se impone finalmente la demolición.

5 Sólo hay una excepción, la sentencia 276/12, que habla de un bien jurídico protegido de intereses difusos sin llegar a matizar concretamente cual es éste, pero al que entiende como un tipo de peligro abstracto.

6 El principal motivo de este tratamiento unificado radica, más que en consideraciones dogmáticas, en un tema práctico: las defensas de los imputados suelen hacer la alegación de ambos motivos conjuntamente en sus escritos de defensa.

eso no reza plenamente para el dolo, donde hallamos con alguna frecuencia un estudio casuístico, aunque con contradicciones. En lo referente al error de prohibición la argumentación es casi idéntica en todas las sentencias analizadas. Nos encontramos con demasiada frecuencia con fundamentos jurídicos copiados literalmente de sentencias del tribunal supremo, que se recogen literalmente aunque no sean de aplicación al caso concreto⁷.

En lo referente al dolo podemos hacer una clasificación según los tipos de supuestos con que nos encontramos:

1.º En primer lugar, aquellos que hacen referencia a la *licencia*. En lo referente a este elemento la jurisprudencia es tajante en sus postulados: no se acoge la pretendida falta de dolo cuando se trata de la necesidad de pedir licencia, puesto que se trata de un elemento que ya forma parte del acervo común, y cualquier persona que viva en sociedad conoce de su necesidad⁸.

Cuando se trata de un exceso en la licencia —caso distinto a la omisión de su solicitud— tampoco cabe invocar la falta de tipo subjetivo⁹. Sobre todo porque, salvo una excepción en la cual se absuelve por exceder la licencia de obra en seis metros, los supuestos planteados ofrecen tal flagrancia y arbitrariedad por parte del sujeto activo que resulta imposible entender que no tenía conocimiento o voluntad de actuar al margen de la autorización administrativa¹⁰.

No se admite en la jurisprudencia, como norma general, diferenciación en el tratamiento entre los particulares y los profesionales de la construcción en cuanto a un especial conocimiento. Ofrece la jurisprudencia para ello un razonamiento muy lógico: si el sujeto activo es un profesional de la construcción ha de conocer por su propio oficio la necesidad de pedir licencia; y tratándose de un particular que va a emprender la difícil tarea de autoconstrucción de su vivienda, tampoco podrá alegar el desconocimiento de la necesidad de pedir autorización administrativa pues se le presumen una serie de conocimientos por el hecho de no necesitar recurrir a un profesional de la construcción.

Por tanto, se puede concluir que el posicionamiento de la jurisprudencia respecto al tipo subjetivo es correcto, al no permitir excusas banales fundamentadas en una aparente creencia de actuación conforme al procedimiento administrativo previsto que, a todas luces, sería infundada.

2.º En segundo lugar, los que se refieren a una *actuación ajena*. Aquí se engloban todos aquellos supuestos en los que los imputados alegan falta de dolo por ser trabajadores por cuenta ajena o por no tener conocimiento de la ejecución de las obras. Aquí no hay norma general alguna, sobre todo porque tan sólo se da el supuesto en cinco ocasiones: en tres de ellas no se acoge la pretensión¹¹ —se condena— mientras que

7 Sirva, a modo de ejemplo— Ss. 366/10; 168/12*; 210/10— la siguiente cita sobre la posibilidad de un error de prohibición, que es de las más referenciadas por la jurisprudencia: “La construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto []”.

8 Ss. 366/10; 168/12*; 210/10; 326/10; 358/10; 370/10; 371/10; 461/12; 441/10 ; 10/12; 376/10; 67/12; 68/12; 384/12; 100/12; 154/12 y 176/12, entre otras.

9 Por ejemplo, Ss.201/13; 390/12; 354/12; 78/11 y 159/11.

10 Se han dado casos en los cuales la licencia concedida era para una casa de aperos de no más de veinte metros, y en su lugar se ha edificado una vivienda unifamiliar de dos plantas y 90 metros cuadrados cada una.

11 En las sentencias 364/10, 500/10 y 29/11 se alega que los coimputados —los tres casos son similares— no conocían la realización de las obras. Pese a ello, el tribunal estima que sí concurre dolo —como mínimo eventual— al tratarse de copropietarios de los terrenos en los cuales se llevaba a cabo la edificación.

en las otras dos se absuelve a los imputados por estimar el juez que, efectivamente, no concurría el dolo en su persona.¹²

3.º Aquellos que tienen que ver con un *conocimiento previo*, entendiendo por tal todos los supuestos en los cuales el imputado cuenta con asesoramiento de algún tipo. En este bloque la jurisprudencia es tajante: nunca acepta la falta de dolo cuando se cuenta con algún tipo de información, conocimiento, asesoramiento o requerimiento previo a la comisión del tipo. Así, los supuestos contemplados son los siguientes:

- Existencia de requerimiento de paralización de las obras por parte de agentes de la autoridad u organismos públicos —sentencias 107/13; 307/12; 255/12 y 619/11—.
- Existencia de un decreto de paralización de las obras, supuesto más flagrante que el anterior pues se trata de una resolución formal, que se recoge en las sentencias 37/11¹³ y 391/11.
- El hecho de tener cualquier sospecha de proceder contrariamente al ordenamiento jurídico, siendo irrelevante a tal efecto la existencia de otras construcciones en la zona —sentencias 62/11, 227/11; 168/12; 461/12; 378/10; 500/10; 334/10; 232/11; 494/12; 468/12 y 425/12—. Observará el lector que se trata de una cuestión de error de prohibición más que de dolo, aunque la jurisprudencia no haga tal distinción.

4.º Un último supuesto, residual, en el cual la S. 188/12 tampoco acoge la excepción del dolo porque el imputado solicitó licencia para la construcción de un almacén para maquinaria agrícola —a sabiendas de que no le concederían licencia para vivienda unifamiliar— que fue, por cierto, lo que finalmente construyó.

En lo referente al error de prohibición, la gran mayoría de las sentencias¹⁴ comienzan recogiendo los requisitos para que pueda ser apreciada su concurrencia, sacados a su vez de la jurisprudencia del tribunal supremo:

- El hecho debe ser probado en juicio.
- La carga de la prueba corresponde a aquel que alega el error.
- No es necesaria una alta probabilidad de tener conocimiento de cometer un acto antijurídico, sino que basta un simple indicio de conocimiento de la antijuricidad.
- Hay que tener en cuenta el conocimiento previo del autor del hecho así como su asesoramiento externo.
- No cabe invocar el error de prohibición si el hecho cometido es evidentemente ilegal.

Teniendo presentes las anteriores consideraciones, es posible hacer una agrupación de los diversos supuestos que se han planteado en la jurisprudencia para el artículo 319 CP, los cuales coinciden con los referidos al tipo subjetivo:

1.º A los supuestos que hacen referencia a la *licencia* son aplicables los mismos postulados generales mencionados respecto al tipo subjetivo en párrafos anteriores.

12 Por su parte, en las sentencias 350/10 y 78/11 sí se acoge la pretensión por falta de dolo. En la primera de ellas el juez estima que se trataba de un simple peón que actuaba en conciencia de que el otro imputado —que sí fue condenado— actuaba conforme a la licencia obtenida y no se excedía de la misma. En el segundo supuesto, absuelve porque la imputada había entregado poder notarial al otro imputado para proceder conforme estimase oportuno, lo cual utiliza el juez para eximir de responsabilidad.

13 En esta sentencia la Administración competente no contesta a la solicitud de licencia, por lo que el sujeto procede a la ejecución de las obras sin la preceptiva licencia. Luego alegó falta de dolo porque, a su juicio, el silencio administrativo era positivo.

14 Entre otras: ST 508/12; 528/12; 168/12; 378/10; 530/12 y 232/11.

2.º Respecto a los supuestos que tienen que ver con un *conocimiento previo*, la jurisprudencia establece reiteradamente que el desconocimiento de la normativa no influye para nada en la invocación del error de prohibición —sentencias 376/10; 67/12; 68/12; 384/12; 100/12 y 154/12—.

3.º Un tercer grupo residual, en el cual se engloban dos supuestos tratados por la jurisprudencia:

- No cabe invocar error de prohibición si no hubo una mínima diligencia en la actuación del imputado —S. 331/10—.
- En la S. 156/10 el juez, con buen criterio, no acogió la alegación de error de prohibición del imputado porque el imputado había solicitado licencia de obras, constató la misma con el catastro, y pidió toda la documentación necesaria a la administración pública; en definitiva, era notorio que el sujeto tenía perfecto conocimiento de la ilicitud del hecho que llevaba a cabo.

Las legalizaciones ex post

Un asunto importante que nos encontramos es el efecto —perverso— de las legalizaciones a posteriori de las obras llevadas a cabo ilegalmente. Se trata de una posibilidad a la que da pie el tipo penal del artículo 319.2 tanto antes como después de la reforma, pues solo son típicos los supuestos “no autorizables”. Sin embargo, no es ésta la única situación que se produce, pues nos encontramos antes de la reforma con no pocos casos del artículo 319.1 —cuya expresión era “no autorizada”, en lugar de no autorizable— en los cuales se admite una ulterior legalización de la construcción, ya sea en un momento anterior a la celebración del juicio pero siempre tras la efectiva consumación del delito, ya sea tras la celebración del juicio.¹⁵

Desgraciadamente, la legalización ex post es una de las grandes vías de escape que tienen los imputados en causas penales por delitos urbanísticos, acogiéndose siempre al término “no autorizable”. Una vez expuesto el problema debe hacerse una advertencia previa al lector: los efectos de la legalización ex post tienen relevancia tanto a la hora de decretarse absoluciones como a la hora de imponer, o no, la demolición, por lo que su estudio ha de hacerse de modo diferenciado.

1.º Efectos sobre las *absoluciones*. Se observa rápidamente que la jurisprudencia toma un camino desacertado, pues su flexibilidad interpretativa es tal que acaba convirtiéndose en permisividad hacia el ilícito. Hay un total de 15 sentencias¹⁶ comprendidas en este grupo, en el que resulta preocupante encontrarse con algunas que admiten la atipicidad por un cambio en el planeamiento en fecha posterior a la comisión del delito¹⁷.

La única sentencia que arroja coherencia a la hora de decretar la libre absolución por producirse una legalización a posteriori es la 176/12, que se ocupa de un exceso de nueve metros cuadrados, perfectamente legalizable al momento de comisión, por lo que era una conducta atípica ab initio.

Otras tres sentencias —con buen criterio— no admiten la legalización como argumento absolutorio: las sentencias 39/10 y 461/12 establecen que una posible legaliza-

15 Lo preocupante es comprobar que se acepten legalizaciones a posteriori en supuestos de conductas “no autorizadas” que deben ser consideradas típicas con independencia de que se llegue a producir una legalización posterior a la fecha de la sentencia firme.

16 Sentencias 29/12; 599/12; 176/12; 481/12; 109/11; 354/11; 479/11; 275/11; 507/10; 639/10; 495/11; 375/10; 89/12; 361/11 y 109/11.

17

ción ex post no es óbice para la imposición de una condena, ya que el delito queda consumado cuando se comete la conducta que, en ese instante, era ilegalizable. Por su parte, la sentencia 289/11 se pronuncia en términos parecidos al establecer que la mención “no autorizable” no se refiere a un futuro indeterminado, sino que ha de tratarse de una posibilidad cierta y cercana en el tiempo.

Las restantes sentencias decretan la absolución utilizando argumentos ligados a posibilidades futuras de legalización. Suele tratarse de posibilidades inciertas o remotas, y no de procedimientos administrativos ya en marcha que, de tratarse de conductas del apartado segundo del artículo 319, harían la conducta atípica. La casuística es la siguiente:

- La ST 375/10 absuelve basándose en que, como el plan urbanístico es provisional, cabría una posible legalización ex post.¹⁸
- La ST 29/12 absuelve porque cabe una legalización a la fecha de celebración del juicio, sin añadir nada más.¹⁹
- La sentencia 275/11 absuelve porque la actividad urbanística era autorizable en fecha posterior a la de comisión del delito, por lo que falta la tipicidad.
- La sentencia 507/10 absuelve porque cabe la posibilidad de legalización de la obra si se realizase la reunificación administrativa de la finca que contenía la construcción con otra colindante de 40.000 metros cuadrados perteneciente al mismo propietario, dándose así cumplimiento a la normativa urbanística. La conclusión judicial no se hace depender siquiera de que, efectivamente, se hayan comenzado los trámites para dicha reunificación, o se tenga voluntad de hacerlo.

2.º Efectos sobre las *demoliciones*. Si hablando del tipo objetivo el tratamiento de la jurisprudencia sobre este asunto es muy inconsistente, con las demoliciones lo es más. Un total de 24 sentencias tratan este tema, siendo la norma general la paralización de la demolición, lo que da lugar a diversos supuestos:

- En un primer grupo de supuestos se establece la paralización de la demolición si se acredita en fase de ejecución el inicio de los trámites administrativos para la legalización de las obras, sin imponer plazo alguno para ello.²⁰ En igual sentido, pero imponiendo un plazo concreto —oscilante entre 2 y 30 meses— tenemos otro grupo de sentencias.²¹
- La sentencia 168/12 no impone la demolición por entender que cabe una “mínima posibilidad de que la construcción pudiera finalmente vincularse a una explotación agrícola y cumplimentarse” con ello los requisitos administrativos.²² En términos similares se pronuncia la sentencia 298/11 al corroborar que la construcción era legalizable al momento del dictado del fallo condenatorio.
- La sentencia 508/10 no impone la demolición porque el Ayuntamiento puede aceptar un proyecto de actuación para legalizar la construcción, por lo que el juzgador entiende “aventurado” decretar la demolición si la construcción puede ser legalizada. Se maneja en todo momento con términos inciertos, que adolecen de cualquier atisbo de seguridad jurídica.

18 En el mismo sentido se pronuncian las sentencias 89/12; 361/11 y 109/11.

19 Así también las sentencias 599/12; 481/12; 361/11; 109/11; 354/11; 639/10; 495/11 y 479/11.

20 Son las sentencias 230/10; 344/10; 384/12; 275/13; 151/13; 190/12*; 276/12; 386/12; 392/12; 326/11; 185/13 y 009/13.

21 Sentencias 555/10; 192/13; 55/13; 312/12; 38/13; 43/13 y 128/12.

22 Con las mismas palabras, las sentencias 424/11 y 239/13.

- Por último, en la sentencia 288/10 no se decreta la demolición por tratarse de la vivienda habitual del acusado. Entiende aquí el juzgador que la demolición no restablecería el orden anterior, además de que ya existían construcciones aledañas con servicios e impuestos municipales.

3.º Un tercer supuesto, como *tertium genus* no abarcable por ninguno de los anteriores, se encuentra en la sentencia 154/12, que condena a 11 meses de prisión y 8.100 euros de multa, penas que compensa por haber satisfecho en vía administrativa 18.000 euros de multa. En consecuencia, en vía penal, el imputado salió indemne²³.

Penas

Procedemos ahora al estudio de la aplicación del sistema de penas que realiza la jurisprudencia en referencia a los delitos urbanísticos. Creo que se trata de un pilar fundamental, pues una incorrecta aplicación de las penas —en concreto de las penas pecuniarias— tendrá una relación directamente proporcional con la ineficacia preventiva de los delitos urbanísticos.

Podemos observar cómo, en líneas generales, se produce una escasa variación en la cuantía de las penas impuestas por la jurisprudencia, sea en prisión, sea en multa, sea en inhabilitación —observemos que, si bien hay más variedad en las multas, la norma general es la imposición de las mismas penas, con escasa incidencia de los tramos entre 7 y 24 meses en las penas de prisión, o en tramos de cuantía superior a 3600 euros en el caso de las multas—

La pena de *prisión* es, sin duda, la que más diferencias arroja. El siguiente cuadro estadístico muestra su variación:

Tabla n.º 2: Penas de prisión.²⁴

PENA	N	%
2-6 meses	132	82,5 %
7-12 meses	27	16,87 %
13-24 meses	1	0,62 %
TOTAL	160	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias obtenidas y analizadas.

Pudiéndose imponer penas de hasta tres años²⁵, la pena reina es la de seis meses de prisión, seguida de la de un año. Las penas superiores a seis meses son raras excepciones impuestas en su mayor parte en conformidad —un hecho que resulta contradictorio—.

Parece, por tanto, que los órganos judiciales de Málaga consideran que la gran mayoría de los delitos urbanísticos no tienen la gravedad suficiente como para imponer penas de prisión superiores a 6 meses.

Por su parte, las *multas*²⁶ sí plantean más diversidad —gracias, en gran medida, a las conformidades—, pero, en contrapartida, hace que se resalte aún más el contraste entre la cuantía que se puede alcanzar y la que imponen los tribunales.

23 En el mismo sentido, pero absolviendo por este motivo, la sentencia 599/12.

24 Porcentaje de imposiciones con respecto al total de sentencias.

25 Esta afirmación ha de ser matizada, pues la mayor parte de los supuestos son del artículo 319.2 del CP, cuya pena máxima es de dos años. Límite, por cierto, también lejano de la realidad práctica.

26 Hablamos aquí desde la perspectiva del CP antes de la reforma de 2010. Habrá que esperar todavía a que salgan sentencias basadas en hechos posteriores para conocer los efectos de la subida penológica de las multas —el tanto al triple del beneficio

Tabla n.º 3: Pena de multa²⁷

PENA	N	%
1-1800 euros	31	19,74 %
1801-3600 euros	107	68,15 %
3601-8100 euros	19	12,10 %
TOTAL	157	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias obtenidas y analizadas

Se puede complementar la tabla diciendo que la multa tipo es una de 2160 €²⁸ con 63 sentencias que la imponen, seguida muy de lejos por las de 3600 €, con 32 sentencias. Resulta desconcertante contemplar cómo delitos relativos a construcciones que suponen un incremento patrimonial de varias decenas de miles de euros son multados con apenas tres mil euros, cuando el artículo 50.4 CP permite llegar hasta los 288.000 €. Ello hace que la actividad urbanística delictiva sea económicamente rentable. La licencia y el proyecto de actuación probablemente supondrán un coste mayor que la mayoría de las multas impuestas. La conclusión, a salvo que se imponga efectivamente la demolición, es clara: delinquir es rentable mientras no se alteren los patrones de conducta de los tribunales en la imposición de las penas pecuniarias.

Las *inhabilitaciones* poca relevancia tienen realmente. Adolecen exactamente de los mismos vicios que la pena de prisión o de multa, y además su efecto intimidatorio es prácticamente nulo: seis meses sin poder participar en unas elecciones no suele ser motivo suficiente para dejar de delinquir, y la mayor parte de los imputados no se dedican profesionalmente a la construcción. Por lo que tampoco la inhabilitación profesional surte efecto.

Tabla n.º 4: Pena de inhabilitación.²⁹

PENA	N	%
2-6 meses	111	19,74 %
7-12 meses	28	68,15 %
13-24 meses	26	12,10 %
TOTAL	165	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias obtenidas y analizadas

En conclusión, la aplicación del sistema de penas en los delitos urbanísticos es deficitaria. La escasa variación de las penas no se corresponde con la diferenciada gravedad de los ilícitos. Ello viene lógicamente acompañado por un generalizado incumplimiento por la jurisprudencia de su obligación de motivar la pena concreta impuesta.

Si el objetivo de la tipificación de los ilícitos penales urbanísticos es prevenir su comisión, nada ayuda a tal fin la aplicación que realizan los tribunales de las penas. Con límites penológicos moderados o altos —hasta dos o tres años de prisión y posibilidad de multas hasta 288.000 euros— podríamos estar hablando de una eficaz prevención del delito si los órganos judiciales se moviesen en límites realmente disuasorios. Sin embargo, con los promedios en que nos movemos —seis meses de prisión y 2.160 euros de multa— difícilmente se puede lograr tal objetivo.

²⁷ Porcentaje de imposiciones con respecto al total de sentencias.

²⁸ Siempre se cuantifica del mismo modo: 12 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros.

²⁹ Porcentaje de imposiciones con respecto al total de sentencias.

Demoliciones ³⁰

Pieza fundamental de la prevención de los delitos urbanísticos es el artículo 319.3 CP, cuya versión anterior a la reforma de 2010 decía: “en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe³¹.”

Del tenor literal del precepto se deriva que la medida de demolición es una potestad discrecional del juzgador, debiendo ser justificada tanto su imposición como su no imposición. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria en Málaga acoge la tesis de que la norma general es la imposición de la demolición por ser la única forma de restablecer el orden jurídico perturbado con la comisión del acto ilícito. Con todo, se establecen numerosas excepciones a la norma general.

Hay que advertir que la jurisprudencia en Málaga atribuye a las demoliciones una naturaleza jurídica civil, entendiéndola como medida de responsabilidad civil derivada del delito. Ello obliga a un esfuerzo adicional en la motivación de su imposición puesto que las medidas de carácter civil se rigen por sus propios principios procesales y sustantivos, que requieren una motivación más detenida que la exigida para una consecuencia jurídica del delito³²

El problema que plantea la atribución de una naturaleza jurídica civil a la demolición es que limita la posibilidad de ser apreciada de oficio por el juez, ya que de lo contrario se incurriría en una resolución *extra petitum* vedada por el derecho procesal civil. En consecuencia, los tribunales utilizan la naturaleza jurídica civil para no imponer la demolición, o para paralizarla a espera de legalización: bien entienden que es obligación de la administración pública y, por tanto, compete a esta última mediante el correspondiente procedimiento administrativo, bien alegan que no se ha causado un daño material al medio como para imponerla.³³

Los datos cuantitativos resultan en principio bastante aceptables: 135 demoliciones de 160 posibles nos deja un porcentaje del 84,37%. Sin embargo, hay que destacar que entre esas 135 demoliciones decretadas hay un porcentaje muy elevado en las que se decreta la paralización de la demolición debido a una posible legalización *ex post* —24 sentencias en total³⁴— con una argumentación tan deficiente como la que vamos a ver que se esgrime para no acordar la demolición.

En efecto, en las decisiones que no acuerdan la demolición, el problema radica en que, bien no se cumple con la obligación de motivar la decisión, bien la motivación es insuficiente o errónea. El elenco de supuestos es el que sigue:

1.º Hay un total de diez sentencias que no imponen la demolición porque cabe una legalización más o menos cierta o futura.³⁵

2.º Seis sentencias no se pronuncian sobre la cuestión de la demolición.³⁶ Esta opción es claramente incorrecta, pues la motivación de las sentencias es requisito necesario de las mismas.³⁷

30 Téngase en cuenta lo ya dicho sobre las demoliciones en el capítulo 4.c).

31 Indemnizaciones que, por cierto, sólo se decretan en la sentencia 80/11, en la cuantía de 893,20 €.

32 En éste último caso, la necesidad de motivación se limita a la existencia o no de daño al bien jurídico protegido y a si con la demolición se reparará o limitará aquel daño.

33 Recoge Boldova Pasamar en su trabajo ambas corrientes doctrinales —la que atribuye naturaleza jurídica civil y la que se la atribuye penal— aunque él opina que no se trata de responsabilidad civil, sino de una consecuencia jurídica del propio delito. Boldova Pasamar, páginas 203 y siguientes.

34 Ver, *supra*, el apartado referido a las legalizaciones *ex post*.

35 A modo de ejemplo, sentencias 227/12; 168/12 y 289/11.

36 Por ejemplo, Ss. 467/12 ó 19/12.

37 Llama poderosamente la atención cómo no se encuentran recurridas por parte del ministerio fiscal ante la Audiencia dichas faltas de motivación. Así, aunque el fiscal pide la demolición, no actúa cuando los tribunales no se

3.º Hay tres sentencias que se limitan a decir que no ha lugar a la demolición, sin razonar jurídicamente el porqué de tal conclusión. Estas sentencias vuelven a incurrir en un grave vicio por falta de motivación. De nuevo, en ninguno de los tres casos se pronunció posteriormente en fase de apelación la audiencia provincial.³⁸

4.º Dos sentencias —33/10 y 288/10— no imponen la demolición porque sería en el caso concreto una medida abusiva y desproporcionada. Este tipo de justificaciones basado en el principio de proporcionalidad ha sido defendido por algún sector de la doctrina³⁹, opinión que en ocasiones puede compartirse.

5.º Las sentencias 398/10 y 410/10 no condenaron a la demolición por entender que es una decisión que debe tomar la administración pública y no la jurisdicción penal. En contra de la preeminencia de la jurisdicción penal sobre cualquier otra vía judicial o administrativa, hay cierta corriente en la audiencia provincial que también opina así, como más tarde veremos.

6.º Por último, la sentencia 494/12 esgrime como argumento la existencia de otras construcciones ilegales en la zona. Así, la mera inaplicación de esta medida en otros casos, sin entrar en su naturaleza y justificación, termina fundando la decisión de no demolición en este caso⁴⁰.

Conformidades

El análisis de las conformidades puede resultar muy ilustrativo a la hora de conocer tanto el efecto intimidatorio de la norma como el grado de confianza de los ciudadanos en los tribunales de justicia.

El porcentaje de conformidades en los delitos urbanísticos es del 21,49 % del total de sentencias. Se trata de un porcentaje relativamente alto para lo que cabe esperar de unos delitos que se juzgan por procedimiento abreviado con un lapso de tiempo más que suficiente para preparar una buena defensa — la inmensa mayoría de las conformidades se producen en juicios rápidos, en los cuales casi no hay tiempo de preparar la defensa técnica—. Con más motivo si se piensa que, por lo general, las penas impuestas son semejantes con o sin conformidad, por lo que resultaría —desde un punto de vista de la defensa técnica— más lógico no conformarse.

Además, es llamativo que las penas más altas —aunque también las más bajas— se suelen imponer mediando conformidad del acusado. Más ilustrativo aún resulta que, cuando hay conformidad, no se acostumbra a decretar la paralización de la demolición, lo que resulta injusto teniendo en cuenta que se está colaborando con la autoridad. Si el término de comparación es el mismo, estamos ante una clara situación de desigualdad⁴¹

En cualquier caso, la mayoría de los autores de ilícitos urbanísticos optan por pedir la libre absolución hasta el final, quizás al tener en cuenta, como señalamos, que las consecuencias penológicas serán prácticamente idénticas a las sufridas en caso

pronuncian al respecto.

38 Ss. 181/11, 619/11 y 346/13.

39 Acale Sánchez habla de un “estado de necesidad justificante”. Si bien lo hace en referencia a la antijuricidad del delito en general, no debería haber problemas en referirlo exclusivamente al aspecto de la demolición, cuando se trata de la —única— vivienda habitual del condenado. Acale Sánchez: “Delitos Urbanísticos”; páginas 307 y siguientes. No obstante, entiendo que quizás sería más acertado entenderlo como una consecuencia del principio de proporcionalidad.

40 Lo más llamativo es que tampoco en este caso condena la audiencia provincial en apelación, ni tan siquiera corrige la argumentación sostenida por el tribunal.

41 Hay una excepción, la sentencia de conformidad 55/13, que si decreta la paralización a la espera de legalizar la situación irregular de la construcción.

de dictarse sentencia de conformidad⁴², salvo alguna excepción.

Por tanto, parece que el índice de intimidación es bastante bajo y que la confianza en las instituciones judiciales no está tampoco en su mejor momento. De lo contrario, si las penas en caso de juicio fuesen todo lo altas que cabría esperar, probablemente veríamos un porcentaje mucho más alto de conformidades.

Fundamentos absolutorios

Finalmente, me ha parecido interesante analizar el razonamiento utilizado para fundar las absoluciones, en la confianza de que suministre claves importantes de la actitud de la jurisprudencia hacia éste tipo de delincuencia.

Nos encontramos con motivaciones más o menos fundadas, con algunas absoluciones que debieron ser condenas, y con justificaciones frecuentemente poco razonadas. Sin embargo, la gran mayoría de las sentencias contienen elementos que pueden apoyar una absolución.

Haciendo una agrupación de los motivos de absolución esgrimidos por la jurisprudencia nos encontramos con hasta diez grupos de razonamientos distintos que han servido para formar la convicción de los juzgadores:

1.º Un buen grupo de sentencias decretan la absolución por ser la conducta objetivamente *atípica*. Aquí, obviamente, hay más juego para interpretaciones ajustadas o dudosas, y nos encontramos con más de un ejemplo difícilmente sostenible. Son un total de 15 sentencias las que esgrimen esta argumentación, surgiendo la siguiente casuística:

- Ejemplos de buenas interpretaciones jurisprudenciales son las sentencias 502/12; 101/11; 476/11; 529/10; 342/11 y 510/11. En tres de los casos se trataba de remodelaciones que fueron calificadas como nuevas construcciones sin serlo realmente; en otro de los supuestos se trataba de una caravana —que no puede ser calificada como construcción ni como edificación—; un quinto supuesto era una caseta de aperos que cumplía con la legalidad;
- Las sentencias 188/10 y 340/10 dijeron que la construcción era legal pero que únicamente faltaba la licencia, la cual podía ser obtenida según el planeamiento vigente, por lo que la conducta era atípica. Razonamiento lógico si se tiene en cuenta que el artículo 319.2 CP hablaba y habla de conductas “no autorizables”.
- Las sentencias 613/11 y 621/11 adolecen ambas del mismo error: consideran atípica la conducta por ser las obras legalizables al tratarse de una mera remodelación. Sin embargo, de los hechos probados se desprende que se hicieron nuevas construcciones. Además, esgrimen como razón la existencia de otras construcciones en la zona, lo cual resulta a todas luces un argumento inconsistente.
- Digna de que nos detengamos en ella es la interpretación de edificación que emplea la sentencia 367/10. A juicio del juzgador, un almacén y una cochera no tienen el carácter de edificación que exigía el tipo penal del art. 319.2, al no estar contemplados para la habitabilidad humana. Aquí el problema radica en que, ante la falta de un concepto de edificación ofrecido por el Código Penal, hemos de acudir a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales.

42 Ya sabemos, 6 meses de prisión y 2.160 € de multa.

Acale Sánchez —al igual que el resto de la doctrina— sostiene que el concepto de construcción es más amplio que el de edificación, de tal modo que construcción abarca obras de urbanización, edificaciones y cualquier otra obra de construcción, mientras que por edificación hemos de entender únicamente la construcción de edificios.⁴³ Boldova Pasamar profundiza en estos conceptos, y sostiene que construcción sería “toda edificación, instalación u obra fijada de forma permanente al suelo”, y su componente esencial sería justamente su carácter permanente. Se apoya para esta argumentación en alguna sentencia que considera atípica la conducta de instalar un chiringuito de temporada en la playa. Por su parte, “edificación es toda obra cerrada con techo.”⁴⁴

No obstante los autores reseñados y el concepto abierto que nos ofrece la Ley de ordenación de la edificación en su artículo 2⁴⁵, el propio Boldova Pasamar junto con otros autores y la jurisprudencia⁴⁶ nos advierten que el concepto de edificación ha de ser restrictivo, y lo constriñen a la habitabilidad humana. Por tanto, a la luz de estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, la sentencia más arriba reseñada debe darse por correcta. Sin embargo, no comparto a título personal esta postura, pues de ningún precepto legal —ni civil ni penal— se desprende dicha necesidad de habitabilidad humana. Además, creo que los demás requisitos exigidos —cerramiento, techumbre y permanencia— quedan sobradamente cumplimentados en las obras del caso de autos.

- Entendiendo que era una rehabilitación, y por tanto una conducta atípica, nos encontramos con las sentencias 87/11; 49/13 y 126/13. Se trataba de elevar un muro de contención —en el primer supuesto— y de la colocación de un ascensor —en los dos restantes—. Al no tratarse de obra nueva, y teniendo en cuenta que no se aprovechó la situación para aumentar la cabida de la finca, parece una actuación correcta.

43 Alcalde Sánchez: “Delitos Urbanísticos”, página 280.

44 Boldova Pasamar: “Los delitos urbanísticos”; páginas 121 y 163. En el mismo sentido se pronuncia Pozuelo Pérez: “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”, páginas 77 y siguientes.

45 Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, art. 2: “1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.”

46 A modo de ejemplo, por ser la más representativa, la SAP Jaén de 29 de agosto de 2008, establece que la “edificación contemplada en el apartado dos del artículo 319 presenta un significado más restringido y se refiere más bien a la construcción de vivienda destinada al uso y disfrute humano”.

- En último lugar, la sorprendente sentencia 153/10 absuelve al imputado porque nadie fue capaz de demostrar que el chalet —el mismo juez reconoce en los fundamentos de hecho que se trata de un “precioso chalet”— está destinado a vivienda y no a nave de aperos. En tal caso, continúa diciendo, por muy bonito y ornamentado que sea, cumple la finalidad que la ley le concede.⁴⁷

De lo acabado de recoger se pueden extraer varias conclusiones. La primera es que no existe acuerdo en la jurisprudencia a la hora de entender qué es obra nueva y qué es rehabilitación, fuera de los casos más obvios. Quizás sería necesario que la Audiencia de Málaga —que tampoco tiene una postura clara con respecto al tema— intentara dar una respuesta uniforme al respecto. Además, hay una preocupante tendencia por parte de algunos juzgados en justificar las conductas por el mero hecho de existir más construcciones en los alrededores de la declarada como ilegal, algo que carece de cualquier sustento jurídico.

- Por entender el juzgador que cabe o cabría una posible *legalización*, absuelven también un total de 15 sentencias⁴⁸. Todo lo que había que decir al respecto quedó dicho en el capítulo anterior.

2.º Por falta de *dolo* absuelven las sentencias 508/11 —el juez entiende que el imputado compró unos terrenos al Ayuntamiento de Sayalonga, los cuales éste le hizo creer que eran urbanizables cuando realmente no lo eran—, y 265/13 —en la que el juzgador entiende que el coimputado absuelto no tenía conocimiento alguno de lo que realizaba su madre al ser la finca de ésta—.

3.º El cuarto grupo es el que absuelve en base a la falta de lesividad para el bien jurídico, que haría que no se diera el tipo. Está compuesto por tres sentencias. — Ss. 284/12 y 135/13— La primera de ellas estima que bastaría la vía administrativa para sancionar el ilícito, al tratarse de una ocupación temporal del espacio marítimo-terrestre.⁴⁹

Por su parte, la S. 135/13 dice textualmente que “atendiendo a la muy escasa entidad de lo edificado, el destino que habría que tener⁵⁰, y considerando el hecho de que el acusado ha procedido a la demolición, pese a que la parcela carece de superficie necesaria para que la obra, levantada en su tiempo y demolida, pudiera haber sido objeto de legalización, lo cierto es que los hechos carecen de la entidad necesaria para ser objeto de una sanción penal, tanto por lo escaso de la realidad urbanística alterada, y el prácticamente nulo daño al bien jurídico infringido.”

Algunas sentencias, incluida alguna de estas últimas, invocan el principio de intervención mínima. Son las sentencias 126/12, 529/10 y 420/11. Este argumento debería quedar desechado, puesto que, como bien esgrime el resto de jurisprudencia, el principio de intervención mínima es algo que atañe exclusivamente al legislador, y no es un argumento en el que puedan basarse los operadores jurídicos para decretar la libre absolución de un encausado.⁵¹

47 Es llamativo que la construcción constaba de piscina con sus correspondientes duchas, balcones, terraza, porche, etc.

48 Sentencias 29/12; 599/12; 176/12; 481/12; 109/11; 354/11; 479/11; 275/11; 507/10; 639/10; 495/11; 375/10; 89/12; 361/11 y 109/11.

49 Aquí la crítica debe ser para el juzgado de instrucción y el ministerio fiscal por calificar como delito lo que se trataba de un chiringuito de playa que únicamente se montaba durante la temporada estival.

50 Se acreditó en el plenario que era una casa de aperos.

51 Realmente, si se aludiese a la proporcionalidad o al principio de lesividad, y haciendo algunos ajustes en la motivación, el resultado podría haber sido el mismo. No se termina de entender el empeño de ciertos jueces por invocar la intervención mínima.

Por último caso nos encontramos con una construcción que no llega a producir un daño efectivo al bien jurídico por no producirse modificación en el estado primitivo del suelo.⁵²

4.º Absuelven por *prescripción* 18 sentencias. A ellas no cabe hacer reproche alguno, pues se atiende correctamente a la fecha de finalización definitiva de las obras.⁵³

5.º Finalmente, la sentencia 203/12 absuelve y archiva la causa por el *fallecimiento* del imputado.

6.º Hay cinco sentencias que absuelven en base al principio *in dubio pro reo*, bien por no llegar a acreditarse de modo fehaciente que se trataba de una obra nueva y no de la remodelación de una vivienda preexistente —sentencias 305/11, 87/11 y 327/10—, bien por no demostrarse la extensión de la finca —S. 409/10— bien por no tener claro el juzgador si se trataba de una construcción o edificación propiamente dicha —S. 531/11.⁵⁴

7.º Hay un grupo de sentencias, muy numeroso por cierto, que absuelve en base al *principio acusatorio*. Son situaciones en las que el ministerio fiscal retira la acusación por falta de pruebas⁵⁵; situaciones en que hay errores de calificación —se califica por el apartado primero del artículo 319 cuando debió calificarse por el segundo⁵⁶—; y algún otro supuesto donde se trata de un error de calificación en relación con el concepto de edificación⁵⁷ que obliga a absolver por ser imposible condenar por otro tipo delictivo distinto.

Este tipo de argumentaciones son difícilmente criticables, puesto que existe unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia —ya sea menor o del Tribunal Supremo— en interpretar los preceptos de la ley de enjuiciamiento criminal de modo tal que ante cualquier error en la calificación que suponga indefensión en el acusado se debe decretar la libre absolución.

Como conclusión, el análisis realizado nos permite apreciar una tendencia laxa de la jurisprudencia en estos delitos, a favor del imputado. La razón de este actuar creo que puede estar en el arraigo de la idea de que la vía penal es excesiva para la represión de los ilícitos urbanísticos, y que gran parte de la culpa es de la administración por su papel pasivo ante las infracciones urbanísticas. Esta teoría quedará reforzada en el siguiente capítulo, donde se observa que las pocas absoluciones que se encuentran están dotadas de motivaciones mucho más sólidas, lo que demuestra que se pone el énfasis en perseguir a la autoridad y no al ciudadano.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 320 CP

El artículo 320 es un delito especial propio, que sólo pueden cometer quienes ostenten la condición de autoridad o funcionario público⁵⁸. De ahí que el volumen de

52 Esta decisión es consecuencia directa del concepto de bien jurídico protegido que mantiene la jurisprudencia.

53 ST 424/12; 34/10; 471/13; 253/10; 128/11; 364/10*; 273/12; 260/12; 328/11; 133/13; 453/12; 67/13; 387/11; 259/11; 83/11; 156/12; y 140/12.

54 El relato de hechos probados no dice tampoco de lo que se trata, por lo que no podemos hacer crítica alguna al criterio del juzgador.

55 Sentencias 487/12; 21/12; 352/12; 59/13; 407/11; 462/11; 507/11 —aquí por concurrir cosa juzgada—; y 118/11.

56 Así las sentencias 375/10; 209/10; y 334/10.

57 Sentencia 261/11, en la cual el ministerio fiscal acusa por el 319.2 CP tratándose de un muro de contención, que la jurisprudencia no entiende como edificación.

58 Esta posición es unánime en la doctrina. A modo de ejemplo, Boldova Pasamar: “Los delitos urbanísticos”;

procedimientos que nos encontramos es significativamente menor que el del artículo 319 CP. No obstante, aunque hay menos sentencias, en cada uno de los procedimientos hay una pluralidad de imputados —en algunos casos llegan a ser hasta 10— por lo que el volumen real de infracciones es realmente alto, aunque no se refleje en los datos cuantitativos.

A continuación, el cuadro con las estadísticas y datos cuantitativos generales:

Tabla n.º 5: Condenas y absoluciones.

ÍTEM	N	%
CONDENAS	32	74.41 %
ABSOLUCIONES	11	25.59 %
TOTAL	43	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias recogidas y analizadas.

La estructura típica de estos delitos es mucho más simple que la del artículo 319, si bien la jurisprudencia tiene más problemas para llegar a interpretaciones razonables, dado el marcado carácter jurídico de cada uno de los elementos típicos. Ello incrementa la dificultad del análisis en comparación con la de los delitos urbanísticos propiamente dichos, donde la discusión —salvo que se centre sobre las normas de planeamiento— suele radicar en temas fácticos.

Aquí, como es lógico, no hay ni legalizaciones ex post ni demoliciones, por lo que el análisis se limita a los campos restantes.

Bien jurídico protegido

El concepto de bien jurídico protegido que escoge la totalidad de la jurisprudencia analizada es el del correcto ejercicio del poder público, en sintonía con el bien jurídico del artículo 404 CP. De hecho, la jurisprudencia asimila ambos tipos penales, sin resaltar diferencias entre ambos.⁵⁹

Este concepto de bien jurídico deberemos tenerlo presente en todo momento puesto que explicará el contenido de los restantes ámbitos —por ejemplo, que se exija un especial ánimo subjetivo para que efectivamente se dañe el bien jurídico—.

*Tipo subjetivo*⁶⁰

La jurisprudencia que trata el artículo 320 tiene las ideas más claras sobre el tipo subjetivo en comparación a la que trata el artículo 319. Lo primero que cabe resaltar es que la jurisprudencia únicamente admite la comisión de este tipo delictivo cuando concurre dolo directo, excluyendo de su aplicación la posibilidad de concurrencia de dolo eventual.⁶¹ Acepta, por otra parte, el que denomina dolo por omisión, recogido en la sentencia 327/11, la cual exige que el sujeto ostente una posición de garante —que en el supuesto de los hechos no se producía, por lo cual se decretó la absolución del imputado—.

Acale Sánchez: “Delitos urbanísticos”; páginas 337 y siguientes; Gómez Tomillo: “Función pública y derecho penal”, páginas 22 y siguientes.

⁵⁹ Coincide la jurisprudencia con el concepto de bien jurídico protegido que formula GÓRRIZ ROYO: “Los delitos de prevaricación urbanística”; páginas 122 y siguientes.

⁶⁰ El error de prohibición apenas tiene presencia en la jurisprudencia del artículo 320.

⁶¹ Aunque Gómez Tomillo, op. cit., páginas 150 y siguientes, discute sobre la posible inclusión del dolo eventual, la jurisprudencia acoge el criterio de Acale Sánchez, op. cit., páginas 297 y siguientes, la cual lo excluye, constrictiendo el delito a supuestos donde concurra dolo directo.

Además de la concurrencia de dolo directo, exige la jurisprudencia —la misma sentencia 327/11— la concurrencia de lo que denomina un “plus doloso subjetivo”, que identifica con la expresión típica “a sabiendas de su injusticia”, por lo que entiendo que este plus se interpreta como un elemento subjetivo de lo injusto⁶². Por tanto, según la jurisprudencia las conductas tipificadas por el artículo 320 del código penal son “infracciones especialmente dolosas”.

Se podría pensar que esta configuración jurisprudencial abriría una vía de escape muy importante para los infractores en tanto en cuanto la fiscalía se ve en la obligación de acreditar un especial ánimo subjetivo que va más allá del dolo. No obstante, tan sólo en una ocasión nos encontramos con ese problema: en la sentencia 502/12, en la cual el imputado sale absuelto por falta del elemento *culpabilístico* de lo injusto, entendiéndose por tanto que no existió una actuación contraria a la normativa por no poderse acreditar la existencia de dicho plus subjetivo adicional. En la sentencia 20/12 se trata el mismo tema, pero en éste caso la absolución se basa en que el imputado no votó la concesión de la licencia que se declaró posteriormente ilegal.

Por el contrario, los tribunales han impuesto dos condenas resaltando que ha quedado acreditado el elemento subjetivo. La primera de ellas es la sentencia 529/10, que estableció la imposibilidad de ampararse en la falta de concurrencia de elemento subjetivo por desconocimiento del informe del secretario del ayuntamiento, cuando constaba acreditado que existían dos informes previos y desfavorables a la toma de decisión por parte del alcalde.

La segunda la encontramos en la sentencia 294/11, que resulta llamativa. El supuesto de hechos es el siguiente: el arquitecto técnico emite informe favorable a la concesión de una licencia que posteriormente se decreta ilegal, invocando en el plenario la falta de concurrencia de tipo subjetivo. La jurisprudencia no acogió su argumentación al establecer que, tratándose del arquitecto técnico del ayuntamiento, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia obligan a inferir el conocimiento de la normativa urbanística por parte del acusado. Más aún cuando su propia hija fue la redactora del proyecto técnico. Lógicamente, las excusas sobre la base de una pretendida falta de formación jurídica no pueden ser acogidas, pues la ley de bases de régimen local establece la obligación del funcionario público de conocer la normativa aunque sea de modo indirecto por medio de informes técnicos cualificados. En el caso de autos, para más claridad, se había emitido dicho informe.

En conclusión, nos encontramos con una interpretación jurisprudencial sobre el componente subjetivo del tipo que podría llegar a producir resultados insatisfactorios pero que, en un plano práctico, está bien resuelta. Los pocos casos que se han planteado, han sido decididos con solvencia y claridad por parte de los tribunales, sin que, a mi juicio, haya que reprochar interpretaciones ajustadas en exceso o erróneas. Se desprende de aquí, como ya hemos avanzado, el mayor interés de la jurisprudencia por la persecución de la autoridad pública frente al ciudadano, al que en cierto modo protege con sus interpretaciones mucho más laxas.

Penas

En este caso nos encontramos con penas de prisión más bajas que en el artículo 319 —de seis meses a dos años— y con la misma pena de multa. Las penas de inha-

⁶² Ante la falta de especificación por parte de la jurisprudencia, tan sólo puedo hacer suposiciones en base a lo que resulta más lógico desde el razonamiento jurisprudencial, aunque no en estrictos términos dogmáticos.

bilitación aumentan considerablemente —siete a diez años según el artículo 404 CP, al cual nos remite el artículo 320—. No obstante, la cuantificación se hace más difícil porque las penas de prisión y multa son alternativas hasta la reforma de 2010, en la que pasan a ser acumulativas.

Si de lo expuesto en las conclusiones del apartado precedente podía esperarse un mayor rigor penológico, los datos nos dicen todo lo contrario. Volvemos a tropezar con la misma piedra: penas excesivamente bajas.

Al ser las penas de prisión y multa alternativas, se produce un importante descenso de la función preventiva del Derecho Penal, aunque esta realidad no sea consecuencia del actuar de la jurisprudencia, sino del legislador. Si a eso le unimos el hecho de que se imponen penas muy bajas, nos encontramos con que el efecto disuasorio es prácticamente inexistente⁶³.

En efecto, la pena de prisión difícilmente resulta disuasoria cuando se es conocedor de que, con excepción de los reincidentes, se suspenderá la ejecución de la misma en todos los casos. Por su parte, las multas adolecen del mismo vicio que se expresó en el capítulo anterior⁶⁴, su escasa entidad, pero con más gravedad si cabe, dado que el beneficio económico directo que se percibe suele ser más elevado.

Tabla n.º 6: Pena de prisión

PENA	N	%
6-12 meses	33	86,84 %
13-15 meses	5	13,15 %
TOTAL	38	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias recogidas y analizadas

Tabla n.º 7: Pena de multa

PENA	N	%
2000-5000 euros	11	64,70 %
5001-8200 euros	6	35,29 %
TOTAL	17	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias recogidas y analizadas.

Las inhabilitaciones, sin embargo, sí mantienen su efecto disuasorio, pues son impuestas —en la mayor parte de los supuestos— en su límite máximo.

Tabla n.º 8: Pena de inhabilitación

PENA	N	%
5-8 años	11	29,72 %
9-10 años	26	70,27 %
TOTAL	37	100 %

FUENTE: elaboración propia a partir de sentencias recogidas y analizadas.

63 Si por acordar la concesión de una licencia ilegal te imponen algo más de 3.000 € de media o menos de dos años de prisión —no entrando en prisión si eres delincuente primario— y te inhabilitan —esto sí puede resultar más gravoso— no resulta extraño caer en la tentación de aceptar lo que no se debe: muy probablemente el beneficio económico obtenido haga rentable el riesgo.

64 La más alta se queda a 280 000 € de la multa máxima que se podría llegar a imponer.

No obstante, pese al aislado efecto disuasorio de las inhabilitaciones, no parece que lo sea tanto como para llegar a disminuir el volumen de casos de corrupción urbanística. Por un lado, el beneficio económico obtenido compensa la posible salida del cargo público. Por otro, éste no se abandona hasta que se hace efectivo el cumplimiento de la sentencia, por lo que se sigue percibiendo la retribución —en la mayoría de los casos— durante años tras la comisión del delito.

Por tanto, la conclusión debe ser la misma que en el apartado anterior: el sistema de penas no se aplica correctamente. Algo carente de sentido es la preferencia por una buena parte de la jurisprudencia de las penas de prisión por debajo de los dos años sobre las de multa, de modo que —con la salvedad de quien resulta reincidente— no llega a producirse la efectiva entrada en prisión del condenado. Esto conlleva inevitablemente que el castigo quede constreñido a la inhabilitación, cuya eficacia disuasoria es más limitada.

En tanto en cuanto las penas de prisión no se impongan por encima de los límites de la suspensión de la pena y las pecuniarias no se endurezcan considerablemente por los tribunales hasta el punto de poder causar un perjuicio económico importante a los autores de estos comportamientos, difícilmente se alcanzarán los fines preventivos buscados.

Conformidades

El volumen de conformidades llama la atención: 23 conformidades de 32 condenas, un 71,87 %, algo totalmente inusual en delitos de esta índole. Intentar buscar explicación no es tarea fácil.

Muy probablemente tenga que ver con el hecho de que la mayor parte de las conformidades se dan en personas con numerosos procedimientos penales abiertos. Desde luego, por las ventajas de una posible rebaja penológica no debe ser pues, con conformidad o sin ella, se vienen imponiendo prácticamente las mismas penas tanto de multa como de inhabilitación.

Absoluciones

De nuevo, la motivación de las absoluciones nos puede decir mucho sobre las actitudes jurisprudenciales. Hagamos un análisis sistemático de los diferentes motivos esgrimidos:

1.º Varias sentencias absuelven por *atipicidad*: una de ellas por falta de algún elemento del tipo objetivo — las normas de planeamiento al momento de la concesión de la licencia hacían que ésta fuese legal, por lo que la conducta del alcalde era atípica⁶⁵—, y cinco por falta de concurrencia del dolo o del elemento subjetivo de lo injusto⁶⁶.

La más llamativa de ellas es la sentencia 188/10, que absuelve al imputado —el alcalde— porque, según se establece en el relato de hechos probados, el arquitecto técnico municipal emite informes tipo sin siquiera ver las parcelas, modo de proceder en el que el alcalde no tiene nada que ver. Por otra parte, se cumple con el procedimiento establecido en la LOUA para la concesión de la licencia. De este modo, entiende la sentencia que no concurría el dolo necesario para condenar por delito de prevaricación urbanística.

65 Es la Sentencia 203/10.

66 Ss. 502/12; 471/12; 327/11; 188/10 y 20/12. En todas ellas concurre el mismo patrón: la jurisprudencia entiende que no puede acreditarse la concurrencia de dolo directo, o del elemento subjetivo de lo injusto exigido en el tipo, por parte de los imputados.

2.º La sentencia 41/10 absuelve en base a la falta de lesividad, aludiendo a los principios de proporcionalidad e insignificancia, al estimar atípica la conducta de la imputada —la alcaldesa—, porque únicamente recordaba haber firmado algunas liquidaciones de tasas sin ser consciente de lo que firmaba. Es una argumentación más que dudosa, pues una de las obligaciones que establece la ley 7/1985 de Bases de régimen local —artículos 92 y siguientes— es tener el conocimiento necesario sobre la materia de que se trata.

3.º La sentencia 203/12 absuelve por *fallecimiento* del imputado

4.º La sentencia 307/13 absuelve en base al *principio acusatorio*, pues el ministerio fiscal solicitó la libre absolución del inculpado por falta de pruebas.

5.º Dos sentencias absuelven por *falta de pruebas*. En un caso, no fue posible demostrar en el plenario que existiera una contravención de la normativa urbanística por parte de los funcionarios públicos; en el otro caso, que se emitiera un informe favorable a la concesión de licencias ilegales.⁶⁷ La diferencia con el apartado anterior radica en que, en este caso, sí llegó a celebrarse el juicio; si bien no pudieron acreditarse los hechos.

Como conclusión, parece que en los delitos de prevaricación urbanística la mayoría de las absoluciones están bien justificadas por parte de los tribunales. Lo único que queda por añadir, más a modo de dato curioso que por tener una relevancia real, es que no hay un solo procedimiento que haya prescrito, a diferencia de lo que pasaba con los delitos del art. 319.

CONCLUSIONES

Tras terminar el análisis de las 367 sentencias recopiladas, la conclusión es que se confirma la hipótesis planteada: la aplicación práctica de los delitos urbanísticos es, en efecto, deficitaria. La jurisprudencia no ha sabido —o no ha querido— captar la esencia e importancia del tema, lo cual genera importantes lagunas e innumerables situaciones de inseguridad jurídica.

Podemos hablar de dos tipos de defectos: unos de índole formal y otros de índole material.

En cuanto a los defectos formales, nos encontramos con demasiada frecuencia con sentencias prácticamente idénticas en sus hechos que obtienen resoluciones contradictorias. También es habitual hallar sentencias cuya argumentación es el resultado de recitar sin mayor coherencia narrativa, ni enlace alguno con los hechos, la doctrina del Tribunal Supremo, lo que, en demasiadas ocasiones, supone simplemente un intento de engalanar el fallo. No es comprensible tampoco encontrar juzgados que, en su mayoría, dictan sentencias en conformidad, lo que dudo que sea una cuestión puramente casual.

Los defectos de índole material son, no obstante, más numerosos y preocupantes y se desprenden del análisis de cada uno de los ítems de nuestro trabajo.

Empezando por *el bien jurídico protegido*, la jurisprudencia sigue criterios poco acertados y muy discutidos por la doctrina en lo referente a la exigencia de producción de un daño concreto al medio ambiente, en el caso del artículo 319⁶⁸; o en el caso del artículo 320, al olvidarse de la ordenación del territorio como bien jurídico,

67 Sentencias 87/11 y 333/12.

68 Así, en los casos en que el medio ambiente está ya dañado —supuestos en los cuales hay otras construcciones cercanas, por ejemplo— deberá entenderse que la conducta es atípica por falta de lesión del bien jurídico protegido.

el cual —junto al buen funcionamiento de la Administración Pública— se trata de proteger⁶⁹.

Las *legalizaciones a posteriori* han resultado ser un puente de plata para eludir la persecución penal. No se pone en duda que el código penal considera atípicas determinadas conductas que obtendrán su legalidad a posteriori, en la medida en que son no autorizadas pero autorizables, aunque hasta 2010 ello solo vale en relación al art. 319.2⁷⁰.

Pero el problema de las legalizaciones a posteriori viene determinado por la fecha que escoge la jurisprudencia para aceptar dicha legalización, tanto respecto al fallo condenatorio como a las demoliciones: se aceptan sin reparo legalizaciones que han sido llevadas a cabo en fecha posterior a la comisión del delito, e, incluso, en fecha posterior al juicio⁷¹.

Respecto al artículo 319.1 CP, el tipo se da en cuanto la conducta no está autorizada al realizarse, siendo irrelevante que pueda legalizarse luego —otra cosa es que se aplique la retroactividad de la ley penal más favorable tras 2010—.

Por su parte, el problema de autorizable del 319.2 —y del 319.1 si se sigue tras 2010 ley más favorable— es que la conducta tiene que ser autorizable en el momento en que se realiza, no después de la comisión del hecho. Ahora bien, si antes de dictar la sentencia se acredita que la conducta puede ser autorizable, entonces se puede alegar la retroactividad de la ley penal en blanco más favorable. Pero en estos casos esa alegación solo procede si esa posibilidad de autorización deriva de que se ha producido un cambio de valoración general del planeamiento, porque se han cambiado las prioridades, el diseño general, etc., pero no si estamos ante una modificación o revisión de planeamiento ad personam, solo para legalizar hechos ilegales consumados referidos a ese caso o a ese y otros similares.

Aunque son pocas las absoluciones dictadas por estos razonamientos, son numerosas las demoliciones no impuestas o —lo que es peor— paralizadas a la espera de una posible legalización para la cual se concede un plazo de tiempo incierto. Todo lo más que cabría esperar, si nos encontrásemos ante actuaciones razonables, es la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño que contempla el artículo 21.5º del código penal, y siempre que concurran los requisitos establecidos para ello.

Adolecen las sentencias desde este prisma de falta de seguridad jurídica, pues no conocemos con exactitud en qué supuestos ni con qué fundamentos se entenderá una conducta atípica por haber sido legalizada tras la comisión del ilícito, ni el momento desde el cual cabe hablar de atipicidad. Por las mismas razones, tampoco conocemos qué plazo de tiempo se otorgará para llevar a cabo los trámites de legalización de la vivienda a fin de que no sea demolida ésta; todo ello supone un atentado a los más elementales principios constitucionales y penales.

69 Como bien dice Gómez Tomillo, el bien jurídico protegido de los delitos de prevaricación urbanística hay que entenderlo como pluriobjetivo, puesto que se sanciona —tanto la legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, como la normativa en materia de ordenación del territorio en su ámbito urbanístico—. Lo contrario privaría de sentido a la tipificación del artículo 320 como delito específico, pues bastaría con remitirse al artículo 404. Gómez Tomillo, “Urbanismo, función pública y derecho penal” página 38.

70 Véase Boldova Pasamar, op. cit., páginas 136 y siguientes

71 La propia doctrina científica —ya analizada en capítulos precedentes— es contraria a estas prácticas, admitiendo solo la legalización que se lleve a cabo en determinados momentos muy puntuales. Así, Boldova Pasamar, op. cit., página 140, escribe: “En la figura del artículo 319.1 constituye [la legalización] una conducta post delicto y, por ello, no puede afectar al tipo, pues la construcción no autorizada ha quedado plenamente consumada y su carácter ilícito de inicio no se borra al legalizarse después []”.

Las referencias al *tipo subjetivo* y al *error de prohibición* son más acertadas, aunque es precisamente en su argumentación donde más encontramos los indeseables “copia y pega”. Por lo que respecta al tipo subjetivo, la única cuestión polémica es la existencia de una cierta tendencia a favorecer al ciudadano sujeto activo —artículo 319— en contraposición al mayor rigor que se sigue con los funcionarios públicos que son sujetos activos —artículo 320—, para los cuales se endurecen bastante más los requisitos exigidos a la hora de invocar la falta de dolo —aunque choque con la ya mencionada exigencia de ese “plus subjetivo adicional” del que nos habla la jurisprudencia—. En cuanto al error de prohibición, es una excepción que no ha sido acogida en ninguna sentencia por la especial dificultad que plantea —como bien dice la jurisprudencia— en una sociedad tan abierta al conocimiento y la información como la actual el aceptar que se desconocía la ilicitud del comportamiento.

La aplicación de las *penas* es muy insatisfactoria. Tanto en los delitos del artículo 319 como en los del artículo 320 la jurisprudencia impone penas muy bajas que difícilmente podrán servir de apoyo a la prevención general. Las penas de prisión quedan lejos de ser duras: tan sólo en cinco ocasiones se acercan mínimamente a los dos años —15 meses de prisión—, mientras que en las restantes ocasiones quedan muy por debajo de dicha cifra, por lo que su efecto intimidatorio es prácticamente nulo.

La pena de multa está configurada a priori como la gran protagonista, pero la jurisprudencia la desactiva en gran medida. Se imponen penas de multa que, en ningún caso, llegan a superar los 9.000 euros para un tipo de delitos que proporcionan unos beneficios mucho más altos. No parece que se proceda a análisis alguno de “la situación económica del reo deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”, como obliga a hacer el art. 50.5 CP. Pero tampoco se atiende al valor de la construcción, al beneficio económico obtenido o a las retribuciones ilícitamente obtenidas por los funcionarios⁷². En suma, difícilmente se llega a provocar un perjuicio económico apreciable en los condenados.

Así las cosas, haciendo un análisis económico basado en la ecuación coste-beneficio, es razonable pensar que sale económicamente rentable cometer infracciones urbanísticas, ya sean del artículo 319 ya sean del artículo 320, puesto que las multas están muy por debajo del beneficio obtenido y más teniendo en cuenta que, en numerosas ocasiones, tampoco se acaba haciendo efectiva la demolición.

La inhabilitación es la única pena que está a la altura de las expectativas, ora porque sea la menos gravosa de ellas, ora porque los jueces estén concienciados de que sea la más efectiva o razonable en este tipo de delitos.

Como, además, no se suele fundamentar mínimamente la pena impuesta tampoco es posible conocer el criterio que sigue el juzgador para imponer el castigo tan leve que acostumbra, y para descartar penas más altas que le permite el marco penal previsto.

Las *demoliciones* tampoco cumplen su función de restablecimiento de la realidad física alterada o de la legalidad. En primer lugar, porque en numerosos casos la jurisprudencia da por buena cualquier legalidad sobrevinida de la construcción, incluso si tal legalización se ha logrado mediante decisiones administrativas *ad personam*

⁷² Se espera que tras la reforma operada en 2010 comience a ser tenido en cuenta el beneficio económico en el art. 319.2 y se impongan multas del tanto al triple del beneficio obtenido que supongan un verdadero perjuicio para el infractor.

o ad casum y no a partir de modificaciones o revisiones generales o, al menos, imparciales del planeamiento. En segundo lugar, porque en numerosas ocasiones la jurisprudencia entiende que, pudiendo producirse la referida legalidad sobrevenida, se debe esperar a comprobar si aquella llega a producirse. Y en tercer lugar porque, fuera de los casos en que quepa la legalización de las construcciones, la jurisprudencia entiende que la realidad física no ha sido alterada —o ya lo estaba previamente— y no es necesario recurrir a tal medida.

Sea de un modo o de otro, son demasiadas las ocasiones en que se exige de la obligación de demoler o se aplaza la misma de manera indefinida. Se hace así caso omiso a las opiniones de la doctrina mayoritaria sobre la importancia y necesidad de la demolición como pilar básico de la prevención de los delitos urbanísticos⁷³.

Se dictan demasiadas *conformidades*, en especial si se tiene en cuenta que las penas a imponer son prácticamente idénticas a las que se imponen cuando no media conformidad. Únicamente cobran sentido en los supuestos de implicados en delitos de prevaricación urbanística con varias causas abiertas, a los cuales les conviene conformarse con pena de multa e inhabilitación para así evitar la prisión⁷⁴.

Precisemos, para terminar, que el comportamiento de la *audiencia provincial* no es diferente del de los juzgados de lo penal. Y ello porque escasas veces se pronuncia en discordancia con ellos, siendo la tendencia general la de confirmar las sentencias en primera instancia reafirmando los mismos criterios jurisprudenciales seguidos. Respecto a las penas, adolecen del mismo defecto que las impuestas por los juzgados sobre su escaso rigor punitivo. Y la audiencia provincial es aún más permisiva, si cabe, con las no demoliciones⁷⁵.

En conclusión, nuestra hipótesis queda —tristemente— confirmada. Tan sólo cabe esperar que cuando comiencen a dictarse sentencias a la luz de la nueva regulación cambie el rumbo de la jurisprudencia, sobre todo en lo que a legalizaciones a posteriori y rigor punitivo se refiere, para que, de este modo, sea posible cumplir eficazmente con el objetivo de prevención que persigue todo tipo delictivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “Delitos urbanísticos”. Cedecs Editorial, 1997
- BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL: “Los delitos urbanísticos”. Altelier, 2007
- DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, en “Derecho Penal Español, parte especial (III)” Director: F. Javier Álvarez García. Tirant lo Blanch, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: “Función pública y Derecho Penal”. Editorial Comares, 2000.
- GÓRRIZ ROYO, ELENA: “Los delitos de prevaricación urbanística”. Tirant lo Blanch, 2004.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN (coordinadora); MESTRE DELGADO, ESTEBAN: “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal”. Editorial Colex, 2012.
- MONTERO AROCA, JUAN: “Las garantías del proceso penal y el principio acusatorio”; en Biblioteca Jurídica de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte especial”. Tirant lo Blanch, 2010.

73 Le son aplicables a las demoliciones las mismas conclusiones sobre el beneficio económico del delito que se desprenden del apartado de las penas.

74 Aunque resulta paradójico que en numerosos casos se prefiere conformar con pena de prisión antes que con pena de multa.

75 Sirvan como ejemplo las siguientes sentencias: SAP sección primera 400/201, 442/2010 y 557/2010; SAP sección segunda 623/2010 y 46/2010; SAP sección tercera 614/2010, 708/2010 y 53/2010; y SAP sección novena 456/2012, 123/2013, 221/2013 y 552/2013.

- POZUELO PÉREZ, LAURA: “Derecho penal de la construcción. Aspectos Urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo”. 2ª edición, 2012, editorial Comares.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAÍLLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte especial”. Dykinson, 2011.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Sentencias de las secciones de la audiencia provincial.

SECCIÓN 1º AP	SECCIÓN 2º AP	SECCIÓN 3º AP	SECCIÓN 9º AP
21/10	46/10	53/10	182/10
400/10	95/10	96/10	242/10
442/10	177/10	154/10	528/10
576/10	394/10	434/10	661/10
557/10	439/10	483/10	56/11
595/10	467/10	604/10	529/11
619/10	612/10	614/10	587/11
679/10	623/10	628/10	606/11
35/11	4/11	644/10	643/11
144/11	546/11	708/10	240/12
213/11	22/12	709/10	456/12
266/11	95/12	710/10	123/13
641/11	189/12	100/11	221/13
532/11	202/12	375/11	318/13
352/12	243/12	548/11	428/13
356/12	310/12	390/12	552/13
437/12	360/12	600/12	
584/12	116/13	695/12	
626/12	136/13	700/12	
646/12	224/13	713/12	
750/12	346/13	222/13	
751/12	417/13	231/13	
759/12	441/13	264/13	
66/13		325/13	
123/13		350/13	
260/13		393/13	
275/13		617/13	
484/13		621/13	
611/13			
RA 90/11			
RA 346/12			

Sentencias de los juzgados de lo penal 1 a 6:

JP1	JP2	JP3	JP4	JP5	JP6
61/10	258/10	34/10	350/10	200/10	116/10
203/10	397/10	188/10	364/10	210/10	153/10
206/10	128/11	398/10	366/10	326/10	155/10
37/11	231/411	253/10	367/10		188/10
40/11	294/11	288/10	529/10	358/10	230/10
89/11	393/11	78/11	101/11	370/10	285/10
114/11	420/11	80/11	118/11	371/10	300/10
206/11	95/12	159/11	275/11	418/10	327/10
462/11	127/12	354/11	479/11	441/10	328/10
128/12	227/12	398/11	135/12	461/10	377/10
292/12	260/12	476/11	190/12	529/10	507/10
307/12	55/13	507/11	273/12	326/11	563/10
312/12	135/13	508/11	297/12	328/11	584/10
369/12		29/12	299/12	365/11	639/10
499/12		156/12	33/13	426/11	56/11
46/13		188/12	107/13	10/12	389/11
71/13		230/12	133/13	75/12	495/11
201/13		276/12	201/13	77/12	525/11
22813		331/12	239/13	190/12	62/12
275/13		333/12	293/13	357/12	118/12
		380/12	357/13	6/13	184/12
		476/12	388/13	76/13	203/12
		502/12		81/13	305/12
		67/13			427/12
		293/13			471/12
		352/13			487/12
					525/12
					559/12
					43/13
					186/13
					458/13

Sentencias de los juzgados de lo penal 7 a 14

JP7	JP8	JP9	JP10	JP11	JP14
33/10	41/10	15/12/10	137/10	39/10	
156/10	123/10	203/10	410/10	344/10	
354/10	209/10	208/10	29/11	413/10	261/11
378/10	334/10	510/10	287/11	555/10	327/11
409/10	375/10	340/10	20/12	83/11	387/11
80/11	376/10	109/11	128/12	295/11	392/11
289/11	460/10	181/11	9/13	312/11	456/11
305/11	500/10	361/11	61/13	342/11	510/11
391/11	529/10	407/11	192/13	531/11	21/12
19/12	87/11	613/11		140/12	168/12
42/12	223/11	619/11		312/12	187/12
174/12	232/11	621/11		333/12	255/12
390/12	424/11	126/12		468/12	262/12
392/12	67/12	168/12		480/12	357/12
384/12	68/12	211/12		481/12	37/13
126/13	89/12	273/12		494/12	53/13
151/13	100/12	302/12		495/12	
185/13	154/12	424/12		38/13	
211/13	176/12	425/12		367/13	
341/13	198/12	461/12			
349/13	284/12	480/12			
360/13	368/12	505/12			
	386/12	508/12			
	402/12	509/12			
	453/12	528/12			
	461/12	530/12			
	49/13	242/13			
	137/13	263/13			
	140/13	265/13			
	260/13	271/13			
	307/13	389/13			
	320/13	471/13			
	346/13				
	370/13				
	454/13				

APUNTES*

• Montesquieu resucitado

Quienes tengan una edad lo recordarán: Alfonso Guerra, entonces joven político en la cresta de la ola, al poco del tsunami electoral de las urnas del 82, hizo una estupefaciente revelación a la ciudadanía al anunciar la muerte de Montesquieu. Del Montesquieu de la separación de poderes, del reivindicador de un espacio propio para un poder judicial anclado en la legalidad, por eso políticamente nulo, concebido como relevante factor de equilibrio en el marco estatal.

El anuncio, que no tenía nada de original, en el fondo tampoco era exclusivamente funerario, pues lo realmente proclamado era la apoteosis de Rousseau, la del jacobinísimo poder uno y bueno *per se*, el solo directamente legitimado por el sufragio.

Pues bien, como nada hay —sea mal o incluso bien— que cien años dure, el Guerra de 2014, ya todo un gran reserva de la política española, al salir al paso de las mistificaciones ideológicas de algún nacionalismo, rectificando, ha dicho esta vez algo cierto: «El *demos* no es superior a la ley». Una declaración que implica una profesión de fe democrática, pero ahora ya no de la democracia jacobina, sino de democracia *de la buena*: consistente democracia constitucional.

En esta, no es que el *demos* pase a un segundo plano, en modo alguno, sino que, como desdoblándose, se proyecta en dos planos diferentes, estrechamente interconectados: el de las instituciones de la democracia representativa y el de derecho. Porque ¡vaya si hay *demos* en la Constitución y en la ley! El *demos* más decantado, hoy valorizado a la luz de algunas durísimas lecciones de la historia, que enseña que la política democrática a veces enloquece y en ocasiones se corrompe. Y que, por eso, a pesar de que tiene cierta capacidad para autorregularse, precisa, con todo, de una garantía externa, que solo puede ser prestada por un tercero con la cabeza fría y los pies bien asentados en la legalidad.

• (In)olvidable ministro de Justicia

Hay cierta tendencia a creer que Ruiz-Gallardón, al convertirse en ministro de Justicia, cual si afectado por un maleficio, pasó a ser alguien diferente. Que el que fuera el rostro amable, educadamente liberal, de un PP tan mal encarado, se había transformado en *un ser otro*; quizá habitado por un *alien* cascarrabias, antipático y retro, agazapado en el viejo caserón de San Bernardo.

Pero los que así piensen es que no leyeron en su momento a Juan José Millás en «La doble vida de Ruiz-Gallardón» (*El País*, de 26 de agosto de 2007). Porque Millás advertía que «junto a ese Ruiz Gallardón que enamoraba a madres e hijas marcianas por igual, aparecía otro terrible: aquel, por ejemplo, que en la noche electoral del 6 de junio de 1993, una vez confirmada la cuarta victoria consecutiva del PSOE en las elecciones generales, se manifestó en rueda de prensa, junto a Javier Arenas Bocanegra, para denunciar, en una maniobra brutalmente desestabilizadora un *pucherazo* electoral».

Y sí, este Ruiz-Gallardón es el que se hizo cargo de la cartera ministerial. El que, enarbolando una guadaña siniestra, se aplicó inmisericorde a la siega de todo aquello

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez. J. Hernández García, J. Fernández Entralgo y R. Sáez Valcárcel.

que pudiera tener algún parentesco, incluso lejano, con una idea de la jurisdicción asociada a la cura de los derechos.

Es como la gratuidad de la justicia, los jueces y fiscales sustitutos que contribuían al mantenimiento de una ratio de jueces por número de habitantes ya de por sí muy desequilibrada, incluso lo poco constitucionalmente existente de Consejo General del Poder Judicial, fueron cayendo en la implacable *razzia*.

Pero no solo habría que recordar aquí el Ruiz-Gallardón *de Millás*. Está también el retoño de Alianza Popular que en los ochenta reprochaba al entonces ministro de Justicia (un Ledesma que —todo hay que decirlo— poco antes, siendo vocal, había reclamado el «desapoderamiento» del ministerio en favor del Consejo) no estar lo bastante dotado de *lo que había que tener*, para, una vez entrado en la escena ese nuevo órgano, suprimir el ministerio. Que, ya se ve, él mismo no ha tenido ningún empacho en gestionar, y de qué manera, arrumbando al Consejo.

Claro que este Ruiz-Gallardón se queda en nada frente al Ruiz-Gallardón del uso (*alternativo*: conviene/no conviene) del aborto. El que sin haber dicho media palabra del asunto durante años de vigencia de alguna forma de despenalización, se puso a la diestra de Rucó, cambiando (a ratos) la guadaña por el *malleus maleficarum* y la «espada de Roma» (uno en cada mano). Todo envuelto en la más rancia mística del embrión como persona y en un concepto de la mujer y de la maternidad que ni del Ripalda. En la cínica defensa de un concebido al que le bastará acceder a la condición de *ex nasciturus* para saber «lo que vale un peine» cuando se es niño marginal, en general, pero más aún en la España de los recortes.

El PP que en este como en otros asuntos, al igual que la Iglesia, siempre ha tenido las cosas claras, además de defenestrar al ministro que no había creado más que problemas, archivó su demencial proyecto de retro-regulación del régimen penal del aborto. Ruiz-Gallardón dice ahora que eso le «da asco». Y lo lanza como si fuera una descalificación, pero se trata del mejor argumento: la decisión que a él le dé asco, no puede ser más que buena para todos.

• El “Patio de Monipodio” un jardín de infancia

Hace algunos años, se publicó en España una *Guía de la corrupción*. De ella impresionaba ya solo el mapa de la portada: una piel de toro generosamente sembrada de banderitas señalando la localización de los casos. Según parece, hay o ha habido el proyecto de poner en la calle una nueva edición, pero aparte de que quizá no hubiera ya mapa capaz de albergar tanta bandera, es que la documentación de los supuestos, que reclamaba un equipo interdisciplinar y numeroso, se presentaba como una tarea ingente y costosa, y su traslado al papel exigía también un esfuerzo económico de consideración.

Hubo un tiempo, no lejano, en que aplicar el calificativo de generalizada a la corrupción, suscitaba enseguida el reproche de gratuidad y de falta de rigor, incluso de injusticia para con los gestores de la política. Hoy, en cambio, la falta de rigor estaría más bien en el intento de redimensionar el fenómeno a la baja; condenado, por otra parte, al fracaso e inmediatamente desmentido por un nuevo caso. Todo esto, sin contar con que, como sabe cualquier conocedor de la fenomenología criminal mínimamente avisado, esta clase de delincuencia, como, por lo común, la de los sujetos bien ubicados en la pirámide de rentas, suele presentar una ingente cifra oscura. De este modo, el juicio ponderado exigiría sumar a lo que se sabe la magnitud racionalmente hipotizable de lo que se ignora, para obtener un resultado que no podrá sino dejar sin aliento al ciudadano decente que vive honestamente de su trabajo y contribuye con sus impuestos. Y no se diga al que lleva también con honradez la durísima

experiencia de la ausencia de ocupación retribuida, sobre todo si crónica, como ya ocurre en tantísimos casos.

De la sinvergonzonería del clan Pujol a la infame turba de los beneficiarios de las tarjetas sucias de Bankia, que *no sabían*; pasando por los depredadores del Levante, por los logreros de Andalucía y los del cinturón de Madrid, por, por, por..., resulta que no hay lugar donde poner la vista. Y qué decir de las disculpas que se balbucean; y de las regulares invocaciones de la presunción de inocencia de los pillados con las manos en la masa, como supuesta categoría de la política, en boca de los próximos...

Miguel de Cervantes creó en *Rinconete y Cortadillo* un bien conocido estereotipo, el encarnado por Pedro Rincón y Diego Cortado que, en la Sevilla de la Casa de Contratación y de las oportunidades, en busca de fortuna, se integraron en la hueste de Monipodio, un *mafioso*, controlador y beneficiario de una trama criminal que vista desde hoy hace pensar en la «Señorita Pepis», por lo ingenuo. Y por lo artesanal, como propio de un mundo en el que —aun cuando las letras de cambio ya viajasen entre Medina del Campo y los Países Bajos— la cosa iba generalmente de rateros que tenían que trabajarse el dinero, en directo y exponiendo, con el consiguiente riesgo.

El progreso, no hay duda, del lado de los ladrones, ha sido evidente. Pero no se entiende cómo no ha progresado también en la misma medida la capacidad de prevención y la de respuesta desde la moral, desde la política e incluso desde el derecho, de la ciudadanía escarmentada, sabiendo lo que sabe.

¿Servirá, al fin, de algo el ingente avance en el conocimiento que nos brinda el actual Monipodio con su escandaloso parque macro-empresarial y macro-político, digital y global?

• 25 años del Grupo de estudios de política criminal

En Málaga se ha celebrado este mes de noviembre de 2014 una reunión del Grupo de Estudios de política criminal para conmemorar el encuentro que hace 25 años tuvo lugar en la Universidad andaluza, que significó el punto de arranque de un espacio de reflexión y análisis sobre la política criminal en España único y extraordinario. El Grupo, que cuenta con unos ciento cincuenta miembros, todos ellos profesores de Universidad, jueces y fiscales, acoge a la pluralidad del pensamiento penal del progresismo jurídico y a varias generaciones de juristas.

Desde aquella primera reunión de Málaga, diciembre de 1989, el colectivo fue asentando las bases para propiciar un debate en la escena político criminal desde posiciones críticas, incluso alternativas al pensamiento hegemónico —muchas veces configurado fuera del ámbito jurídico— que influye en la reforma penal permanente en la que nos han instalado. Ha sabido generar una dinámica abierta, que permite la expresión de las posiciones más radicales, en el sentido de indagar las raíces de los problemas y de pensar desde los márgenes, y el estudio de los temas más comprometidos y controvertidos. Además, el Grupo disolvió la falsa compartimentación de saberes en la materia, entendiendo imprescindible la vinculación entre el derecho penal, la criminología y el derecho procesal, con una voluntad interdisciplinar que permite mejor comprender la dimensión de los fenómenos asociados al poder punitivo del Estado. Para ello, ha resultado fértil la reunión de universitarios con jueces y fiscales, la confrontación entre la teoría y la práctica.

Las preocupaciones del Grupo a lo largo de su historia expresan un catálogo de problemas de primera magnitud que hacen posible una radiografía de la evolución de las políticas criminales en nuestro país en el periodo. El primero de los temas que abordaron, la política en materia de drogas, representaba un posicionamiento directo contra la deriva inflacionista que estaba mostrando el derecho penal. Entonces se denunció

el incremento de la población penitenciaria y la masificación de las prisiones como consecuencia de esta irracional persecución, que luego se demostraría como uno de los problemas centrales del sistema, al agudizar las contradicciones, llegando a colapsar los recursos penales y penitenciarios, pues al tiempo que aceleraba la caída del paradigma rehabilitador llenaba las cárceles de pobres gentes y de enfermos. La descripción del conflicto resultó una profecía: no se protegía la salud de los consumidores (la mortalidad fue inmensa debida a los efectos colaterales de la criminalización, las enfermedades, la imposibilidad de control de la calidad de las sustancias, la miseria y la exclusión), se conmovían los principios del estado de derecho al atentar contra la proporcionalidad de las penas y la intervención subalterna o de última razón, se propiciaba una fuente de corrupción de los agentes públicos. La propuesta alternativa de legalización y regulación de la producción y distribución de las drogas se convirtió en una referencia internacional. Todavía hoy vivimos las secuelas de la prohibición y el diagnóstico sigue actual.

Posteriormente vinieron otras propuestas alternativas: en materia de disponibilidad de la propia vida, para ordenar el ejercicio del derecho a decidir sobre el momento de la muerte, una cuestión aún pendiente de solución, lo que ha hecho posible intervenciones desgraciadas desde los parámetros del paternalismo católico, incluso la persecución de facultativos que operaban con criterios éticos adecuados. A continuación, todo ello antes de la elaboración y promulgación del Código penal en 1995, se presentó una regulación del ejercicio de la objeción de conciencia al servicio militar —un conflicto que entonces estaba llevando a prisión a jóvenes antimilitaristas, que encauzaban su protesta por medio de la desobediencia y la insumisión— y a la que ejercía, y sigue ejerciendo sin control alguno, el personal sanitario en relación a la interrupción voluntaria del embarazo y en los supuestos de disponibilidad de la propia vida. Esos tres temas, a juicio del propio Grupo, situaban al colectivo en la vanguardia de las corrientes renovadoras mayoritarias, con un impulso de cuestionamiento para propiciar la reducción del poder punitivo estatal.

Después del nuevo código el Grupo trabajó con rigor en otras cuestiones, posiblemente en una clave diferente; los tiempos habían cambiado: incluso los movimientos alternativos registraban demandas de criminalización, sin cuestionar ni deslegitimar el carácter de clase del poder penal. Extranjería y discriminación (1997), responsabilidad y protección de menores y jóvenes (1999 y 2002), justicia penal internacional y crímenes de derecho internacional, a propósito de la aprobación del Estatuto de la Corte penal internacional (2001), el sistema de penas y medidas cautelares personales (2004 y 2012), la corrupción urbanística (2010) y algunas previsiones penales utilitarias, como el indulto, la prescripción, las dilaciones indebidas y la conformidad (2014), fueron objeto de atención en un intento global de reducir la irracionalidad (inevitable) de un sistema contradictorio en origen y en expansión dislocada, y corregir sus sesgos arbitrarios más groseros.

Sin embargo, el Grupo supo mantener la voluntad y el interés por reflexionar acerca de cuestiones novedosas en la agenda de los penalistas, y, esencialmente, polémicas. En 2010 se publicó una propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución, para despenalizarla cuando compromete libremente a adultos y reconocer derechos a quienes la practican como medio de vida, cuyo punto de partida impugnaba un lugar común de la opinión pública: las prácticas sexuales en las que media precio pueden responder a una decisión voluntaria. En 2012 se divulgó un programa para ordenar el uso de la fuerza policial, de la violencia que el Estado monopoliza, un espacio de anomia y desregulación que propicia todo tipo de prácticas preventivas y persecutorias, incluso las indeseables. El terrorismo como fenómeno clave de la expansión

frente a la emergencia ha sido analizado en dos ocasiones en los últimos años, en 2008 y 2013, para tratar de adaptar las previsiones normativas al estado de derecho y a la nueva situación criminológica y, de paso, corregir algunas prácticas de los tribunales.

Todas las propuestas han sido publicadas en forma de libro, en una colección que reúne en este momento quince volúmenes y que es accesible en la página web del colectivo (gepc.es).

Cabe destacar el método de trabajo del Grupo, siempre orientado al debate y a la reflexión colectiva, mediante dos reuniones anuales, una de ellas convenida con el Consejo General del poder judicial, en las que se discute el manifiesto sobre la política criminal concreta y la nueva regulación propuesta, con más o menos detalle según la dimensión y alcance de los temas. El trabajo se desarrolla en comisiones y en sesiones generales; se propicia la conclusión del debate mediante la adopción de acuerdos y, si las posiciones controvertidas son relevantes, se hace constar la postura minoritaria y su motivación, en la creencia de que el voto no debe servir para constituir poder al interior del colectivo. En esas tareas han intervenido centenares de socios, que han militado en el grupo en este periodo. La vinculación de Jueces para la democracia con el Grupo ha sido privilegiada en todo momento, y fundamental en sus inicios, no en balde la reunión fundacional fue punto de encuentro de una comisión que laboraba en el colectivo judicial por la legalización de la política criminal en materia de drogas.

Decenas de jueces han formado parte del grupo y de su dirección a lo largo de estos años, resulta difícil hacer la relación, pero sus nombres aparecen al pie de los manifiestos y de las propuestas que se han publicado en los libros.

José Luis Díez Ripollés, que auspició el primer encuentro en la Universidad de Málaga y ha sido un protagonista insustituible para la continuidad del colectivo, documentó la historia de los primeros quince años del Grupo en nuestra revista en el artículo “El Grupo de estudios de política criminal: una iniciativa singular” (número 52, marzo 2005).

EXTRACTOS/ABSTRACTS

La democracia a través de los derechos. Un comentario

Manuel Atienza

Se trata de un comentario al último libro de Luigi Ferrajoli, en el que este último expone el modelo teórico y normativo del constitucionalismo garantista que viene defendiendo en los últimos tiempos. En el texto se pone el acento en las analogías y diferencias existentes entre el constitucionalismo positivista de Ferrajoli y el no positivista (o postpositivista), al que se adscribe el autor del comentario.

Democracy through the rights. A commentary”

This is a commentary on the last book of Luigi Ferrajoli in which this author presents a theoretical and normative model of the type of constitutionalism (based on the idea of guarantee) he has advocated in recent years. The text stressed the analogies and differences between this positivist kind of constitutionalism and the non-positivist (or post-positivist) model to which the author of the commentary adheres.

Una sentencia ejemplar

Nicolás García Rivas

Un texto de intervención urgente en el debate sobre la sentencia que absolvió a acusados por delitos contra las instituciones del Estado, que protestaban contra la aprobación de políticas de recorte del gasto social. Se contesta a las críticas que aquella recibió, resaltando la valoración de la prueba, el alcance de los derechos de reunión y manifestación en un Estado democrático y su posición preferente en la aplicación del derecho penal. El diario El País, cuyo editorial se tituló “Una sentencia peligrosa”, rechazó la publicación del artículo.

An exemplary judgment

This paper is an urgent intervention in the debate about the judicial decision which acquitted the protesters against social expenses cutback policies of the charges of offences against the State institutions. The author responds to the criticism against that decision, stressing its comprehensive reasoning as regards the assessment of evidence and the scope of the constitutional rights of assembly and public demonstration in the context of a rule of law State, which demand a priority position in the construction of criminal law. The newspaper “El País”, which published a leading article under the title “a dangerous judicial decision”, rejected the publication of the paper.

Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad moral del derecho

Luis Prieto

La tesis de las fuentes sociales del Derecho, la separación entre Derecho y moral y la primacía del punto de vista externo en la aproximación al conocimiento jurídico son aportaciones del positivismo enraizadas en nuestra cultura jurídica que, sin embargo,

hoy resultan ampliamente desafiadas desde el llamado neoconstitucionalismo o post-positivismo. Se examinan aquí algunos argumentos de un debate que desemboca en el viejo problema de la obligatoriedad moral del Derecho.

Between the moralisation of law and the legalisation of morals. Variations on the alleged moral obligatory nature of law

The theses of the social sources of law, the separation between law and morals, and the supremacy of the external perspective in the approach to legal knowledge are contributions of positivism deeply rooted in our legal culture. However, these theses have been thoroughly challenged from the so-called neo-constitutionalism and post-positivism. This paper presents some of the arguments of a debate that leads to the old problem of the moral obligatory nature of law.

‘Autor y cómplice en Derecho Penal’ medio siglo después

Enrique Gimbernat

El autor, manteniendo en lo esencial las tesis que había defendido en 1966, en su libro “Autor y cómplice en Derecho penal”, interpreta el contenido que, en su opinión, debería darse a los vigentes artículos 28 y 29 del Código Penal. Rechaza, por su inconcreción, la teoría del dominio del hecho –teoría que no tendría apoyo alguno en los textos legales- y, para la distinción que mayores problemas presenta: la existente entre cooperación necesaria y complicidad, sigue defendiendo la teoría de los bienes escasos. Pero, para lograr una mayor concreción de esta teoría, propone acudir a los modernos conceptos de “actos neutrales” o “actos cotidianos”, cuyo contenido es relativamente fácil de determinar. De esta manera, se inclina por reformular y rebautizar la teoría de los bienes escasos por la “teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no- cotidianos”).

“Perpetrator and accomplice in Criminal Law”, half a century later

The author of this paper, affirming in essence the theses held in his 1966 essay “Perpetrator and accomplice in Criminal Law”, presents the construction that, in his view, should be made of articles 28 and 29 of the Spanish Criminal Code currently in force. He rejects the theory of the control over the criminal act because of its vagueness and its lack of support in the legal texts and defends the theory of the scarce goods, particularly as regards the distinction between aiding and abetting and complicity, which creates major problems. In order to achieve a better specification of this theory he suggests to resort to the modern concepts of “neutral acts” or “everyday acts”, whose contents are relatively easy to define. Thus, he favours the idea of reformulating the theory of the scarce goods giving it the new name of “theory of the non-neutral acts (or of the non-everyday acts”).

El aborto y el derecho a decidir. ¿Existe la persona no nacida? Conflictos entre argumentos científicos, socio-jurídicos y morales en cuanto al aborto

Daniel M. Campagne

Los cambios anunciados en la legislación sobre la interrupción del embarazo o aborto han reactivado y recrudecido el debate sobre lo que es la vida no-nacida. En este debate se utilizan argumentos que ya no se sostienen. La ciencia médica ha aportado

claridad en cuanto a aspectos que se han demostrado erróneos. La ciencia jurídica ha aportado claridad de argumentación y justificación. No ha cambiado el elemento emocional en el debate. Este trabajo quiere aclarar conceptos y esclarecer argumentos que aporten confusión, para facilitar un debate que necesitará de una más aguda concienciación de la ciudadanía y, probablemente, de una inclusión de ciertas decisiones aceptadas en el Derecho constitucional, preferiblemente a través de un proceso constituyente.

Abortion and the right to life. Does the unborn person exist? Conflicts between scientific, socio-legal and moral arguments on abortion.

The changes announced in the legislation in Spain on the interruption of pregnancy or abortion reactivated and intensified the debate on the definition of unborn life. In this debate arguments are raised that no longer have any support. Medical science has clarified aspects now proven to be mistaken. Legal science contributed clarity of argument and justification insofar as the scope of Human Rights and their applicability. What has not changed is the emotional involvement in the debate. The objective of this work is to clarify concepts and identify arguments that merely cause confusion, to facilitate a debate that will need a keener awareness among citizens and, probably, to include certain voted decisions in Constitutional law, preferably by way of a constitutional process.

Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción. (A propósito de un caso)

Alfonso Ruiz Miguel

El texto parte de un caso en un Tribunal Superior de Justicia que, a pesar de sus indicios de prevaricación, el Tribunal Supremo inadmitió a trámite eludiendo argumentar sobre los hechos alegados y documentados en una querrela. Luego estudia la cuestión teórica de las normas sin sanción y concluye con un detallado estudio empírico sobre la prevaricación judicial en los últimos años en España, especialmente respecto de las inadmisiones a trámite por el Tribunal Supremo.

Guardians and guarded: perversion of justice and norms without a sanction (a reflection about a case)

This paper was prompted by a case in an Appeals Court in Spain which, in spite of arguably sufficient evidence of judicial malfeasance, was dismissed without preliminary proceedings by the Spanish Supreme Court and ignoring all argument about the documented facts alleged in a lawsuit. The essay analyzes then the theoretical problem of norms without a sanction and concludes with an empirically detailed study on judicial malfeasance in recent years in Spain, focusing on dismissals by the Spanish Supreme Court.

El enjuiciamiento de los delitos urbanísticos en la provincia de Málaga.

José Manuel Garcés Peregrina.

La actividad urbanística en el ámbito geográfico de la Costa del Sol se ha incrementado notablemente en los últimos años, lo que ha conllevado un aumento del número de infracciones urbanísticas. Cuando los esfuerzos del legislador por hacer remitir este tipo de conductas no surten efecto disuasorio es necesario preguntarse por la

aplicación práctica de este tipo de delitos, para poder detectar posibles disfunciones. Tenemos sospechas de que la jurisprudencia es deficitaria, pues el número de procedimientos sigue siendo excesivamente elevado.

Judging town-planning offences in the province of Málaga”.

The urban development in the geographical area of the Costa del Sol has increased markedly in recent years, which has led to an increasing number of urban planning offenses. When the efforts of the legislature to control this type of behaviour do not have deterrent effect, it is necessary to question the practical application of this type of crime in order to detect any malfunctions. We suspect that the law is deficient, as the number of procedures is still too high.

