JUECES para la DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

F. Fernández Buey, Corrupción en democracia. **M. Maresca,** El lugar de la justicia. **R. Bodas Martín,** La contra-reforma del mercado de trabajo. **M. Atienza,** La otra solución. **J. J. López Ortega,** Televisión y audiencia penal. **M. A. Aparicio,** Desobediencia civil y desobediencia al derecho constitucional. **E. Berlanga,** ¿Por qué la ley 30/1992? **F. Verri,** La lección de Di Pietro. **R. Bona i Puigvert,** Función de la pena de privación de libertad. **F. J. Blázquez Ruiz,** Derechos humanos, racismo y xenofobia. **C. Lamarca,** Mediación en detención ilegal. **M. A. Fernández Jiménez y A. Boned Colera,** Liberalismo y conflicto judicial. **M. Cugat,** Ambivalencia de la protección de la libertad sexual. **P. De Paul Velasco,** Composición y veredicto del jurado. **J. Herrera Flores y D. Sánchez Rubio,** Derecho alternativo en Iberoamérica. **F. Villavicencio,** Mecanismos alternativos o paralelos de solución de conflictos en el Perú.

20

3/1993

En este número: Aparicio Pérez, M. Angel, *catedrático de Derecho Constitucional*, Universidad Central (Barcelona).
Atienza, Manuel, *catedrático de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante.
Berlanga, Emilio, *magistrado*, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Blazquez Ruiz, F. Javier, *profesor titular de Filosofía del Derecho*, Universidad Pública de Navarra.
Bodas Martín, Ricardo, *juez de lo social* (Madrid).
Bona i Puigvert, Remei, *juez de vigilancia penitenciaria* (Barcelona).
Boned Colera, Ana, *profesora de Historia*, Facultad de Ciencias de la Información (Madrid).
Cugat, Miriam, *profesora de Derecho Penal*, Universidad Autónoma (Barcelona).
Fernández Buey, Francisco, *catedrático de Filosofía de las Ciencias Sociales*, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).
Fernández Jiménez, M. Antonia, *profesora de Historia*, Facultad de Ciencias de la Información (Madrid).
Herrera Flores, Joaquín, *profesor titular de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla.
Lamarca Pérez, Carmen, *profesora titular de Derecho Penal*, Universidad Carlos III (Madrid).
López Ortega, J. J., *letrado* del Tribunal Constitucional.
Maresca, Mariano, *profesor titular de Filosofía del Derecho*, Universidad de Granada.
De Paul Velasco, Pilar, *profesora de Psicología Social*, Universidad Complutense (Madrid).
Sánchez Rubio, David, *profesor de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla.
Verri, Francesco, *estudiante de Derecho*, Universidad de Pisa (Italia); becario *Erasmus* en la Universidad Autónoma (Madrid).
Villavicencio, Felipe, *ex juez penal* de la Corte Superior de Justicia de Lima; *profesor de Derecho penal; funcionario de la ONU.*

Jueces para la Democracia. Información y Debate
publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Javier MARTINEZ LAZARO, José Antonio MARTIN PALLIN, Jesús PECES MORATE, José Ricardo DE PRADA SOLAESA. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez Morgado, 4, apartamento 307. 28036 MADRID.
Suscripciones EDISA, apartado 549 F. D. 28080 MADRID.

Precio de este número: 1.000 ptas. (IVA INCLUIDO).

Suscripción anual: 2.500 ptas. (3 números).
Extranjero: 3.000 ptas.
Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

Pág.

Debate

— *Corrupción en una democracia realmente existente,* Francisco Fernández Buey 3
— *El lugar de la justicia,* Mariano Maresca 7
— *La contra-reforma del mercado de trabajo,* Ricardo Bodas Martín 12
— *La otra solución (a propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional),* Manuel Atienza 24
— *Televisión y audiencia penal,* Juan José López Ortega 26
— *Sobre la desobediencia civil y la desobediencia al derecho constitucional,* Miguel Angel Aparicio Pérez 30
— *¿Por qué la Ley 30/1992?,* Emilio Berlanga 34
— *La lección de Di Pietro,* Francesco Verri 38
— *La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso,* Remei Bona i Puigvert 41
— *Derechos humanos, racismo y xenofobia,* F. Javier Blázquez Ruiz 45

Estudios

— *La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o injustificada?,* Carmen Lamarca Pérez 51
— *Liberalismo y conflicto judicial en el marco sevillano del trienio liberal,* M. Antonia Fernández Jiménez y Ana Boned Colera 66

Teoría/práctica de la jurisdicción

— *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación,* Miriam Cugat 73
— *De la composición y del veredicto del jurado. Comentarios psicológicos al Anteproyecto de ley del Jurado,* Pilar De Paul Velasco 84

Internacional

— *Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica,* Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio 87
— *Mecanismos alternativos o paralelos de solución de conflictos en el Perú,* Felipe Villavicencio 94

Apuntes

— *¿Fusión, infusión o absorción?* 107
— *Los 'derechos humanos' de Amedo y Domínguez* 107
— *El 'séptimo de fiscalía' cabalga* 108
— *Lo que todo ministro de un gobierno socialista debería saber de Italia* 108
— *Insumisión: ¿'cuestión de estado' o cuestión de cultura?* 108
— *La APM en el limbo de las maravillas* 109
— *La toga para el que la trabaja* 109
— *'Hacienda y Sociedad. Foro de Debate'* 109

COLEX Constitución y Leyes

Rafael Calvo, 42 - 28010 Madrid - Tels. 319 67 54 - 319 65 06 - Fax 319 43 97

EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ESTATAL

La obra pretende ser un auxiliar util para el profesional del Derecho que le ayude a conocer e interpretar la nueva legislacion urbanística estatal española Las novedades que ha introducido la Ley 8/1990 y, ahora, el Texto Refundido, exigen un cuidadoso estudio que lleve a la interpretación y aplicacion correcta de tal normativa Esta razon que siempre concurre en cualquier cambio o proceso legislativo es aun mas fuerte y decisiva cuando la modificación legislativa recae sobre un ordenamiento juridico como el urbanístico no siempre bien conocido y originador, como toda rama jurídica en formación y desarrollo, de cuestiones y dudas hasta que se produzca la elaboración de un cuerpo suficiente de doctrina y de jurisprudencia que sirvan de guia.

AUTORES

Martín Blanco
Profesor Emerito de la Universidad Complutense Abogado

CON LA COLABORACION DE

Rubio San Roman y Moreno Florez
Profesores Titulares de Derecho Civil de la Universidad Complutense Abogados

516 pags. **4.900 ptas.**

CÓDIGO PENAL

OCTAVA EDICIÓN 1994
COMENTARIOS Y AMPLIA JURISPRUDENCIA

AUTORES

Gómez de Liaño Cobaleda
Magistrado Sala II T S Jubilado

González -Cuéllar García
Doctor en Derecho Profesor de la UAM
Fiscal excedente

Moyna Ménguez
Magistrado Sala II T S

Gómez Guillamón - Ortíz Urculo - Torres-Dulce Lifante
Fiscales

820 pags. **5.400 ptas.**

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS

SEPTIMA EDICIÓN 1994
ACTUALIZADA LEGAL Y JURISPRUDENCIALMENTE

AUTORES

Martínez-Pereda Rodríguez
Magistrado Sala II T S

Tomé Paule
Doctor en Derecho Profesor de la UNED

Dávila Lorenzo
Magistrado Vocal del C G P J

Sánchez Sánchez
Magistrado Profesor titular de Derecho Procesal

Rodríguez García
Secretario Judicial

824 pags. **5.600 ptas.**

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

QUINTA EDICIÓN 1993
TOTALMENTE ACTUALIZADA Y REVISADA.
Concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario y abreviado. Jurisprudencia y Leyes complementarias. Contiene L.O. 1/1992 de 21-2, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

AUTORES

González-Cuéllar García
Prof titular de la U A M Fiscal excedente

Hernández Guijarro
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Paz Rubio
Fiscal del Tribunal Supremo

Rodríguez Ramos
Catedratico de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Tomé Paule
Secretario Judicial del T S excedente Doctor en Derecho y Prof titular de la UNED

1.088 pags. **7.350 ptas.**

IDENTIFICACIÓN DEL NACIDO

La obra aborda la problematica y la indefensión de que puede ser objeto el recién nacido, ante posibles delitos de suposición de parto, de sustitucion de un niño por otro, de ocultación, venta o contusión que pueden darse desde el momento del hecho biologico, hasta su inscripcion en el Registro Civil, con las consiguientes responsabilidades penales que se tipifican, y en las que puede verse envuelto el personal médico-sanitario

AUTORES

Martín Bernal
Magistrado

Garrido Lestache
Doctor en Medicina Pediatra

164 pags. **2.400 ptas.**

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

LEY, REGLAMENTO Y DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS INCLUIDAS LAS ANTERIORES QUE CONTINÚAN VIGENTES. JURISPRUDENCIA.

AUTOR

Gómez Tarragona
Inspector de Finanzas del Estado

1.588 pags. **15.500 ptas.**

ESPAÑA Y EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

UNA APROXIMACIÓN AL TRATADO ELABORADA POR EL EQUIPO NEGOCIADOR ESPAÑOL EN LAS CONFERENCIAS INTERGUBERNAMENTALES SOBRE LA UNIÓN POLÍTICA Y LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA.

500 pags. **5.200 ptas.**

EL PROCESO MATRIMONIAL DE COMÚN ACUERDO

SEGUNDA EDICIÓN 1994

Un libro que cierra la trilogia de este autor sobre el procedimiento matrimonial Utilizando el mismo sistema de comentarios prácticos apoyados en abundante jurisprudencia, este libro pone de relieve los múltiples problemas que encierra este aparentemente sencillo proceso, acreditando la utilidad de estas "Guias Practicas", de tan buena acogida por los juristas

AUTOR

López-Muñiz Goñi
Doctor en Derecho Magistrado

232 pags. **3.000 ptas.**

DEBATE

Corrupción en una democracia realmente existente

Francisco FERNANDEZ BUEY

Hay un intento desesperado por presentar los numerosos casos de corrupción declarados durante los últimos meses en España como si se tratara de un asunto limitado, delimitado y controlado, que no afecta, se dice, al tipo de gobierno ni a la esencia del sistema democrático existente. El partido gubernamental y el sistema imperante, se sigue diciendo, son honrados; lo único que pasa, como en todas las familias, es que al partido y al sistema les han salido ranas unos pocos hijos o amigos. Ni siquiera vale la pena repetir los nombres de aquellos que con su conducta abochornan hoy en día al dios padre en *esta* democracia. Pero sí conviene decir que ésta es la versión oficial que tiene de la corrupción el partido gobernante.

Hay variantes de esa versión, naturalmente. El señor presidente, pese a sentirse abochornado, tiende a quitar importancia en sus comparecencias públicas al comportamiento de los corruptos, mientras que otros miembros de su partido prefieren soltar ahora contra esos mismos corruptos toda la bilis y toda la caballería que no soltaron cuando los «traidores» eran, según decían ellos mismos, «honrados compañeros».

¿División del trabajo o división del alma?

En cualquier caso, las varias variantes de esta versión gubernamental de las cosas que están pasando en el país tienen también, como es obvio, sus varios teóricos. A ellas responden (sin apenas ocultar el objetivo de que hay que dorar la amarga píldora de la corrupción de los propios, o sea, de los conocidos en el poder) algunos de nuestros profesores e intelectuales, los cuales actúan en los medios de comunicación como si se les hubiera encargado de la intoxicación y descerebramiento de la opinión pública.

Es penoso pero hay de decirlo, porque es verdad. ¡Y para que no se diga luego que se acabó lo del compromiso de los intelectuales!

No nos engañemos: siempre hubo dos tipos de compromiso de los intelectuales: con el poder y los de arriba/con la disidencia y los de abajo. Sé que hay un abanico de casos intermedios. Pero también sé que en los momentos malos, y éste es uno de ellos, las varillas del abanico acaban reduciéndose a dos.

¡A los hechos!

Primero fue Javier Pérez Royo según venía de Johannesburgo; después Fernando Savater, que lleva camino de convertirse en el martillo de herejes de la España fin de siglo; casi al mismo tiempo Enrique Gil Calvo, quien, de vuelta ya de sus soflamas antisindicales de ayer sobre el «enriqueceos todos», es lógico que acabe salvando el sistema del enriquecimiento; luego Jordi Solé Tura, el armonizador, para quien últimamente toda crítica que no coincida con su propio punto de vista está, por definición, mal planteada; y, por último, aunque no en importancia, naturalmente, llegó Miquel Porta Perales para descubrir el nuevo mediterráneo donde todo crítico del poder establecido es necesariamente un fundamentalista recalcitrante.

Los nombrados no son, desde luego, los únicos; pero sí son los más conocidos. Llevan semanas y semanas arrojando agua, arena y polvo al incendio de las pasiones populares que les parecen «desmesuradas», «ignorantes», «sesgadas», «ininteligibles» o «peligrosas», según los casos. Y, de paso, porque no se defiende al poder en balde, ninguneando a los amigos de otros tiempos por el procedimiento de identificarnos sin contemplaciones con la herencia de Dolores Ibarruri o con Herri Batasuna, y hasta con Aznar.

Lo más chocante del comportamiento del intelectual-bombero fin de siglo es algo que ha visto muy bien hace unas semanas Antonio Elorza: *el dogmatismo ejercido supuestamente en nombre de la tolerancia.* Están hablando y escribiendo como si lucharan a brazo partido contra la Inquisición, como si aquellos a los que critican fueran el poder realmente existente; como si los disidentes del poder (que hoy son, casi todos, aquí y en todas partes, escépticos, perplejos, irónicos y equilibrados, o resistentes insumisos con buen humor) fueran de hecho extremistas o terroristas.

Dicen hablar y escribir en nombre de la tolerancia y de la ilustración históricas y se comportan sencillamente como déspotas fundamentalistas del liberalismo en su parcela de poder.

Y lo que es más importante: repiten, repiten y repiten en cien formas distintas un único argumento, aquel elaborado en el 84 por Pradera, Paramio y el difunto Claudín para mantenernos en la OTAN a toda costa: quien no quiera el menos malo de los mundos posibles está queriendo el peor de los mundos por venir. Aquel argumento, adaptado a los nuevos tiempos, reza: o tapamos a los que tapan a los pocos corruptos porque son de los nuestros (nueva versión de la vieja cantinela: «la izquierda real, no utópica», «el socialismo real, el único posible») o nos cargamos la democracia y ayudamos a que venga la reacción.

Los que tratan de quitar importancia a la magnitud de la corrupción, como si la corrupción apenas tuviera que ver con *esta* democracia, todavía no han caído en la cuenta —y esto es lo peor de todo— de que Berlusconi, y Craxi y Fini *no son la consecuencia de la crítica seria y leal de la «democracia»* realmente existente, no son la consecuencia —como se está diciendo— del intento, tan respetable, de los jueces de manos limpias por atenerse a *la legalidad en serio,* sino al contrario: Berlusconi, y Craxi y Fini *son el efecto perverso de una democracia demediada,* de la imposición al pueblo, precisamente, de un concep-

to muy pobre de democracia, del fundamentalismo liberal, en suma.

El intelectual-bombero del fin de siglo ha perdido la memoria. No recuerda ya que hay antecedentes de situaciones psicosociológicas así. No ha visto, o no quiere ver, que algo parecido a esto que estamos viviendo (y esperemos que la cosa se quede sólo en parecido) ocurrió ya en Italia durante la crisis de los años veinte, como intuyó Antonio Gramsci en *L'Ordine Nuovo*; y en la Alemania de Weimar en la crisis de los años veinte/treinta, como apuntó Hans Kelsen en su propuesta de reforma del parlamentarismo, en un célebre ensayo sobre la ampliación de la democracia participativa.

También este olvido tiene una explicación material, que no es responsabilidad, obviamente, de las personas aquí nombradas: primero fue la frivolización de la resistencia antifascista en Italia, en Francia, en Alemania, aquí mismo («no hubo héroes, todos fuimos iguales»: mentira); luego la trivialización del ascenso histórico del fascismo y del nazismo («estética y juventud, nada de lucha entre clases, nada de crisis de la democracia liberal, nada de crisis cultural»: mentira otra vez); y, por último, como suele suceder, la pérdida de identidad sociopolítica de quienes más la necesitan («estos son aquéllos», le hizo decir un día, no hace mucho, El Roto a su mono: verdad).

Hay un ejercicio para jóvenes historiadores en formación que ayudaría mucho a la hora de dilucidar de dónde salen estos locos de ahora. Sólo pondré un ejemplo: estudiar exhaustivamente las loas a Bettino Craxi aparecidas en los medios de comunicación autorizados (aquí y en Italia) desde 1979 hasta 1993 en nombre del «verdadero socialismo», del socialismo «liberal» y «antiautoritario»; loas, como se podrá comprobar, paralelas y simultáneas a la trivialización de la resistencia antifascista y al descrédito del único liberalismo digno de tal nombre, el de la «herejía liberal» (el de Berlinguer y los suyos por lo que hace a Italia) que hubo en esos años, cuando casi nadie creía «lo de que viene el lobo». Hay muchas perlas de esas para historiadores jóvenes en las hemerotecas. En Italia y aquí. Tal vez se podría comprobar incluso que los autores de las loas a Craxi, el «verdadero socialista» de ayer, son los mismos que hoy llaman fundamentalistas a todos los críticos del poder. Lo cual nos ayudaría a explicar muchas más cosas.

Aunque sea ir contra la corriente conviene decirlo. Creo que la verdad es lo contrario de lo que está pregonando la general coincidencia que se respira en los principales medios de comunicación de este país: la corrupción es parte sustancial de esta *cuasi*democracia nuestra, y ocultarlo es precisamente lo que está poniendo en peligro la democracia que podría ser (en Italia, por cierto, estaba en peligro antes de que llegara Berlusconi: la pusieron en peligro los corruptos pseudocristianos y pseudosocialistas que gobernaban en comandita).

En realidad hay en el país por lo menos dos tipos de corrupción igualmente importantes: la de siempre y la nueva. La de siempre es la de Conde y los suyos; la nueva es la de la «clase política ascendente». La batalla política que se libra actualmente en los medios de comunicación es, sin duda, un efecto calculado de la decisión simultánea, tomada en los cuarteles generales de unos y otros, para sacar a la luz pública los trapos sucios del adversario. Sólo así se explica que lo que ayer se vendía a la ciudadanía como la normalidad del «enriquecerse» (la conducta de Conde alabada por todos los medios) o del gobernar democrático (la bondad de los fondos reservados para luchar contra el Mal) se haya convertido de repente en comportamiento anormal, desviado, sobre el que han de decidir los jueces. Sólo así se explica que la tradicional moderación política de la mayoría de los jueces empiece a verse también, en Italia y aquí, como «extremismo» por parte de los responsables de interior y de justicia.

Saber esto, decirlo y, sobre todo, obrar en consecuencia no es abrir camino a Berlusconi y los suyos. Lo que de verdad lleva al pantano es el ambiente psicosocial que se crea cuando, desde arriba, los unos tratan de tapar las corrupciones de los amigos y los otros empiezan a fijarse en la «corrupción generalizada»: el malestar cultural, la sensación de desorden permanente. Porque es seguro que, además de la vieja corrupción de los multimillonarios que se enriquecen en dos días y de la nueva corrupción de los políticos que se quedan con el dinero de las pobres gentes, hay otras corrupciones por abajo, también tradicionales, cómo no. Entre ellas la del pícaro. Pero una de las cosas que más confusión está creando en la situación actual es el papel de los «despistadores» de tantas tertulias radiofónicas en las que supuestos expertos lo amontonan todo sin orden ni concierto ni distinción. Se crea, se está creando así, ese estado de ánimo característico del «vivir-en-un-charco-de-ranas» en el que se supone, siempre se supone, que todo bicho viviente está enlodado, y en el que sólo reina una filosofía: la del «depende, depende, todo depende».

Para evitar que el pantano crezca hay que distinguir: hay que saber que es lo importante y con quién se está. Esto puede parecer cosa de antiguos, pero tampoco está escrito en el libro de los libros que las modernidades sean siempre mejores que las tradiciones. Así que hay que intentarlo.

La corrupción que estamos conociendo viene, sobre todo, de la financiación irregular de los partidos políticos; la financiación irregular de los partidos políticos se ha juntado por algún tiempo con las operaciones financieras irregulares de los grandes del dinero; de esta alianza (hoy parcialmente rota) viene la oligarquización de la democracia, la concentración del poder real (que incluye la circulación de información y conocimiento de las operaciones irregulares de unos y de otros) en unas pocas manos; y la oligarquización de la democracia viene de la mercantilización constante de la política, del haber convertido la política en mercado, en espectáculo y en técnica de márketing.

Para salir de este pantano se necesita *otro concepto de democracia*.

Hace falta suponer que democracia, o sea, gobierno del pueblo, no ha habido todavía nunca bajo las estrellas al menos en el planeta llamado Tierra. La griega, que todos admiramos, se construyó sobre los hombros de esclavos (el historiador Josep Fontana acaba de escribir una página luminosa sobre esto en *Europa ante el espejo*). Sabemos, sí, que el pueblo es soberano, y que, según la constitución, aquí manda el pueblo; pero hay que tener la valentía de preguntar una vez más, como lo hizo en su día el poeta

Aranzadi Social

NOS *empleamos* A FONDO...

cada semana, y puntuales, de toda la información en materia laboral y de Seguridad Social

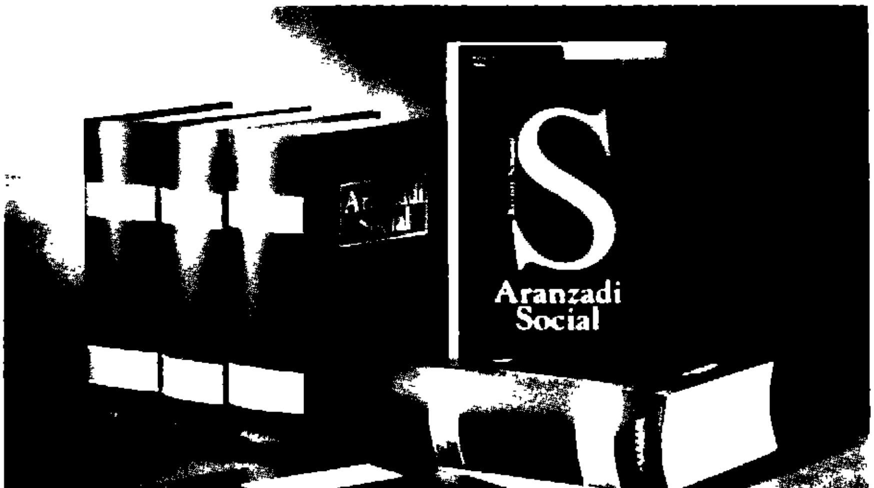
Aranzadi Social es una publicación que le ofrece una visión completa y exhaustiva en materia de jurisprudencia laboral, permitiéndole consultar sentencias y autos del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, y Tribunal de Justicia de la CE.

Aranzadi Social ofrece en cada sentencia un análisis que contiene la doctrina expuesta por el Tribunal, los antecedentes de hecho, hechos probados y los fundamentos de Derecho, íntegra y literalmente transcritos

Semanalmente, la información jurisprudencial en materia social, se ofrece, ordenada y sistematizada, en una práctica y ágil revista

Trimestralmente, se recopila y sistematiza en un volumen toda la información anticipada en la revista con un completo sistema de índices Legal, Alfabético y Cronológico

Al finalizar el año, de nuevo con el objetivo de facilitar cualquier consulta, se entrega un volumen independiente que contiene el Indice refundido de los Indices publicados a lo largo del año



Más rápido, más práctico, por fax: (948) 33 08 45-33 09 19, ó teléfono: (948) 33 18 11-33 02 26

Deseo recibir más información, sin compromiso alguno por mi parte, sobre **Aranzadi Social.**

Nombre y Apellidos
Profesión Especialidad
Empresa Departamento
Dirección Teléfono Fax
Población Provincia C.P.

ARANZADI
EDITORIAL
Carretera de Aoiz, Km 3,5
31486 ELCANO (Navarra)

Ref

Erich Fried, quién manda aquí *realmente*. Preguntar, a veces, ofende. Pero al final del siglo XX, y en Europa, y hablando de política, conviene preguntar dos veces. Por lo demás, tampoco distinguir es una novedad: ya Aristóteles en el libro sexto de la *Política*, diferenciaba varias formas de democracia en función (¡precisamente!) de los pueblos y de los elementos que dan carta de naturaleza a esta forma política.

Supongamos, pues, que la nuestra, esta democracia «realmente existente», es sólo una aproximación al gobierno del pueblo. Y no de las mejores que en el mundo han sido, puesto que la libertad y la equidad están limitadas por cosas tales como: 1.° el jefe del Estado y el ejército quedan fuera del circuito democrático y sus actuaciones, de hecho, fuera de toda crítica pública; 2.° se reservan secretamente fondos del Estado al margen de cualquier control democrático; 3.° hay torturas que se tapan, policías supuestamente incontroladas y servicios de información al margen (o contra) la ciudadanía; 4.° los principales partidos políticos no sólo se financian irregularmente, sino que funden de manera constante, y con consentimiento mutuo, lo que es público con lo que es privado en función de sus propios intereses; 5.° el Ministerio de Hacienda actúa discriminando conductas e invirtiendo de hecho el signo de la redistribución; 6.° se encarcela a los insumisos y objetores que se atreven a decir en voz alta lo que todos pensamos (¡basta de guerras y de ejercitos!), 7.° se impide la discusión racional acerca del derecho a la autodeterminación de las naciones que componen el estado plurinacional (en el que todos reconocemos que vivimos en las páginas de cultura de los periódicos para negarlo en las paginas de opinión política); 8.° se recortan en la legislación laboral aquellos derechos de los trabajadores que habían sido admitidos constitucionalmente para corregir desigualdades derivadas de las diferencias de fortuna; 9.° se convierte de hecho la libertad de prensa y pensamiento en insulto casi monocorde y cotidiano a los trabajadores críticos que protestan en favor de sus derechos; 10.° se completa la oligarquización de lo político con el cuasimonopolio de los medios de información, lo que junta oligarquía y demagogia.

Lo que un día se llamó «cuarto poder» se está convirtiendo en España en ejemplo de demagogia oligárquica. En los *media* siempre se critica (hasta ahora impunemente) a los trabajadores sindicados en nombre de los parados (sin hacer nada por ellos ni proponer nada para que dejen de estarlo); a los parados en nombre de los que tienen trabajo (siempre que éstos no estén sindicados o quieran sindicarse); a los sindicatos, por el bajo nivel de afiliación existente en España; y a los trabajadores que se sindican, por no tener que ver con la mayoría de los trabajadores que no están sindicados. Tal es el discurso generalizado del oscurantismo prefascista.

Supongamos por un momento, lo cual no es mucho suponer (puesto que también hay respetables profesores universitarios, nada extremistas ni fundamentalistas, ni siquiera italianos, que lo han supuesto así) *que las elecciones sólo, sin más, no son aún la democracia*. En este caso, si la democracia *es un ideal* (como otros), y parece justificado llamarlo de este modo teniendo en cuenta lo mal que huele en las «democracias» existentes, entonces el discurso, enfriador de pasiones, de Pérez Royo, de Savater, de Solé Tura, de Gil Calvo y los demás no parece ya tan atendible, ni siquiera *desde el punto de vista de la defensa de la democracia*. Pues bien podríamos decir que nuestro ideal de democracia es más alto que el suyo, limitado, como se ve, a la democracia realmente existente por comparación con la «democracia» berlusconiana que se ve venir.

Para ser más precisos y hacer justicia a todos los citados habría que decir: nuestro ideal de democracia es su ideal de democracia antes de que se decidieran a hacer de bomberos de la democracia realmente existente. Pues también Pérez Royo cuando escribía en *Materiales*, Savater cuando escribía el *Panfleto contra el todo*, Gil calvo cuando escribía la *Lógica de la Libertad* y Solé Tura cuando traducía a Gramsci y a Althusser tenían un ideal de democracia muy parecido a este nuestro de ahora.

Desde este otro concepto de la democracia como ideal, la corrupción actualmente existente en España no se ve ya un asunto limitado y al que haya que quitar importancia, sino como un problema gravísimo cuya génesis conviene conocer si no se quiere que el clamor actual contra la democracia realmente existente se convierta mañana o pasado mañana en desprecio absoluto de la democracia en general.

Lo que ha ocurrido en la Europa de los últimos años con el otro gran ideal de nuestra ilustración, el socialismo, debería dar que pensar a los defensores a ultranza de la democracia realmente existente y a los que arrojan agua fría contra las justas pasiones de los de abajo. El ideal de la sociedad socialista de libres e iguales se ha venido abajo desde el momento en que todo el mundo ha caído en la identificación del socialismo con el «socialismo real» o con el mero estado del malestar realmente existente.

Desde este otro concepto de la democracia (republicana, naturalmente) por profundizar, o tal vez por hacer, la corrupción actual se ve como el efecto de otros procesos temporales que conviene recordar ahora que se habla de comisiones para investigar la financiación irregular de todos los partidos políticos.

Si nos pusiéramos de acuerdo en que democracia no es todavía esto que hay ahora; en que se puede hacer mucho todavía en favor del establecimiento de unas reglas del juego que nos permitieran acercanos más a eso que se ha llamado gobierno del pueblo; si perdiéramos, por tanto, el miedo a decir la verdad, porque más allá de la verdad puede estar Berlusconi, y Fini, y los otros, entonces tendríamos que empezar a pensar en contestar con franqueza a preguntas como éstas; ¿de dónde vino y a dónde fue a parar el dinero que amamantó entre el 75 y el 77 al sindicato y partido socialistas? ¿era «blanco» o era «negro»? ¿dónde se fue y para que sirvió el dinero que se despistó en Banca Catalana? ¿cómo se financió la UCD en la transición? ¿de dónde salieron los millones para la fracasada operación Roca? ¿de dónde los millones para financiar la campaña del PSOE favorable a la OTAN? ¿por que se cerró el caso Naseiro? ¿por qué seguimos sin saber los datos esenciales del caso Filesa? ¿con qué objeto y a cambio de qué se han favorecido desde el poder operaciones financieras y negocios empresariales irregulares?

Se puede adelantar una hipótesis para tratar de contestar tales preguntas: *mercantilización de la democracia, oligarquización de la política*. Que la mercantilización y la oligarquización estén afectando también a lo que un día se llamó izquierda se debe sencillamente a esto: querer hacer como ellos, como los otros, como la derecha. Primero en política; después en lo demás.

En el fondo lo sabíamos desde hace tiempo: el poder corrompe. Lo que nunca queremos acabar de aceptar es esto otro: también corrompe a los que han sido nuestro amigos.

El lugar de la justicia

Mariano MARESCA

En situaciones estables, las sociedades y los ciudadanos viven su relación con las instituciones de una manera espontánea y fluida, sin que se presenten escollos en esa relación y sin que el ciudadano medio —que dispone de una cultura política en gran medida puramente inconsciente— necesite plantearse el problema de qué funciona mal y por qué, y sin que, consecuentemente, en la conciencia social se extienda el sentimiento difuso de la necesidad de una reforma de carácter profundo. La fluida espontaneidad de la dinámica social en esas épocas tranquilas es, desde luego, una apariencia; el jurista sabe mejor que nadie que la reproducción de las relaciones sociales nunca es espontánea ni fluida; antes bien, sólo es posible gracias a la continua intervención en conflictos que tienen que resolverse mediante decisiones, es decir, de una forma que siempre, en mayor o menor grado, es traumática. Y estos dos factores inerradicables, conflictos y decisión, implican que la fluidez y la tranquilidad de esas situaciones de mayor estabilidad deben atribuirse antes al funcionamiento de los mecanismos de intervención para solucionar los conflictos que a la ausencia de estos. Cuando la relación de los ciudadanos con las instituciones aparece como un problema en sí misma es porque determinadas dificultades (que pueden ir desde las meramente técnicas hasta cuestiones más graves, de legitimidad) impiden que la vida social discurra con la falta de conciencia propia de la espontaneidad. La sociedad toma conciencia de la existencia de problemas en los mecanismos de solución de los problemas: a una patología que considera «natural» (los conflictos que «naturalmente» generan las relaciones sociales) se suma otra que deja a la primera al descubierto, con una crudeza y una capacidad de generar «alarma social» ciertamente importantes.

Me parece evidente que las sociedades de nuestro entorno, y desde luego la nuestra, están atravesando una fase de inquietud que responde a ese despertar de la anestesia en medio de una operación y descubrir que el cirujano se ha ido, o simplemente es un incompetente. Sucede con instituciones como los partidos políticos y los sindicatos, de cuyo necesario redimensionamiento nadie parece dudar ya (excepto los interesados, claro); alcanza a la confianza en la eficiencia de los Parlamentos como instancias de control del poder ejecutivo y a su credibilidad como verdaderos titulares, no mediatizados, de las decisiones en que se debería expresar la soberanía popular. Y toca también a la justicia.

Pero en el caso de la justicia estamos asistiendo a un fenómeno en cierto modo inverso a lo que ocurre con el resto de las instituciones. Mientras que ante las carencias de credibilidad o legitimidad de otras instituciones la reacción mayoritaria parece ser la de un desentendimiento que deriva peligrosamente hacia la idea de que nada sirve para nada y por tanto todo vale, en los últimos años la administración de justicia parece estar siendo destinataria de un requerimiento explícito para que asuma la tarea de salvar los muebles del Estado de Derecho. Este es el punto sobre el que quisiera ofrecer algunas reflexiones, cuyo propósito es el de señalar la ambigüedad y los riesgos implícitos en tales requerimientos. Para ello, empezaré recordando algunas ideas de Max Weber que me parece que siguen siendo pertinentes.

EL RETORNO DEL CARISMA

Como es sabido, el propósito de toda la obra de Weber era lograr una explicación del desarrollo de las sociedades del occidente capitalista en términos que superaran el tosco fisicalismo de la sociología de Comte o Spencer (finalmente deterministas) y el irracionalismo latente en la tradición historicista (Dilthey, Rickert, etc.). La conclusión de Weber, sumariamente expuesta, consiste en la tesis de que una serie de circunstancias históricas dio como resultado que «sólo en Occidente» se desarrollaran sociedades que, liberadas del pensamiento mágico y de todas sus secuelas en la organización político-social, se dotaron de una organización racional cuyos dos ejemplos emblemáticos serían el Estado burocrático y la empresa capitalista; al triunfo de esa racionalización correspondería, finalmente, una *forma legal del poder* que dejaba atrás mecanismos de dominación (y de legitimación de la dominación) basados en categorías prerracionales[1]. La equivalencia Occidente = Racionalización toma así en la obra de Weber un lugar absolutamente central que, sin embargo, el propio Weber se encargó de matizar e incluso relativizar.

En efecto, cuando en su célebre conferencia sobre *La política como vocación*[2] Weber anota los efectos producidos por la irrupción de las masas en la política, su análisis —además de evidenciar un sesgo ideológico al que en seguida me referiré— no

[1] Es perfectamente legítima la sospecha de que esta «conclusión» de Weber sea en realidad un «presupuesto»; así lo está poniendo de relieve la revisión crítica de su obra. Especialmente claro al respecto es el análisis del problema al que me refiero de Catherine Colliot-Thelene, *Max Weber et l'histoire*, Paris, PUF, 1990.

[2] En *El político y el científico*, con introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969.

puede resultar más lúcido y más actual. La necesidad que todo poder tiene de conseguir ser acatado por los súbditos tiene que solventarse de una manera completamente distinta cuando se ha pasado de la época constitucional a la época de la democracia de masas. En ésta, hacen falta mecanismos que, como «la máquina» (una imagen que en Weber es polisémica, porque vale tanto para los aparatos de poder públicos como para los privados, especialmente los de los partidos políticos), tienen que utilizar recursos *no racionales*, y en particular el mecanismo de la manipulación de los sentimientos de las masas, para poner a estas a los pies del líder (el «demagogo», en el lenguaje de Weber). Este dato es, para Weber, de una importancia capital porque, como demuestra su análisis de la evolución de los partidos en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania, significa que una pieza esencial de la modernización y la racionalización occidentales como era la «máquina» (pues «máquina» era también la burocracia moderna que sustituyó las relaciones de dependencia personal entre administradores y administrados por relaciones definidas por normas) pasaba a un modo de actuación contraria a la forma racional-legal propia exclusivamente de la política moderna del occidente capitalista. Así es como la forma legal de la organización social se desliza, según Weber, a un tipo de vínculo carismático entre los ciudadanos y los aparatos de dominio que finalmente conducirá a una democracia plebiscitaria, un tipo de cesarismo que, por la dependencia no racional respecto del demagogo, consigue una corriente de obediencia más eficaz (pero menos madura) que la basada estrictamente en el acuerdo sobre normas y procedimientos. No es el único parentesco entre Marx y Weber el que pone de relieve esta interpretación del desarrollo de las sociedades capitalistas como intrínsecamente contradictorio: las fuerzas puestas en juego por el espíritu moderno son cuando menos ambiguas, tanto que el botín más preciado del racionalismo occidental, la desmagificación del mundo, acaba arrinconado por la recuperación del carisma que opera la «máquina» en las democracias de masas. Para Weber, el riesgo puesto en marcha por este desarrollo ambivalente ponía en peligro la misma esencia de la modernidad, la autonomía práctica del individuo.

Ante esta situación, la posición de Weber se sustenta en dos ejes básicos: su escepticismo o relativismo moral (resultado del «desencantamiento» moderno del mundo) y su nada oculto elitismo patricio. Para encontrar un contrapeso al proceso degenerativo que vela desarrollarse y arrastrar consigo la forma legal del poder (el desequilibrio de los poderes en favor del ejecutivo y el superpoder de los aparatos burocráticos así lo demostraban), Weber mezcla ingredientes ideológicos derivados de aquellos dos ejes básicos y que, a los efectos que aquí importan, podemos sintetizar en estos tres (tres rasgos que, por cierto, me parece que con ropajes no tan distintos han vuelto a comparecer entre nosotros):

a) Una concepción realista de la política según la cual ésta viene entendida como una interminable lucha que recorre las sociedades en todas las direcciones y sentidos y que tiene como objetivo acceder a una posición de poder desde la que se pueda ejercer la violencia en régimen de monopolio[3]; por esta vía, la política queda «irracionalizada», es decir, entregada a un ámbito en sí mismo irracional cuya única salida es reconducir la acción política a los términos de cálculo y previsión propios de la forma legal del poder.

b) Una *distancia olímpica respecto de las masas*, el nuevo actor histórico que con su presencia sella el final de la época constitucional y al que Weber sólo es capaz de ver como víctima de la *Entseelung* (privación del alma; *entseelt* significa exánime, muerto) producida por la utilización que la «máquina» hace de sus sentimientos.

c) La *contraposición* —que sería un eje de la ideología de Thomas Mann[4]— entre el mundo de la *Zivilisation* (el pensamiento democrático-plebeyo que triunfa con las revoluciones burguesas) y el mundo de la *Kultur* (la excelencia intelectual y moral fruto de la *Bildung* de los intelectuales alemanes) como mundos inconmensurables cuyas diferencias los situaban en planos distintos, imposibles de mediar.

A partir de estos elementos, la alternativa de Weber era la apuesta por estructurar la organización de un patriciado de la inteligencia que, a pesar y como consecuencia del desencantamiento del mundo (la pérdida de sentido), permitiera encontrar un lugar para la excelencia de las almas superiores en el mundo de la demagogia propio de la democracia de masas[5].

Lo que en seguida llama la atención aquí es que la pérdida de racionalidad en favor del decisionismo se intente contrarrestar con la apelación a un decisionismo que se legitimaría sólo por la superior cualidad del sujeto de la decisión, el *Kulturmensch* de Weber. Dicho de otra forma: una vez que se aceptan como irreversibles el proceso y las consecuencias de la democracia de masas (y así era para Weber, de ahí su pesimismo), la única opción es añadir a la situación un *supplément d'âme* que sólo puede venir de las manos de una individualidad —o una casta— superior. El estado *prerracional* al que son reducidas las masas y el decisionismo al que ello conduce (el cesarismo de la democracia plebiscitaria como resultado de la corrupción de la forma legal del poder) se compensan con un decisionismo *hiperracional*. Imagino que ya se adivina el punto al que quiero llegar con estas consideraciones: la tentación, siempre a mano, de que el juez —una determinada forma de entender la función del juez— asu-

[3] *Vide* Bobbio, N., «La teoria dello stato e il potere», en *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, a cura di Pietro Rossi, págs. 215 y ss., Turín, Einaudi, 1981. Parece obvio que, en la actualidad, para hablar de una concepción *realista* de la política habría que utilizar un discurso mucho más complejo, como por ejemplo el que puede derivarse de la obra de Foucault.

[4] Mann, Thomas, *Consideraciones de un apolitico*, Barcelona, Grijalbo, 1978, especialmente el Prólogo y el capítulo «Política»

[5] *Vide* Rebuffa, G., *Nel crepuscolo della democrazia*, Bolonia, Il Mulino, 1981, especialmente el capítulo final

ma en épocas de crisis institucional prácticamente generalizada un protagonismo que va más allá de su estricta función constitucional. Pero para llegar a esto, hay que argumentar antes otras cosas.

LA POLITICA DENTRO DE LA JUSTICIA

Recuérdese cómo Kelsen, al hablar de la interpretación y la aplicación del derecho, tuvo buen cuidado de distinguir, en la *Teoría pura del derecho*, entre un momento de la razón (cuando la ciencia jurídica puede ilustrar al juez acerca de las distintas interpretaciones posibles de una norma) y otro de la voluntad, que es el de la opción entre una de esas posibles interpretaciones. Este segundo momento es, para Kelsen, infundamentable; compartiendo el relativismo derivado del desencantamiento weberiano, Kelsen acepta que toda decisión es un acto heroico por cuanto significa aceptar que, en un mundo desmagificado, desprovisto de sentido, el único sentido posible es el que el hombre —animal significante— *decide* atribuir al mundo sabiendo que esa decisión es un hecho de conciencia imposible de fundamentar racionalmente.

Pero para la cultura jurídica al uso esta posición contiene un radicalismo inaceptable. El derecho moderno no puede prescindir de un tipo de legitimación *no desencantada*, material, o lo que es lo mismo, no puede asumir la ausencia de garantía ideológica que supone reconocer la falta de fundamento último de cualquier decisión. Asumir esto equivaldría a dejar sin cubrir las exigencias de previsión y calculabilidad de las soluciones de los conflictos. Y equivaldría, más concretamente, a dejar también al descubierto la expectativa de seguridad jurídica que se deposita en la figura de un juez que no decide personalmente, sino que se limita a «declarar la ley». Para la cultura jurídica, se trata de una contradicción nuclear: para poder presentarse como ciencia, tiene que considerar el mundo de la decisión como algo contingente; pero su encargo consiste en legitimar las decisiones que reproducen las relaciones sociales.

El deslinde entre justicia y política (entendiendo ahora a ésta como el ámbito de las decisiones en general) resulta, pues, más que difícil. Para Weber, entrar en el mundo de la política significaba hacer un «pacto con el diablo» (y por tanto perder el alma), porque en la política se trata siempre de la violencia y eso significa, irremediablemente, mancharse las manos. Este es el realismo que tanto cuesta asumir. Con razón podemos pensar, por tanto, que Weber, con todas las insuficiencias que se quiera, tuvo el valor de aceptar la complejidad del «racionalismo occidental» del que nació el mundo moderno, mientras que la cultura jurídica posterior —con la excepción de Kelsen, a pesar también de todas sus insuficiencias— se ha limitado a prolongar la línea de menor tensión de su pensamiento, la que celebra el triunfo de la forma legal del poder, y a recubrir como puede la virulencia práctica del momento de la decisión para ignorar el desafío que plantea.

En este punto, me parece legítimo plantear la siguiente hipótesis de trabajo. La cultura jurídica dominante no puede ni retroceder ni avanzar desde el punto representado por la «racionalización sin desencantamiento» (esa suerte de lectura *soft* de Weber a que antes me he referido); Weber, al sumar a los efectos de la racionalizacuón (la forma legal del poder) los del desencantamiento (la carencia de sentido), apostó por una regeneración heroica del mundo de la decisión apelando a la madurez de los hombres excelentes. Sin excluir —todo lo contrario— la recurrencia en la actualidad de una salida de este tipo, podríamos plantear una hipótesis alternativa: ¿entenderíamos mejor qué significan el derecho moderno y la admnistración de justicia si retrocedemos hasta encontrarnos con lo que había antes de la racionalización y la modernización?

Podemos contestar fácilmente la pregunta acudiendo a la obra de René Girard *La violencia y lo sagrado*[6]. A partir del sacrificio como la estrategia con la que la sociedad desvía hacia una víctima relativamente indiferente una violencia intestina que amenaza a sus propios miembros, Girard identifica el primer rasgo descisivo de la gestión de la violencia: en la medida en que el sacrificio se presenta como un imperativo absoluto emanado de una divinidad, el rito violento y la raíz de la violencia quedan situados fuera del mundo real y se puede ignorar su verdadera naturaleza. Con el sacrificio, además, se rechaza una forma de gestionar la violencia intestina que es la venganza de la sangre, algo intolerable porque toda venganza reclama a otra que la satisfaga, y así hasta el infinito. Lo importante (y este es el segundo rasgo que debemos retener) es que allí donde la prohibición de la venganza es más estricta (las sociedades modernas) es donde ella misma reina de manera más plena, determinando desde la sombra las relaciones sociales. No es que se transgreda clandestinamente la prohibición de venganza, sino que *el sistema judicial aleja la amenaza de la venganza al limitarla a una única represalia confiada a una autoridad central.* Al descartarse así la posibilidad de la venganza interminable, la venganza («tomarse la justicia por su mano») se convierte en *venganza privada,* lo cual implica que hay una *venganza pública.* Pero en las sociedades modernas sólo se reconoce la existencia de *venganza privada.* Y en cambio no hay en ellas ningún principio de justicia que difiera realmente del principio de venganza. La diferencia entre venganza privada y pública reside únicamente en que ésta ya no puede ser vengada, desapareciendo el riesgo de la venganza interminable. Lo decisivo es, por tanto, la existencia de una autoridad central: *si en las sociedades no modernas la venganza es interminable no es porque no haya un principio de justicia, sino porque el deber de venganza está aún en manos de los allegados de la víctima.* Lo que añade la modernización es un organismo soberano que sustituye al ofendido y reserva para sí el deber de venganza de éste. Hasta aquí la explicación de Girard.

Si en las sociedades modernas la divinidad que ordena el sacrificio es la idea de que es necesario

[6] Barcelona, Anagrama, 1983.

que una autoridad central se reserve el deber de venganza, ello significa lo mismo que el primer rasgo antes señalado: esa idea permite ignorar la violencia intestina y su naturaleza real. Pero además si la gestión de la venganza que hace esa autoridad central se presenta legitimada materialmente mediante la afirmación de un consenso en torno a ella (la mitología del contrato social), la ignorancia de la violencia intestina (y por tanto de la verdadera razón de ser de la existencia de una administración de justicia) queda ahora transformada en verdad de la razón (y no otro es, en efecto, el trabajo de la teoría jurídico-política de los siglos XVII y XVIII). Quizás las palabras *fuertes* de la antropología asusten, pero lo cierto es que nuestra diferencia respecto de lo que consideramos primitivo es más una sutileza espiritual que un salto cualitativo en la evolución de la especie. A Weber, su inmensa erudición le impedía ignorar estas cosas; de forma que cuando hablaba de la política, del mundo de la decisión infundamentable como un mundo en el que al entrar se hace un pacto con el diablo porque ahí sólo se trata de violencia, sabía lo que decía. Y si por nuestra parte revertimos toda esta argumentación sobre la innegable cuota de decisión que hay en la práctica jurídica, podemos entender mejor de qué se trata cuando una sociedad en crisis requiere a los jueces como sanadores de sus males más radicales, pero también cuánto cesarismo carismático hay en el gesto de un juez que se mira en el espejo del *Kulturmensch* y da un paso hacia el proscenio de la vida pública. Las circunstancias actuales propician el encuentro de aquella demanda social y este deseo personal: ese es el riesgo de malentender un caso como el italiano y, desconociendo que la serie de actuaciones conocida como *operación manos limpias* ha sido posible gracias a un escrupuloso respeto del equilibrio de poderes del Estado de Derecho, buscar en ella la coartada para una «judicialización de la política» de imprevisibles costes institucionales.

Pero el problema de fondo sigue abierto: por mucho que se insista en contrapesar las tendencias a solventar la crisis de legitimidad de los sistemas democráticos sobrecargando al poder judicial con funciones que le son ajenas, el poder judicial, por el mero hecho de ser poder, no puede caber en una definición exclusivamente formal de su naturaleza. Al final, el problema de la legitimidad de la decisión siempre vuelve. Hay vías —como la del jurado— que pueden servir de puentes con los cuales atravesar ese vacío de fundamento que siempre puede emerger, con todo su potencial nihilista, desde el magma de la práctica. Pero en el nivel de la cultura jurídica no parecen adivinarse soluciones plausibles que, esto es lo importante, no escamoteen el problema: guste o no, dentro de la justicia vive lo político.

Sintéticamente, hay dos opciones: o insistir en la óptica formalista que apuesta exclusivamente por el «proyecto jurídico» (es decir, el proyecto de que todo el proceso histórico se tramite jurídicamente, con la consiguiente utopía de descartar el recurso a la política[7]), o hacer depender la práctica jurídica de planteamientos metajurídicos que se presenten como tales, sin esconder la posición que toman ante los conflictos sociales. En esta segunda línea estarían dos opciones tan opuestas entre sí como el viejo Uso Alternativo del Derecho y el ya no tan nuevo Análisis Económico del Derecho. La diferencia más acusada entre ambas sería que, mientras la primera plantea de manera directa la articulación entre derecho y política (o la politicidad inesquivable del derecho y la práctica jurídica), la segunda escamotea el carácter político de la propuesta con un rodeo retórico. En efecto, para los valedores del Análisis Económico del Derecho[8] la legitimación de que la decisión judicial deba responder a la lógica del mercado se argumenta con la afirmación de que la lógica del *common law* y la lógica del mercado son coincidentes (con lo cual la primera es redundante). Pero esto es sólo una forma de aplazar el problema, porque todavía habría que preguntar —y esta es la pregunta que los teóricos de la corriente dan por respondida «naturalmente»— por la legitimidad de la decisión que ha establecido la lógica del mercado como dominante.

En el caso del Uso Alternativo hay algo, en cambio, que me parece capaz todavía de aportar sugerencias válidas. Podemos comprobarlo a partir de dos diferentes interpretaciones de aquel movimiento de la magistratura italiana. Según la primera, debida al historiador Pietro Costa[9], en el Uso Alternativo del Derecho se sumaban dos ingredientes heterogéneos: una teoría de la interpretación del derecho que en realidad venía de la tradición y era compartida por muchos juristas no adscritos a la corriente, y una concepción marxista de la historia y de los conflictos sociales desde la que aquella teoría de la interpretación sufría un vuelco práctico de inspiración directamente política. Y así, una vez abierta la crisis del marxismo y desaparecido el telón de fondo desde el que se proyectaba la estrategia politizadora del Uso Alternativo, la aventura acabaría —por así decir— de muerte natural. Según la segunda lectura de esta historia, la que propone Pietro Barcellona[10], lo que el Uso Alternativo planteó fue una estrategia más compleja: la operación de hacer explosionar, dentro del sistema y la teoría de las fuentes del derecho, la idea democrática. Esta segunda lectura tiene, en mi opinión, la considerable ventaja de dejar el problema abierto a nuevas reflexiones, señalando además un punto tan central como el sistema de las fuentes como el lugar en el que idear una articulación de derecho y política capaz de responder a dos exigencias básicas en estos momentos: remitir la cuestión de la decisión y la política al campo de la democracia, y plantear a su vez el papel de lo jurídico en la recuperacion de la democracia como

[7] Sobre el programa del «proyecto jurídico», *vide* Fioravanti, M., *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffré, 1979.

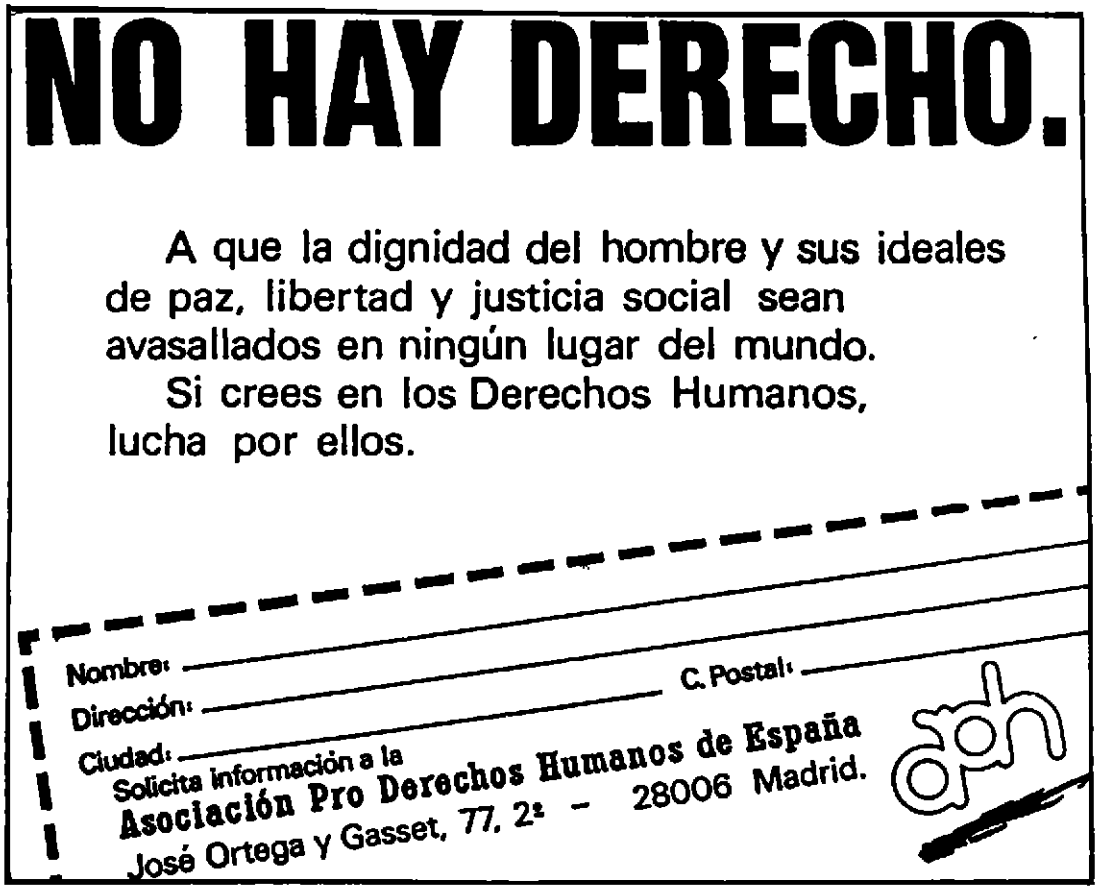
[8] Sobre el tema, *vide* Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994

[9] Costa, P., *La alternativa «tomada en serio». manifiestos jurídicos de los años setenta*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suarez», 30, 1990, págs 161 y ss

[10] En el primer capítulo de *I soggetti e le norme*, Giuffré, Milán, 1984

horizonte real, no sólo formal, del desarrollo de las relaciones sociales.

Dicho brevemente, la cuestión en relación con la cual deben decidirse las tomas de posición es la de la soberanía popular. La crisis institucional que vivimos hoy es grave, ante todo y sobre todo, porque la decadencia de los principios clásicos del Estado de Derecho (legalidad, publicidad y control) lo que signfica en última instancia es una evaporación de la soberanía popular, que corre el riesgo de llegar a tener una existencia meramente retórica. En este sentido, la primera conclusión sería la urgente necesidad de hacerse fuertes en los argumentos más elementales del garantismo jurídico —incluso los del más decimonónico— para establecer una línea de resistencia que preserve simultaneamente a la justicia y a la sociedad del retorno al carisma y la tentación de la demagogia. Paradójicamente, asumir la politicidad de la función judicial pasa por preservar exquisitamente el lugar y la función de la justicia de cualquier forma de politización carismática, espectacularizante, y mantenerla en los límites que le prescribe por definición su compromiso con el Estado democrático de derecho. Pero —segunda conclusión— eso sería todavía una posición débil, meramente defensiva, si no se acompaña del riesgo teórico de pensar la democracia como una vocación de poder constituyente con vocación de poner en cuestión de manera sistemática al poder constituido. En esta última tarea, las insuficiencias de la cultura jurídica dominante son alarmantes. Intuyo que debe haber más deseos de abordar este campo en el silencio —heroico, como Weber decía— del juez que es consciente de que cada decisión suya tiene que ver con la necesidad más primaria de toda sociedad: preservarse de su violencia intestina. Lo que la racionalización moderna ha acabado instaurando es un sistema en el que la ausencia de sentido se cancela atribuyendo a un único señor —la razón instrumental— el poder sobre la significación del mundo y de la práctica. Una lectura nihilista —que ya no es minoritaria— de argumentos que he utilizado aquí (la concepción realista de la política como coartada para deducir el carácter supérfluo de la forma legal del poder; o simplemente la irracionalización de la decisión judicial en los mismos términos que los de la práctica política, adoptando una actitud probablemente decorativa en determinados salones, pero espantosamente nefasta a efectos públicos) puede significar entregarse atados de manos a un proceso que ya ha corrompido las garantías de los derechos mucho más allá de los límites que Weber llegó a imaginar. Pero hacer conscientes los datos que he manejado, incluida la dureza de la argumentación antropológica, también puede llevar a otra posición: a la necesidad de reabrir el concepto y el ámbito de la democracia para encontrar en esa sede un lugar habitable por la justicia. Esto se traduce en asumir que lo que hay en juego en cada decisión es la lucha —política— por devolver al hombre su soberanía sobre el sentido de su experiencia. Y trabajar por algo así merece realmente llamarse «hacer justicia».



La contra-reforma del mercado de trabajo

Ricardo BODAS MARTIN

EL EMPLEO COMO PROBLEMA ECONOMICO

El empleo constituye el problema central de los países occidentales y por ello el aumento del desempleo y el nivel de aceleración en la destrucción de puestos de trabajo ha provocado una alarma social generalizada.

Dicha preocupación ha alcanzado las cotas más altas en nuestro país, por cuanto se trata de una economía que no sólo tiene problemas de crecimiento, sino que incluso en coyunturas favorables no ha sido capaz de generar niveles de creación de empleo importantes, a diferencia de otros países, que son precisamente los competidores de los países europeos en general y de España en particular.

Este fenómeno tiene que ver con la progresiva internacionalización de la economía, que ha supuesto la incorporación al mercado y a la competencia mundial de países, que estaban alejados tradicionalmente del escenario económico, así como de las exigencias de la convergencia económica en el contexto europeo, la aceleración del proceso de innovación tecnológica y sobre todo los efectos de las fases bajas del ciclo económico.

Se trata, en definitiva, de un problema económico y no jurídico, que exige principalmente soluciones económicas, pareciendo evidente, que las propuestas jurídicas deben instrumentarse exclusivamente como complemento las primeras, en la construcción de una política generadora de empleo.

EL CONSENSO COMO SOLUCION AL PROBLEMA DEL DESEMPLEO

En las últimas elecciones generales celebradas en nuestro país, marcadas por la crisis económica y por una pérdida diaria de más de dos mil puestos de trabajo, la totalidad de las fuerzas políticas contendientes propusieron como objetivo prioritario la puesta en marcha de una política económica, centrada en la creación de empleo, existiendo conformidad en que dicha política habría de convenirse con todos los interlocutores sociales.

En concreto, el Partido Socialista Obrero Español propuso la apertura de un proceso de negociación con patronal y sindicatos, que culminara en un «Pacto por el empleo», centrado en dos ejes básicos, consistentes en la culminación de un acuerdo de rentas y en la modificación del mercado de trabajo, resaltando en todo momento, que era la única fuerza política con capacidad de lograr el consenso, al ser un interlocutor privilegiado de los sindicatos, con los que difícilmente podrían contactar sus oponentes.

El «Pacto por el empleo» se constituía, de este modo, en un factor estratégico, que permitiría la adaptación de la economía española a los nuevos retos económicos con un costo razonable, que habría de mantenener, en cualquier caso, los elementos estructurales de las relaciones de trabajo españolas, *libertad sindical, negociación colectiva y protección social,* de modo que las reformas, que hubieran de acometerse, no los hicieran irreconocibles.

Se trataba, en suma, de avanzar hacia una nueva política económica consensuada en la que la eventual flexibilización de las relaciones de trabajo garantizara al tiempo el respeto y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y el equilibrio de todas las partes intervinientes en el mercado de trabajo, evitando disfunciones, que habrían de producirse necesariamente, de quebrar el acuerdo, en la búsqueda de soluciones ante lo que todo el mundo calificaba de crisis nacional.

Se ofreció el consenso y la mayoría de la ciudadanía apostó decididamente por esta propuesta, que constituía no sólo un instrumento para la elaboración de propuestas, sino también una garantía de su eficaz aplicación y un elemento de confianza en su proyección posterior.

LA RUPTURA DE LA NEGOCIACION CON LOS SINDICATOS

Pese a la promesa electoral comentada que, como se resaltó más arriba, fue una de las líneas maestras de la campaña, la negociación con los interlocutores sociales no llegó a buen fin, rompiéndose las conversaciones en un tiempo récord, ya que comenzaron efectivamente en el mes de septiembre de 1993 y culminaron en noviembre del mismo año, lo que sorprende a cualquier observador, si se piensa, que la reforma propuesta afectaba a la mayoría de las instituciones del Derecho del Trabajo, siendo destacable, que el Gobierno no asumió practicamente ninguna de las proposiciones sindicales, lo que evidencia claramente, que no se negoció con la voluntad política necesaria para cerrar el acuerdo, al ser impensable, que los Sindicatos admitieran, sin contrapartidas visibles, las modificaciones propuestas, que desequilibraban notoriamente, como se destacará más adelante, las relaciones laborales individuales y colectivas, en beneficio de los sectores patronales.

Es indudable, que las responsabilidades políticas de dicha ruptura corresponden en alguna medida a todos los interlocutores, pero no cabe duda que el Gobierno debe cargar con la mayor responsabilidad por la ruptura del consenso social, no sólo por el in-

cumplimiento de la oferta electoral, que apostó decididamente por la concertación social, obteniendo un gran número de votos de los trabajadores, sino porque la imposición de la reforma laboral a los Sindicatos constituye una carga de profundidad para la propia reforma, ya que la aplicación efectiva de la misma exigía, como se resaltó en el dictamen del Consejo Económico y Social, el acuerdo de todos los afectados, ya que dicho acuerdo constituía *no sólo un instrumento útil para la elaboración de propuestas, sino también una garantía de su eficaz aplicación y un elemento de confianza para su futuro desarrollo.*

Consecuencia del fracaso en la negociación, cuya estrategia fue calificada de errónea por un destacado dirigente del Grupo Parlamentario Socialista, por el alto coste político producido, fue la huelga general del 27 de enero pasado, cuya incidencia no debe valorarse en este trabajo, si bien debe subrayarse, que ha supuesto la ruptura más radical en las relaciones Gobierno-Sindicatos, que lastrará de modo decisivo la aplicación de la reforma en el mercado de trabajo, por cuanto una de las partes implicadas, que estaba destinada a tener un gran protagonismo aplicativo, especialmente a través de la negociación colectiva, se queda voluntariamente al margen, habiendo anunciado, que su objetivo estratégico en las futuras negociaciones será la liquidación o, al menos, la limitación de la eficacia de las instituciones surgidas de la reforma laboral.

LAS RAZONES DE LA REFORMA

Se optó, por tanto, por la imposición de la reforma, lo que obliga a analizar, en primer término, las razones de sus promotores, que justifican su decisión en la existencia de un desempleo masivo, que había alcanzado al 18 por 100 de la población activa, lo que obligaba a tomar medidas urgentes, asumiendo, si era necesario, el coste político de la ruptura del consenso con los Sindicatos.

Para ello, se propone una política de reactivación económica, que ha de estar sometida al crecimiento del empleo, sobre cuatro líneas de fuerza:

a) La promoción de nuevos empleos.
b) El mantenimiento del empleo actual.
c) El protagonismo de la negociación colectiva.
d) El mantenimiento del nivel de protección social.

En lo referente a la promoción de empleo, la propuesta gubernamental apuesta decididamente por la flexibilización en el acceso al trabajo, favoreciendo la intermediación contractual, a través de las agencias privadas de colocación y las empresas de contratación temporal, lo que constituye una ruptura radical con la situación anterior, que las prohibía totalmente por entender, que contribuían a la precarización de las relaciones laborales, si bien se insiste en todo momento en que el Instituto Nacional de Empleo mantendrá una actuación protagonista, potenciándose su competitividad con las agencias de colocación privadas, especializándose en trabajadores con especiales dificultades de empleo, como jóvenes, mujeres y trabajadores mayores de cuarenta y cinco años.

Se hace, asimismo, hincapié en la búsqueda de un escalón intermedio entre el *desempleo* y *el empleo fijo y bien remunerado,* con la nueva regulación de los contratos de aprendizaje, prácticas, a tiempo parcial, para desempleados y mayores de cuarenta y cinco años, sosteniendo, que estas nuevas modalidades contractuales posibilitarán un aumento espectacular del empleo.

En cuanto al mantenimiento del empleo se propone flexibilizar ampliamente la regulación del contrato de trabajo, ya que se entiende, que en situaciones de crisis económica es mejor «jugar» con la jornada, salario, categoría profesional, movilidad geográfica y condiciones de trabajo, que con el puesto de trabajo, por cuanto las empresas, al carecer de un marco laboral suficientemente flexible, se ven forzadas a despedir como única alternativa.

A estos efectos, se reforma el instituto del despido, como propuesta estrella de la reforma y aunque se mantiene la autorización administrativa en los denominados expedientes de regulación de empleo para los cierres de empresas superiores a cinco trabajadores y para las extinciones de contrato, que afecten a cierto número de trabajadores, se amplía el número de motivos, que a partir de ahora se apoyarán en causas técnicas, organizativas, productivas y económicas, cuando anteriormente se justificaban solamente por razones técnicas y económicas, reforzándose, por otra parte, el despido objetivo, de modo, que es posible despedir a un número menor de trabajadores, alegando también razones técnicas, organizativas, productivas y económicas, sin necesidad de permiso de la Autoridad Laboral, entendiéndose por el Gobierno, que estas medidas «excepcionalizan» el despido improcedente, que era el recurso utilizado habitualmente por las empresas, cuando estaban obligadas a prescindir de parte de su personal y contribuyen a consolidar el sistema de relaciones laborales, ya que su mejor adaptabilidad a la situación económica permite *ser más eficaces en términos reales que las actualmente existentes.*

Se reducen, por otra parte, los supuestos de despido nulo, ya que sólo se podrá estimar la nulidad, cuando el despido vulnere derechos fundamentales y cuando se extingan contratos de trabajo, por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, sin seguir el procedimiento establecido, liquidándose, de este modo, el carácter formal del instituto del despido.

Se reducen, asimismo, los salarios de tramitación, al acabar la ejecución provisional de los despidos improcedentes, cuando la empresa opta por la readmisión, abaratándose, de este modo, los costes generales del despido.

Respecto a la negociación colectiva, se propone romper con el «monetarismo» en los convenios colectivos, promoviendo una negociación en la que las partes se vean obligadas a tratar sistemáticamente de todos los aspectos de las relaciones laborales, al modificarse por la reforma la mayoría de los derechos, que anteriormente se reconocían como mínimos en las relaciones laborales, con el objetivo concreto de adaptar la negociación colectiva a las necesidades productivas de los sectores y empresas.

Se obliga, por otra parte, a los negociadores del convenio, a establecer cláusulas de descuelgue

para las empresas en dificultades económicas, pretendiéndose, de este modo, relacionar efectivamente al convenio colectivo con la «realidad» concreta de las empresas.

Se propone, por último, que las partes dispongan en cada convenio de los derechos reconocidos en los anteriores, así como de la eficacia de las cláusulas normativas del convenio, una vez denunciada su vigencia y hasta que no entre en vigor el siguiente convenio.

Sobre el mantenimiento de los actuales niveles de protección social, se sostiene sobre tres líneas de fuerza: *sanidad, educación y pensiones,* subrayando la necesidad de equilibrar gasto social y la función social para la que se gasta, lo que obliga a definir adecuadamente la condición de desempleado, distinguiendo entre la persona, que carece de empleo y la que no tiene rentas de ningún tipo, así como sobre la disposición a la búsqueda de trabajo, debiendo primarse el principio de coherencia financiera, de modo que se relacione efectivamente la solidaridad cívica con la disposición contributiva.

LA CONCLUSION DE LA REFORMA

Se ha apostado, por tanto, por un nuevo modelo de relaciones laborales, que pone su acento en la *flexibilidad* en las relaciones de trabajo, proponiendo tres niveles de flexibilización, de *entrada,* en el *desarrollo* y en la *salida* del contrato de trabajo, por entender, que el anterior modelo de relaciones laborales no permitía adaptar adecuadamente los medios personales y materiales de la empresa a las necesidades de la *productividad* y de la *competitividad* de las empresas españolas, constituyendo estos aspectos, las otras líneas de fuerza en las que se afirma la reforma, junto con el nuevo tratamiento de la negociación colectiva, que se regulan en las Leyes 10 y 11/94, del 19 de mayo, publicadas en el «BOE» de 23-5-1994.

Se impone, en consecuencia, analizar los tres niveles de flexibilización citados, examinando las nuevas instituciones creadas, valorando la incidencia de las mismas en el mercado de trabajo.

1. La flexibilización de entrada en el mercado de trabajo

1.1. *La desestabilización del Instituto Nacional de Empleo y las agencias privadas de colocación*

Pese a la promesa de mantener y adaptar al INEM, como principal intermediador en la búsqueda de empleo, garantizando, de este modo, *la igualdad en la colocación,* se desnaturaliza su función, por cuanto su actividad, relacionada con el empleo, se limitará a *registrar* los contratos escritos y a recibir la *comunicación* empresarial de los restantes contratos, vaciándose su función intermediadora, con excepción de la promoción de contratos de trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, minusválidos y desempleados de larga duración, que deberán contratarse mediante ofertas genéricas de empleo.

Esta decisión se justifica por la incapacidad del INEM de intermediar eficazmente en el mercado de trabajo, siendo cierto, que en el último año no tuvo incidencia alguna en el 90 por 100 de las contrataciones efectuadas, pero dicha evidencia, que trae su causa en la deficiente gestión del mismo, cuya reforma no se acomete, no justifica razonablemente la *cesión total* de funciones a la iniciativa privada, ya que las agencias de colocación son terreno abonado para la quiebra del principio de igualdad en el acceso al trabajo.

Así, aunque se haya prohibido la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos, admitiéndose solamente la remuneración, que perciban del empresario o del trabajador por los gastos ocasionados por los servicios prestados, parece evidente, que los trabajadores capaces de pagar estos servicios tendrán una prima de protección frente a los que no estén en capacidad de pagarlos.

1.2. *Las empresas de contratación temporal*

Se *legalizan,* por otra parte, a las empresas de contratación temporal, *normalizando* su existencia de hecho, permitiéndoles la contratación de trabajadores para *cederlos* temporalmente a otras empresas, que se constituyen, de este modo, en las empresas usuarias de la fuerza de trabajo, estableciéndose una relación triangular entre la empresa de contratación temporal y el trabajador afectado, de una parte y la empresa de contratación temporal y la empresa usuaria, de otra, que será quien organice y dirija el trabajo de los trabajadores cedidos, rompiéndose la prohibición de cesión de mano de obra, siempre que la cesión se produzca a través de una de estas empresas, que habrá de estar autorizada administrativamente, previo cumplimiento de los requisitos, que se contemplan en el actual proyecto de ley, por el que se regulan las empresas de contratación temporal, que en el momento en el que se escriben estas notas, ha sido aprobado por el Senado y que la mayoría de la doctrina coloca en la banda baja de la regulación de este tipo de empresas en la CEE.

No obstante, parece poco razonable oponerse frontalmente a la regulación de estas empresas, por cuanto las mismas eran, como se apuntó más arriba, una realidad en el mercado y están apoyadas por la Directiva Comunitaria, que propuso la Comisión al Consejo en 3-4-1.984, si bien debe criticarse su implantación en un momento tan delicado para el empleo en nuestro país, que hará probablemente, que estas empresas contribuyan a precarizar aún más, si cabe, la situación existente.

Así, debe resaltarse, que no existe obligación alguna de que las empresas de contratación temporal tengan personal fijo, que permita su cesión temporal a las empresas, que lo demanden, sino que la futura regulación apunta a que se contrate puntualmente a los trabajadores, que demanden concretamente las empresas usuarias, lo que llevará probablemente a que proliferen empresas de contratación temporal, que se limiten a gestionar «ficheros» de

trabajadores, desnaturalizándose su función social, al trocarse en una especie de agencia de colocación «sui generis».

Es destacable, por otra parte, que la retribución de los trabajadores cedidos habrá de ser la misma, que los trabajadores con categoría equivalente en las empresas usuarias, cumpliéndose, de este modo, lo previsto en la Directiva antedicha, si bien el artículo 11.a) del Proyecto de ley, habilita otra retribución, si así está previsto en el convenio colectivo de la empresa de contratación temporal, lo que hace pensar, que estas empresas contratarán el suficiente personal fijo, dedicado normalmente a la gestión administrativa, que permita la celebración de elecciones y la posterior negociación colectiva, habilitándose, sin duda, salarios inferiores a los de las empresas usuarias, lo que dará lugar a que los trabajadores cedidos perciban salarios inferiores a los percibidos por otros trabajadores, que desarrollen el mismo trabajo.

Señalar, por último, que los trabajadores cedidos tendrán graves dificultades para ejercer el derecho de participación en la empresa, contemplado en el artículo 129.2 de la Constitución española, en relación con los artículos 4.1.g) y 61 del Estatuto de los trabajadores, así como el derecho de huelga, consagrado en el artículo 28 de la Constitución, al ser impensable su ejercicio frente a la empresa de contratación temporal, siendo así, que prestan sus servicios en la empresa usuaria, que sería la única perjudicada efectivamente por los efectos de la huelga.

2. La flexibilización de la contratación laboral

Tal vez, el dato más revelador sobre la filosofía de la reforma sea la supresión de la presunción de indefinición del contrato de trabajo, contemplada en el artículo 15.1 de la regulación anterior del Estatuto de los trabajadores, estableciéndose actualmente en su nueva dicción, que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada, lo que implica una fuerte limitación al principio de estabilidad en el empleo y provocará una fuerte reducción de los pronunciamientos judiciales sobre indefinición del contrato que, de este modo, se convertirá en la excepción a la regla de nuestro ordenamiento laboral.

Por otra parte y pese a los reiterados pronunciamientos en la exposición de motivos de la Ley 10/94, de 19 de mayo, sobre la supresión de los contratos temporales sin causa, previstos en el RD 1989/84, de 17 de octubre, sobre contratación temporal sobre fomento del empleo, a los que se reconocía efectos perversos, al haber provocado una rotación espectacular de trabajadores fijos en trabajadores temporales, debe decirse, que la contratación sin causa se acentuará, como veremos más adelante, en los contratos de aprendizaje (aunque formalmente la tengan) y en los contratos de fomento de empleo para el año 1994, que se regulan en la Disposición Adicional Sexta de la norma antedicha, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 17.3 del propio Estatuto de los trabajadores, que habilita al Gobierno para dichas contrataciones, siendo destacable, por otra parte, que se establece la prórroga durante dieciocho meses de los contratos de fomento del empleo, cuya duración máxima de tres años expire entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

2.1. *El contrato de aprendizaje*

El contrato de aprendizaje, rescatado por el presidente del Gobierno en un debate electoral, se ha constituido con razón, en uno de los puntos claves de la reforma, al presentarse como buque insignia de la creación de empleo juvenil, pretendiendo repescar para la actividad productiva al gran colectivo de jóvenes, que han fracasado escolarmente, proponiéndose dotarles de la formación necesaria para desempeñar adecuadamente un oficio.

Por ello, el contrato de aprendizaje tiene por objeto la adquisición de la *formación teórica y práctica* necesaria para el desempeño de un oficio o puesto de trabajo cualificado, asentándose en dos funciones determinantes, de una parte, la *inserción de jóvenes* en el mercado de trabajo y de otra, la *formación* de los mismos, si bien de la lectura del texto legal se constata, que el legislador ha limitado significativamente la función formativa, que da nombre al artículo 3.° del capítulo II de la Ley 10/94, de 19 de mayo, *contratos formativos*.

Así, en el artículo 3.2.d) se establece, que no se podrán celebrar contratos de aprendizaje, que tengan por objeto la cualificación para un puesto de trabajo, que haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la empresa por un tiempo superior a doce meses, salvo, que el contrato se hubiera celebrado al amparo del RD 18/93 de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Contratación, como dispone la Disposición Transitoria Segunda de la propia Ley, lo que significa, que muchos trabajadores, que hayan desempeñado el mismo puesto de trabajo en períodos inferiores al año y que estén formados efectivamente en muchas profesiones, podrán ser repescados por esta modalidad contractual con la consiguiente reducción de condiciones de trabajo y Seguridad Social.

Se admite, asimismo, en la Disposición Transitoria Primera de la Ley, que se noven como contratos de aprendizaje los contratos para la formación, que se hubieran pactado conforme a la legislación anterior, siempre que no hubieran agotado los plazos máximos, previstos en la misma.

Se suprime el tiempo de formación teórica, si el aprendiz acredita, mediante la certificación administrativa pertinente, que ha realizado un curso de formación ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo contratado.

Se establece, por último, que si el empresario no proporciona al aprendiz el tiempo de formación teórica exigible, la consecuencia será exclusivamente una *indemnización*, consistente en abonarle la diferencia entre el salario mínimo percibido, caso de haber recibido formación teórica y el salario mínimo ordinario, referido a las horas correspondientes a la formación teórica, pretendiéndose, de este modo, quebrar una tradición jurisprudencial, que venía considerando celebrado en fraude de ley el contrato formativo, en el que no se proporcionaba formación, por considerarlo un contrato simulado.

Se propone, por tanto, un modelo de contratación formativo, en el que la formación será irrelevante en muchas ocasiones, sin otras consecuencias, que las ya descritas y que habilitan a los empresarios, que decidan contratar aprendices sin darles formación, a utilizar esta mano de obra en unas condiciones de precariedad notables, ya que la retribución es mínima, 70 por 100 del salario mínimo interprofesional, el primer año, 80 por 100 el segundo año y 90 por 100 el tercero, pudiéndose, incluso, reducir en convenio colectivo, extinguiéndose automáticamente al cumplirse el plazo pactado, sin riesgo aparente de novación indefinida y con unos costes de seguridad social de 3.780 pesetas mensuales.

Como carga sobreañadida, los aprendices sólo tendrán como protección social, las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, asistencia sanitaria por contingencias comunes, prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad, pensiones y Fondo de Garantía Salarial, privándoseles de las prestaciones de desempleo, lo que choca claramente con lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución española, que contempla al desempleo como situación de especial de necesidad, pareciendo irrazonable privar a este colectivo de estas prestaciones, sin otras causas aparentes, que la edad y la forma de acceso al empleo.

Se trata, en definitiva de un modelo contractual, que se apoya en una relación mecánica entre desprotección e incremento del empleo, cuya eficacia está por demostrar y que es, en todo caso, difícilmente encajable en el marco de un ordenamiento jurídico, que propugna la libertad, la justicia y la igualdad.

2.2. *El contrato a tiempo parcial*

El segundo banderín de enganche de la reforma, como gran instrumento de revitalización de la contratación, es el contrato a tiempo parcial, cuya regulación sigue las líneas de fuerza del Libro Verde sobre la contratación temporal y que se promociona fundamentalmente por las razones siguientes:

a) Para contribuir a la supresión de horas extraordinarias.
b) Para ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades productivas.
c) Para incorporación de mujeres, que lo compatibilicen con otras actividades.
d) Para recoger actividades, que por su escasa duración, no constituyan el medio de vida habitual.

Sin duda, el rasgo más revelador de la reforma es la supresión del límite de dos tercios de la jornada, previsto en el artículo 11 de la regulación anterior del Estatuto de los trabajadores, pasando a considerarse como trabajo a tiempo parcial, cuando se trabaje durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo, siendo la gran novedad la referencia *anual*, ya que permitirá a los empresarios organizar su actividad productiva con gran anticipación, permitiéndoseles un ajuste muy preciso para la utilización de la fuerza de trabajo, dada la gran flexibilidad en la determinación del tiempo de trabajo, así como la regulación de los denominados contratos *ínfimos*, que son los que afectan a trabajadores, que prestan servicios durante doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, a los que se limita al máximo la protección social, reconociéndoseles exclusivamente las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria por enfermedades comunes, Fondo de Garantía Salarial y prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad, por entenderse, que este tipo de trabajo no constituye el medio de vida habitual, lo que es chocante en el actual marco de desempleo generalizado y planteará graves problemas en aquellos supuestos, como en la limpieza de edificios, en los que se presta habitualmente servicios para diferentes patronos en períodos de tiempo limitados.

En segundo lugar, la reforma ha aprovechado para ajustar cuentas con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 26-5 y 18-10-1993, dictadas en unificación de doctrina, (RA 6374 y 7836), que venían admitiendo, que las cotizaciones realizadas por los trabajadores a tiempo parcial, se computaran como días cotizados, con independencia de las horas trabajadas y de la reducción, que correspondiera en la base reguladora, al habilitar legalmente en el artículo 4.3 de la Ley 10/94, de 19 de mayo, que se regule reglamentariamente la formula de cálculo de los días de cotización exigible, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos, dando valor, de este modo, a lo dispuesto en la Disposición Adicional 9ª del RD 2319/93, de 29 de diciembre de revalorización de pensiones en la que se vino a sostener, que *cuando se trabaje por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número que constituya la jornada habitual para la actividad de que se trate,* lo que supondrá a este colectivo un importante gravamen para acceder a las prestaciones de Seguridad Social y desempleo.

2.3. *El período de prueba*

Es destacable, asimismo, la regulación del período de prueba en la reforma, en el que se amplía el plazo establecido en la banda baja, al contemplarse un período de seis meses para los técnicos titulares y dos meses para los restantes trabajadores, ampliándose a tres meses en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, lo que presenta difícil justificación, si se atiende a la función social del período de prueba y al mayor control sobre el mismo, que se produce en las empresas más pequeñas.

Parece, por tanto, que nos encontramos ante una especie de prima a la pequeña empresa, que no se justifica por un mayor control del período de prueba y que puede producir efectos perversos para la fijeza en el empleo, ya que con este período tan amplio es posible atender, sin tener presentes las garantías de la contratación temporal, cualquier necesidad productiva de la empresa, facilitándose la extinción contractual sin causa.

Significar, por último, que en la regulación del período de prueba se sustituye el principio de *norma mínima* y de derecho necesario absoluto o relativo, por el derecho supletorio, es decir, la norma legal se aplicará solamente en defecto de convenio colectivo, que puede ampliar o disminuir los plazos citados.

2.4. *Reducción del ámbito del contrato de trabajo*

Aun manteniéndose la presunción de existencia de contrato de trabajo, prevista en el artículo 8.1 del Estatuto de los trabajadores, entre todo aquel que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, que lo recibe a cambio de una retribución de aquel, se ha producido un ataque frontal al introducir una letra g) en el punto tercero del artículo primero de dicha norma legal, al excluir genéricamente del contrato de trabajo a cualquier relación distinta a la definida en el punto primero del artículo primero, estableciéndose una presunción de inexistencia de contrato de trabajo entre los llamados «transportistas autónomos» y sus empresarios, aunque presten servicios para uno solo, quebrándose, de este modo, una línea jurisprudencial reiterada y pacífica.

2.5. *Potenciación del contrato eventual frente al fijo discontinuo*

Se privilegia al contrato eventual para atender circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, al contemplarse la posibilidad de que por convenio sectorial se modifique la duración máxima de estos contratos (seis meses en un período de doce meses, contados a partir de la fecha en la que se producen las causas), en atención de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir, en detrimento del contrato fijo discontinuo, que era el sistema utilizado habitualmente para atender a las actividades cíclicas o estacionales, provocándose un nuevo vuelco en perjuicio de la indefinición del contrato.

2.6. *El contenido del contrato de trabajo*

Se introducen también importantes modificaciones referidas al contenido del contrato, liquidándose el sistema tradicional de clasificación subjetiva del trabajador, adscribiéndose a éste a un grupo profesional, categoría equivalente o nivel retributivo, que vendrá determinado por Convenio colectivo y en su defecto, *por el sistema que se venga aplicando en la empresa afectada,* mediante acuerdo entre empresa-trabajador, que habrá de producirse necesariamente al inicio de la relación laboral, momento éste, en el que la posición del trabajador es más débil frente al empresario, estableciéndose un sistema de clasificación profesional, que se dividirá en «grupos profesionales», *que agruparán unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación,* pudiendo incluir diversas categorías profesionales, funciones y especialidades y «categorías profesionales equivalentes», *que incorporarán las aptitudes profesionales, que permitan realizar las funciones profesionales básicas de una categoría superior, previa realización de procesos simples de adaptación o formación,* siendo destacable, que estos sistemas de clasificación profesional, al igual que los ascensos, habrán de pactarse en Convenio colectivo y en su defecto, mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, mucho más incontrolables, que los Convenios colectivos y que se multiplicarán probablemente ante el previsible vacío de la negociación colectiva estatutaria, que será muy difícil de ajustar en temas tan conflictivos.

3. La flexibilización del desarrollo del contrato de trabajo.

3.1. *La ordenación del salario en la reforma*

En primer término debe destacarse, que desaparecen los complementos de antigüedad, regulados en el anterior artículo 25 del Estatuto de los trabajadores, como norma mínima, reenviándolos a los términos, que fijen los Convenios colectivos y en su caso, los contratos individuales de trabajo, sin perjuicio de los derechos adquiridos o en trance de adquisición, introduciéndose, de este modo, un nuevo frente en la futura negociación colectiva, cuyo futuro se presenta poco envidiable y una distinción nueva entre los trabajadores empleados con antigüedad, que mantendrán al menos, la antigüedad consolidada y los nuevos contratados, que salvo mejor resultado en la negociación colectiva o en la gestión de sus contratos individuales, no accederán jamás a estos complementos.

En lo referente a la estructura del salario se remite nuevamente a la negociación colectiva, sin distinguir entre negociación colectiva estatutaria o extraestatutaria y en su defecto *al contrato individual,* que puede llegar a convertirse en el mecanismo habitual de determinación del sistema salarial y que se encontrará con un problema suplementario, ya que se ha derogado el Decreto 2.380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario y la Orden de 22-11-1973, que lo desarrollaba, suprimiéndose, de este modo, la presunción de que los complementos salariales, que no fueran objetivos, se convertían en salario base, vaciándose de contenido la doctrina legal y la jurisprudencial, que distinguía entre salario formal y material, que estaba motivada por la aplicación a la materia salarial de la simulación y el fraude de ley del artículo 6.4 del Código Civil.

Así, el salario habrá de dividirse necesariamente en salario base, *como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra,* «complementos personales», que serán determinados por la negociación colectiva, «por trabajo realizado», que parecen incluir los antiguos complementos de cantidad o calidad y de puesto de trabajo y «por la situación y resultados de la empresa», que introduce la retribución según los beneficios de la empresa, pudiendo pactarse igual, por negociación colectiva o contrato individual, el carácter consolidable o no de dichos complementos, si bien la norma se asegura de la no consolidación de

los complementos de puesto de trabajo y los de situación o resultados de la empresa, advirtiendo, que en defecto de pacto, se considerarán no consolidables, trasladándose así a los trabajadores el riesgo empresarial.

Por lo demás, se eliminan los recargos legales a las horas extraordinarias y a la jornada nocturna, salvo pacto en contrario en convenio colectivo, siendo destacable, que puede pactarse la obligatoriedad de realizar horas extraordinarias en convenio colectivo e incluso en contrato individual de trabajo y aunque se establece un tope máximo de ochenta horas anuales, se viabiliza la puesta a cero del contador, si en los cuatro meses siguientes a la realización de las horas, el empresario concede descanso equivalente.

3.2. *La distribución de la jornada de trabajo*

La jornada introduce un nuevo impulso a la flexibilidad, consistente en la posibilidad de pactar en Convenio colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, *la distribución irregular de la jornada a lo largo del año,* con la única limitación de respetar el descanso diario entre jornadas, *doce horas* y el descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido, salvo para los menores de dieciocho años, que será de dos días ininterrumpidos, suprimiéndose las preferencias y la planificación legal del calendario de vacaciones.

Si a ello añadimos, los márgenes de disponibilidad de las horas extraordinarias, cuya obligatoriedad es disponible y que pueden sustituirse por tiempo de descanso equivalente en períodos de cuatro meses, sin recargo económico o de tiempo alguno, salvo pacto convencional en contrario, se hace evidente, que nos encontramos ante un instrumento de planificación del trabajo, que ordenará y adaptará los medios personales de la empresa a las necesidades de la producción o del mercado con una discrecionalidad desconocida hasta ahora en nuestro derecho del trabajo y que independientemente del desequilibrio, que pueda abrir en las relaciones de trabajo, generará probablemente graves trastornos personales y familiares a los trabajadores afectados.

3.3. *La movilidad funcional y territorial de los trabajadores*

El artículo 39 de la Ley 11/94 regula pormenorizadamente la movilidad funcional de los trabajadores, viabilizándose sin ningún tipo de limitación la movilidad en el grupo profesional y en su defecto, entre categorías profesionales equivalentes, admitiendo, asimismo, la movilidad entre distintos grupos o categorías profesionales no equivalentes, si bien por el tiempo *imprescindible,* siempre que existan razones técnicas u organizativas que lo justifiquen.

Admite, no obstante la urgencia citada, que se pueda producir una movilidad fuera del grupo profesional o de las categorías equivalentes, que supere seis meses en un año u ocho meses en dos años, salvo que por la negociación colectiva se acuerden otros plazos, en cuyo caso el trabajador podrá solicitar el ascenso, si lo contempla el convenio y en su defecto reclamar, que se provea la vacante conforme al procedimiento establecido en el propio convenio, percibiendo, en todo caso, las diferencias retributivas de la categoría superior o manteniendo las propias, caso de obligársele a realizar tareas de categoría inferior.

En lo referente a la movilidad geográfica se produce un cambio cualitativo, por cuanto desaparece la autorización administrativa en los traslados, que exijan cambio de residencia, ya sean individuales o colectivos, si bien la decisión empresarial podrá ser impugnada ex post ante el Juzgado de lo Social, que corresponda, quien decidirá si la misma es o no es, ajustada a derecho.

Destacar, en cualquier caso, que la decisión empresarial es directamente ejecutiva, si bien, cabe distinguir entre traslados individuales y colectivos, ya que la modificación en los individuales se toma directamente por el empresario, mientras que en los colectivos, que son los que afectan a la totalidad del centro de trabajo, salvo que sea inferior a cinco trabajadores o la que afecte a diez trabajadores, en las empresas de menos de cien trabajadores, el 10 por 100 en las empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores, la decisión empresarial deberá ir precedida de una consulta con los representantes de los trabajadores.

No obstante, la ejecutividad de la medida, los trabajadores podrán optar entre el traslado con la pertinente compensación de gastos o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días por año, con un tope de doce mensualidades.

Subrayar, en todo caso, que la decisión del traslado es causal, debiendo acreditar el empresario, que la medida tomada se produce por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose, que concurren dichas causas, cuando la adopción de las medidas propuestas contribuyan a *mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda,* lo que introduce en los Juzgados de lo Social una carga suplementaria de trabajo de gran calado, por cuanto dotar de contenido a una definición tan ambigua exigirá, sin duda, un gran esfuerzo interpretativo, en el que los Jueces de lo Social deberán procurarse sus propios recursos, requiriendo los informes, que estimen oportunos a la Inspección de Trabajo o a cualquier otro Organismo, que permita clarificar si existen o no las causas alegadas por el empresario, ante la previsible contradicción frontal, que se producirá entre los peritos empresariales y los de los trabajadores, siendo destacable, que la Ley, pese al informe del Consejo General del Poder Judicial, no ha introducido elementos de apoyo técnico y material a los Juzgados para resolver un tipo de conflicto tan cualificado.

Se facilitan también los desplazamientos, que no obliguen a cambiar de residencia por las razones ya expuestas, que son recurribles también ante el orden jurisdiccional social.

3.4. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*

Por las mismas razones antedichas, esto es, económicas, técnicas, organizativas o de producción el empresario podrá acordar modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, considerándose como tales a las siguientes.

— Jornada de trabajo.
— Horario.
— Régimen de trabajo a turnos.
— Sistema de remuneración.
— Sistema de trabajo y rendimiento.
— Funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET.

A estos efectos, se entiende, que concurren las circunstancias antedichas en los mismos términos, que ya se apuntaron en la movilidad geográfica, distinguiéndose entre modificaciones individuales, que son las que se disfrutan por los trabajadores a título individual y las referidas a modificaciones funcionales y de horario de trabajo, que afecten en un período inferior a noventa días a menos de diez trabajadores en empresas, que ocupen a menos de cien trabajadores, al 10 por 100 de la plantilla en empresas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y a treinta trabajadores en empresas, que tengan trescientos o más trabajadores, que podrán decididirse unilateralmente por el empresario, con la simple obligación de preavisar a los trabajadores afectados con treinta días de anticipación, que podrán cumplir la decisión, sin perjuicio de su derecho a impugnar la decisión empresarial ante el Juzgado de lo Social o, en su caso, de resultar perjudicados por el cambio de jornada, horario y régimen de trabajo a turnos, solicitar la extinción del contrato con derecho a una indemnización de veinte días por año con un tope de nueve mensualidades.

Por otro lado, se considerarán modificaciones colectivas a las reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos, en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, distinguiéndose en el apartado 2.° del artículo 41 de la Ley 11/94, de 19 de mayo, que la modificación de condiciones, establecidas en los convenios colectivos estatutarios, solo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y en concreto respecto de las que afecten a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

Así pues, si se trata de modificar condiciones sustanciales colectivas, que no estén originadas en convenio colectivo estatutario, el empresario estará obligado a evacuar consultas previas con los representantes de los trabajadores y caso de culminar sin éxito, su decisión será ejecutiva, sin perjuicio de la impugnación de la medida ante la jurisdicción social, que podrá instumentarse por reclamación individual o conflicto colectivo, en cuyo caso se suspenderá la tramitación de las demandas individuales.

Por el contrario, de intentarse una modificación de las citadas más arriba, que estén originadas en convenio colectivo estatutario, el empresario deberá acordarla con los representantes de los trabajadores, introduciéndose así un factor sobreañadido de flexibilización, al viabilizarse el vaciamiento negociado de lo pactado en convenio, lo que contradice cumplidamente el protagonismo, que los autores de la reforma otorgan al convenio colectivo que, de este modo, puede verse degradado por un simple acuerdo empresa-representantes legales de los trabajadores.

Se concede, por tanto, a los empresarios, con la movilidad geográfica y la modificación de condiciones sustanciales del contrato de trabajo, un formidable instrumento de adaptación unilateral de la mano de obra a las necesidades productivas y aún siendo cierto, que las modificaciones controvertidas son causales y controlables judicialmente, no es menos cierto, que las causas contempladas en la norma se fundan en una calculada ambigüedad, que habrá de clarificarse por unos Juzgados de lo Social cargados de trabajo e infradotados de los instrumentos técnicos adecuados para resolver conflictos de esta naturaleza, pareciendo, por otra parte, que el legislador pretende favorecer la salida indemnizada, cuando el empresario se niegue a cumplir o cumpla irregularmente la sentencia del Juzgado, al establecerse en el artículo 50.1.c) del Estatuto de los trabajadores y en el artículo 137 bis 6.° del RDL 521/90, de 27 de abril, que si el empresario incumple su obligación de reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos, previstos en los artículos 40 y 41 del propio Estatuto, cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados, podrán solicitar la extinción justificada de su contrato de trabajo con una indemnización de cuarenta y cinco días por año, con un tope de cuarenta y dos mensualidades.

4. La flexibilización en la salida

4.1. *El despido colectivo*

Nuevamente la Ley 11/94, de 19 de mayo, en su artículo 51 define al despido colectivo, como la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando en un período de noventa días afecten a diez trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores, el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa, que ocupe entre 100 y 300 trabajadores y treinta trabajadores en empresas, que ocupen 300 trabajadores o más, así como las que afecten a la totalidad de la plantilla, siempre que ocupen a más de cinco trabajadores y se produzca como cesación total de la actividad empresarial, fundándose en las causas anteriores.

Debe resaltarse, que la regulación final de la Ley ha mejorado en parte la definición anterior, ya que exige, que si las razones aducidas son económicas, deben ayudar a superar una situación económica negativa en la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, *a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo* en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, acentuándose así, la necesidad de que las medidas tomadas han de contribuir necesariamente al mantenimiento de la empresa y sobre todo del em-

pleo existente, planteándose, en todo caso, a los Juzgados de lo Social, la misma problemática interpretativa, descrita para la movilidad territorial y la modificación de condiciones sustanciales del contrato de trabajo.

Se mantiene la condición de despido colectivo, al igual que en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, cuando el empresario extinga en períodos sucesivos de noventa días, para contravenir lo dispuesto en esta Ley, despidos objetivos en número inferior a los umbrales citados anteriormente, en cuyo caso dichos despidos se considerarán producidos en fraude de ley, si bien matiza, *siempre que no concurran causas nuevas, que justifiquen tal actuación,* lo que puede constituir una válvula de escape para evitar los mecanismos garantistas del despido colectivo.

En estos supuestos se mantiene el procedimiento en lo esencial el procedimiento seguido tradicionalmente en los expedientes de regulación de empleo, que han de ser autorizados por la Autoridad Laboral, previo un período de consultas con los representantes de los trabajadores, que puede terminar con acuerdo o sin él, debiendo existir pronunciamiento administrativo en todo caso.

4.2. *La nueva regulación del despido objetivo*

Por el contrario, los despidos fundados en las causas citadas, que no superen los umbrales antedichos se constituyen en despidos objetivos, conforme a lo dispuesto en la nueva regulación del artículo 52.c) del Estatuto de los trabajadores, tomándose la decisión unilateralmente por el empresario, que habrá de dar un preaviso de treinta días, notablemente inferior al existente con anterioridad, notificándoselo, asimismo, a los representantes de los trabajadores, lo que constituye la gran novedad de la reforma y responde a una reivindicación histórica de los empresarios, que han venido reclamando reiteradamente la supresión de la autorización administrativa para los expedientes de regulación de empleo, habiéndola obtenido parcialmente, ya que el legislador ha entendido, que en los despidos colectivos existen intereses colectivos económicos y sociales, que han de ser ponderados necesariamente por la Administración, mientras que en los despidos individuales, en los que predominan intereses de carácter individual, pueden utilizarse simplemente los instrumentos jurídicos, establecidos con carácter general, para la defensa de dichos intereses.

No obstante, atendido, que el 70 por 100 de las empresas españolas ocupa menos de cinco trabajadores y los sugerentes porcentajes, que separan el despido colectivo del despido individual, con la posibilidad de despedir debajo de los umbrales citados, alegando causas diferentes e incluso la misma, «de existir circunstancias nuevas», parece que la victoria parcial tendrá largo aliento, haciéndose previsible a corto plazo un gran ajuste de plantilla.

4.3. *La reducción de los supuestos de despido nulo*

Otra novedad significativa es la desaparición efectiva de las formalidades en el despido, ya que desde la vigencia de la Ley 11/94, de 19 de mayo, cualquier empresario podrá despedir sin causa a sus trabajadores, ya que el despido verbal o el que incumpla las formalidades legales o convencionales deberá declararse improcedente, lo que viene a consagrar una modalidad de despido libre indemnizado, rompiéndose una tradición consolidada en el derecho del trabajo, que venía declarando la nulidad de estos despidos con la consiguiente readmisión del trabajador, haciéndose difícilmente inteligible esta medida en las grandes líneas de fuerza de la reforma, cuyo objeto era precisamente lo contrario, *mantener el empleo existente y crear nuevo empleo.*

En la misma dirección se liquida la ejecución provisional de las sentencias de despido favorables a los trabajadores, cuando la empresa opte por la indemnización y la sentencia sea recurrida por ésta, en cuyo caso el trabajador pasa a situación legal de desempleo durante la sustanciación del recurso, rompiéndose, asimismo, una institución tradicional del derecho del trabajo, que obligaba a la empresa, durante la sustanciación del recurso, a abonar los salarios de sustanciación a estos trabajadores, pudiendo, si era su voluntad, utilizar sus servicios, pareciendo poco convincente, que la decisión de recurrir, sea financiada por el INEM, en un momento de especial penuria en los recursos de dicho Instituto.

5. La nueva regulación de la negociación colectiva

5.1. *La estructuración de la negociación colectiva*

El segundo hilo conductor de la reforma se refiere a la negociación colectiva, sosteniéndose en la exposición de motivos, que potenciará la negociación colectiva, así como sus contenidos.

A estos efectos, se da una nueva redacción a la Disposición transitoria segunda del Estatuto de los trabajadores, dándose un ultimátum a las Ordenanzas de trabajo, que se mantendrán como derecho dispositivo hasta que se sustituyan por convenio colectivo, *hasta el 31-12-1994,* de modo que gran parte de la legislación heteronoma, que servía de firme a la negociación colectiva, deberá ser sustituida en un plazo impensable, siendo revelador, que a mediados de año no se han constituido las mesas negociadoras de los convenios, que puedan hacer frente a tan ciclópea tarea en ninguna gran rama de producción, lo que implicará, sin duda, que los trabajadores y los negociadores sociales quedarán privados de un colchón garantista, que hasta la fecha había auxiliado significativamente la conclusión de la negociación colectiva.

Se proponía, por otra parte, en el proyecto enviado por el Gobierno, la puesta en marcha de un Acuerdo Interprofesional, que estableciera un calendario para la sustitución sectorial de las Ordenanzas laborales, que estableciera a la vez la banda salarial, que ordenara los crecimientos salariales de todos los convenios colectivos, así como los factores de competitividad, empleo y productividad, corres-

SOBRE LA NORMA DE CONFLICTO Y SU APLICACION JUDICIAL
Francisco J. Garcimartín Alférez

LOS LEGADOS DE EDUCACION Y DE ALIMENTOS EN EL CODIGO CIVIL
José Antonio Serrano García

RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR POR VICIOS EN LA CONSTRUCCION
Jesús María Lobato Gómez

APORTACION AL ESTUDIO DE LA TRANSEXUALIDAD
Alfonso Villagómez Rodíl

VENTA DE COSA AJENA ¿VALIDEZ O NULIDAD?
M.ª Carmen Fernández-Villavicencio

LA TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA
Alfonso Martínez García-Moncó

LOS PRINCIPIOS JURIDICOS
Margarita Beladíez Rojo

LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES
Andrés Betancor

EL ERROR EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS
Santiago Espiau Espiau

LA VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA
Santiago González-Varas Ibáñez

EJERCICIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO CONSTITUCIONAL Vol. I
Vicente M.ª González-Haba Guisado

DICCIONARIO DE DERECHO
Español-inglés-francés
José Ramón Cano Rico

LEGISLACION LABORAL DE LA UNION EUROPEA
Jesús Cruz Villalón
José M.ª González Muñoz

LEGISLACION SOBRE VENTA A PLAZOS, ENTIDADES DE FINANCIACION Y LEASING
M.ª Angeles Parra Lucán

De próxima aparición

EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACION DE LAS PERSONAS FISICAS EN LA EUROPA COMUNITARIA
Patricia Jiménez de Parga Maseda

GATT Y PROPIEDAD INDUSTRIAL
Alberto Casado
Begoña Cerro

SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES
José Antonio Vega Vega

LA CUESTION PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO
Marco Villagómez Cebrián

tecnos

EDITORIAL TECNOS
Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID
Tel. 320 01 19

De venta en las principales librerías
Solicite catálogo al aptdo. 14632.
Ref. D. de C 28080 MADRID.
Comercializa
GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.
Ferrer del Río, 35 Tel. (91) 564 30 80 28028 MADRID

pondiendo a los convenios colectivos sectoriales acometer particularizadamente la sustitución de las Ordenanzas laborales y la concrección salarial al sector, adaptándose a las circunstancias específicas de competencia, empleo y productividad, pero este esquema ha quedado fuertemente tocado con la regulación actual del artículo 84 del Estatuto de los trabajadores, impuesto por presión nacionalista, que viabiliza a los Sindicatos y Asociaciones Patronales representativas en un ámbito determinado, *que sea superior al de empresa*, negociar acuerdos o convenios, que afecten a lo dispuesto en el del ámbito superior, siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación, rompiéndose, de este modo, la prohibición de *concurrencia* de convenios, así como la regulación igualitaria de las condiciones de trabajo en el conjunto del Estado.

Por lo demás el texto legal constituye un auténtico galimatías en sus referencias a la autorregulación de las condiciones de trabajo en el seno de la autonomía colectiva al introducir indistintamente la utilización de conceptos como «convenio colectivo», «convenio colectivo sectorial», «negociación colectiva», «acuerdo colectivo», «pacto colectivo», «negociación empresa-representantes de los trabajadores», que permiten pensar, que la intención del legislador es habilitar la aparición de los convenios extraestatutarios, negociados con representaciones sindicales minoritarias, lo que contribuirá, sin duda, a liquidar el factor de igualación de condiciones de trabajo, típicas del convenio colectivo estatutario, dispersando los espacios de negociación en múltiples frentes, debilitando gravemente la posición negociadora de los Sindicatos.

5.2. *Los contenidos de la negociación colectiva*

En este apartado debe admitirse, que la normativa estudiada envía a la negociación colectiva la regulación de múltiples temas, que anteriormente venían recogidos en la normativa heteronoma, haciéndose nada menos que veintinueve llamados a la negociación, que van desde la regulación del período de prueba, contemplado en el artículo 14 del Estatuto de los trabajadores, hasta el establecimiento de procedimientos de mediación y arbitraje para la solución de las controversias, que puedan derivarse de la aplicación de los Convenios colectivos, así como para los conflictos de tipo individual, como dispone el artículo 91 de la Ley 11/94, de 19 de mayo, pero dicha inflación de «cuestiones a negociar», constituye un gesto voluntarista, que desconoce la realidad de nuestra negociación colectiva, tradicionalmente débil y que, incluso en momentos de gran bonanza económica ha sido incapaz de alcanzar altas cotas de autorregulación, pareciendo imposible creer, que en un momento de especial dificultad económica, sea viable una negociación colectiva, que debe, de una parte, sustituir las Ordenanzas laborales en un tiempo récord y regular en sectores y empresas sobre un plantel amplísimo de problemas, que carecen de tradición en nuestra negociación colectiva y que difícilmente podrán llevarse a a buen fin por unos Sindicatos, que pese a su gran representatividad, tienen una presencia débil en la inmensa mayoría de las empresa españolas.

Esta debilidad se verá acentuada significativamente, ya que el servicio principal de los Sindicatos a los trabajadores ha sido precisamente la negociación de convenios colectivos de eficacia general en la mayoría de los sectores productivos y la nueva regulación de la negociación colectiva obliga a los negociadores de los convenios a establecer *cláusulas de descuelgue en la aplicación del régimen salarial* para las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse afectada por la misma, lo que equivale a presenciar descuelgues masivos en un país en el que un alto porcentaje de empresas pequeñas declaran pérdidas por razones fiscales.

Si a ello añadimos, que una vez descolgada la empresa de la aplicación salarial, las condiciones económicas habrán de pactarse entre la empresa y los representantes de los trabajadores, teniéndose presente, que la inmensa mayoría de las empresas españolas carecen de representación colectiva, dado su pequeño tamaño, nos encontraremos con que un número muy importante de trabajadores se verán privados de la aplicación del convenio y deberán negociar por sí mismos sus condiciones salariales, en condiciones de máxima desigualdad.

Se habilita, por otra parte, la posibilidad de que las partes dispongan, una vez concluida la duración pactada, el contenido normativo del convenio, que anteriormente era indisponible, de modo que los trabajadores estaban protegidos necesariamente hasta la nueva negociación convencional, si bien debe decirse, que en defecto de disposición negociada, se mantendrá en vigor el contenido normativo, aunque dicho mantenimiento se ha producido tras una gran batalla parlamentaria, por cuantos los grupos nacionalistas y el grupo popular, animados por la propuesta gubernamental, pretendieron quebrar el principio dispositivo, introduciendo una enmienda, que no prosperó finalmente, en la que se establecía el cese del contenido normativo del convenio hasta seis meses después de la pérdida de vigencia del anterior convenio.

5.3. *Mejoras en el procedimiento de negociación*

Se han introducido, no obstante, algunas mejoras importantes en el procedimiento negocial, que favorecerán técnicamente la culminación de convenios.

Así, se han mejorado los niveles de representación empresarial en los convenios de ámbito superior a la empresa, viabilizándose la presencia de Asociaciones empresariales, que cuenten con el 10 por 100 de los empresarios y siempre que den ocupación a igual porcentaje de trabajadores afectados.

Se ha favorecido también la adopción de acuerdos en las mesas de negociación, al establecerse, que la composición empresarial deberá contar con la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio y al viabilizarse, que los acuerdos de cada representación se conforme por el 50 por 100 de la misma.

6. Un balance provisional de la reforma

De lo expuesto se deduce claramente, que el legislador ha optado por reducir sustancialmente el espacio del derecho del trabajo, admitiendo, que la intervención normativa estatal en el mercado de trabajo constituye una expresión de rigidez, lo que incide claramente en la propia concepción del Estado, primándose la eficiencia del sistema económico frente a la intervención normativa de tutela de los intereses de los trabajadores, caucionándose, de este modo, las concepciones de aquellos, que discuten la razón de ser de las propias normas laborales, por entender, que su existencia, justificada históricamente para limitar la libertad económica, protegiendo a quienes son social y contractualmente más débiles, ha repercutido negativamente en el mercado y provocado el actual desempleo masivo.

Esta apuesta por la desregulación, en una situación de desempleo masivo, que entrega la fijación de las condiciones de trabajo al *libre funcionamiento del mercado,* constituye, sin duda alguna, un retroceso histórico en el equilibrio de las relaciones laborales, ya que la llave de su funcionamiento, tanto en la entrada, como en su desarrollo y en su salida, queda en manos de la decisión empresarial, con muy pocos factores de corrección.

Es cierto, que uno de ellos podría ser la negociación colectiva, a quien se concede sobre el papel un mayor protagonismo, entendiendo, que la misma se adaptará mejor, que el legislador a las necesidades de las distintas actividades productivas, pero dicha tesis olvida, que existen múltiples sectores en los que la nula o ínfima representación sindical hace impensable la negociación colectiva, así como la existencia de convenios colectivos concesivos, tan generalizados en las pequeñas empresas, que tenían como único soporte garantista a la legislación estatal y en particular las Ordenanzas laborales y que ahora se verán privados de dicho apoyo sin ningún tipo de contrapeso, consagrándose, de este modo, condiciones de trabajo muy degradadas.

Si a ello añadimos la previsible dificultad de llegar a acuerdos en la futura negociación por la enorme complejidad a la que habrán de hacer frente los interlocutores sociales, sin tradición negocial en la mayoría de los temas a negociar y en un momento de fuerte crisis económica, así como la dualización de la negociación colectiva con la generalización de las «cláusulas de descuelgue», que privarán, como se dijo más arriba, de una auténtica negociación a amplios colectivos de trabajadores, que al carecer de representantes, se verán privados de una auténtica negociación de sus condiciones económicas, una vez admitido el descuelgue, se constata, que la negociación colectiva no podrá servir de correctivo suficiente al vacío normativo, provocado por la reforma, en las relaciones empresario-trabajadores.

Así pues, el elemento predominante de la reforma acentúa la recuperación de espacios, que eran ocupados anteriormente por la norma legal y colectiva para el ejercicio del poder unilateral del empresario, en el entendido de que el sacrificio del derecho del trabajo, redundará en el derecho al empleo, al sostenerse, que el aumento de la flexibilidad en las relaciones laborales y el menor coste de la mano de obra es la unica manera de combatir el paro, ya que la reducción del coste de trabajo y la adaptación de la fuerza de trabajo a las necesidades productivas de las empresas, como sostienen los artífices de la norma, fomentará la contratación ante su menor coste, promocionará los beneficios empresariales e incentivará la inversión y la subsiguiente creación de puestos de trabajo.

Dicha tesis olvida, que los argumentos antedichos fueron precisamente los utilizados en la reforma del Estatuto de los trabajadores del año 1984, que apostó decididamente por primar la contratación temporal, siendo pacífico, que dicha flexibilización, como reconocen los autores del Libro Verde sobre la reforma del mercado de trabajo de abril de 1993, no produjo los efectos deseados, sino una progresiva precarización del mercado de trabajo, así como la sustitución de mano de obra fija por temporal, efecto éste, que se acelerará significativamente al entrar en vigor la reforma, ya que muchos contratados fijos no podrá resistir la competencia de los nuevos productos contractuales.

En cualquier caso, es destacable que los primeros efectos de la reforma, a varios meses de la vigencia de RDL 18/93, de 3 de diciembre, a tenor con los resultados de la EPA del primer trimestre del año 1994, no son especialmente esperanzadores, ya que el paro se ha incrementado en 110.430 personas, arrojando un total de 3.792.760 personas en paro, que alcanza la tasa récord del 24,5 por 100 de la población activa.

Vamos, por tanto, a una grave dualización del mercado de trabajo, que tendrá, asimismo, graves repercusiones sobre la protección social, ya que la reducción de los costes sociales, que se incorporan a los contratos formativos y a tiempo parcial, dada su fuerte proyección en el mercado de trabajo, introducirá una importante desestabilización del sistema de seguridad social y una desprotección sobreañadida en los sectores más débiles de la población ocupada.

No puede coincidirse, por tanto, con la reforma propuesta, por cuanto la misma ha contribuido a romper el consenso social, que nucleó la voluntad colectiva de la mayoría de la población en las pasadas elecciones y porque desequilibra las relaciones de trabajo existentes, profundizando en un modelo, que ya se ha visto fracasar en nuestro país.

La otra solución (a propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional)

Manuel ATIENZA

En el pasado mes de febrero se suscitó un grave problema a propósito del acuerdo de la sala primera del Tribunal Supremo —finalmente no tramitado— de acudir al rey para que, en el ejercicio de la función arbitral que la Constitución le reconoce, éste corrigiera de alguna forma la extralimitación de poder en que habría incurrido el Tribunal Constitucional en una reciente sentencia de su sala primera. El problema jurídico que se discutía podría resumirse así: ¿qué valor debe darse a la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad, cuando los otros medios de prueba existentes son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad, y cuando la única razón que se alega es que la realización de esa prueba —la extracción de una pequeña cantidad de sangre— implica una intromisión en el derecho a la intimidad y la integridad física y moral del afectado? A la Audiencia Provincial de Madrid, esa negativa, unida al resto de las pruebas practicadas, le llevó a declarar la paternidad del demandado, revocando así una anterior resolución de un juzgado de primera instancia que se había pronunciado en sentido contrario. Pero esa sentencia de apelación fue recurrida con éxito en casación: el Tribunal Supremo (su sala primera) entendió que al haberse impedido la contrastación biológica («voluntaria y obstinadamente»), la demanda quedaba «sin un soporte serio de prueba, para señalar con la exigible seguridad y certeza la paternidad del demandado» (fundamento jurídico tercero). Finalmente, ante el recurso de amparo interpuesto por la madre de la menor, el Tribunal Constitucional no se limitó a reconocer el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva, sino que anuló la sentencia del Tribunal Supremo y declaró firme la de la Audiencia.

El caso expuesto plantea muchas cuestiones de interés sobresaliente. Por ejemplo: ¿hasta qué punto se puede distinguir entre cuestiones de hecho —problemas de prueba— y cuestiones de Derecho —problemas de interpretación—? ¿Qué tipo de deber jurídico es el que tiene una persona de someterse a una prueba de paternidad? ¿Qué papel ha de jugar la presunción racional como medio de prueba? ¿Qué significa «tutela judicial efectiva» y derecho a un proceso «sin dilaciones indebidas»? ¿Cómo deben resolverse los conflictos entre derechos reconocidos constitucionalmente? ¿Cuáles son los límites del formalismo en el Derecho? ¿Hasta qué punto se pueden separar las cuestiones estrictamente legales de las constitucionales? ¿Cómo trazar los límites entre la jurisdicción civil y la constitucional? ¿En qué sentido es vinculante para el Tribunal Supremo —y para el resto de los órganos jurisdiccionales— la doctrina del Tribunal Constitucional? ¿Qué significa ser «supremo»? ¿Es posible que el Tribunal Supremo no sea tan supremo? ¿Cómo podría o debería limitarse el poder de quien lo fuera?

Aunque incluso el breve espacio de un artículo de periódico parece ser suficiente para aclarar muchas de estas cuestiones e incluso para suprimir más de un interrogante (me refiero a los artículos de Rubio Llorente y de Tomás y Valiente, aparecidos en *El País* de los días 9 y 11 de febrero), supongo que el caso es lo bastante importante como para que tenga sentido plantearse objetivos mucho más modestos. El que yo persigo aquí es simplemente mostrar que la otra solución a la que podría haber llegado el Tribunal Constitucional —y a la que de hecho llega uno de sus magistrados en un voto particular a la sentencia— era inaceptable.

La argumentación que se contiene en el voto disidente básicamente viene a decir lo siguiente: La tutela judicial efectiva que garantiza la Constitución exige de los jueces y tribunales (y en esto hay plena coincidencia con la opinión de la mayoría) «que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión». Ahora bien, las tres resoluciones indicadas «han acatado la negativa a la realización de la prueba, condonando una conducta carente de toda justificación; todas ellas han hecho recaer, de este modo, toda la prueba en la demandante y han venido a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva)». Por eso, y «a fin de restablecer a la demandante en su derecho», la solución a la que habría que haber llegado es la de reconocer el amparo y anular las tres sentencias (del Juzgado de Primera Instancia, de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo), «a fin de que se proceda a la práctica de la prueba biológica en su día acordada por el Juzgado de Primera Instancia». Desde luego, es muy posible que esa solución no hubiese generado ningún conflicto con la sala de lo civil del Tribunal Supremo. Lo que dudo es que no lo generara con la Constitución y con ideas elementales de lo justo.

Pues supongamos que el Tribunal Constitucional hubiese decidido en esa forma. El caso volvería ahora de nuevo al Juzgado de Primera Instancia que ordenaría una vez más al demandado que se sometiera a la prueba en cuestión. Este último, como cualquiera puede imaginar, volvería a negarse a la mis-

ma, ya que su deber al respecto —y ésta parece ser una cuestión pacífica y que tampoco el magistrado disidente discute— no es de los que pueden hacerse cumplir por la fuerza, ni de aquellos otros cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción penal o de otro tipo; la forma más razonable de entender ese deber es precisamente como parece haberlo hecho la Audiencia provincial y el Tribunal Constitucional: su infracción da lugar a una consecuencia negativa para su titular (se establece una presunción en su contra, fundada racionalmente) y de esta manera puede establecerse una diferencia entre infringir un deber (no someterse a la prueba) y ejercer un derecho o un privilegio (por ejemplo, no declarar contra sí mismo en un asunto penal). Supongamos que, no obstante todo esto, el Juzgado de Primera Instancia cambia ahora de opinión y falla en favor de la demandante, esto es, reconoce la paternidad sobre la base de las otras pruebas existentes y de la negativa a la realización de la prueba biológica. Es obvio que la otra parte recurriría ahora en apelación a la Audiencia Provincial y, cualquiera que fuera la respuesta de este último órgano, el caso llegaría de nuevo al Supremo y, finalmente, al Constitucional que previsiblemente volvería a encontrarse en la misma situación de ahora... pero varios años después (la resolución del Tribunal Constitucional de enero de 1994 pone punto y final a un pleito que se había iniciado nada menos que en julio de 1987). ¿Alquien diría que de esta manera se garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas? ¿Es esto lo que se espera de una institución encargada de velar por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución?

Curiosamente, la argumentación esgrimida en el voto particular contiene, en mi opinión, el mismo tipo de error —lo que podría llamarse una *falacia pragmática*— existente en la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo y que el Constitucional denuncia en su fundamento séptimo. Lo que el Tribunal Constitucional llama *«contradicción esencial»* consiste en, por un lado, «afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante» y, por otro lado, «legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica (...) fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente». Parece claro que aquí no se trata de una contradicción lógica (las dos cosas pueden afirmarse simultáneamente), sino de una *contradicción pragmática:* quien afirma la necesidad de llevar a cabo una determinada prueba está asumiendo el compromiso de procurar que la misma se realice y, si esto no fuera posible, de evitar que ello beneficie a quien impidió su realización sin ofrecer una razón fundada para ello. De manera semejante, quien considera que una decisión se justifica por el fin de «restablecer a la demandante en su derecho» que se habría visto vulnerado porque al acatar la negativa a la realización de la prueba «condonando una conducta carente de toda justificación (...) han hecho recaer toda la prueba en la demandante y han venido a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE», se compromete a no adoptar una decisión que objetivamente suponga favorecer precisamente a quien ha realizado la conducta que se considera «carente de toda justificación». Quizás uno de los rasgos del formalismo jurídico lo constituya precisamente la propensión a cometer este tipo de falacias

ALGUNAS PERSONAS LLEVAN ESTE CÓDIGO DE BARRAS POR EL PRODUCTO DE SUS IDEAS.

Colabora.
Estás en libertad

AMNISTÍA INTERNACIONAL

Apdo. Correos 50.318 - 28080 MADRID

Televisión y audiencia penal

Juan José LOPEZ ORTEGA

1. LAS NOTICIAS JUDICIALES EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION

En la sociedad de nuestros días, la publicidad que se desenvuelve, indirectamente, a través de los medios de comunicación está llamada a ocupar una posición preeminente. La publicidad de la justicia ha perdido, al menos en parte, su carácter concreto. Ya no se entiende como una realidad visible e incluso audible, limitada a las personas presentes en el lugar de las sesiones, bien sea como litigantes o como espectadores. La asistencia personal y directa a los juicios ha perdido importancia y, en contrapartida, se ha ampliado el círculo de los participantes indirectos a los que la prensa, la radio y la televisión transmiten las noticias judiciales.

A través de estos grandes medios de comunicación se articula, en el momento actual, la conexión entre la justicia y la opinión pública. Por ello, constituye una restricción inaceptable de la libertad de información y del principio de publicidad de la justicia limitar a unas pocas personas el derecho a presenciar el desarrollo de las audiencias procesales. Por esto mismo, se reconoce a los medios de comunicación un derecho preferente a asistir a las sesiones de los juicios públicos, que se deriva de la función que cumplen de intermediario natural entre la noticia y quienes no pueden obtenerla directamente. Este derecho es una concreción de la libertad de información, que comprende la búsqueda y la obtención de información, esto es, el acceso a las fuentes de la noticia.

El derecho a buscar información, a indagar en las fuentes de la noticia es consecuencia de la vinculación entre la libertad de expresión y el régimen democrático, que comporta el acceso de los medios de comunicación a cualquiera de los ambitos en los que la noticia se produce. Cuando este derecho genérico a indagar en las fuentes de la noticia se concreta en el descubrimiento de los datos relacionados con los procesos judiciales, el contenido del derecho se extiende a la posibilidad efectiva de acceder al proceso, a los debates del juicio oral, a la sentencia que lo culmina. Desde esta perspectiva, el derecho de acceso se confunde con la publicidad de los juicios, es más, la presupone como garantía de efectividad.

Ahora bien, es preciso advertir que la publicidad amplificada por los medios de comunicación, la publicidad espectáculo, conlleva grandes riesgos para todos los participantes en el proceso. Especialmente, para el inculpado, el cual ha de soportar que parte de su vida, el reproche por el delito e incluso su condena, se pongan a la vista de todos, lo que representa uno de los obstáculos más importantes para su resocialización. La publicidad excesiva también comporta una amenaza para la presunción de inocencia del acusado, que se halla expuesto a una precondena en los medios de comunicación. Estos riesgos, indudablemente, se acrecientan de manera considerable cuando se televisan los debates judiciales.

Por esta razón, en el futuro, la regulación del principio de publiclidad procesal deberá tener bien presentes los efectos nocivos de la publicidad excesiva, considerando los diversos intereses en conflicto, no sólo los de la colectividad en la información, o en controlar el desarrollo del proceso, sino también los relacionados con el buen funcionamiento de la justicia y la protección de los derechos de la personalidad de todos los participantes en el proceso.

2. EL ACCESO DE LA TELEVISION A LOS JUICIOS PUBLICOS

Una cuestión todavía no resuelta en nuestro ordenamiento se refiere a la admisibilidad de la televisión en las audiencias penales. Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen una previsión específica respecto del acceso de los medios audiovisuales a los debates procesales. Tan sólo el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la posibilidad de utilizar medios técnicos de constatación y reproducción, cuya finalidad, sin embargo, se agota en la mera documentación del acto judicial, sin que se autorice su difusión pública. Por otra parte, la única ocasión en la que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la presencia de los periodistas en los juicios públicos, se ha planteado en relacion con el acceso de la prensa escrita (STC 39/1982, caso *Diario 16*).

Ante la ausencia de una regulación específica, nada habría impedido que nuestros tribunales hubiesen hecho uso de las atribuciones que tienen en materia de policía de vistas para restringir el acceso de la televisión a las salas de justicia. Mas, no ha sido ésta la solución que ha terminado imponiéndose. Al contrario, se ha generalizado una opinión favorable a la presencia de los medios audiovisuales en las audiencias penales, que encontraría apoyo, precisamente, en la ausencia de obstáculo legal. Ya nadie se sorprende al ver operar a las cámaras de televisión en el curso de un juicio, ni tampoco resulta extraño que se recurra a estas imágenes para presentar, de forma más atractiva, las noticias sobre los procesos judiciales. Incluso, el contenido de ciertos programas de esparcimiento comienza a ser predominantemente judicial.

Un régimen tan extraordinariamente permisivo no

tiene parangón en el Derecho comparado. Es cierto, como se verá a continuación, que los sistemas legales son muy diferentes, pero es común a todos ellos no reconocer a los medios audiovisuales un ilimitado derecho de acceso. Las diferentes regulaciones pueden clasificarse en tres grandes grupos. En Alemania y en el Reino Unido no se permite, en absoluto, la presencia de las cámaras de televisión en las audiencias penales. En otros países, como en Francia, sólo se admite la grabación de imágenes, pero con fines, exclusivamente, de documentación. En cambio, en Italia y en los Estados Unidos, se concede a las cámaras de televisión una más amplia libertad de acceso a las sesiones del juicio oral e incluso a las audiencias preliminares.

El Derecho alemán trata de forma diferente a los distintos medios de comunicación. La prensa escrita goza de una amplia libertad de acceso. Por ello, no es infrecuente que, cuando el público es expulsado de la sala de audiencia, los periodistas sean autorizados a permanecer y a asistir a las sesiones del juicio. Sin embargo, las reglas concernientes a la obtención de fotografías son más restrictivas y, por lo que respecta a la televisión, la radio o el cine, se considera que la obtención de la verdad puede verse afectada por la presencia de estos medios y, por lo tanto, no se les autoriza a operar.

En el Reino Unido la *Contempt of Court Act* (1981) impone restricciones my severas al acceso de los medios y a la difusión de información, para evitar cualquier presión, por mínima que ésta sea, a los jurados. Un buen ejemplo de la forma en que se aplica la ley de 1981 nos lo ofrece el caso Channel Four Televisión C.° Ltd. (Comisión Europea, Dec. 9 marzo 1987. DR 51-136), en el que un juez británico recurrió a esta legislación para proteger a los jurados de la influencia de un programa de televisión, que pretendía cubrir el desarrollo de un juicio sobre asuntos de Estado, reconstruyendo los acontecimientos más importantes de cada jornada, mediante la actuación de actores profesionales encargados de asumir los papeles individuales de cada una de las personas que habían de intervenir en el proceso. El juez dispuso que la difusión de todo reportaje sobre cualquier parte del proceso se difería hasta que el jurado hubiese pronunciado su veredicto, ante lo cual el cuarto canal se vio obligado a modificar la forma de emisión, que tomó el formato de un gran reportaje de actualidad, en el que los actores fueron reemplazados por presentadores, que se repartían las frases del juez, los abogados y las partes. Sólo entonces la emisión fue autorizada.

La situación en Francia fue especialmente permisiva antes y después de la guerra 1939-1945. Ante la ausencia de una prohibición legal específica se impuso un régimen de absoluta libertad. Se autorizaba a los fotógrafos y a los operadores cinematográficos a desarrollar su actividad sin ninguna restricción, filmando los momentos más intensos o espectaculares de las audiencias penales. Sin embargo, los abusos fueron tan grandes que la ley de 6 de diciembre de 1954 prohibió el acceso de los medios audiovisuales a los juicios. El rigor de este sistema fue atenuado, posteriormente, por la ley de 2 de febrero de 1981, que admite la posibilidad de que el presidente del Tribunal autorice la toma de imágenes en el momento de la constitución del Tribunal, esto es, antes de que se declare abierta la sesión del juicio, pero a condición de que se obtenga el consentimiento de las partes. La ley de 11 de julio de 1985 ha previsto la constitución de un fondo audiovisual de la justicia, mediante la grabación íntegra de los debates judiciales, siempre que las audiencias sean públicas. Sin embargo, su difusión no se permite salvo en un único supuesto excepcional, que el proceso verse sobre crímenes contra la humanidad. Fue necesario introducir esta excepcion, por ley de 13 de julio de 1990, para permitir la divulgación del proceso seguido en 1987, ante la Cour d'Assis de Lyon, contra Klaus Barbie.

3. TELEVISION Y JUSTICIA PENAL: INTERESES EN CONFLICTO

Dada la importancia de la televisión en la vida actual prácticamente resulta imposible sustraer la justicia penal de la difusión televisada, sobre todo en un momento en el que es posible asistir en directo a otros acontecimientos de la vida social, cuya transcendencia es equivalente, si no mayor, a la del mismo proceso. La dificultad reside en conciliar los diversos intereses en conflicto. El derecho de los ciudadanos a una información completa colisiona con el derecho de los acusados al proceso debido y con otros bienes de la personalidad.

La tensión entre los diversos derechos en colision se sitúa en dos niveles diferentes. En un primer nivel, el conflicto se produce, exclusivamente, entre intereses públicos, el derecho a informar y a conocer colisiona con la necesidad de preservar el carácter equitativo del proceso, que puede verse comprometido por la influencia deformante de lo audiovisual. En un segundo nivel colisionan intereses privados, relacionados con la protección de los derechos de la personalidad del acusado o la víctima, con los intereses públicos vinculados a la publicidad del proceso y a la transparencia de la justicia.

Para aclarar la relación entre el derecho a una información completa, gracias a la difusión por televisión, y el derecho del acusado al proceso debido resulta sumamente ilustrativa la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que en el caso Chandler c. Florida (449 US 560, 1981) terminó aceptando que el derecho al proceso legal, garantizado en la Decimocuarta Enmienda, no entraña la prohibición de una difusión electrónica de las audiencias procesales. El Tribunal Supremo, durante la década de los sesenta, había venido subordinando el ejercicio de la libertad de prensa a que se respetara la equidad absoluta en el proceso judicial (Irvin c. Dowd, 1961; Rideau c. Louisiana, 1963; Este c. Texas, 1964; Sheppard c. Maxwell, 1966). Precisamente, en el caso Este c. Texas (381 US 532, 1964) la queja del recurrente se refería a que los debates preliminares, y una parte de la audiencia, habían sido televisados, por lo que el Tribunal Supremo consideró que el derecho del acusado al proceso debido no había sido respetado.

No obstante, esta decisión ya preveía la posibilidad de que los progresos técnicos pudiesen, más adelante, llegar a provocar un cambio en el efecto

de la difusión televisada sobre la equidad de los juicios penales. Este cambio se produciría en la siguiente década, al eliminarse los inconvenientes de orden material que el acceso de la televisión suponía para el desarrollo de las audiencias procesales. Ya entonces comenzó a resultar posible que las cámaras de televisión pasaran inadvertidas, instalándolas en una sala contigua, operando con la luz de la propia sala de audiencia, de forma silenciosa e invisible. Estos adelantos técnicos propiciaron que se admitiese, aunque en un primer momento sólo de forma experimental, el uso de las cámaras de televisión en las audiencias penales, de tal modo que cuando se sometió el caso Chandler al Tribunal Supremo ya eran treinta y tres los estados que habían admitido la utilización de la televisión.

Junto a ello es preciso tener en cuenta las circunstancias particulares del propio caso. El presidente del Tribunal había autorizado el acceso de la televisión a la audiencia, pero estableciendo importantes garantías. Además, la emisión por televisión apenas había durado tres minutos. Todo ello propició una modificación en el criterio jurisprudencial, tradicionalmente inclinado a favor de los derechos consagrados en la Decimocuarta Enmienda, aunque, eso sí, sin que el Tribunal llegase a establecer, como esperaban algunos, que existiese un derecho a televisar los procesos penales derivado de la Primera Enmienda. Desde entonces el acceso de la televisión a los juicios penales se ha generalizado en los Estados Unidos.

4. HACIA UNA REGULACION ESPECIFICA DE LA PRESENCIA DE LA TELEVISION EN LAS SALAS DE JUSTICIA

Que la presencia de la televisión en la audiencia penal constituya una realidad inevitable, no significa que el acceso de las cámaras de televisión a las salas de justicia tenga que producirse sin ninguna restricción. Al contrario, en las legislaciones suelen imponerse condiciones de admisibilidad muy estrictas. Suele excluirse el acceso de la televisión en los procesos por determinados delitos, especialmente aquéllos que afectan de una manera particularmente intensa a la vida privada de la víctima, como por ejemplo los crímenes sexuales. También suelen establecerse medidas especiales de protección para determinados testigos, los niños por ejemplo, y para ciertos acusados, como los enajenados. En lo que se refiere a la utilización de las cámaras, puede imponerse a los operadores la obligación de permanecer en un punto fijo, prescindir de planos generales y centrar su atención en la persona que se dirige al Tribunal, con lo que se resuelven, al menos en parte, los riesgos derivados de la subjetividad en la elección de las tomas. También se establecen diferencias en el grado de acceso, según se trate de la primera instancia o de la vista ante el Tribunal de apelación, limitando la presencia de las cámaras en la primera instancia a las intervenciones finales y al pronunciamiento de la sentencia. Finalmente, puede establecerse una regla que limite la difusión en directo, obligando a que se haga en diferido, incluso, una vez haya recaído sentencia definitiva.

La experiencia ha demostrado que, cuando se sujeta la presencia de las cámaras de televisión a controles específicos, el acceso de las cámaras a las audiencias penales no tiene por que resultar incompatible con el derecho del acusado a obtener un proceso equitativo, siempre que se adopten medidas para asegurar las condiciones externas de la comprensión escénica. La posibilidad de colocar de forma discreta las cámaras y los micrófonos ha disminuido considerablemente el peligro que para la serenidad de los debates representa la presencia de estos elementos. No obstante, todavía subsisten otros riesgos, que se suelen esgrimir como un importante argumento en contra de la difusión televisada de los juicios penales. Me refiero al carácter reductor de lo audiovisual, al peligro de la toma de vistas subjetivas, o a que se realice una selección deliberadamente tendenciosa de las imágenes.

Resulta, pues, conveniente abrir un amplio debate sobre las condiciones a las que debe acomodarse la presencia de las cámaras en las salas de justicia, que debería culminar en una regulación específica, imprescindible en el momento actual. Esta regulación bien podría tomar como modelo las reglas actualmente vigentes en el Derecho italiano, cuyo Código de Procedimiento Penal ha sido reformado recientemente. La presencia de las cámaras en la audiencia requiere la autorización judicial. Sin embargo, tal autorización se encuentra sujeta a una doble condición: por un lado, que la presencia de los medios no perjudique el sereno y regular desarrollo de los debates del acto del juicio y, por otro, que el juez obtenga la conformidad de las partes, si bien, excepcionalmente, podrá otorgarse la autorización, a pesar de la oposición de los interesados, si el juez aprecia un interés social relevante en la información.

Un buen ejemplo de cómo debe tratarse el conflicto entre el interés informativo y los derechos del acusado, desde la óptica de la ponderación constitucional de bienes, lo constituye la decisión del Tribunal Supremo Federal alemán en el caso Lebach (BVerfG 35, 202), en el que se prohibió a la cadena de televisión ZDF emitir un programa documental sobre el asesinato de cuatro soldados. La emisión iba a realizarse dos años después de producida la condena, precisamente cuando uno de los cómplices iba a obtener la libertad condicional. El Tribunal Supremo destaca la relevancia del principio de rehabilitación de las personas condenadas, al que se recurre para limitar la difusión de noticias judiciales. Según la sentencia, se produce una colisión entre la libertad de información y la protección de la personalidad, que no puede resolverse estableciendo reglas de prevalencia, sino a través de la ponderación de bienes. Como regla general, cabe establecer la preferencia de la libertad de información en el caso de las informaciones actuales sobre hechos delictivos, pero tratándose de la repetición de una información, que no responde a intereses actuales de información y que pone en peligro la resocialización del autor, tiene preferencia la protección de la personalidad frente a la libertad de información.

5. CONCLUSIONES

Para terminar, a pesar de la indudable dificultad que tiene establecer conclusiones en una materia

tan compleja, pueden apuntarse los siguientes criterios generales.

En el momento actual la presencia de la televisión en la audiencia penal se presenta como una realidad inevitable. No obstante, el acceso de los medios audiovisuales a las salas de justicia no debe autorizarse si no están resueltos los problemas de orden técnico, de forma que se asegure que la presencia de las cámaras no afectará a la serenidad de los debates. La publicidad no representa más que un fin accesorio, que no debe poner en peligro el objeto mismo del proceso penal.

El ejercicio del derecho de acceso requiere la preceptiva autorización judicial, que presupone la realización del oportuno juicio de relevancia, ponderando adecuadamente los diversos intereses constitucionales afectados. Como regla general, deberá obtenerse el consentimiento de los interesados, del que se podrá prescindir, excepcionalmente, cuando lo exija el interés social de la información.

El mayor peligro que la entrada de la televisión representa para los derechos del acusado reside en la subjetividad en la elección de las tomas y en el carácter extraordinariamente simplificador de la imagen. Es preciso, por lo tanto, abordar el problema del control de las imágenes, que difícilmente podrá ser objeto de una regulación legal específica. Por ello, debe abrirse un amplio debate en el que participen jueces, abogados, periodistas, etc., capaz de concretar unas reglas de actuación profesional en esta materia tan sensible.

ORIENTACION BIBLIOGRAFICA

La bibliografía existente sobre este tema no es, ni mucho menos, abundante. Junto con la monografía de Voena, G. P. «Mezzi audiovisivi e pubblicità delle urdienze penali» Milán, 1984, pueden consultarse los siguientes trabajos: Pradel, J., «Les tecniques audivisuelles, la justicie et l'histoire», Recueil Dalloz Sirey, 1986; Robert. J., «La télévision à l'audience?», Recueil Dalloz Sirey, 1985. Roppo E., «Il proceso penale e la televisione» Politica e Diritto 1990. Verin J., Teléviser les débats judiciaires?» Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé. También existe alguna referencia a las imágenes en el proceso penal en la obra dirigida por Delmas-Marty M., «Procès pénal et droits de l'homme», París (1992).

Algo más amplia es la bibliografía sobre la libertad de información y el principio de publicidad procesal. Entre otros, pueden consultarse los siguientes trabajos: AA.VV., «Les problèmes posés par la publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales», Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milan, 1961; Auby, «Le principe de la publicité de la justicie et le Droit public» en «Le principe de publicité de la justice». Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse, París, 1969; Bandres Sánchez Cruzat, «La publicidad de los debates y decisiones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la del Tribunal Constitucional español», Zaragoza, 1985; Cousteaux, G., y López-Terres, P., «Le droit a l'information et le procès pénal», Burdeos, 1991; Cremona, «The public character of trial and judgement in the jurisprudence of the European Court of Human rigts», en Protection des droits de l'homme, la dimension européenne, Köln, 1988; Errera, «Justice pénale, police et presse», Traveaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, París, 1988; Fairen Guillén, «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», Madrid, 1989; Levasseur, G., «La publicité dans le procès pénal», Revue Science Criminelle et Droit Pénal Comparé, 1976; López Ortega, J. J., «Libertad de información y proceso penal a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Justicia, 1-1992; Montero Aroca, J., «El derecho a la información y la función jurisdiccional», Actualidad Administrativa, 1987; Pedraz Penalva, E., «Notas sobre publicidad y proceso» en Poder Judicial XI; Varano, V., «Libertà di espressione e contempt of court: esperienze e prospettive degli ordinamenti inglese e americano» en Nove dimensioni nei diritti di libertá, Padova, 1990; Varela Castro, L., «Proceso penal y publicidad». Revista *Jueces para la Democracia,* 11, 1990. Vitu, M., «Le principe de publicité dans la procédure pénale», en «Le principe de publicité de la justice». Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse, París, 1969.

Sobre la desobediencia civil y la desobediencia al derecho constitucional*

Miguel Angel APARICIO PEREZ

Decía Juan Ramón Capella, maestro confeso de José Antonio Estévez, que «El Mesías atraviesa el tiempo. Percibe la "debilidad" de un punto de clausura cultural del imaginario colectivo, actúa sobre él y "alumbra otra cultura". Ha entrevisto la posibilidad de inaugurar otra cultura». (...) En una época en que está de moda hacer escarnio del mesianismo de los oprimidos, no está de más ver que la operación de este Mesías, su sacrificio, tuvo históricamente cierto «éxito» pese a no inaugurar la era de la fraternidad —esto es, si lo entendemos como mediador histórico y no teológico—. No todo es ideología en el mesianismo ni cualquier mesianismo vale» («Los ciudadanos siervos», Madrid, 1993). Por Mesías se refería a Jesús de Nazaret; pero también, según creo, a cualquier entidad antropológica (persona, grupo, clase, organización social, etc.) capaz de introducirse en el espejo del tiempo, borrar la realidad social de la que arranca y recrear una nueva.

Esta afirmación (que poco tiene que ver con «Alicia en el país de las maravillas», donde, dicho sea de paso, Alicia no es sino el objeto de venganza de un autor sádico que, al parecer, no podía, o no se atrevía a palpar a la niña en sus paseos en barca) poseía, hace veinte años, graves connotaciones heterodoxas; podía ser acusada de «voluntarismo», decisionismo o, incluso, de «caudillismo». Y, muy razonablemente, con toda justicia. Pero, la historia, porque no es sujeto antropológico, antes bien objeto, no se puede equivocar, sino que nos equivocamos quienes estamos dentro de ella; y el juicio histórico tampoco lo ofrece la propia historia sino quienes, *después,* tienen poder —y no sólo capacidad— para opinar.

Por eso, lo que hace veinte años era, sin duda, un despropósito elitista se ha convertido, en estos momentos, en una de las pocas fuerzas «occidentales» que incitan, ayudan y, afortunadamente a veces, arastran a una rearticulación de la estructura de dominio y a un cambio en favor de los más débiles. Esta es la densidad de esfuerzo de algunas utopías cuando se comprueba que un, no menos, voluntarismo mecanicista lo único que hace es conceder forma a, valga la redundancia, las formas tradicionales de poder.

Todo esto, aunque el discurso haya sido algo críptico —pero sé muy bien que algunos «resistentes» lo pueden haber entendido—, viene a cuento de la obra del profesor Estévez Araujo. Este autor plantea en la primera línea de la obra el objeto de su labor de investigador: «El objeto del presente trabajo —dice— es el problema de la justificación jurídica de la desobediencia civil en los regímenes políticos representativos». Y, con la timidez propia de un estilo literario tranquilo, mas, no por ello, menos tenso, termina su obra con las siguientes frases: «Esto no significa que la desobediencia civil esté siempre jurídicamente justificada. Ni siquiera significa que lo esté frecuentemente. Pero sí pone de manifiesto que la tesis de que la desobediencia civil nunca puede estar justificada resulta insostenible». El problema, pues, queda sólo «un poco» resuelto: en raras ocasiones la desobediencia civil está justificada, aunque, no obstante, puede suceder que lo esté.

Tan pequeña conclusión para tan amplio problema, en contra de lo que pudiera hacer pensar, es uno de los logros más estimables de esta obra. No quiere decir más que lo que dice y se acaba de transcribir: que la desobediencia civil, «case by case», puede hallarse amparada por el ordenamiento jurídico de los regímenes políticos representativos.

Tal vez, para llegar a este resultado no hubiera hecho falta tanto esfuerzo: instituciones jurídicas como «el estado de necesidad», los conceptos de «inimputabilidad», ausencia de culpabilidad, y tantos otros, podrían abrir, incluso, un arco más amplio de posibilidades. Sin embargo, el mérito de esta aventura ideológica y jurídica no reside ahí: se encuentra, no tanto en averiguar los condicionantes o vacíos del derecho positivo sino, más bien, en analizar los propios puntos de apertura del modelo constitucional representativo. En definitiva, en —como decía su maestro— «percibir la "debilidad" de un punto de clausura cultural del imaginario colectivo y actuar sobre él para alumbrar otra cultura»; en otras palabras algo más zafias, la obra intenta comprobar hasta qué punto ese principio del pluralismo (ideológico, social, económico, etc. —es decir, el principio del conflicto como elemento a integrar por el sistema pero, también, a ser integrador del propio sistema) posee una cobertura constitucional clara.

Por eso, la desobediencia civil es una excusa para una reflexión finalista sobre el papel de la Constitución y los derechos fundamentales en los modelos democráticos de Occidente. Y ese finalismo es, sobre todo, «garantista» y, se permite la cursilería, «intrasistémico»: trata de descubrir las posibilidades del sistema constitucional democrático representativo no sólo en materia de protección de determinadas minorías sino, incluso, cuando esas minorías o esos

* Comentarios a la obra de José Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil.* Madrid, Ed Trotta, 1994

individuos aislados, aparentemente, son contrarios al propio sistema. Es decir, la perspectiva de análisis no trasciende la propia lógica de la estructura constitucional del poder establecido sino que, más bien, husmea en sus intersticios, no tanto para encontrar sus puntos de quiebra o contradicción (al modo que lo hiciera Carl Schmitt, y que tan bien ha tratado el propio J. A. Estévez en otra de sus obras), cuanto para descubrir sus posibilidades integradoras. En este aspecto, al menos en el plano metodológico, el autor se mueve en la línea de Smend y, en consecuencia, se incluye dentro de los movimientos reformistas. Apura, por tanto, las funciones protectoras del ordenamiento, atravesando esa difícil cuerda floja sobre la cual se pretende afirmar y asegurar lo que la evidencia predominante niega. Es ahí, posiblemente, donde se encuentra el mayor éxito y la mayor debilidad de todo el trabajo.

La mayor debilidad porque se ve obligado a efectuar un largo camino sobre las concepciones de la Constitución y de los derechos fundamentales, trayendo a colocación una serie de autores y una selección de jurisprudencia —básicamente, norteamericana— que, en el fondo, sólo de forma muy tangencial apoyan su tesis final. No deja de ser curioso, en el campo de los derechos fundamentales, que todos los refuerzos doctrinales que se invocan (de manera muy especial, Häberle y, de forma menor, Alexy) sean de origen alemán y se muevan, por tanto, en un país no sólo escasamente propicio a la desobediencia civil sino también intensamente imbuido del valor de la estatalidad positivista. Como tampoco deja de serlo que, en el propio de la teoría de la Constitución, se incorpore a John Hart Ely como el paradigma de la interpretación constitucional norteamericana.

A mi juicio, que estos autores existan y que incidan, desde opciones ideológico-jurídicas paralelas con cierta posibilidad de coincidencia en una determinada concepción abierta de la Constitución, no es más que eso: una simple coincidencia. Por ejemplo, no estoy nada convencido que Häberle y Alexy (precisamente porque, éste último, proviene de la propia Filosofía del Derecho y lo que ofrece es, sobre todo, un acercamiento a la perspectiva analítico contextual de los derechos fundamentales y el primero, se mire como se mire, un acercamiento funcional-institucional) sean grandes valedores de las ideas del autor. En el caso de Häberle porque, tal vez, es más conocido en España que en Alemania; en el caso de Alexy, porque es de difícil utilización para concretar el derecho positivo sobre derechos fundamentales; y, en ambos, porque privan de sustancia a tales derechos al remitir toda su especulación a cada caso concreto y privarlos de un contenido mínimo constitucional. Y lo mismo sucede, creo, con la concepción constitucional de Ely que, por mucho que se esfuerce sobre la búsqueda de la esencia de la Constitución a través de la abertura de las posibilidades participativas, se enfrenta —al margen de su prestigio académico— a una realidad algo más resistente: sólo con un esfuerzo imaginativo desbordante podría legitimarse o explicarse el sistema constitucional norteamericano como instrumento referencial de la participación del pueblo. En última instancia, lo que quiero decir es que el problema de la desobediencia civil o se encara como un auténtico derecho de libertad constitucionalmente consagrado o, si no, se entra en el pantanoso terreno de la ponderación de bienes y valores donde cabe absolutamente todo: desde un vaciamiento completo del contenido jurídico positivo de la Constitución hasta el hallazgo de bienes supraconstitucionales que, a juicio de cualquier intérprete, puedan estructurar subordinadamente todo su contenido.

Pero, éstas son dudas y, de ninguna forma, quieren ser peticiones de principio; sólo, algunas reflexiones que se me acuden después de haber estudiado la obra con detenimiento. Sin embargo, pienso que el logro o el acierto es, sin duda, superior al peso de las dudas; y, con la misma modestia que el autor desarrolla su exposición, me gustaría destacar algunos elementos, al hilo de las cosas reseñadas en ese trabajo.

A mi juicio, el trabajo —por encima de lo que, en apariencia, constituye su objeto— supone, sobre todo, una excelente teoría de la Constitución, expuesta a través de los dos elementos más difíciles que la integran; su entidad jurídico-política y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

En el primer ámbito, conviene resaltar la decidida apuesta por una concepción de la Constitución como cauce de participación, como «proceso» que marca no sólo las reglas de juego en virtud de las cuales las minorías pueden convertirse en mayoría (Ely) sino también como instrumento jurídico que únicamente cumple su auténtica función en cuanto consagra «un proceso abierto a las alternativas a lo existente» (Häberle). Y esta apuesta se efectúa con una brillante (e instructiva) síntesis de las concepciones clásicas sobre la Constitución que no son del caso reproducir en estos breves comentarios.

De todas formas —pienso— cualquier concepto relativamente unilateral de la Constitución puede tener diversas lecturas y ahí es, en mi opinión, donde reside su principal peligro. Poner todo el énfasis en la naturaleza de «proceso abierto», sea para garantizar el cambio de mayoría, sea para asegurar una cierta fluidez en las diversas y contradictorias opciones de lo que ha venido en llamarse «opinión pública» puede incurrir en un cierto exceso de optimismo histórico: el pensar que siempre el futuro será mejor. Con ello, cualquier biotipo cultural, llámese modernización, racionalización, homologación a otros Estados más desarrollados, etc. puede habitar con toda naturalidad en ese proceso abireto. Y de paso, puede, como está sucediendo entre nosotros, hacer olvidar lo que la Constitución tiene de «pacto constituyente» y de precipitación de un período histórico concreto. Este tipo de opciones teóricas posee, siempre en mi opinión, grandes ventajas: permite el cambio dentro de un determinado abanico de opciones y, lo que es lo mismo, rechaza la posibilidad de salidas autoritarias; pero, en cambio, no asegura el cumplimiento de la Constitución en lo que ella misma posee de opción de cambio. Por eso, me inclino más por entender a la Constitución como un complejo normativo, sin duda abierto, pero con determinados contenidos materiales resistentes al absoluto libre albedrío tanto del legislador como del po-

der ejecutivo (eso que, en términos jurisprudenciales, se denomina la capacidad de dirección política). No es que identifique a la Constitución con un programa —es decir, con un solo programa— pero no acabo de entender por qué, como en su momento hacía alguno de nuestros más conocidos constitucionalistas, las «normas programa» deben ser y han sido borradas de nuestro panorama constitucional.

Algo por el estilo ocurre en el segundo de los ámbitos: el propio de los derechos fundamentales. Es cierto que en el planteamiento institucional funcional de Häberle, los derechos sociales son presupuesto y garantía de los derechos fundamentales y éstos, a su vez, del propio sistema democrático. Pero entre ambos tipos existe una descompensación evidente: los primeros se dan por supuestos; los segundos, se plantean como realmente operativos. Y semejante cuestión acaece con la categoría de la «Drittwirkung» o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, con la que, a muy duras penas, puede pretenderse que algún sector de la autonomía de la voluntad privada quede vinculado por la proclamación de tales derechos. En el intento de combinar y armonizar «las tres almas del Estado capitalista» (la liberal, la democrática y la social), esa combinación y armonización sólo se consigue, como lúcidamente admite el autor, a base de rebajar los contenidos corporales de esas mismas almas, de forma que los derechos subjetivos dejen de ser derechos para convertirse en meros principios (Alexy). Con ello, se da una mayor capacidad de construcción al juez —y, en concreto, al juez constitucional— para resolver los casos concretos: pero en ningún sitio está escrito que esa mayor capacidad redunde en beneficio ni de los derechos fundamentales, ni de los derechos sociales ni, por último, del propio sistema de participación democrática.

Sin embargo, como puede observarse, todo este repaso a las diversas doctrinas benefician la tesis del autor: si es el juez quien, en último extremo, dispone de libertad bastante para decidir y concretar el conenido de los derechos parece obvio que la desobediencia civil puede ser amparada. El juez Calvo Cabello estará tranquilo por su decisión pero, sobre tales cánones, nadie negará que el Tribunal Supremo también puede seguir estándolo.

Por eso, volviendo al principio, la obra, que sólo muy puntualmente he comentado, supone, sobre todo, un trabajo de búsqueda de posibilidades de abertura del sistema, de rehallazgo del pluralismo y de la(s) opinión(es) pública(s), de reconstrucción, en definitiva, de un marco donde los pequeños puedan, sin excesiva mala conciencia aunque con muy escasas posibilidades de éxito, hacer oír su voz y su razón. Y, por eso también, hay que leerla y aprender de ella.

NOVEDADES

ALIANZA EDITORIAL

Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel. 741 66 00
Fax. 741 43 43

Comercializa:
Grupo Distribuidor Editorial
Tel. 361 08 09

FILOSOFÍA

JENNY TEICHMAN
Y KATHERINE C. EVANS
Filosofía: una guía para rincipiantes
EL LIBRO DE BOLSILLO

CARLOS CASTILLA DEL PINO (COMP.)
La envidia
ALIANZA UNIVERSIDAD

ARTE

AARON SCHARF
Arte y fotografía
ALIANZA FORMA

VALERIANO BOZAL
Goya y el gusto moderno
ALIANZA FORMA

LITERATURA

HERMAN LENZ
El cochero y el pintor de blasones
ALIANZA TRES

EVGUENI POPOV
El alma del patriota
ALIANZA CUATRO

CIENCIAS SOCIALES

BERNARD CRICK
Socialismo
EL LIBRO DE BOLSILLO

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR)
La situación de los refugiados en el mundo
El desafío de la protección
LIBROS SINGULARES

ECONOMÍA

R. H. COASE
La empresa, el mercado y la ley
ALIANZA ECONOMÍA

ENRIQUE FANJUL
Revolución en la revolución
China, del maoísmo a la era de la reforma
LIBROS SINGULARES

RAMÓN TAMAMES
Y SANTIAGO GALLEGO
Diccionario de economía y finanzas
ALIANZA DICCIONARIOS

HISTORIA

NIGEL TOWNSON (ED.)
El republicanismo en España (1830-1977)
ALIANZA UNIVERSIDAD

GONZALO ANES
El siglo de las luces
Historia de España (vol. 4)
HISTORIA DE ESPAÑA

SANTOS JULIÁ,
DAVID RINGROSE Y
CRISTINA SEGURA
Madrid. Historia de una capital
LIBROS SINGULARES

VARIOS

JOSÉ ANTONIO DEL MORAL
Cómo ver una corrida de toros
EL LIBRO DE BOLSILLO

ÁNGEL ÁLVAREZ CABALLERO
El cante flamenco
LIBROS SINGULARES

¿Por qué la Ley 30/1992?

Emilio BERLANGA

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha venido; mas, como la primavera, nadie sabe como ha sido. Nunca un texto legal de tal trascendencia había sido elaborado tan al margen de las opiniones doctrinales y científicas, como si los redactores de la ley hubieran tenido prisa en plasmar en una norma sus particulares criterios y opiniones en arriscada soledad, frente a la opinión mayoritaria de la cátedra, de la abogacía, de la magistratura. Todos los que, de una u otra forma, operamos en el campo del Derecho administrativo tomamos conciencia del riesgo que para nuestro Derecho público significaba la precipitada reforma que se avecinaba. Pero sino todos, quizás muchos, al menos los que más confianza seguimos teniendo en el legislador democrático, pensamos hasta el último momento que el texto con el que se nos amenazaba no vería jamás la luz. Más no fue así y un aciago 27 de noviembre de 1992 pudimos desayunarnos con la LRJAP y del PAC en el «Boletín Oficial del Estado».

De nada había servido, pues, que se advirtiera sobre la inexistencia de una vedadera necesidad de una reforma que mantenía el contenido de buena parte de las leyes que trataba de substituir: la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Parecía como si el haber sido elaboradas bajo el régimen franquista manchara a tan venerables leyes de un pecado original de imposible redención, olvidando con ello que habían sido instrumentos transcendentales para el logro de un control jurisdiccional del actuar de la Administración conforme al principio de legalidad, antes y después del advenimiento de la democracia.

Los redactores de la ley, para justificar su tarea, consideraron necesario explicitar en la Exposición de Motivos su menosprecio por las citadas leyes, reduciendo mezquinamente sus logros a «la unificación de las normas preexistentes y reunirlas en un texto único aplicable a todos los departamentos ministeriales». Como si ambas leyes hubieran sido algo así como una mera recopilación del Derecho administrativo a la fecha de su publicación vigente. Nada más alejado de la realidad. El profesor Parada, en brillante síntesis, ha puesto de relieve los logros más importantes de aquellas leyes. A la primera, a la LRJAP le corresponde el mérito de haber formulado por primera vez con absoluta nitidez en nuestro Derecho público el principio de jerarquía normativa, la inderogabilidad singular de los reglamentos, la reserva de ley y la responsabilidad de la Administración, de las autoridades y de los funcionarios; la segunda, la LPA, tiene el mérito de haber configurado un sistema modular del procedimiento administrativo en sus fases jurídicas de iniciación, desarrollo y terminacion, el haber definido el «status» de los actos administrativos, inaugurando la primera regulación conocida sobre la invalidez de los actos administrativos, así como sobre la anulación y combalizacion y la rebocación de oficio.

Tampoco sirvió que se advirtiera, desde los más diversos campos, que nadie echaba en falta una nueva regulación de estas materias ni que se pusiera de relieve como la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya habían llevado a cabo la adecuada interpretación de los preceptos de aquellas leyes preconstitucionales a la luz de la Constitución de 1978. De nada sirvió tampoco que se advirtiera que la innecesaria reforma significaba echar por la borda toda esa nutrida y consolidada jurisprudencia, una abundante bibliografía científica y, sobre todo, millares de disposiciones de las diversas Administraciones Públicas, que tenían por referencia aquellas viejas leyes, con el consiguiente riesgo de grave inseguridad jurídica.

Quizás el legislador estatal tenía prisa en ejercitar aquella competencia, que, por otra parte, nadie le había cuestionado, que el artículo 149.1.18 de la Constitución le confiere con carácter exclusivo para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. O, tal vez, lo que se quería alcanzar era separar el nivel de la Administración y el del Gobierno; de ahí que simultáneamente se tratara de elaborar otro Proyecto de Ley sobre el Gobierno, lo que hizo sospechar al profesor Parada que «lo que se pretendía, en definitia, era conseguir esa exención de la clase política de la responsabilidad personal que conlleva la dirección de la Administración, localizándola, exclusivamente, en la clase funcionarial».

Claro que, junto a esos objetivos confesos o inconfesos, estaba aquel otro, que pudiéramos calificar de postmoderno, cuyo solo enunciado bastaría para descalificar a una ley que se quiere que sea el marco normativo común de todas las Administraciones Públicas y de sus relaciones jurídicas con los ciudadanos: «la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica y la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas». Como si ello no resultara ya, en mejor castellano, del artículo 30 de la LPA, con respecto a las técnicas garantistas, que nunca podrán caducar en un Estado de Derecho.

Pero, contra todas las previsiones, contra todas las fundadas críticas, contra todas las advertencias doctrinales, la ley vino, fue al «BOE» de 27 de noviembre de 1992. Entonces todos los ciudadanos españoles, funcionarios y administrados, tuvieron

ocasión de sentir lo que les venía encima, y la más cualificada doctrina pudo hablar ya de «la desdicha que sobre nuestro Derecho público ha venido a caer con la inexplicable Ley 30/92».

En primer lugar, en materia de recursos. Tal vez hubiera sido este el campo en que la ley podía haber sido más osada, si lo que quería era una concepción nueva de las relaciones de los ciudadanos con la Administración, que se ajustara más a los principios constitucionales; y podía haber buscado en la supresión de la obligatoriedad del recurso administrativo previo, en la conversión de los recursos en potestativos, la mejor garantía de una tutela judicial efectiva, en línea con lo señalado por el Tribunal Constitucional italiano en su transcendental sentencia de 11 de enero de 1991.

Pero no ha sido así. La ley se ha limitado a suprimir el recurso de alzada a cambio del mantenimiento como preceptivo de un llamado «recurso ordinario», nomen que por sí nada significa y que solo comporta, a cambio de la confusión que a la práctica puede traer la sustitución de la tradicional denominación de alzada, la ampliación del plazo para su interposición a un mes en lugar de quince días; pero que, con el mantenimiento del plazo del silecio en tres meses, a los que hay que añadir los veinte días hábiles para obtener la certificación de éste, dilata en cuatro meses la posibilidad del ciudadano para acudir a los Tribunales en demanda de tutela frente al actuar de la Administración; retrasando en igual período, como apunta el profesor García de Enterría, la posibilidad de obtener de aquellos la tutela cautelar.

Junto con ello suprime la ley el recurso de reposición, aún con carácter potestativo. Emanados prácticamente la inmensa mayoría de los actos de las Administraciones locales de autoridades u órganos cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 52.2 de la Ley de Bases de Régimen Local) o bien de concejales, delegados de alcalde que, al considerarse dictados por el delegante agotan también la vía administrativa, la nueva ley supone en la práctica la desaparición del recurso administrativo del ámbito de la Administración local. Se da con ello un paso más a añadir al que significó la supresión del recurso económico-administrativo por la citada Ley de Bases en la eliminación de recursos administrativos contra los actos de los entes locales, de imprevisibles consecuencias para el común de los ciudadanos, de tal guisa abocados a ventilar ante los Tribunales contencioso-administrativos, cualquier discrepancia con el actuar de su respectivo Ayuntamiento.

Se impone, eso sí, a quien pretenda demandar a la Administración, la obligación de comunicarlo previamente al órgano que dictó el acto objeto de impugnación. Difícilmente se nos alcanza qué finalidad se pretende conseguir con ello, ni cuál pueda ser el alcance de su incumplimiento. En cuanto a lo primero porque la Administración no tiene obligación alguna de adoptar ningún acuerdo al recibir aquella comunicación, que tan sólo le significará el adelantar en unos días el conocimiento de la interposición del recurso; y en cuanto a lo segundo, porque, aunque el legislador trate de construirla como un requisito de procedibilidad, en todo caso los principios procesales lo convirten en defecto subsanable, y aun subsanado por la reclamación del expediente y consiguiente emplazamiento de la Administración demandada.

La segunda línea básica entorno a la cual se organiza, según la Exposición de Motivos, el sistema de revisión de la actividad de las Administraciones Públicas que la nueva ley establece es el reforzamiento de la revisión de oficio por causa de nulidad, que se configura «como un verdadero procedimiento de nulidad cuando se funde en esta causa, recogiendo la unanimidad de la doctrina jurisprudencial y científica». Pero, pese a tan ampulosa declaracion, pocas son las novedades transcendentales que se incluyen en la revisión de actos nulos, a no ser que entendamos por tal la inclusión junto al dictamen previo del Consejo de Estado, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. En cuanto a la revisión de actos anulables mantiene la ley la duplicidad de regímenes anterior: cuando se trate de actos de gravamen no hay límite a la facultad de revocación de la administración, y en cambio, cuando se trate de actos declarativos de derecho el principio general sigue siendo contrario a la revocación, pero introduciendo en este punto, como peligrosísima novedad, que la Administración pueda revocar tales actos «cuando infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario, y que el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, en nada vincule a la Administración, apartándose claramente de los criterios de la LPA que exigía que el acto infringiera manifestamente la ley y que en tal sentido lo hubiera dictaminado el Consejo de Estado (art. 110.2a). Ruptura con nuestra tradición jurídica que, como apunta García de Enterría, supone también una quiebra con el régimen común en esta materia en los estados de nuestra área cultural, incluyendo a las Comunidades Europeas. Junto a ello prevé la nueva ley, en inexplicable confusión técnica con los recursos, que la tal revocación pueda tener lugar a instancia de parte, antes de transcurridos cuatro años desde que el acto fuera dictado, abriendo con ello una grave grieta en el principio de seguridad jurídica.

Finalmente, la regulación que la ley lleva a cabo en su Título IX de la potestad sancionadora de la Administración, además del vicio de origen, de imposible justificación, de considerar no aplicables los principios sustantivos y procedimentales, previstos para su ejercicio, a la potestad disciplinaria de la Administración «respecto al personal a su servicio y de quienes están vinculados a ella por una relación contractual» (art. 127.3), manteniendo con ello la periclitada categoría de relaciones de especial sujección, incurre en un gravísimo error de entendimiento del artículo 149.1.18 de la Constitución, al no contener una regulación integral del procedimiento sancionador, sino sólo de sus «principios», insuficientes para asegurar un procedimiento sancionador común que garantice a los ciudadanos un tratamiento igual ante las Administraciones Públicas. El Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, ha venido a confirmar tal temor.

Cabría, no obstante, encontrar en la LRJAP y del PAC puntos de indudable acierto. El principal de ellos la proclamación que lleva a cabo en su artículo 35 de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Cierto que gran parte de estos principios se hallaban implícitos en la LPA y que todos ellos podían inferirse de los valores, principios y derechos que consagra la Constitución de 1978; pero hay que saludar con satisfacción que por vez primera se recojan en un texto legal y en amplio catálogo tales derechos ciudadanos. La interiorización de los mismos por todos, como valores propios, de una nueva cultura administrativa, puede significar un giro copernicano en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas. En esta misma línea de aciertos cabe señalar la extensión del saber de motivación a todos los actos discrecionales (artículo 54.1.f), la supresión de la combalidación por mero transcurso del plazo de las notificaciones defectuosas (art. 58.3), el derecho de acceso a archivos y registros (art. 59)... Más no cabe predicar el mismo acierto de otras bien intencionadas y ambiciosas modificaciones en el sistema vigente como la terminación convencional prevista de manera generalizada (art. 88) o la admisión general de la avocación (art. 14).

Nos interesa ahora destacar tres supuestos como paradigmáticos de los fallidos propósitos de reforma de la Ley 30/92. El primero de ellos la compleja, farragosa y, en definitiva, abocada a la ineficacia, regulación de las relaciones entre las Administraciones Públicas, al que la nueva ley dedica todo su Título primero. Sin duda el nuevo modelo de organización territorial del poder que diseña la Constitución de 1978, edificada sobre la base de los tres escalones de representación y participación políticas previstos: estatal, autonómico y local, comporta la existencia de tres Administraciones Públicas actuando con autonomía dentro del ámbito de sus respectivas competencias y manteniendo entre sí una posición de recíproca independencia, que no puede ni debe excluir unas relaciones mutuas que permitan su adecuada articulación en el logro de los fines comunes del Estado que todas integran. Pero el alcance de ello exige toda una cultura de una visión dinámica del Estado y valoración de sus intereses, en cuanto comunes a todos los españoles, por delante de los parciales de las diversas administraciones; y las fórmulas deliberadamente artificiosas y complejas —asistencia recíproca, intercambio de información, conferencias sectoriales, convenios de colaboración— ideadas por la ley no parecen ser el mejor camino para la introducción de esa nueva cultura de la cooperación administrativa.

El segundo sería el de la regulación de la inactividad de la Administración a través de la técnica del acto presunto. Proclama la nueva ley en su artículo 42 la obligación de las Administraciones de resolver expresamente no sólo los procedimientos iniciados a instancias de los interesados, sino también aquellos otros que iniciados de oficio afecten a los ciudadanos. Vencido el plazo para resolver, cuyo incumplimiento provocará la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios y su remoción del puesto de trabajo, el silencio tendrá carácter positivo o negativo en unas u otras materias según lo haya determinado previamente cada Administración. Más para acreditar el silencio necesario volver de nuevo al órgano y obtener de él una certificación de que ese silencio se ha produido, conminando al funcionario a su expedición bajo amenaza de incurrir en infracción disciplinaria grave. Conseguido ese certificado o acreditado que ha sido solicitado, queda expedita la vía de los recursos administrativos o judiciales. Regulación, pues, compleja, artificiosa, que lleva al ciudadano a un calvario procedimental y hace recaer sobre el funcionario unas amenazas, de las que en todo caso puede zafarse resolviendo, aunque sea negativamente la pretensión del ciudadano, agravándose con ello la posición de éste.

El tercer supuesto sería el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La nueva ley ha querido desarrollar en el último de sus Títulos las previsiones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones que se contienen en los artículos 106.2 y 149.1.18 de la Constitución. En este punto podría «prima facie» parecer un acierto indudable el reconocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa como única competente para conocer de todas las acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración y la aplicación del régimen jurídico-público de responsabilidad objetiva a todos los daños causados por la Administración, incluidos también los producidos en sus relaciones de Derecho privado. Pero no merece la misma valoración positiva la regulación restrictiva de la indemnización por actos legislativos (art. 139.3), y la confusa regulación de las responsabilidades de las autoridades y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas.

Señalábamos antes como, pese a todas las críticas, a todos los defectos denunciados que predecían las consecuencias de su precipitada y nada reflexiva elaboración, la LRJAP y del PAC, vio la luz en el «BOE» de 27 de noviembre de 1992 con el número de Ley 30/1992. Sus redactores, no obstante, previendo las consecuencias que para el funcionamiento de las Administraciones Públicas supondría su inmediata entrada en vigor establecieron una prolongada «vacatio legis» que, unida a un complicado sistema de Derecho Transitorio, vino a acentuar aun más, si cabe, los problemas. En efecto, previendo la ley en su disposición final su entrada en vigor «tres meses después de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"», la Disposición adicional tercera prevé que «reglamentariamente en el plazo de seis meses de la entrada en vigor de esta ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos», siendo la Disposición transitoria segunda la que señala que «los procedimientos iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la disposición adicional tercera se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, salvo que con anterioridad a la expiración de tal plazo haya entrado en vigor la normativa de adecuación correspondiente.

Naturalmente surgieron de inmediato las dudas no clarificadas en la Ley de qué había de ser entendido a tales efectos por procedimiento iniciado y una fuer-

te incertidumbre sobre si había de entenderse que el régimen de recursos formaba parte del procedimiento y, por tanto habían de mantenerse o no los recursos de alzada y reposición durante tales períodos transitorios. Enfrentadas con tales problemas las Administraciones Públicas, fundamentalmente las locales, lo han resuelto de manera contradictoria, concediendo unas y otras no el recurso de reposición a los interesados.

Más la confusión no terminó el 27 de agosto de 1993, fecha prevista para la plena entrada en vigor de la ley. Enfrentado con la práctica imposibilidad el enorme número de procedimientos detectados —¡mil ochocientos noventa y tres!, ya a primeros de agosto— el Gobierno aprobó un Real Decreto-Ley, el 14/93, de 4 de agosto, por el que se modifica la disposición adicional tercera de la Ley 30/1992, prorrogando su «vacatio» durante un año más su entrada en vigor. De tal manera con un plazo de «vacatio» de año y medio la ley además de batir, como con agudeza señala García de Enterría, el récord absoluto de leyes durmientes, agrava la inseguridad jurídica, hasta extremos impensables, en un ámbito esencial del ordenamiento jurídico.

Esperamos ahora que el empecinamiento, el hispánico «sostenella y no enmendalla», no lleve al despropósito de que, vencida la última prórroga se produzca la plena entrada en vigor de la ley el 14 de agosto próximo. Y hay que pensar que para ello bastaría un simple descuido en la fijación de una nueva prórroga para su entrada en vigor...

Soluciones posibles ante tan insostenible situación serían, desde la más drástica de la derogación pura y simple de la Ley 30/1992, hasta la del aplazamiento «sine die» de su entrada en vigor o la suspensión de su vigencia. El coste político, en el caso de la primera, y el riesgo para la seguridad jurídica en el caso de la segunda, las hacen hoy, sin duda, inviables.

Por eso, quizás, sería la más atinada la solución ofrecida por el profesor García de Enterría: comenzar a elaborar ya una «Ley de Modificación Parcial» de la Ley 30/1992 que evite que sus efectos más negativos se produzcan y no perjudiquen el aprovechamiento de aquellos otros positivos que la ley tiene. Mientras habrá que prorrogar, nuevamente, la entrada en vigor de la ley, en la seguridad de que nadie la va a echar en falta, ni lamentará su no entrada en vigor el próximo 24 de agosto.

La lección de Di Pietro

Francesco VERRI

El pasado viernes 6 de mayo Baltasar Garzón dimitía de su doble cargo de diputado y de Secretario de Estado del Plan Nacional sobre Drogas. «Cuando hace un año decidí unirme como independiente a la lista electoral del PSOE —manifestó el que fue *número dos* de Interior— lo hice absolutamente convencido de que podía contribuir a la regeneración de la política española, mientras que hoy me doy cuenta de que se me estaba utilizando sólo para dar una imagen».

Las sentidas palabras con que Garzón explicó su dimisión no tendrá en cambio ocasión para pronunciarlas otra reconocida *estrella* de la magistratura, el célebre Fiscal italiano del compacto *pool* de *Manos Limpias,* Antonio Di Pietro. En efecto, tan sólo veinticuatro horas después de la clamorosa decisión tomada por Garzón, el indiscutible promotor de la *rivoluzione dolce* italiana rechazaba rotundamente la cartera de Interior que le ofrecía el presidente del Gobierno *in pectore,* Silvio Berlusconi. De acuerdo con la exhortación del *Procuratore Capo* Francesco Saveri Borrelli, *primus inter pares* de la Fiscalía de Milán, Di Pietro pronunciaba con la sencillez que lo distingue un tajante e histórico *no.*

Horas antes, su compañero, el Fiscal Piercamillo Davigo, la mente jurídica del *pool,* otro eminente protagonista de la monumental investigación sobre las comisiones ilegales y la financiación ilícita de los partidos, había rechazado la cartera de Justicia.

Y esto se producía mientras que en España tenía lugar la peligrosa fusión de Justicia e Interior bajo la dirección de un *superministro,* Juan Alberto Belloch, otro ex juez *estrella,* queriéndose acreditar esta salida *extraordinaria* con el prestigio del artífice (P. Andrés Ibáñez, en *El País*).

Los acontecimientos registrados en el mismo lapso de tiempo en España y en Italia, paralelos y divergentes a la vez, son cuando menos singulares. En el caso italiano, los magistrados, dando una nueva prueba de su fuerte independencia y de su autonomía operativa y decisional, se niegan resueltamente a ser atraídos a la órbita del Ejecutivo. En España, en cambio, en un caso, el de Belloch, se acepta, primero asumir, y después acumular poder político, con riesgo práctico, al menos indirecto, para la independencia de la justicia. En el otro, el de Garzón, se desanda el camino recorrido y con mucho ruido (y pocas nueces) se reniega de decisiones propias y se denuncian otras ajenas que fueron acompañadas de brazos unidos y levantados en signo de victoria. Todo ello entre expresiones de arrepentimiento por haber cedido ingenuamente a las promesas engañosas y halagüeñas de los profesionales de la política.

Volvamos, sin embargo, a Di Pietro y a su *gran rifiuto* (gran rechazo), según titulaba, parafraseando las palabras de Dante Alighieri, el diario *La Repubblica* el pasado día 8 de mayo.

Procedente de una familia campesina de Molise, una de las regiones más pobres del Sur de Italia, antes de saltar a las páginas de los periódicos y de convertirse en el objeto del deseo del *triunvirato* que, salvo sorpresas, gobernará Italia durante los cinco próximos años, Di Pietro no ha recorrido un camino de rosas: obligado como muchos a desplazarse a Alemania en busca de trabajo, regresó a Italia donde, tras entrar en el cuerpo de Policía, se licenció en Derecho y a continuación ganó las oposiciones a la magistratura.

No obstante, el Fiscal no ha olvidado su pasado ni sus dificultades iniciales. Ni ha perdido su acento meridional, ni la costumbre de gesticular y de acalorarse, ni ha adquirido la de afeitarse todos los días. En una palabra, el éxito no lo ha cambiado. Es un hombre como muchos. Su figura, muy próxima al sentir común de la gente, tiene un color y un sabor particulares. En el libro *I Bugiardi* (*Los Mentirosos*), una historia de los engaños, de las falsedades, de las trampas de quienes han dirigido la política italiana en los últimos veinte años, Gianpaolo Pansa escribe: «Di Pietro parece más joven que sus cuarenta y tres años. Su cara rolliza es la de un campesino molisano, una cara de otros tiempos, de chaval de campo que para irse al colegio, tenía que levantarse pronto, recorrer una parte del camino andando o en bicicleta y luego tomar el autobús. Impresionan sus ojos, ojos de niño bueno, pero muy vivaces: sorprendidos, risueños, maliciosos, impacientes». No parece exagerado, considerando su actitud frente a las críticas y las presiones a que ha sido sometido desde comienzos de su investigación, decir, con Gabriel García Márquez, «que se mueve en medio del fuego contrario con una tranquilidad insensata».

En cualquier caso, más allá de estas consideraciones, es cierto que tras haber desencadenado un proceso que ha terminado por sentar en el banquillo de los acusados a «un poder prepotente, convencido de ser titular de un derecho a la impunidad, política y judicial» (Maurizio De Luca), una buena parte de la opinión pública italiana *ha adoptado* a Antonio Di Pietro y lo ha defendido de los ataques de ciertas fuerzas políticas que lo acusaban de urdir un *complot* contra ellas, así como de las repetidas tentativas dirigidas a desprestigiarle (orquestadas por quienes, uno tras otro, han pasado por su despacho —perennemente asediado por las cámaras de televisión— algunos en calidad de imputados, otros, por el momento, sólo como testigos).

Y si esto ha ocurrido, si Di Pietro cuenta con el res-

paldo de la gente común, de la prensa independiente, si goza de prestigio en el exterior y protagoniza espacios en el *prime time* televisivo, evidentemente no es sólo por su espontaneidad o por su apariencia bonancible. El Fiscal italiano es, en efecto, la punta de lanza de una magistratura que ha logrado, aprovechando también una coyuntura política favorable, lo que ya nadie se atrevía a esperar: la segunda *Liberación* de Italia. Más aún, el *pool* de *Manos Limpias* ha mostrado y sigue mostrando día tras día, con una dedicación encomiable y al precio de la seguridad personal de sus miembros, que soportan una verdadera vida blindada, que hay una sola justicia «tanto para el corruptor multimillonario como para el ladronzuelo toxicodependiente, tanto para el ex ministro como para el pequeño delincuente extracomunitario» (Paolo Flores D'Arcais). Que la igualdad ante la ley no es sólo una *pia illusione*.

Emblemáticas en este sentido son las vicisitudes del ex vicepresidente del Gobierno y ex ministro de Justicia Claudio Martelli. Delfín, amigo y discípulo de Bettino Craxi, se vio obligado a dimitir ante las gravísimas acusaciones en las que la *Logia P2*, la mafia, el Vaticano y la industria petrolera están íntimamente ligados.

«Desgraciada la tierra que necesita héroes» dice Brecht. Sin embargo, Italia sigue necesitando los ejemplos que ofrecen magistrados *incómodos* como Di Pietro, como Caselli, como Turone y muchos otros que hacen de la enumeración una tarea imposible. Después de la trágica muerte de Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, los últimos de una larga lista sangrienta, las ciudades se han llenado de sábanas blancas, símbolo de la honestidad y del rechazo a la violencia, se han multiplicado las denuncias de casos de corrupción y de presiones mafiosas, se ha capturado a los jefes de *Cosa Nostra huidos* en sus propias ciudades, se está celebrando en Palermo el proceso a Giulio Andreotti, presunto protector de los intereses del *boss* Totó Riina.

Ahora bien, probablemente hubiera sido legítimo esperar que el nuevo Gobierno se planteara el problema de garantizar que fenómenos como *Tangentopoli* o el de la implantación mafiosa no volvieran a repetirse —en el primer caso— y se redujeran —en el segundo.

Empero, detener la investigación de *Manos Limpias* y minar el prestigio de la magistratura en su conjunto constituían dos claros objetivos que se había propuesto Silvio Berlusconi, el *Señor Presidente* —por decirlo con Miguel Angel Asturias—, cuando decidió llamar a Antonio Di Pietro a la dirección de Interior.

La Fiscalía de Milán está indagando, de hecho, sobre los presuntos delitos cometidos por Publitalia, empresa propiedad de Berlusconi: precisamente Di Pietro es quien firmó la orden de captura del hermano y socio del magnate italiano.

Por otra parte, el presidente del Gobierno es plenamente consciente de que en la *Primera República* italiana ningún instrumento de control sobre el poder político ha resultado eficaz, a excepción hecha de la magistratura. No ha funcionado el control de la Administración Pública; ni el del mercado; ni el del Parlamento. En este contexto, *de facto*, el control penal ha sido la única instancia que ha desplegado de modo eficiente su tarea reafirmando la primacía de la legalidad, incluso en zonas de tradicional impunidad, como Sicilia, Calabria y Campania, donde mas fuertes y difusos son los poderes criminales y las mafias.

¿Cómo deslegitimar entonces convenientemente al Poder Judicial? ¿Cómo debilitar uno de los más serios obstáculos que se interponen al fácil ejercicio del poder, según el guión experimentado por el *Ancién Regime?* Usando la misma doblez con que Felipe González *fichó* entonces a Baltasar Garzón, llamando a los representantes más destacados de la magistratura a ocupar relevantes cargos gubernamentales, implicándolos, *enviscándolos* en la liga pegajosa de un gobierno que se anuncia poco estable y que tendrá de alguna manera que cumplir las aventuradas promesas de la campaña electoral.

La acreditada presencia de Di Pietro, sin embargo, hubiera servido también para *legitimar*.

Legitimar, *in primis*, tanto a nivel nacional como internacional, un Gobierno que disfruta de escaso crédito, que nace entre las críticas y las invitaciones a la cautela de la Comunidad Europea, de François Miterrand y del Secretario de Estado de Estados Unidos James Baker entre otros; y que, además, cuenta con una vacilante mayoría en el Senado, lo que, en un sistema de bicameralismo perfecto, significa que la aprobación de cada ley podría convertirse en una contienda que, con amenazas y todo tipo de bajezas, nos haga revivir los usos de los *padrinos* del *viejo régimen* que, honestamente, no creíamos volver a ver tan pronto.

Legitimar, *in secundis*, las propuestas de reforma que proceden de los técnicos del *Cavaliere* (entre los cuales destaca su abogado de confianza Cesare Previti) dirigidas, primero, a «redefinir el papel del Fiscal», atrayéndolo a la órbita del Ejecutivo y aboliendo la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal; segundo, a «armonizar el Consejo Superior de la Magistratura con la realidad política italiana» (que, traducido del *berlusconense*, significa *sencillamente* hacer que todos sus miembros sean de elección parlamentaria); e, *in fine*, modificar la legislación sobre los *arrepentidos*, instrumento esencial e indispensable de la acción contra la mafia y que ha dado importantes y evidentes resultados.

Sin embargo, Di Pietro, el «perro de la ley» —por decirlo con Leonardo Sciascia— ha intuido el peligro. Es probable que haya leído sobre la dimisión de Garzón y sus motivaciones. Es probable que haya recordado cuando, hace un año, de la misma manera, el entonces presidente del Gobierno Giuliano Amato llamó para sustituir al dimisionario Claudio Martelli a un jurista prestigioso, Giovanni Conso, exponente de relieve de la mejor cultura procesal democrática italiana, y le hizo firmar el famoso decreto *salva-corrotti* con el que el Gobierno reducía al rango de delito administrativo la violación de la ley de financiación pública de los partidos, decreto que el Presidente de la República se negó a refrendar.

En cualquier caso, Antonio Di Pietro ha dicho *no*, explicando que en este momento considera «conveniente permanecer al lado de los compañeros de la Fiscalía de Milán a fin de completar el trabajo em-

prendido». Y es que, al igual que Catón, «ha luchado no tanto por conseguir su propia libertad como por vivir entre hombres libres».

La independencia del Poder Judicial, cuya tarea casi se ha trasformado en combatir —con Fernando Savater— «los núcleos de opacidad viciosa que enturbian la trasparencia democrática de las fórmulas vigentes», es hoy un requisito esencial para la estabilidad de nuestros frágiles sistemas políticos. Y hay que agradecer a Di Pietro y a sus colegas que nos hayan recordado en esta ocasión (y, sobre todo, que se lo hayan recordado al *Gran Persuasor,* Silvio Berlusconi) la lección de Montesquieu. El Poder Judicial tendrá en ocasiones que oponerse a la *línea política global* que pueda adoptar el gobernante en caso de no respetar los derechos y libertades garantizados por la Constitución, y con más frecuencia tal como están las cosas, tendrá que hacerle responsable de sus actuaciones cuando se produzcan fuera del marco de la legalidad y contra el derecho. El juez, en efecto, no puede ser un notable. No puede formar parte del *establishment* político. Y eso porque —como ha escrito Flores D'Arcais en estas mismas páginas— «debe controlarlo, es decir, vivir y ser vivido como un defensor cívico de los ciudadanos, de *todo* ciudadano».

La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso

Remei BONA I PUIGUERT

LA ORIENTACION RESOCIALIZADORA DE LA CE

En el artículo 25.2 de la CE se establece que «La penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se ven expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...»

En la nueva etapa democrática a partir de la promulgación de la Constitución Española de 1978 y después de una larga dictadura, el Estado español se adscribe decididamente en las corrientes que rechazan la finalidad retributiva de la pena de privación de libertad, y la fundamentan teóricamente en la reeducación y reinsercción social.

En el mismo sentido, en el artículo 117.3 de la CE se estable que «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»

Por lo expuesto, se establece el control jurisdiccional en la ejecución de la condena, dejando de ser ésta un cheque en blanco que anteriormente se entregaba a la administración penitenciaria, y sometida a partir de la CE y la posterior promulgación de la LOGP de 26-9-79 y del RP en 8-5-81 al control de los nuevos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a quienes corresponde además, velar por el respeto de los derechos fundamentales de los internos y corregir los abusos y desviaciones de la administración penitenciaria en la aplicación de las penas de privación de libertad.

LA PRISION AHORA Y AQUI

Hasta aquí, se ha expuesto sucintamente la orientación constitucional reeducadora y resocializadora de la pena pero de hecho, los destinatarios de la misma, es decir, los internos de los diferentes centros penitenciarios condenados a penas de privación de libertad, presentan una serie de características que el legislador no tuvo en cuenta o no previó en su momento y que cuestionan seriamente los enunciados teóricos, tanto de la CE como de la legislación penitenciaria complementaria.

En primer lugar, la práctica totalidad de la población reclusa pertenece a las capas sociales más desfavorecidas económica, social y culturalmente; habitantes de barrios marginales y con familias generalmente desestructuradas, y si bien ello no es ninguna novedad histórica, evidentemente se trata de personas que no han tenido un proceso socializador mínimo, por lo que su «resocialización» presenta problemas insalvables, a menos que cambiaran sus circunstancias de base.

En segundo lugar, un 80 por 100 de esta población reclusa es drogodependiente, con un 50 a 60 por 100 de seropositivos que desarrollan las enfermedades asociadas al SIDA durante el cumplimiento de su condena. Es decir, se trata de enfermos en su mayoría, que no disponen de las ayudas terapéuticas idóneas en el caso que voluntariamente optaran por la deshabituación, dado que los actuales Departamentos de Atención Especializada en los CP son minoritarios, no disponen de las plazas necesarias y ello en los CP donde existan. Esta situación es mucho más grave si cabe, dada la constatación que aún internados en los CP, dichos penados disponen de toda clase de estupefacientes por la propia dinámica económica que el tráfico de los mismos comporta, agravado por la normativa penitenciaria que sanciona la posesión para el consumo de dichas sustancias estupefacientes y de los utensilios para su utilización como las jeringuillas, las cuales se convierten a su vez en preciados objetos de tráfico interno, cuando no son compartidos en una total clandestinidad y falta de higiene con los elementos de reinfección mortal que ello comporta.

En tercer lugar, el tráfico y consumo de sustancias estupefacientes en la prisión, ésta en el origen de la existencia de mafias, extorsiones, peleas, sanciones disciplinarias y de una poblada red de confidentes que es utilizada por algunos funcionarios de la administración penitenciaria con finalidades regimentales, y que ha sido la causa de la desaparición de la solidaridad entre los propios internos y de la ausencia actual de organizaciones internas de ayuda mutua.

Finalmente, y como colofón a lo expuesto, la etapa democrática no ha significado una disminución de la población reclusa, (debido principalmente al aumento de adictos a las sustancias estupefacientes y la política seguida a este respecto) por lo que los centros penitenciarios adolecen de una gran masificación y sobresaturación, ya que todos y cada uno de los establecimientos están ocupados muy por encima de su capacidad, incumpliéndose reiteradamente la normativa penitenciaria de un interno

por celda (art. 19.1 de la LOGP), aun en el caso de los CP de construcción más moderna, y llegándose a extremos de verdadero escándalo como en el caso de La Modelo o Wad Rass donde hay ocho internos por celda en algunos de los departamentos.

LA CONTRADICCION ENTRE TRATAMIENTO Y REGIMEN

Consecuente con el enunciado teórico de la orientación resocializadora de la pena de privación de libertad, tanto la LOGP como el RP regulan amplia y prolijamente el tratamiento, su finalidad y la composición y objeto de los distintos equipos de Observación y Tratamiento que tienen a su cargo la reeducación y resocialización de los internos.

Sintéticamente, dichos equipos integrados por psicólogos, educadores, criminólogos y asistentes sociales, tienen encargado el estudio científico de cada uno de los internos; la elaboración de un juicio pronóstico inicial; la individualización en el tratamiento a aplicar; la programación de un plan general; y el seguimiento de su evolución de forma continua y dinámica. (Art. 62 y siguientes de la LOGP)

Si bien el seguimiento del tratamiento propuesto es de naturaleza voluntaria por parte del interno, la Administración penitenciaria está obligada en base a un previo estudio científico, el ofrecer al penado el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social. (Art. 59 de la LOGP.)

Aquí también la teoría y la práctica no son coincidentes, ya que en primer lugar los actuales equipos de tratamiento son insuficientes, y sus informes sirven escasamente para cubrir las materias relativas a las clasificaciones iniciales y posteriores, los permisos y la libertad condicional, siendo prácticamente inexistente un tratamiento individualizado como tal y su correspondiente seguimiento. En efecto, el llamado tratamiento, se reduce a entrevistas esporádicas de los internos con los profesionales que integran los equipos técnicos, y la adscripción de los penados a las diferentes actividades organizadas en los establecimientos penitenciarios, actividades de la más variada índole, dado que el trabajo productivo es escaso y ocupa sólo a una parte del total de la población reclusa, sin relación en cualquier caso con las necesidades que un «teórico» tratamiento individualizado requeriría.

La relación de los penados con el equipo técnico, se lleva a cabo la gran mayoría de las veces a través del tutor asignado quien es el que asume la relación del penado con los diferentes profesionales del equipo de observación y tratamiento, y que es quien en definitiva proporciona a los mismos los datos que se manejan en la elaboración de los informes para las propuestas de permisos, progresiones o regresiones de grado u otros beneficios como la libertad condicional.

En segundo lugar, dichos informes (sin que sea posible su contrastación por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por falta de medios materiales y humanos) están basados en su mayoría en teorías conductistas, con una gran preponderancia del binomio premio/castigo (beneficio/sanción), con ventaja evidente en el aspecto regimental que prima siempre sobre el de tratamiento.

En tercer lugar, dichos equipos de tratamiento están a su vez mediatizados por las Juntas de Régimen y Administración, las cuales son las que en definitiva tienen la última palabra en determinadas propuestas como las de permisos de salida o en el supuesto de libertad condicional, y que se fundan esencialmente en el orden interno del CP al margen del tratamiento individualizado y que además siguen directrices en muchos casos rígidas y mecanicistas, emanadas de la Dirección General para la concesión de beneficios penitenciarios que priman aspectos como la naturaleza del delito, la condena impuesta y las previsiones de cumplimiento de la misma, al margen incluso de la evolución regimental del penado.

De los expuesto, se evidencia que el tratamiento como tal es casi inexistente y que en las propuestas de concesión de beneficios penitenciarios, prevalece la conducta regimental del penado u otros extremos ajenos a su personalidad por encima de otros elementos resocializadores contemplados en la LOGP y RP, y ello con la finalidad primordial de mantener el buen orden en los CP.

Por todo ello no son extrañas las tasas de reincidencia que se observan, ya que las condiciones sociofamiliares de los penados quedan intactas —cuando no empeoran— mientras se cumple la condena; durante el cumplimiento de la misma prevalece el orden interno de un establecimiento hacinado por encima de otros aspectos; no existen los medios para facilitar un tratamiento individualizado, ni siquiera para que el penado que lo desee pueda contar con la ayuda terapéutica idónea para de la deshabituación tóxica; tampoco se dan las condiciones de base y seguimiento exterior para que los penados puedan rehacer su vida a la salida de la prisión y por lo tanto, la expresión utilizada por los propios internos de que están «pagando» una condena, con un sentido claramente retribucionista, es una realidad incuestionable.

UN SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO EN CRISIS

A tenor de lo expuesto, debemos preguntarnos de qué sirve un sistema penal que se aplica preferentemente a la parte de la población más desfavorecida y vulnerable; que de hecho, lo único que se consigue es apartar intermitentemente —aunque en algunos casos sea por períodos muy dilatados— a individuos que no han accedido a una igualdad de oportunidades social y económica, enfermos drogodependientes en su mayoría, que no obstante continúan obteniendo sus dosis en prisión en condiciones mucho más peligrosas que en situación de libertad.

Si se ha indicado que una parte importante de la población reclusa es drogodependiente, y que se encuentra en prisión por dicho motivo directa o indirectamente; de qué sirve un sistema penal que deja en libertad a los grandes beneficiarios del tráfico de drogas; y que, en definitiva no evita dicho tráfico ni en la sociedad ni en el interior de los centros peniten-

ciarios, y que es fuente inagotable de corrupción de toda clase de estamentos que en teoría habrían de ser los pilares que sustentan el orden social.

Un sistema penal, que ante los catastróficos resultados de la política de criminalización de la droga, no prevé otra salida que aumentar las penas y la represión administrativa, policial, penal y penitenciaria, en una espiral inacabable que coloca a toda la sociedad bajo el punto de mira de un estado policial, con la restricción de muchos de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y que arroja a los más vulnerables a centros penitenciarios cada vez más enormes y numerosos, sin que nunca lleguen a poder dar cabida a todos ellos en las mismas condiciones de dignidad.

En definitiva, un sistema que bajo el señuelo de la seguridad ciudadana prevé penas y medidas de seguridad, con dos olvidos esenciales: la situación del condenado, así como la de la víctima, ésta última la gran olvidada de todo el entramado penal, ya que su intervención en el proceso está esencialmente dirigida a la aplicación de la medida penal, sin que se arbitren soluciones compensatorias o restitutivas, lo que sí podría tener algún sentido.

A todo esto, y debido a la situación socioeconómica, así como a los cambios culturales hábilmente manipulados por determinados medios de comunicación, la sensibilidad ciudadana presenta actualmente una clara situación de reacción frente al fenómeno de la criminalidad, adoptando posturas defensistas que reclaman cadenas perpetuas o el cumplimiento íntegro de las penas, sin tener en cuenta las características personales y la posible conducta o evolución del condenado durante el cumplimiento de la condena.

Si en el sistema penal todas estas contradicciones son evidentes, en el ámbito penitenciario la situación es parecida o peor si cabe. Ante el incesante aumento de la población reclusa, la administración penitenciaria utiliza: 1.º) el régimen penitenciario para mantener el orden; 2.º) la válvula de escape de las redenciones de pena por el trabajo u otras actividades, para un vaciado selectivo de los establecimientos penitenciarios, y 3.º) la propuesta de beneficios penitenciarios como un medio de mantener la paz en los establecimientos penitenciarios, más que como una culminación del éxito de un determinado tratamiento que como hemos indicado es casi inexistente.

Para acabar, incluso muchos de los Derechos previstos tanto en la CE como en la LOGP, se dejan de aplicar sistemáticamente a los penados, (por ejemplo, las celdas individuales), y la doctrina del Tribunal Constitucional debe considerarse como decepcionante al respecto, y ahí están como muestras las Sentencias del TC (17/1993 de 18 de enero) en relación con el trabajo de los reclusos, interpretado por el alto Tribunal como un Derecho de «aplicación progresiva», cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento y diversas sentencias del mismo TC fundadas en la denominada «relación de sujeción especial del interno respecto de la Administración» en materia disciplinaria (SS 74/1985 y 192/1987); en materia de comunicaciones íntimas «La privación de libertad, como preso o como penado, es sin duda un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual en algunos casos» (S. 65/1986), o en materia de tratamiento (S. 15/1984) «la reeducación y reinserción social del penado no constituye un derecho fundamental de la persona, sino un mdandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o incostitucionalidad de las leyes penales».

Es decir, y partiendo de estas interpretaciones se trata de un conjunto de Derechos de segunda categoría, de aplicación progresiva o con finalidades orientadoras, pero de una nula aplicación real y carentes de amparo efectivo en muchas ocasiones.

ALTERNATIVAS A LA ACTUAL SITUACION

Ante este cúmulo de contradicciones y despropósitos, es necesario un replanteamiento de la actual situación penal y penitenciaria, y ello aunque sólo fuera para introducir un mínimo de racionalidad.

Evidentemente, mientras no se modifique la política sobre la criminalización del tráfico de drogas, estaremos jugando todos a un juego altamente peligroso, con un aumento de estados policiales y burocráticos, restricción de derechos fundamentales para toda la ciudadanía, enfermedad y muerte en la prisión para los más vulnerables, continuidad de beneficios para personas y entidades a quienes nunca alcanza la represión, y el sólido mantenimiento de un mercado de sustancias estupefacientes cada vez más sofisticado.

Mientras, la prisión como tal institución presenta unos déficits estructurales y de funcionamiento, que aún en el negado supuesto de contar con todos los medios materiales y humanos idóneos, difícilmente cumpliría con la finalidad reeducadora y resocializadora de la pena, y ello porque su propia dinámica de orden regimental primaría siempre sobre los intereses del tratamiento individualizado.

Recientemente, y acuñado sobre todo en los países del Norte de Europa, se viene utilizando el término «normalizar la prisión» como sustitutivo del concepto de «resocialización». Si bien este término no abandona los criterios preventivos-especiales, evita la concepción ideológica de la resocialización. Por «normalizar» las prisiones debe entenderse todas aquellas actuaciones que ayuden a que la vida en prisión sea lo más parecida posible al mundo exterior. Si el interno, en definitiva, debe volver a la vida normal, cuanto más parecida sea la vida interna en la prisión mejor preparado estará. Así los permisos ordinarios, los de fin de semana, las comunicaciones con los familiares, etc. se justificarían mucho más con la idea de que ello tiende a una mayor integración del interno con la sociedad, que como simples beneficios penitenciarios.

Esta nueva concepción no está exenta de críticas, pero no obstante, replantea sobre bases más reales que la de la resocialización, la orientación en el ámbito penitenciario.

Paralelamente, habrían de existir un conjunto de

medidas alternativas a la pena de privación de libertad, con el fin de evitar la prisionización innecesaria de muchas personas que precisan tratamientos terapéuticos o formación profesional, antes que el castigo puro y duro de la cárcel y que permitiría, en muchos casos una compensación a las víctimas de los delitos, las cuales en la actualidad quedan también desamparadas con la única aplicación de la medida penal de privación de libertad.

En este sentido se enmarcan medidas como la «Probation»; el Trabajo Comunitario o el Convenio con las Víctimas que responden a una finalidad «restitutiva» de la pena, con un mayor sentido humanitario y social y que, de alguna manera, devolvería al sistema penal una justificación comunitaria del que actualmente carece. Para ello se precisa de voluntad política, la promulgación de la legislación correspondiente, la puesta en marcha de servicios de seguimiento y apoyo y los medios materiales y humanos que, paradójicamente siempre serán inferiores y más económicos que los que se precisan para el funcionamiento de una prisión.

Además de las medidas señaladas, en algunos países se han previsto otra clase de medidas alternativas que no responden a la finalidad restitutiva de la pena, sino a un fin estrictamente sociofamiliar y que en último término repercute benéficamente en el conjunto de la sociedad, como es el caso de Italia que desde 1993 ha introducido una nueva regulación del artículo 146 de su Código Penal y que obliga a la suspensión de la medida de privación de libertad, para las mujeres gestantes y hasta seis meses después del alumbramiento, pudiendo a partir de dicho período y aquí con carácter potestativo, sustituir la pena de prisión por la de arresto domiciliario con la posibilidad de salidas para el normal desenvolvimiento doméstico. Con esta medida, se evita el nacimiento de niños en prisión y las consecuencias negativas de su estancia en compañía de la madre detenida o presa y la desestructuración familiar que comporta la entrada en la cárcel de mujeres con hijos menores a su cargo.

En españa, el caso de las mujeres condenadas es tristemente conocido ya que somos el país con el índice más alto de mujeres presas de toda la CEE. En los países europeos hay 3-4 mujeres presas por cada 100.000 habitantes y en el caso de España hay 10-12 mujeres presas por cada 100.000 habitantes, y ello fundamentalmente por la falta de medidas alternativas a la pena de privación de libertad, ampliamente utilizadas en los países que cuentan con ellas para evitar la prisionizacion de mujeres con hijos menores a su cargo.

En definitiva pues, urge que se arbitren medidas alternativas, aunque sólo fuera para: 1.º) contribuir al descenso de la población reclusa; 2.º) responder adecuadamente a la situación del condenado en relación con la infracción cometida; 3.º) compensar en lo posible a la víctima del delito, y 4.º) disminuir las actuales tasas de reincidencia, y ello a la vista de los mejores resultados obtenidos en la aplicación de estas medidas alternativas en contraposición a las penas de privación de libertad.

Es necesaria pues una sensibilización social ante la problemática penal y penitenciara, saliendo del inmovilismo estéril en el que actualmente nos encontramos, así como del miedo a los cambios que un replanteamiento en estas materias comporta. En definitiva, estos cambios redundarían en beneficio de toda la sociedad en su conjunto y se evitarían muchas de las injusticias que el actual sistema está propiciando.

BIBLIOGRAFIA

Laourenzo Copello, Patricia: *Un modelo inútil.* Universidad de Málaga.

Varios autores (1993): Revista *Quiénes,* marzo.

Jiménez Salinas, Esther (1993): *Penas privativas de libertad y alternativas.*

Bueno Arús, Francisco: *La jurisprudencia del TC en materia penitenciaria.*

Tulkens, Hans J. J.: *Putting Prisoners before Prisons.* State University Groningen.

Reglas Europeas sobre las sanciones y medidas de seguridad en la Comunidad. Recomendación N.º R (92) 16.

Derechos humanos, racismo y xenofobia

F. Javier BLAZQUEZ RUIZ

I. INTRODUCCION

Inicialmente es preciso señalar que el fenómeno de la xenofobia no puede cirsunscribirse a un espacio determinado ni tampoco a un tiempo preciso. Es un fenómeno universal, a modo de constante, que se manifiesta intermitentemente, que ha estado presente en diversas épocas y lugares de la historia. Sin embargo, tal y como señala María Zambrano «cada época se justifica ante la historia por el encuentro de una verdad que alcanza claridad en ella»[1]. De ahí nuestro objetivo de intentar elucidar y desvelar, en estas páginas que siguen, algunas claves de la lógica propia del discurso xenófobo y racista, con su consiguiente *produción* de verdad. Todo ello en el contexto de la violación de derechos humanos en los países industrializados de Occidente.

1. Al igual que el racismo, la xenofobia merece ser conceptualizada, desde un principio, como resultado del «fracaso de la relación» humana[2]. Y tanto uno como otro, emergen a veces intempestivamente, en situaciones y contextos condicionados por factores de diversa naturaleza, principalmente *críticos*, de debilidad, ante la clara dificultad, v.g., de establecer principios armónicos o estructurales de la organización de la respectiva sociedad, etc.

A este respecto en buena medida la situación que ha vivido secularmente Europa podría caracterizarse en buena medida de paradigmática. Teóricamente la cultura occidental ha venido forjándose en la defensa de la universalización de los valores. Lo cual implicaría que el respeto a la alteridad conlleva históricamente que es preciso acoger al otro. Pero ¿a qué otro? podemos preguntar, ¿qué alteridad?, y en definitiva ¿a qué precio? O lo que es lo mismo, traducido en un lenguaje más preciso, se acoge al otro, pero sólo a aquel que acepta, como señala Guillaume, esta «universalización reductora»[3].

De este modo la estrategia e imposición, tácita o explícitamente, del tradicional *etnocentrismo* se convierte en moneda común, pero no de mediación o intercomunicación, sino aplicada en sentido unidireccional: inintercambiable. Y es que, desde tiempos inmemoriales los bárbaros han existido permanentemente, pero siempre han sido identificados como los *otros*, y por consiguiente, tal y como señala Enzensberger en su lúcido ensayo sobre *La gran migración*, no es preciso esperar a que lleguen *hic et nunc* de afuera.

Lamentablemente abundan por exceso los bárbaros dentro, que precisamente por serlo, no son capaces de reconocerse como tales[4]. Bárbaros que ignoran la historia y cultura, no solo la ajena sino incluso también la propia, y cuya actitud irracional eclipsa y reniega de la propia *condición* humana. Su actitud delata la eclosión impetuosa e irreflexiva de la biología más instintiva y ciega, que manifiesta y exalta, como veremos más adelante, su más íntima naturaleza animal.

2. Por una parte es un hecho constatable y difícil de refutar que actualmente la sociedad occidental se encuentra, en la situación de hacer frente a una evidente crisis económica y social, que no puede calificarse de irreal. Pero al mismo tiempo tiene lugar una particular *percepción*, en cierto modo *coloreada* de esa realidad, que provoca, podría decirse, unos efectos ópticos, a veces deformantes.

Sociológicamente hablando, los problemas irrumpen y se manifestan a veces de forma acuciante, al tiempo que la falta de horizonte próximo añade una preocupación más a la realidad vivida. Y en ese contexto la presencia del otro, del extraño o extranjero, diverso por su color, raza, cultura, religión, costumbre, hábitos, etc. se percibe de una u otra forma, como una cierta amenaza o peligro potencial. A partir de ahí los discursos de explicación y justificación de la desigualdad, diferenciación, discriminación o segregación, seguirán una lógica irreversible. Tal y como denunciaba Sartre en sus *Reflexions sur la question juive*, el judío estaba definido principalmente por la mirada del otro, ya que «Es el antisemita quien crea al judío»[5].

Curiosamente, sin embargo, en países europeos como Francia, Inglaterra o Alemania, hasta épocas relativamente recientes, ha estado más presente la preocupación por el problema de la *emigración* que por el de la inmigración. En Irlanda, v.g., como consecuencia de la explotación ejercida por Inglaterra, la población decreció ostensiblemente a causa de la emigración. Hasta el punto de que, como recuerda Enzensberger, entre 1851 y 1901, es decir en cincuenta años, abandonaron el país aproximadamente el 70 por 100 de los irlandeses[6].

En lo que respecta a la inmigración, en tiempos recientes de crecimiento y desarrolo económico, el ín-

[1] *Hacia un saber sobre el alma*, Madrid, Alianza, 1987, pág. 19.

[2] Según la acertada expresión de Albert Memmi, cf. Wieviorka, M., *L'espace du racisme / El espacio del racismo*, Paidós, Barcelona, 1992, pág. 180.

[3] «El otro y el extraño» en *Revista de Occidente*, El otro, el extranjero, el extraño, Madrid, enero 1993, pág. 47.

[4] Enzensberger, H. M., *Die Große Wanderung. Dreinddreißiz Markierungen / La gran migración*, Barcelona, Anagrama, 1992, pág. 74.

[5] Sartre, J. P., Paris, Gallimard, 1954, pág 173. Cf. Wiviorka, M., *op. cit.*, pág. 70.

[6] Ibidem, pág. 39.

dice de inmigrantes ha sido, como es bien sabido, considerable. Así Estados Unidos en los últimos años había recibido la llegada de diez millones de mexicanos. Francia, tres millones de magrebíes y Alemania hasta cinco millones de extranjeros, de los que unos dos millones eran turcos. Y puede decirse que al menos en términos generales y en esos momentos, precisamente por ser necesarios, fueron admitidos, tolerados y aceptados. Otra cosa es la *integración* y sus implicaciones, de la que hablaremos después.

Desde hace tiempo los demógrafos vienen advirtiendo, que las migraciones de los países del sur hacia el norte van a ser una constante permanente y progresiva en número. Y según dichos estudios, hasta el momento presente, tan sólo se han puesto en movimiento una pequeña cantidad de potenciales migratorios. De ahí que en un futuro próximo, el número de personas itinerantes sea extraordinariamente mayor. De otra forma sería difícil, previsiblemente, paliar los peligros que pueden producirse a corto plazo debido al envejecimiento progresivo de la población y al bajo índice de natalidad. Los informes técnicos indican que será preciso incorporar gente joven para restablecer el cuadro ajustado de edades[7].

Claro que ese sentimiento y percepción de movilidad, de apertura, de necesidad del otro de franquear límites, provoca al mismo tiempo una reacción que se traduce a veces en una especie de respuesta alérgica xenófoba, de miedo más o menos racista, que pretende en última instancia servir de escudo y coraza para proteger el inconfesable e irredento egoísmo[8].

3. A este respecto, conviene precisar que el término «racismo» es en cierto modo reciente y novedoso. Históricamente el concepto de raza se introdujo en el vocabulario europeo a fines del siglo XV, pero tarda en imponerse como categoría conceptual hasta el siglo XIX. Así los historiadores señalan cómo la idea de racismo emerge en el siglo pasado, con motivo de la combinación y mezcla de factores políticos, sociales y económicos diversos, tales como colonialismo, auge de la ciencia e industria, desarrollo de las ciudades, inmigración, *encuentro* de poblaciones, y finalmente irrupción de los nacionalismos[9]. De hecho como señala Wiewiorka, el término «racismo» es acuñado propiamente en pleno siglo XX, en el período comprendido entre las guerras mundiales, aunque sólo después de los horrores del nazismo «empezó a cobrar plena validez[10]».

Claro que si bien la noción de racismo es, como decimos, de reciente aparición, así como su tratamiento sistemático, fechado en la primera mitad del siglo XIX, sin embargo no sucede así con el hecho del fenómeno del racismo[11]. Este se había manifestado en nuestra cultura, como consecuencia de la situación de dominación ejercida por Europa, a partir del encuentro con el Otro. Las experiencias de convivencia tanto por parte de Gran Bretaña, Francia o España pueden ser ilustrativas.

Tal y como señala H. Arendt, la experiencia colonial británica y su proyecto político de construir un imperio conlleva el desembarco en un país extranjero con el objetivo de gobernar, pero no propiamente de colonizar, y para ello se sirve de castas cerradas[12]. Así el racismo colonial británico puede ser considerado como *biológico* en la medida en que excluye la relación de contacto directo con las poblaciones autóctonas. La estrategia biopolítica era clara: para dominar vastas extensiones de terreno y controlar una población tan numerosa precisaba *economizar* y rentabilizar al máximo sus recursos humanos. Para lo cual se sirvió de controles indirectos y de mediaciones entre castas. *El Panóptico* de Bentham no había sido escrito todavía, pero sus objetivos se habían cumplido ya previamente, al margen de la diversidad de contextos, con la experiencia de control y dominación británica.

Existía culturalmente entonces un gran interés por conocer, comprender y explicar las creencias, comportamientos y hábitos de las nuevas comunidades. Pero el propósito era preciso e inequívoco: el conocimiento posibilita y facilita el ejercicio del poder. Poder para gobernar sin necesidad de mezclarse biológicamente[13].

Distinta era la práctica colonialista ejercida por Francia. Puede decirse que los galos «abrazaban» en términos abstractos el color diferente; la discriminación era de otra naturaleza y gradualmente menor que la ejercida por otras potencias coloniales, aunque, como indica Basteiner, personalmente se le trataba también como «autre» en la relación más directta o personal[14].

En cuanto al colonialismo español, cabe señalar que tras el contacto y la convivencia histórica de tres culturas y religiones distintas, y por razones de *política territorial,* podríamos decir, el racismo practicado no es de carácter biológico como el inglés. La apropiación de la tierra en nombre de la corona, la necesidad de extender la población requería *mezclarse* con el indígena. Se apropia la tierra del aborigen, lo expropia y exclaviza. Al tiempo que como el francés nacionaliza al pueblo colonizado[15].

[7] Según Enzensberger en EE.UU. será precisa la incorporación de cuatro a diez millones de jóvenes anualmente y en Alemania un millón aproximadamente *op. cit.,* pág. 66

[8] En palabras de Bataille «Nunca el vasto despojo del naufragio humano deja de derivar a lo largo de un rio sordo al ruido de nustros discursos» *Le coupable. L'Alléluiah / El culpable,* Madrid, Taurus, 1986, pág. 29).

[9] Wiewiorka, M., *op. cit.,* pág. 30.

[10] Wieviorka, M., *op. cit.,* pág. 27.

[11] A. de Tocqueville y Max Weber contribuyen con sus trabajos a elaborar la primera sociología del racismo, si bien sus tesis eran contrarias a considerar a la raza como un principio satisfactorio de explicación de las relaciones sociales. Posteriormente Durkeim, en 1894 aportará igualmente elementos de indudable interés sociológico, al responder explícitamente ante un cuestionario sobre el antisemitismo «Cuando la sociedad sufre, experimenta la necesidad de encontrar a alguien a quien imputar el mal, y sobre él se venga de su decepción» Cf. Wieviorka, pág. 36.

[12] *The Origins of Totalitarism / Los orígenes del totalitarismo,* Madrid, Alianza, 1987. Cf Wieviorka, M., *op. cit.,* pág. 79.

[13] Basteiner, M. A., «Un racismo de servicio», *Revista de Occidente,* El Otro, el extranjero, el extraño, Madrid, enero, 1993, pág. 144

[14] Ibídem

[15] Ibídem., pág. 145.

II. LA *JUSTIFICACION* DEL RACISMO Y LA XENOFOBIA

1. Tal y como señala Enzsberger, toda migración provoca conflictos, al margen de la causa inicial que la haya causado. Esa realidad migratoria se encuentra frente a frente con el egoísmo de grupo y la respectiva xenofobia excluyente. Y es que si bien, como señalábamos al principio, es muy posible que todas las culturas sean más o menos racistas, sin embargo, «lo esencial para diplomarse en racismo es siempre la oportunidad»[16].

Como es bien sabido las migraciones son consecuencia de factores diversos. Unas veces como resultado de guerras civiles y enfrentamientos bélicos o persecuciones políticas. Otras por razones de política económica, ahora también por el elevado crecimiento demográfico. De cualquier modo y como consecuencia de todas esas variables, la movilidad ha aumentado progresivamente en los dos últimos siglos. Aunque como señala explícitamente D. Bell, el principal problema de un futuro próximo, tendrá que ver más precisamente con el *desequilibrio* entre poblaciones jóvenes y viejas, y sus implicaciones prácticas.

Conviene recordar retrospectivamente, en el pasado reciente, cómo desde un punto de vista económico, la expansión y crecimiento que venía manifestándose hasta los años setenta, se vio afectada negativamente por la crisis desatada tras la gurra del petróleo entre 1973 y 1976, lo cual provocó una actitud de retraimiento y contención. Sin embargo hasta cerca de los noventa no se había producido una ruptura tan drástica hacia los movimientos migratorios, como es el caso de Alemania, Francia, EE.UU., etc.

La explicación no parece ofrecer mayor complejidad. El declive económico afecta directamente a la población en su vida diaria y expectativas de futuro. Los recursos son manifestamente menores, y además es preciso compartirlos con otros huéspedes que, por otra parte, no han sido invitados. A partir de ahí la escasez va a construir barreras infranqueables, que cierran las vías antes abiertas en las épocas pretéritas de desarrollo. Como consecuencia, tanto los subsidios sociales, asistencia sanitaria o seguridad social, sean examinados y medidos con criterios distintos a los precedentes.

En ese contexto tanto la xenofobia como el racismo muestran su sentido funcional, al erigirse como medios o instrumentos de choque para evitar el reparto o acceso a participar en nuestro *sagrado* e intocable bienestar. No a de extrañar por ello, que como ya advirtiese Durkheim, la teoría del mecanismo del *chivo expiatorio* vaya tomando carta de naturaleza a medida que se acrecienta la crisis o el funcionamiento *anómalo* de la sociedad. La identificación del mal, encarnado en el otro, diverso por su color, o proveniencia, sirve de catalizador de frustraciones, temores, miedos y decepciones. Siempre es más fácil exculparse que reconocer las propias limitaciones o estar dispuestos a corregir errores y asumir responsabilidades.

A partir de ese momento surge la exclusión, discriminación, segregación o agresión, llegado el caso. La xenofobia se centra entonces en el extraño al que advierte como un intruso, pero no tanto por la *diferencia,* cuanto por la *desigualdad,* por su indigencia y pobreza, hacia las que genera actitudes de hostiidad. Ese rechazo del inmigrante pobre, sin trabajo, se ve especialmente encarnado si lleva marcados los rasgos de otra raza considerada como inferior.

El trasfondo de esa actitud es claramente estratégico y particularmente defensivo. Tanto la xenofobia como el racismo son utilizados como móvil, coartada y en última instancia justificación del comportamiento excluyente. Uno y otro devienen así una pócima o media mentis que, como señala Basteiner, pretende *explicarnos a* nosotros mismos «por qué hacemos lo que hacemos»[17].

Y el denominador común de estos comportamientos remite a una dimensión inequívoca, como es la económica. El extraño es tanto más extraño cuanto más pobre. Por el contrario el dinero es *incoloro* y no sabe de fronteras ni límites. Como señala Enzsberger, una respetable cuenta corriente acaba, como por arte de magia, con la xenofobia. Su pregnación no solo no les impide ser respetados, sino a su vez les convierte en personas respetables para la comunidad en la que se asienta. El dinero no necesita pasaporte y a diferencia del hambre sabe sortear obstáculos y franquear barreras.

Por todo lo cual el Otro se representa como una amenaza, no tanto por su color, o sus diferencias, sino porque aspira a compartir cuotas de bienestar pues pretende participar en el reparto. Y para justificar ese comportamiento excluyente se pretende evocar el fantasma de imaginar que en el caso de ampliar el número de inmigrantes «el bote» se hundirá también para los moradores que ya estaban dentro.

Paradójicamente se invierte así en sentido metafórico, la realidad, v.g. de los magrebíes que atraviesan el estrecho de Gibraltar conocidos como «pateras». Ese es todo el interés por aproximarse y abordar el problema del extranjero. Es decir, se *utiliza* su situación para obtener el máximo beneficio. Por lo que tanto xenofobia como racismo pasan a ser aviesos instrumentos de maquillaje que pretenden ocultar una realidad, y puedan erigirse, como señala Basteiner en «razones para proteger su sagrado egoísmo»[18].

Otra cosa bien distinta es lo que acontece una vez que los extraños se instalan en el país. A partir de entonces incluso los principios de la economía se transfiguran y sufren una asombrosa metamorfosis. Ya que como indica Enzsberger, habitualmente el mercado *negro* se caracteriza por imponer unos precios más altos que en el comercio legal. Sin embargo en el mercado laboral negro, se invierte la relación, debido a que prevalece no ya la ausencia o ca-

[16] Basteiner, M. A., «Un racismo de servicio» *Revista de Occidente,* enero 1993, pág. 144.

[17] Basteiner, M. A., «Un racismo de servicio», pág 147.

[18] Concretamente respecto al caso español que analiza en estas, sostiene que «el racismo español es la aplicación directa de la forma política que adopta la crisis». Ibídem., pág. 146.

restía, sino por el contrario la abundancia de excedentes; y de ahí que el puesto de su trabajo se abarate[19]. El efecto obviamente remite a su causa. El paciente es el inmigrante. Pero el agente que es quien contrata, paga, e impone el precio, es el *nativo* que actúa fuera de la ley y se aprovecha de la situación de desigualdad de condiciones e injusticia, provocando e incurriendo en delito legal, así como en inefable infracción moral.

Se intenta legitimar las actitudes endogámicas, egoístas y beligerantes que se orientan y giran, bajo las más diversas modalidades y apariencias, en torno a un mismo eje: la defensa y exaltación de los intereses individuales. El grupo es útil y sirve para defender y exigir derechos; hasta ahí llega el límite de esa unión, cooperación y solidaridad: *ad intra*. Sin embargo, la otra cara de esa misma moneda es justamente el *desinterés interesado*, y la insolidaridad.

III. MANIFESTACION DEL RACISMO Y XENOFOBIA

Históricamente el mundo occidental se ha visto impregnado considerablemente por la cultura y religión cristiana, y sin embargo, como señala Foucault, el cristianismo se ha interesado siempre mucho más por la historia de sus creencias que por la historia de sus prácticas[20].

Las prácticas xenófobas y racistas, a través de las diversas modalidades: discriminación, segregación y violencia entre otras, son un hecho cada vez más preocupante en este fin de siglo, y es difícil que la década de los noventa, que ha asistido ya a su inesperada irrupción, pueda permanecer ajena tanto a la extensión y expansión geográfica de sus actos como a la cruda intensidad de su manifestación.

Actualmente la situación, lamentablemente, es clara: la actitud de discriminación y segregación generan una respuesta constante de *refuerzo* de los factores que por su origen diferenciaban a los inmigrantes, al tiempo que de *rechazo* hacia el nuevo hábitat. De esta forma la dialéctica identidad-diversidad aparece irremisiblemente, sin posibilidad inicial de atisbar vías de superación o síntesis. El desconocimiento y la falta de aproximación al otro, generan así mecanismos de complejo tratamiento y solución.

Claro que analizando su etiología, y particularmente respecto al racismo, es preciso señalar que, como señala Wieviorka, éste no se basa en modo alguno en el conocimiento del otro, sino más bien y justamente en «la ignorancia acerca del mismo»[21]. De hecho una de las formas elementales del racismo es el *prejuicio*, que como ya señalara explícitamente Voltaire se basa precisamente en la falta de conocimiento apropiado y por consiguiente en la ausencia de juicio fundado.

Sin embargo, el prejuicio no permanece inactivo sino que genera actitudes y comportamientos discriminatorios, que gradualmente constituyen la base o punto de partida de una línea ascendente que culmina con el racismo político y la violencia, como veremos a continuación.

Sucede a veces, como señala Allport, que la conciencia moral rechaza ciertos comportamientos por ser claramente contrarios a los códigos morales más elementales. Sin embargo, en esos casos incluso cuando se produce oposición o conflicto entre esos preceptos de un lado, y la costumbre y el prejuicio por otro, la discriminación no es excluida sino, por el contrario, practicada a través de vías indirectas y ocultas, evitando la manifestación directa para eludir así situaciones que pudieran devenir embarazosas[22].

En el racismo pueden distinguirse básicamente dos lógicas operativas. Una que subraya la *desigualdad*, y otra que incide sobre todo en la *diferencia*. El primer tipo de racismo no precisa que el Otro sea visible, ni que la dominación o explotación lo muestren permanentemente en su inferioridad. Como acontecía, o sigue pasando tradicionalmente en determinados lugares de EE.UU. basta con que el negro realice *su* trabajo, es decir, tareas sucias, duras, penosas. Su indigencia es respetada, tolerada y querida. Precisamente a este respecto, una de las reivindicaciones y denuncias más insistentes de los negros norteamericanos, se basaba en desocultar su *invisibilidad* cuando no su caricatura.

Muy distinto a ese respecto, el racismo que subraya y fomenta la *diferencia*, ya que en éste la víctima debe ser identificada y reconocida. Así en Alemania, v.g. el antisemitismo emerge en una situación histórica en la que los judíos estaban ampliamente integrados, y participaban activamente en el desarrollo del país, renunciando incluso, como señala Wieviorka a los aspectos más representativos y visibles de su religión o cultura específica[23].

Claro que la expresión de discriminación adquiere modalidades muy diversas, respecto de las cuales cabe establecer diferencias de grado. Así la discriminación puede aparecer velada y sutilmente a través de los medios de comunicación, que sólo trata sobre los Otros grupos aportando una imagen de pobreza, alienación, violencia, etc. Así se alimentan los prejuicios que pretenden después confirmar en la práctica dichas imágenes mentales.

Desde una perspectiva psicológica es preciso señalar que el rechazo del Otro, manifiesta la incapacidad de determinadas personas para aceptar la diferencia, y en otros casos la semejanza con el otro o extraño. Incapacidad que como señalan los psicoanalistas se aloja también en el inconsciente y que se expresa de formas muy diversas.

Y es que desde un punto de vista personal, y por extensión de grupo, quien no se acepta a sí mismo por frustraciones, o miedos o expectativas incumplidas, tiene más dificultades para aceptar, compren-

[19] *Op. cit.*, pág. 45.

[20] *Technologies of the Self - Truth, Power, Self / Tecnologías del yo*, Barcelona, Paidós, 1990, pág. 47.

[21] *El espacio del racismo*, *op. cit.*, pág. 63.

[22] Gordom, W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Cf. Wieviorka, op. cit., pág. 107.

[23] Una y otra lógica están relacionadas en diversas situaciones, pero habría que decir que en los casos en los que la diferencia está subordinada a la desigualdad, «la estabilidad es mayor que en el caso inverso». Wieviorka, *op. cit*, pág 174

der e integrar a los demás. La personalidad autoritaria, tal y como Adorno ponía de manifiesto en *The Autoritarian Personality*, conlleva un grado mínimo de auténtico amor vivido, al tiempo que una especie de glorificación esteorotipada, impregnada de resentimiento e «invadida por la sensación de haber sido su víctima». La hostilidad queda reprimida; la obediencia y disciplina padecida en su relación parenteral es proyectada y vertida hacia el exterior. De ahí que la personalidad autoritaria sea por una parte muy conformista, incapaz de reconocer en gran número de ocasiones sus tendencias impulsivas y debilidades, pero al mismo tiempo autoritaria y violenta hacia los que representa como amenaza[24].

Lo determinante, sin embargo en el rechazo del Otro, es el tipo de exclusión existente en cada momento. No es lo mismo un racismo fragmentado, v.g., tanto en la dimensión cuantitativa como cualitativamente, que el racismo que alcanza las instancias políticas y cuenta con su anuencia y apoyo.

En su vertiente fragmentaria, el racismo puede inducir y originar actos violentos, acceder y hacer acto de presencia en las instituciones, así como penetrar y hacer fuerza en las ideologías. Principalmente puede contribuir a ampliar el espacio y la virtualidad de los prejuicios. Pero cuando realmente se manifiesta en su crudeza y descarnado el racismo o la xenofobia, es cuando acceden al plano político. Sin el apoyo institucional y la implicación de movimientos políticos, podría decirse que en términos generales no llega a ser una auténtica fuerza movilizadora[25].

Y es que el racismo y la xenofobia políticos legalizan actos y prácticas que antes podían existir, subsistir, pero ahora se ven albergadas y protegidas por un hábitat que permite, posibilita y facilita su desarrollo impunemente. Y es que la dimensión política permite superar la distancia que en el racismo fragmentado, separa al universo del pensamiento, ideas y creencias, del mundo práxico de la realización, acción y respectivas. Como señala Wieviorka, «al eliminarlas crea las condiciones para una nueva dinámica... el fenómeno puede convertirse en una fuerza irresistible, una lógica de acción ilimitada y sin fronteras»[26].

En ese contexto la aparición de la violencia, es un efecto inmediato, que se considera a sí mismo incluso legitimado. La motivación en cualquier caso es siempre clara: la esperanza de obtener algún beneficio para los protagonistas, ya sea a corto o largo plazo. Es la percepción de la amenaza, representada en el chivo expiatorio. Y todo ello en un contexto deficitario respecto a puntos de referencia sociales y culturales.

Sin embargo ya sea fragmentada o más contundente y articulada, la violencia racista y xenófoba siempre se ampara y guarda una estrecha vinculación con el *hábitat* político en el que se expresa. En el primer caso será más espontánea, impulsiva, desorganizada y aparece principalmente en momentos y lugares de relajamiento en los controles sociales y políticos[27]. En el caso de la violencia racista política se advierte cierta articulación, no es aleatoria sino estructurada, ordenada ideológicamente, canalizada e instrumental. Afortunadamente no siempre tiene lugar continuidad entre ambas, y la distancia o cesura, a pesar de sus lamentables manifestaciones, en uno y otro caso, es ostensible[28].

IV. PROPUESTAS DE RACIONALIDAD ETICA

Si queremos evitar que la maldición bíblica caída sobre Caín «errante y vagabundo vivirás por la tierra» se extienda cada vez a quienes sin ser caínes se ven en la necesidad de alejarse de las sombras que viven y amenazan su país en busca de luz y calor que les permita cuando menos sobrevivir, probablemente deberemos ser conscientes con Foucault que Occidente ha elaborado y vivido tradicionalmente una moral humanista cuyo discurso giraba verbalmente sobre el hombre, como uno de los ejes centrales de su cosmovisión. Sin embargo, tal y como advierte explícitamente «Lo que me asusta del humanismo es que presenta cierta forma de nuestra ética como modelo universal para cualquier tipo de libertad. Me parece que hay más secretos, más libertades posibles y más invenciones en nuestro futuro de lo que podemos imaginar en el humanismo»[29].

Foucault en sus obras últimas sobre la genealogía del poder, ha puesto al descubierto con desafiante e inequívoca claridad, la aviesa instrumentalización política del poder y sus ilimitados recursos para trazar las líneas que delimitan lo normal de lo anormal, así como para producir los correspondientes procesos de normalización. También la moral requiere explicitar su singular genealogía para mostrar quienes pueden conformar el bien y establecer la línea divisoria sobre el mal.

De ahí que el problema de la xenofobia y racismo, una vez determinado, y precisado, requiere en un segundo momento iniciar los procesos de desactivación, o deconstrución. Y en ese contexto a falta de iniciativa, la pasividad corre el riesgo, o mejor incurre, en complicidad por omisión. Sería por todo ello deseable que tanto pensadores, escritores, docentes, así como organizaciones independientes y poderes institucionales se planteen la conveniencia

[24] Adorno, pag. 68.
[25] Wieviorka, pág. 105.
[26] Ibidem.
[27] Ibidem, pág. 162. Cuando se desata la violencia racista, tal como señala Allport, previamente se han dado ya una serie de pasos previos, que sintéticamente podrían describirse como sigue: en primer lugar enjuiciamientos a priori sobre el grupo victima. Un segundo momento de quejas, críticas, sospechas, etc., sobre dicho grupo. A continuación una manifiesta discriminación en el plano no ya teórico, sino práctico, de acción. A lo cual sigue un incremento de la insatisfacción que va generando cuotas de irracionalidad y exasperación, que preludian una fase explosiva. A lo que hay que añadir la capacidad seductora de determinados grupos que son capaces de imantar esa energía en una dirección determinada. Además el refuerzo psicológico por el ánimo y apoyo que perciben al advertir que sus pautas justifican la acción. Por último solo falta la ocasión, es decir, la oportunidad o circunstancia de un evento, real o inventado, en el que el rumor desempeña un papel fundamental. Gordon, W. Allport, *The Nature o Prejudice*, *op. cit.*, págs. 57-58. Cf Wieviorka, *op. cit.*, pág. 164.
[28] Ibidem.
[29] *Tecnologías del yo*, *op. cit.*, pág. 150.

y necesidad de sacudirse la indolente indiferencia que a veces puede ser interpretada como pusilánime complacencia.

En última instancia se trata de superar el ámbito de lo privado y evitar quedarse en discurso argumentativo, descalificatorio y crítico verbal. Es preciso *invertir* la lógica de la acción-inacción. Y en lugar de limitarnos simplemente a no sentirnos culpables en la medida en que no discriminamos, se trataría además y principalmente de obrar responsablemente poniendo los medios a nuestro alcance para obligar e impedir que otros realicen o puedan ejercer discriminación.

No podemos dejar de ser conscientes, que como señala Aranguren la otredad, entendida con el sentido de alteridad, «también puede y debe enriquecernos»[30]. Y es que desde una perspectiva social y cultural, no cabe pensar que la respectiva identidad pueda constituirse y desarrollarse de espaldas a una dialéctica de la alteridad[31]. Se trata de saber apreciar y valorar la diferencia. Aunque quizás convenga reparar en que ese conocimiento presupone también una educación en diversidad que permita y propicie actitudes de respeto, flexibilidad, y en definitiva tolerancia.

También los hábitos culturales se aprenden, se adquieren y se practican. Y quizás nos falta en el presente siglo por nuestras experiencias de emigración hacia otros países, hábitos o tradición histórica de acogida y generosidad. De ahí la relevante función social que puede desarrollar, en este terreno, el ámbito educativo.

Para lo cual será preciso evitar edificar, como apunta claramente Deleuze, espacios cerrados en los que a veces se constituyen las escuelas, y que derivan directa o indirectamente de un modelo educativo disciplinar. La necesaria plasticidad que debe ser un factor decisivo en el proceso educativo, ha de posibilitar la adaptación de los respectivos centros al ritmo de cambios que actualmente impone la sociedad intercultural de finales de siglo. De otro modo la falta de respuesta adecuada y en el momento preciso, puede provocar lamentablemente que ya desde la base «la más mínima irrupción de un fenómeno de alteridad radical los desequilibre»[32].

Claro que el esfuerzo de integración no debe recaer sólo sobre una de las partes afectadas. Integración implica compromiso y aproximación de ambos lados, para evitar cualquier polarización. Así tras la escuela debe proseguir la adecuada incorporación al mundo laboral y social. En el mercado del trabajo compitiendo en iguales condiciones y sin discriminación. En el espacio social, evitando endogamias o segregación a uno y otro lado, de movimientos de instinto gregario.

Las palabras de P. Neruda en *Navegaciones y regresos* pueden ser elocuentes también a este respecto «Sin mesa dónde vamos a comer, ¿donde nos sentaremos ni no tenemos silla? Si es una broma triste, decídanse, señores, a terminarla pronto, a hablar en serio ahora. Después el mar es duro. Y llueve sangre»[33].

[30] «El Yo, el sí mismo, el otro y El Otro» en *Revista de Occidente, op. cit.*, pág. 11

[31] Imbert, G , «El descubrimiento de la alteridad en la sociedad europea», *Rev. Occidente, op cit.*, pág. 7.

[32] Guillaume, M., «El otro y el extraño». *Rev. Occidente*, 1993, *op. cit.*, pág 56

[33] Barcelona, Bruguera, pág. 21.

ESTUDIOS

La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?

Carmen LAMARCA PEREZ

I. INTRODUCCION

He señalado en otras ocasiones[1] que, en el ámbito estrictamente penal, la respuesta jurídica al terrorismo difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas, pues, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, el terrorismo se exterioriza a través de la comisión de delitos comunes; bien es cierto que entonces lo que acaso deba discutirse es la necesidad de una respuesta jurídica específica. Con todo, y aunque en realidad se trata también de modalidades agravadas, si algunas figuras de terrorismo conservan una cierta autonomía, éstas son las relativas a la asociación y colaboración con las organizaciones o bandas.

Del delito de asociación tuve oportunidad de ocuparme en un trabajo precedente[2]. Sin embargo, desde hace algunos años vienen cobrando especial relieve algunas conductas de colaboración y, en particular, las de «mediación», que han sido objeto de recientes fallos penales[3]. El «mediador» o «intermediario», que ha hecho su aparición hasta el momento sólo en los supuestos de detenciones ilegales o de amenazas condicionales (cobro del llamado impuesto revolucionario), sería aquella persona que actúa de transmisor entre la víctima o su familia y la organización terrorista y que interviene sólo en la fase de negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores de estos hechos delictivos[4].

Hasta la fecha, tres han sido las resoluciones dictadas por nuestros tribunales a propósito de la mediación, todas en un breve período de tiempo: dos de ellas proceden de la Sección 1.ª de la Audiencia Nacional y la tercera del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco[5], llamando poderosamente la atención la diversidad de respuestas que tan escaso número de fallos han ofrecido sobre el problema. Resulta así, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, que en unas ocasiones la mediación se considera como una forma de colaboración genérica con las organizaciones terroristas del artículo 174 bis a) del Código penal, («caso Reizábal» y «caso Elosúa y Arratíbel»), mientras que en otra, por el contrario, se estima que este comportamiento constituye un supuesto de complicidad en el delito de detención ilegal («caso De la Hoz»), es decir, una forma de participación en el delito concreto en el que se interviene. En cuanto a las consecuencias, tampoco parece existir un mínimo acuerdo, pues las decisiones contemplan desde la absolución para el intermediario señor Elosúa, hasta la imposición de una pena de ocho años de prisión mayor para el señor De la Hoz, pasando por penas de tres y dos años de prisión menor en los casos de los señores Reizábal y Arratíbel respectivamente.

¿Significa esto que la mediación debe ser consi-

[1] Vid. mis trabajos, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985; «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, setp.-dicbre., 1989, págs 955 y ss y «Aspectos procesales y garantías en el terrorismo», en *Cuadernos Jurídicos*, año 2, n.º 7, abril 1993, págs. 11 y ss.

[2] Además de los reseñados puede verse, «Sobre el concepto de terrorismo. (A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1994, págs. 535 y ss.

[3] En realidad, la intervención del mediador en los casos de detenciones ilegales no es un hecho reciente. Sin embargo, sólo en los últimos años se ha iniciado su persecución; es más, en la causa incoada por la mediación en el secuestro del señor Gutiérrez transcurren más de cuatro años desde que tienen lugar los hechos hasta que se inicia el procedimiento judicial, sin que ninguna razón que no sea de mera oportunidad en el ejercicio de la acción penal justifícase dicha dilación

[4] En la mayoría de los casos que registra la jurisprudencia, tanto si se trata de detenciones como de amenazas, la condición que impone la organización terrorista suele ser de índole económica, pues la comisión de estos delitos se concibe como un sistema de financiación de la estructura asociativa, aunque ambos tipos delictivos admiten la imposición de cualquier otra condición: así, en la detención y posterior muerte de Jose M.ª Ryan fue la del cierre de la central nuclear de Lemóniz

[5] La SAN 19/93, de 14 de noviembre, juzga la mediación del abogado señor Reizabal en un supuesto de amenazas condicionales por el llamado «impuesto revolucionario»; la SAN 5/94, de 3 de febrero, por su parte, enjuicia la conducta del abogado señor De la Hoz que actuó de intermediario en la detención ilegal del señor Gutiérrez y, por último, la STSJ del País vasco, de 28 de marzo de 1994, se refiere a la mediación realizada por los señores Elosúa y Arratíbel en el secuestro del señor Revilla.

derada siempre y en todo caso como un hecho típico?, y, en caso de resultar típica, ¿cabe apreciar la concurrencia de causas de justificación que, como ocurrió con el señor Elosúa, determinen la impunidad de la conducta? Por otro lado, de estimarse que es un hecho punible, ¿procede sólo su incriminación como un delito de colaboración genérica con las organizaciones terroristas o, por el contrario, cabe sostener que la mediación constituye un supuesto de participación en el delito concreto en el que se interviene? Con carácter previo, sin embargo, conviene precisar los perfiles de la conducta de mediación.

II. CONCEPTO DE MEDIACION Y CARACTERISTICAS GENERALES DE LA CONDUCTA TIPICA

1. Concepto

La definición penal de la mediación constituye una tarea tan necesaria como complicada. Es necesaria porque, como sucede en un Derecho que habitualmente usa los términos pero no los define, carecemos de un concepto legal; el artículo 174 bis a) CP se limita a decir que es punible «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género» con las actividades de las bandas armadas[6], pero no nos aclara en qué consisten tales conductas. Pero es también una tarea complicada porque, a diferencia de lo que suele ocurrir en el Derecho, que usa los términos en su significado vulgar o, a lo sumo, en un significado técnico-jurídico ampliamente consolidado, todas las referencias semánticas de la palabra mediación casan bastante mal con la descripción de una conducta delictiva.

Así, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la conducta de mediación consiste en «interceder o rogar por uno» o «interponerse entre dos, que riñen o contienden, procurando reconciliarlos o unirlos en amistad» siendo éste, asimismo, el sentido con que se utiliza el término en el lenguaje coloquial; por otra parte, desde una perspectiva jurídica, hay que señalar que en la práctica del Derecho civil resulta de uso frecuente el denominado «contrato de mediación» que, según la jurisprudencia, está dirigido «a poner en conexión a las que puedan ser futuras partes contratantes»[7]. Es decir, tanto en el ámbito jurídico como en el social, al mediador o intermediario se le describe como un «hombre bueno» que intenta unir a dos partes o interceder por una de ellas o, al menos, como a una especie de árbitro[8] que, sin necesidad de comprometerse con ninguno de los bandos, interviene para concertar un acuerdo entre ambos[9].

A la vista de estos significados, quizás convenga señalar que nuestro legislador no ha estado muy oportuno al utilizar la palabra mediación para describir una actividad delictiva, porque lo cierto es que esta expresión no tiene en nuestro lenguaje común ninguna connotación negativa, sino todo lo contrario; el término mediación se utiliza, como hemos visto, para describir la conducta de una persona que ruega o intercede por otra, es decir, para definir a quien realiza una actividad moralmente positiva o, en el peor de los casos, la palabra alude a quien de modo neutral pone en relación a dos personas, esto es, a quien actúa de forma moralmente indiferente; y si éste es el sentido gramatical o habitual e incluso jurídico del término, hubiera sido deseable que el lenguaje penal se aproximara en mayor medida al mismo, como exige el principio de seguridad jurídica.

Partiendo de las consideraciones anteriores, cabe decir como primera aproximación que la conducta mediadora consiste en poner en relación a los sujetos o partes que intervienen, entendiendo por tales a la víctima o a su familia y a los autores de la acción criminal u organización terrorista; en nuestro caso, consiste en intervenir en la fase de negociación de las condiciones impuestas por los autores de una detención ilegal. Ahora bien, no parece que una conducta así definida pueda resultar suficiente para fundamentar una incriminación penal, máxime una incriminación encuadrada en el marco represivo de las bandas armadas u organizaciones terroristas. Veamos, pues, algunos requisitos suplementarios.

2. El mediador como un tercero ajeno a las partes

Ante todo, resulta imprescindible aclarar que la conducta de mediación sólo puede ser realizada por un tercero, es decir, por una persona que no es ni la víctima ni el autor de la detención ilegal que impone las condiciones del rescate. Por definición, el intermediario es siempre un tercero, una persona ajena a las partes directamente implicadas que precisamente interviene para que pueda producirse un acercamiento entre ambas. Si el mediador, por el contrario, se ha puesto previamente de acuerdo con los autores del hecho para intervenir en una de las fases del mismo, sobra toda discusión acerca de la naturaleza típica o no de la conducta de mediación, pues en tal caso lo que existirá será una coautoría en el hecho delictivo realizado y no una mediación, es decir, no habrá mas que dos partes implicadas en el delito, la víctima y los autores de la detención ilegal. Por ello, es lógico también que el intermediario sea un «extraneus», es decir, una persona no integrada en la organización terrorista que está detrás de los hechos, del mismo modo que sucede en to-

[6] El actual artículo 174 bis a), que procede de la reforma operada en el CP por la LO 3/88, tiene como precedente inmediato el artículo 9 de la LO 9/1984, en cuya redacción se introdujo por vez primera la referencia expresa a la «mediación».

[7] STS de 10 de marzo y 22 de diciembre de 1992, Sala I. A esta figura jurídica, no recogida expresamente en la legislación civil, acude la STSJ del País vasco de 28 de marzo de 1994, «caso Elosúa y Arratíbel», para dilucidar el significado del término mediación.

[8] No obstante, frente a la figura jurídica del arbitraje, regulada por Ley 36/1988 de 5 de diciembre, el mediador no tiene poder de decisión o de resolución sobre el conflicto planteado por las partes.

[9] En un sentido similar, la Audiencia Nacional utiliza las expresiones «gestor» (SAN 19/93), «transmisor» o «mandatario» (SAN 5/94 y STSJ del País Vasco de 28/III/94) para describir la conducta del mediador.

dos los demás supuestos de colaboración previstos en el artículo 174 bis a)[10].

La utilización de personas ajenas a la banda armada para las labores de mediación parece ser, asimismo, el modo más habitual de operar de las organizaciones terroristas que, quizás por su carácter clandestino, no suelen contar con intermediarios propios[11]. La autoría del hecho principal, la detención ilegal en nuestro caso, es, desde luego, una actividad que se lleva a cabo por los propios integrantes de la organización pues, lógicamente, son quienes cuentan con la suficiente capacidad operativa para realizar este hecho delictivo; sin embargo, para el total agotamiento de la conducta, es decir, para el logro de las condiciones económicas impuestas, la organización terrorista deja que sean terceras personas quienes realicen su gestión, creándose así un sofisticado sistema de acercamiento a la estructura organizativa que en la mayoría de los casos supone la actuación de un elevado número de intermediarios[12], cuya actividad, como seguidamente veremos, puede estar dirigida bien únicamente a tomar contacto, es decir, a poner en mera relación a las partes, bien a favorecerlas.

3. **El dolo del mediador**

Sin prejuzgar ahora la posible calificación jurídica de la mediación, bien como forma de participación en un hecho delictivo concreto, bien como colaboración genérica del artículo 174 bis a), lo cierto es que para que pueda ser incriminada debe constituir, en todo caso, un acto encaminado a favorecer la actividad delictiva realizada por los miembros de la organización terrorista[13]. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional, donde se señala que no basta con realizar los actos objetivos descritos en el correspondiente tipo penal, es decir, en nuestro caso, no basta con poner en relación a las partes o transmitir las condiciones que impone una de ellas; además es preciso que estos hechos se lleven a cabo teniendo el agente conciencia y voluntad del favorecimiento que su acción supone para las actividades delictivas de la banda armada[14].

Se requiere, pues, la presencia de un elemento subjetivo que debe abarcar, por una parte, la pertenencia a una organización terrorista del ayudado, esto es, el mediador ha de saber que la banda armada está detrás del hecho en que se interviene, conocer que la detención ilegal ha sido realizada por una organización de estas características; y, de otra, debe comprender, asimismo, la conciencia de estar ayudando, con el desarrollo de esa conducta mediadora, a la actividad delictiva del grupo terrorista[15]. De este modo, la mediación realizada sin dicha intención de favorecimiento determinará la atipicidad de la conducta y[16], de concurrir otros móviles[17], és-

[10] Sobre la necesaria cualidad de «extraneus» en el tipo de colaboración con banda armada vid. mi trabajo «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, págs. 251 y ss.; en el mismo sentido se manifiesta la doctrina, si bien la jurisprudencia no es unánime, vid. E. Mestre, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, págs. 202 y ss. En todo caso, en ninguno de los supuestos de mediación hasta ahora enjuiciados se condena al intermediario como integrante de ETA, por lo que se reconoce su carácter de «extraneus» a la banda armada.

[11] Es evidente que cada caso puede desarrollarse de un modo distinto, según las circunstancias y las disponibilidades operativas de la organización. Por ejemplo, conforme declara probado la SAN 19/93 («caso Reizábal»), en algunas ocasiones, los mismos integrantes de la banda ETA son quienes contactan directamente con los empresarios para la negociación y cobro del llamado «impuesto revolucionario», mientras que, otras veces, la solicitud de pago enviada indica que deben utilizarse «los medios vascos habituales» para entrar en relación con la organización, lo que en aquel caso fue interpretado por los afectados de distinto modo, bien poniéndose en contacto con sacerdotes, amigos exiliados en Francia o abogados.

[12] Los supuestos pueden ser también aquí múltiples y variados. Es posible que la persona que intenta contactar con la banda armada no logre establecer comunicación y deba, a su vez, acudir a otros terceros. Es posible, asimismo, que sea la propia organización quien no acepte al intermediario bien porque teme que esté siendo sometido a vigilancia policial, bien por desconfianza ideológica o personal, etc.

[13] Como más adelante veremos, en el supuesto de que la mediación se califique como acto de participación en un tipo concreto, el dolo del mediador debe abarcar el conocimiento y voluntad de favorecer ese determinado hecho delictivo; así, en la detención ilegal se requerirá dolo de detener o encerrar o de que persista la situación de privación de libertad. En el caso de la colaboración del artículo 174 bis a), la redacción del precepto alude tanto al favorecimiento de las actividades como a la consecución de los fines de la banda armada pero, en ambos supuestos, el elemento subjetivo debe ir también referido al auxilio, aunque sea genérico, de hechos delictivos; sin que por fines de la banda quepa entender sus propósitos últimos de cambio del orden constitucional, que no son en sí mismos ilícitos. Vid. en este sentido más ampliamente, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, citado, págs. 254 y ss.

[14] Vid. SAN 21/84, 6/85, 69/85 y 85/85, Sección 2.ª y 54/85, Sección 1.ª. En igual sentido, las STS de 17 de marzo, 3 de junio, 5 de octubre, 30 de noviembre y 21 de diciembre de 1983, 8 de abril y 23 de junio de 1985, 23 de junio de 1986, 2 de febrero de 1987, 26 de mayo de 1992 y 21 de julio de 1993.

[15] Así, las SAN 27/84 y 6/85, Sección 2.ª y 74/85, Sección 1.ª, absuelven por no existir conciencia en el colaborador de la militancia terrorista del ayudado y la SAN 57/84, Sección 2.ª, porque con la ayuda prestada no se perseguía favorecer la lucha armada; en el mismo sentido, entre otras, las SAN 52/83, 26/84, 27/84, 31/84, 64/84 y 74/84, Sección 2.ª y 13/86, Sección 3ª. De igual forma, cuando la ayuda prestada al miembro de la organización terrorista tiene como único móvil, por ejemplo, la amistad (SAN 10/83 y 42/85, Sección 2.ª) o las relaciones afectivas o de respeto al cónyuge (SAN 39/82 y 23/82, Sección 3.ª) el hecho resulta atípico por falta del elemento subjetivo.

[16] La STSJ del País vasco, dictada en el «caso Elosúa y Arratíbel», es, no obstante, confusa en lo que respecta a la consideración del dolo. Así, inicialmente parece admitir que el dolo es un elemento del tipo de colaboración del artículo 174 bis a) (9.° Fundamento de Derecho) y, sin embargo, cuando aplica esta doctrina al caso enjuiciado, en sede de tipicidad sólo realiza una comprobación de que se han cumplido los elementos objetivos (la mediación como acto idóneo de colaboración), situando en la culpabilidad el elemento subjetivo, al menos en el caso del señor Arratíbel. En lo que respecta al señor Elosúa, la existencia o no de intención de favorecer o defender los intereses de ETA se discute, en cambio, al analizar el elemento subjetivo del estado de necesidad que se considera concurrente. A mi juicio, y sin perjuicio de lo que más adelante veremos, si no existió en el señor Elosúa intención de favorecer a ETA la conducta debió haber sido calificada como atípica y no como justificada.

[17] En la curiosa prueba realizada en el acto de la vista oral del «caso Reizábal», presentada como «pericial ética», el profesor Sádaba distinguió entre «motivos» e «intenciones» de la actuación del abogado, señalando que los motivos son de orden subjetivo y la intención era, sin embargo, la que le llevó a mediar (el resumen del informe de Sádaba puede verse en Diario «El Mundo», 23 de abril de 1993; asimismo, una distinción moral entre motivos, intenciones y razones puede verse en su libro *Saber mo-*

tos sólo podrán ser considerados a los efectos de modular la culpabilidad[18].

Ahora bien, sentada la necesidad de que concurra el elemento subjetivo, lo que ahora nos interesa precisar es qué datos objetivos permiten inferirlo, es decir, cuándo y en qué condiciones cabe deducir que el intermediario actúa o no con intención de favorecer a la organización terrorista que ha realizado el secuestro y, en especial, si la designación del intermediario por una de las partes es un dato suficiente para probar sin ningún género de dudas la finalidad con que se realiza la conducta o, más concretamente, si el hecho de actuar por cuenta o en nombre de la víctima resuelve por sí sólo el problema sobre el elemento intencional.

4. La designación del mediador

Hasta fechas muy recientes, nadie parecía dudar que cuando la mediación se realizaba por personas designadas directamente por la víctima o sus familiares la conducta no debía ser incriminada y ello a pesar de que, desde un punto de vista puramente objetivo, es obvio que la actuación de cualquier intermediario, incluso del que se limita a poner en contacto a las partes, favorece en último término a la organización terrorista que logra imponer sus condiciones; no obstante, en estos casos, la conducta debe resultar atípica porque, en principio, la actuación del mediador designado por la víctima se realiza en favor de ésta y no con ánimo de prestar ayuda o colaborar con la banda armada, en suma, se lleva a cabo con ausencia del citado elemento subjetivo[19].

Sin embargo, a partir precisamente de la primera sentencia dictada en esta materia, la recaída en el «caso Reizábal», conviene que revisemos estos planteamientos, pues aun declarándose como hecho probado que la intervención del abogado donostiarra se produjo a instancias del empresario extorsionado, por tanto, en nombre de la víctima, ello no impidió la condena por un delito de colaboración con bandas armadas, es decir, no impidió establecer que se actuó con ánimo de favorecer a la organización terrorista y que, en consecuencia, concurrió en el hecho el elemento intencional. De ello hay que deducir, en mi opinión, que no cabe identificar sin más los conceptos «actuar por cuenta de» y «actuar en favor de», pudiendo resultar incluso irrelevante por cuenta de quien actúe el mediador.

Ahora bien, como es sabido, la prueba de las intenciones que conducen o impulsan a una persona a actuar no es una prueba fácil y, desde luego, no puede estar basada en meras presunciones sino en hechos o datos objetivos, y no cabe duda que la designación lo es, aunque pueda resultar difícil de acreditar. Por ello, a mi juicio, si bien «actuar por cuenta» de una de las partes no es un dato definitivo, sí constituye, al menos, un indicio racional suficiente de que, en principio y salvo prueba en contrario, cuando se media designado directamente por la víctima o sus familiares se actúa «en favor» de los mismos, y, de igual modo, cuando la designación procede de la organización terrorista, se actúa «en favor de» ésta.

Conviene advertir, no obstante, que no actuar «por cuenta de» la víctima no constituye tampoco una indubitada demostración de que se actúa «por cuenta de» la organización terrorista ni, mucho menos, «a favor de» la misma. En efecto, muchas veces el problema consiste en determinar, no ya el ánimo del mediador, sino incluso por cuenta de quién actúa, es decir, por quién ha sido designado. Como es sabido, al producirse una detención ilegal los familiares de la víctima suelen elegir directamente a aquellas personas que hablarán en su nombre, que intentarán contactar y negociar con los secuestradores: no obstante, también resulta habitual que estas personas, en el curso de sus gestiones, deban recurrir a su vez a otros terceros de los que, por tanto, puede decirse también que actúan indirectamente «por cuenta de» o a instancias de los familiares de la víctima; de este modo, se crea, como hemos señalado, un sofisticado entramado de intermediarios hasta lograr encontrar a la persona que puede tener acceso a los secuestradores o, mejor dicho, a la organización que ha realizado el secuestro y que, por tanto, puede transmitir las condiciones de la liberación[20]. De ahí que, decir que el mediador actúa «por cuenta de» la banda armada creo que ha de interpretarse como que ha sido designado o impuesto claramente por la misma sin que, en mi opinión, sea suficiente que se haya sugerido o aceptado su nombramiento; en definitiva, quiere decir que es él, el mediador, quien se ha dirigido a los familiares de la víctima en nombre de los secuestradores y no que su intervención fue aceptada, directa o indirectamente, por estos últimos. En todo caso, lo que debe

rir, Madrid, 1991, págs. 147 y ss.). También en el ámbito jurídico-penal cabe diferenciar el dolo o intención de los móviles o fines últimos que motivan la conducta y que, de no estar expresamente requeridos por el tipo, no forman parte del injusto, pudiendo afectar únicamente a la culpabilidad. (Vid., las STS de 25 de noviembre de 1986, 2 y 17 de febrero de 1987 y 24 de mayo de 1993)

[18] Así, la mencionada SAN 19/93, «caso Reizábal», aprecia la existencia de una circunstancia atenuante, análoga al estado de necesidad, porque, junto a la intención de favorecer a la banda armada, la conducta del abogado estuvo también motivada por el ánimo de auxiliar al empresario extorsionado a cuya petición intervino el señor Reizábal como mediador. Cuestión distinta es, como veremos más adelante, que concurra en el hecho una causa de justificación que, como en el caso del estado de necesidad o de la legítima defensa, también requieren la presencia de un elemento subjetivo.

[19] Otros autores, sin embargo, estiman que en estos casos la impunidad deriva de la concurrencia de un estado de necesidad o de una causa de inculpabilidad. Vid., Muñoz Conde, F., *Derecho penal,* Parte Especial, 5.ª ed., Universidad de Sevilla, 1983, pág. 573.

[20] Este puede ser el caso de los señores Elosúa y Arratíbel, que fueron contactados indirectamente, reconociendo tanto la familia como el propio secuestrado que actuaban por su cuenta, si bien, según indica expresamente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ello no impide que su conducta pueda ser incardinada en el tipo de colaboración al actuar ambos como transmisores de la organización ETA. Asimismo, en el «caso De la Hoz», los mediadores directos de la familia declararon en el curso del juicio oral que aquél actuó a instancias suyas, si bien la SAN no recoge este dato, limitándose a afirmar que el señor De la Hoz «hablaba por cuenta de ETA», lo que, como ya sabemos, tampoco es incompatible con la designación por parte de la víctima o sus familiares.

quedar absolutamente claro es que, de la coincidencia ideológica del intermediario con la organización terrorista que ha realizado la detención ilegal, no cabe deducir ni que éste actúe por cuenta de la misma ni que actúe en su favor[21].

De otro lado, y por las mismas razones que actuar «por cuenta de» la víctima no equivale siempre a actuar «en favor de» ella, así tampoco acreditar que la designación del mediador ha sido obra de la organización terrorista todavía no prueba indubitadamente que su conducta se haya orientado al favorecimiento de la misma. Por ejemplo, si la banda armada impone coactivamente esa condición de mediador, creo que cabe presumir que éste actúa sin ánimo de favorecer a la misma, y ello al margen de que también pudiera fundarse en este hecho una causa de justificación o de no exigibilidad de otra conducta[22].

A la vista de las consideraciones precedentes, creo que podemos concluir que la designación del intermediario por una de las partes es un dato que debe operar, en principio, como presunción de la finalidad con que éste actúa pero, desde luego, no supone tampoco partir de una presunción «iuris et de iure», es decir, que no admita ser desvirtuada. ¿Cómo probar entonces cuándo el mediador actúa o no con intención de favorecer a la organización terrorista que ha realizado la detención ilegal?

5. El modo de ejercicio de la actividad mediadora

Ciertamente, para contestar a la pregunta que acaba de quedar formulada es difícil contar con lo que antiguamente se llamaba una prueba plena, pues, desde el momento en que la actividad propia del mediador (mediar) es en sí irreprochable e idéntica cualquiera que sea la parte «en favor de» la que se actúa, de la conducta objetiva no se deduce sin más una presunción fuerte a propósito de la intención que la guía; si se permite decirlo así, es como cuando entramos en un ascensor en una planta intermedia, que no sabemos si nuestros acompañantes suben o bajan. Con todo, pienso que para verificar la intencionalidad del mediador el dato decisivo o más objetivo lo suministra la forma en que desarrolla su actividad; en concreto, el intermediario ha de ostentar poder o capacidad de decisión en nombre de la banda armada[23], como corresponde a un colaborador o auxiliador de la misma y, en consecuencia, debe mantener un contacto directo con la organización que ha realizado el secuestro durante su intervención mediadora; negociar con el mediador debe ser equivalente a negociar con la organización que ha realizado el delito. Sólo de este modo se podrá decir que existen indicios racionales suficientes de que el sujeto actúa realmente «en favor» de la organización terrorista y de que con su comportamiento apoya la actividad delictiva ejecutada.

Otra forma de mediación, el mero contacto o, mejor dicho, la mera puesta en contacto entre ambas partes, no creemos que pueda o deba ser incriminada, y del mismo modo tampoco parece que conductas como la simple transmisión o la confirmación de unos datos[24], constituyan hechos típicos; es más, corroborar informaciones no ya a la víctima sino a la propia organización terrorista no integra, según la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, un hecho típico[25]. En estos casos, el comportamiento realizado pone de manifiesto que el intermediario es un mero instrumento de comunicación de las partes implicadas y ello incluso con independencia de por quién haya sido designado o sugerido. Asimismo, deberían quedar también excluidos aquellos supuestos de mediación «en cadena», donde no existe un contacto directo con la banda armada que sirva como indicio de que la intervención mediadora se produce por cuenta de la misma y, por tanto, con la inicial presunción de que se actúa con ánimo de favorecerla.

III. POSIBILIDADES DE INCRIMINACION

Una vez que se acredita que las actuaciones objetivas de mediación constituyen efectivamente una labor de favorecimiento de la actividad delictiva concreta y, por tanto, de la actividad terrorista en general, corresponde dilucidar qué tipo es el más adecuado para articular la respuesta penal, lo que, como es lógico, dependerá de si la conducta cumple los requisitos de tipicidad, objetivos y subjetivos, exigidos por cada uno de ellos. La disyuntiva, ya lo decíamos al principio, es clara: o la mediación se califica como colaboración genérica con banda armada del artículo 174 bis a), o bien como una forma de participación en el tipo concreto en que el mediador interviene. De cualquier modo, lo que no cabe es la aplicación conjunta de ambos supuestos pues ello supondría la vulneración del principio «non bis in idem», como acertadamente señala la SAN 19/93

[21] La coincidencia ideológica del intermediario con la organización terrorista podrá servir, en su caso, para acceder más fácilmente a la misma o para que ésta acepte su mediación, pero lo que no cabe en un Estado de Derecho es partir de la presunción de que, tras una identificación ideológica, existe una vinculación o colaboración real con la asociación ilícita.

[22] Así, en el «caso Elosúa y Arratíbel», el señor Arratíbel aportó a los autos una carta de la organización ETA conminándole a actuar de intermediaro en el secuestro del señor Revilla, es decir, imponiendo su nombramiento. En la existencia de esta amenaza se basó la defensa del mediador para alegar que concurría un estado de necesidad propio, lo que fue desestimado por la sentencia del TSJ del País Vasco.

[23] Inequívocamente, por ejemplo, si es el mediador quien determina el precio final del rescate sin necesidad de que la organización terrorista muestre su acuerdo.

[24] La búsqueda de personas que confirmen las condiciones impuestas por los secuestradores es un hecho que se produce constantemente. Los familiares quieren asegurarse, lógicamente, de datos tales como que el precio está cerrado, que pagarán la cantidad requerida a quienes realmente han realizado el hecho, etc. Recuerdese, en este sentido, una noticia difundida por radio y televisión el 16 de febrero de 1992 donde se hablaba de la desarticulación de una banda de delincuentes comunes que, haciéndose pasar por la organización ETA, requerían a empresarios vascos el pago del «impuesto revolucionario»; la banda operaba enviando una carta similar a las utilizadas por ETA que copiaron de un ejemplar reproducido en la revista *Interviú*.

[25] Vid. la SAN 13/86, Sección 3.ª, que absuelve de un delito de colaboración con banda armada a quien confirmó a la organización terrorista informaciones que ya poseía

dictada en el «caso Reizábal». La relación existente entre ambas calificaciones no es por tanto la de un concurso de delitos, sino que se trata de un conflicto de normas cuya resolución será examinada más tarde.

1. La mediación como conducta de colaboración genérica con bandas armadas

Como se ha dicho, de los tres fallos registrados en esta materia, dos de ellos, la resolución 19/93 dictada por la Audiencia Nacional en el «caso Reizábal» y la sentencia del TSJ del País Vasco, «caso Elosúa y Arratíbel», han calificado la mediación como constitutiva de un delito de colaboración genérica con bandas armadas del artículo 174 bis a)[26], que sanciona «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades» de las organizaciones terroristas. La colaboración es un tipo ya clásico de la legislación antiterrorista[27] con el que se pretende sancionar cualquier género de conductas de favorecimiento, lo que ha convertido el precepto en una especie de «cajón de sastre» cuya existencia ayuda a obviar ciertas dificultades de prueba; en particular, cuando no puede probarse la integración en la banda armada[28] o que la ayuda prestada favoreciera la realización de un hecho delictivo concreto, el artículo 174 bis a) ofrece una vía para la incriminación de unas conductas que, de otro modo, constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes.

Ahora bien, esta interpretación, mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, supone admitir entonces que la colaboración del artículo 174 bis a) es un tipo genérico, por lo que si la ayuda o el favorecimiento prestado se dirige a la ejecución de un plan concreto y específico, éste debe sancionarse como participación en el delito ejecutado[29]; como señala la STS de 26 de mayo de 1986 «la nota definitoria del delito de colaboración (consiste) en la ayuda genérica o potencial a los delitos proyectados por un grupo o banda armada, sin conexión directa a una concreta acción terrorista...»[30], conexión que, en el supuesto de la mediación, se produce indefectiblemente. La conducta del intermediario en la detención ilegal no constituye por ello, como señala la STSJ del País vasco en el «caso Elosúa y Arratíbel», un favorecimiento genérico del sistema de financiación de la banda armada, como podría ser por ejemplo la actividad de cotización[31], sino una contribución o ayuda en y para el caso concreto de detención ilegal en que el mediador interviene.

Del mismo modo, y en lo que concierne a la vertiente subjetiva del hecho típico, no creo que deba resultar indiferente determinar con la mayor exactitud posible el contenido del dolo, esto es, si el acto de colaboración se realiza con conocimiento y voluntad de favorecer de modo general la posible actividad delictiva de la organización terrorista o si, al contrario, dicho conocimiento y voluntad abarca únicamente el hecho concreto realizado, en nuestro caso, que se cumpla la condición económica impuesta por los autores de la detención ilegal en la que interviene el mediador. Bien es verdad que, por lo común, quien favorece un hecho delictivo concreto de una organización terrorista, como puede ser la detención ilegal, es consciente y asume también el favorecimiento genérico de su actividad; lo que parece menos verosímil a la inversa: quien proporciona una ayuda genérica no tiene por qué conectar su favorecimiento a un hecho delictivo concreto.

Sea como fuere, en principio creo que cuando el acto de favorecimiento está conectado a la realización de una acción delictiva, como ocurre en la mediación, debe entonces prevalecer la calificación de colaborador por el tipo específico, hallándose el artículo 174 bis a) en una relación de subsidiariedad. No se nos escapa, sin embargo, la dificultad que conlleva esta interpretación, dificultad que deriva de la excesiva penalidad prevista para el tipo de colaboración genérica con bandas armadas que puede dar lugar a que los actos de colaboración resulten sancionados con una pena superior a la que cabría imponer si la misma conducta formara parte o contribuyera a la ejecución de un hecho delictivo concreto lo que, cuando menos, supone una distorsión de nuestro sistema punitivo. Más adelante tendremos ocasión de profundizar en las diversas soluciones que se han venido ofreciendo por la jurisprudencia para resolver este concurso normativo, pero ya adelanto que la solución no debe consistir en una quiebra de los principios que rigen el concurso de leyes sino en modificar la estructura y penalidad del artículo 174 bis a) o incluso, quizás mejor, en la desaparición del mismo[32].

[26] En el «caso Reizábal» la sentencia admite que la conducta pudiera haber sido igualmente subsumida en el tipo de amenazas condicionales, optando por el tipo de colaboración por prever una mayor sanción, según lo previsto en el artículo 68 CP.

[27] La figura, con una redacción muy similar a la actual, procede del Decreto Ley 10/1975, de 26 de agosto. Un análisis sobre la evolución y contenido del precepto en mi citado trabajo *Tratamiento jurídico del terrorismo*, págs. 153 y ss., y 248 y ss.

[28] La injustificable equiparación punitiva que nuestra legislación establece entre integrante y colaborador de la banda armada resta interés a la polémica sobre la condición de «extraneus» del autor del tipo de colaboración (vid. STS de 23 de junio de 1986). En la actualidad, la pena del colaborador resulta incluso superior a la del integrante pues, inexplicablemente, ésta última no fue modificada en la revisión de las cuantías de la multa operada por la LO 3/89 de 1 de junio.

[29] Vid., en este sentido, Arroyo Zapatero, L., «La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la LO 2/1981 de 4 de mayo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 15, 1981, págs. 409 y ss., y García-Pablos, A., «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas», en *Escritos Penales*, Barcelona, 1984, págs. 359-360. Vid., asimismo, entre otras, las SAN 62/81 y 40/85, Sección 1.ª, 41, 48 y 83/84 y 42/85, Sección 2.ª y las STS de 8 de julio y 9 de diciembre de 1981, 27 de octubre y 20 de diciembre de 1982, 9 y 17 de marzo, 12 de abril, 30 de noviembre y 21 de diciembre de 1983.

[30] En el mismo sentido, vid. las STS de 26 de mayo de 1992 y 18 de octubre de 1993.

[31] Lo que quizás también podría sostenerse si el mediador fuera siempre la misma persona.

[32] Sigo sin comprender, por ejemplo, por qué ocultar a un homicida no constituye ni siquiera encubrimiento y en el caso de que el hecho lo haya realizado el integrante de una organización terrorista se aplica, en virtud de lo previsto por el artículo 174

2. La mediación como forma de participación en el tipo de detenciones ilegales

Frente a la calificación de colaboración genérica con banda armada, una única resolución, la SAN 5/94, dictada en el «caso De la Hoz», ha calificado la mediación como un supuesto de participación en el delito en que el intermediario interviene y, concretamente, como un supuesto de complicidad en el tipo de detenciones ilegales. No obstante, también resulta importante destacar que, tanto en la resolución mencionada como en la sentencia 19/93, «caso Reizábal», las acusaciones partieron no sólo de la imputación de este tipo específico, sino que consideraron que el mediador debía responder incluso como coautor del delito detención ilegal realizado[33].

Ahora bien, si la calificación de la conducta del intermediario se realiza por el tipo de detención ilegal creo que hay que partir de la hipótesis de que su conducta no constituye en ningún caso un supuesto de autoría pues, como se ha dicho, el mediador es siempre un tercero que interviene en el hecho delictivo realizado por otros, esto es, que interviene en la detención ilegal llevada a cabo por los miembros de la organización terrorista. El intermediario no puede ser entonces autor ni coautor ejecutivo ya que no realiza ni total ni parcialmente actos material y directamente vinculados a la acción típica, es decir, ni encierra o detiene y ni siquiera impone las condiciones o exigencias económicas de liberación[34]; su posición no le permite, pues, tener en ningún momento el dominio de la acción, poder que siguen manteniendo en todo momento quienes han llevado a cabo la actividad del secuestro para cuya ejecución no ha sido necesaria la aparición del mediador. En realidad, en los casos de delitos realizados por este tipo de organizaciones, autor es tanto la propia asociación o, más exactamente, sus dirigentes, que programan y deciden las acciones, como los que llevan a cabo la realización de los concretos hechos delictivos. Se trataría, en suma, de un supuesto de autoría mediata de los denominados «aparatos organizados de poder», donde los ejecutores de la acción típica son auténticos instrumentos de la asociación ilícita, aunque actúen no obstante con plena conciencia[35].

Que la negociación de las condiciones económicas de una detención ilegal no suponga la realización de actos materiales de ejecución no excluye, sin embargo, que la conducta pueda ser considerada como una contribución, necesaria o no, para la perpetración del hecho típico o para que los delincuentes se aprovechen de los efectos del delito. En este último sentido, resulta evidente que la actividad del mediador se inicia una vez que el autor ha realizado el secuestro por lo que, a simple vista, pudiera parecer entonces que nos encontramos ante un comportamiento posterior a la consumación del hecho típico, esto es, ante un supuesto de encubrimiento. No obstante, esta cuestión tampoco está exenta de problemas, pues la detención ilegal es, paradigmáticamente, un delito de los denominados de carácter permanente donde el estado antijurídico no cesa hasta que se produce la liberación del detenido, por lo que cabe intervenir en el hecho delictivo aún después de haberse realizado la detención[36]. De este modo, la constante actualización del momento de la consumación[37] que se produce en la detención ilegal implica que, hasta la liberación del detenido, nos hallamos aún en fase de ejecución delictiva donde toda actividad realizada puede generar una responsabilidad a título de coautoría[38] o

bis a), la pena de prisión mayor (Vid. la SAN 37/92 y STS 1848/93, dictadas en el «caso Treviño»). Sobre la distorsión que ha provocado en los casos de encubrimiento la recepción en el Código penal de la legislación antiterrorista vid Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*. Madrid, 1988, pág. 550.

[33] En el «caso Reizábal», las acusaciones calificaron la conducta del abogado como un supuesto de coautoría del artículo 14.1, y ello, quizás, porque al solicitar asimismo su condena como integrante de ETA, estimaban que la negociación del cobro a la víctima respondía a una mera distribución de papeles entre los miembros de la banda; no obstante, la SAN 19/93 absuelve a Reizábal del delito de integración y no entra a discutir el grado de participación delictiva de la mediación al aplicar finalmente el tipo del artículo 174 bis a) en lugar del de amenazas condicionales En ninguno de los demás casos se volvió a cuestionar la integración de los mediadores en la organización ETA y, concretamente en el «caso De la Hoz», mientras la acusación popular sostuvo que la mediacion constituia un supuesto de coautoria del articulo 14.1, el Ministerio Fiscal estimó que la conducta integraba la cooperación necesaria del artículo 14.3.

[34] Por ello, incluso aunque el mediador fuera integrante de la banda que ha realizado el secuestro y pudiera probarse el acuerdo previo o simultáneo con la misma ello no bastaría, sin embargo, para calificar la mediación como coautoría ejecutiva; como señala la doctrina, la coautoría supone, además del citado acuerdo, la realización material de actos típicos y, en este sentido, no creo que sea posible decir que negociar la cantidad impuesta como condición del rescate sea una actividad que esté directa y materialmente vinculada a la acción de encerrar o detener o imponer una condición En mi opinión, sí existe tal acuerdo y, por tanto, el mediador deja de ser un tercero, podríamos estar ante un supuesto de coautoría por cooperación necesaria o complicidad. Vid., Gimbernat, E., «Crítica de la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1966, págs. 13 y ss., así como las STS de 11 de julio de 1991 y 8 de septiembre de 1993.

[35] El «hombre de atrás», quien tiene el dominio de la voluntad, es la organización terrorista cuyos miembros se limitan a ejecutar los delitos programados por la misma. Vid. Roxin, C., «Täterschaft und Tatherrschaft», Berlín, 3.ª ed., 1975, págs. 242 y ss., y Gómez Benítez, J. M., «El dominio del hecho en la autoria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, págs. 112-113 Para la doctrina mayoritaria, sin embargo, se trata de una coautoría entre los ejecutores del hecho típico y los dirigentes de la banda armada, aunque estos últimos no actualizaran su función directiva en la fase de ejecución delictiva.

[36] No obstante, el Auto de 11 de julio de 1991, dictado por el TSJ del País Vasco al resolver la apelación planteada por el señor Arratíbel contra su procesamiento por el tipo de detención ilegal, afirma que no cabe imputarle este delito porque su participación en los hechos se produjo varios meses después de haberse realizado el secuestro, aunque la víctima se encontrara aún privada de libertad. En mi opinión, resulta irrelevante el momento en que se interviene en el secuestro siempre que persista el estado antijurídico, esto es, siempre que no se haya liberado a la víctima.

[37] Como señala Gómez Benítez, en los delitos permanentes la consumación se está renovando continuamente durante el tiempo que dura el hecho antijurídico, *Teoría jurídica del delito*, citado, pág. 168; en el mismo sentido sobre el tipo de detención ilegal, vid. Portilla, G., *El delito de práctia ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, págs. 344-345. Otros autores, como Muñoz Sánchez, afirman que en estos casos lo que se produce no es una prolongación de la consumación, sino que la conducta del reo reproduce la realización del tipo, por lo que el momento de la consumación y la naturaleza permanente o instantanea del delito son cuestiones diferentes, *El delito de detención*, Madrid, 1992, págs. 141 y ss.

[38] Según creo, en el delito permanente cabe, en efecto, parti-

de participación, pero no de encubrimiento que, como señala mayoritariamente la doctrina, constituye en realidad una conducta «ex post facto», que ni supone participación en el hecho delictivo ni lógicamente lo favorece[39].

Por consiguiente, excluida la posibilidad de la autoría ejecutiva en el delito de detención ilegal, así como el encubrimiento del mismo, sólo resta por examinar si la conducta de mediación constituye una contribución, necesaria o no, para la ejecución del hecho típico; en otras palabras, se trata de comprobar si los actos de negociación de las condiciones de un rescate favorecen de algún modo la ejecución del delito de detención ilegal ejecutado por los miembros de la banda armada.

Es indudable que la realización de algunos tipos penales admite, en mayor medida que otros, contribuciones al hecho típico que pueden ser incluso equiparadas a la propia realización de actos materiales de ejecución[40]. Este es, sin duda, el caso de las detenciones ilegales, donde conductas como vigilar al detenido, transportarlo de un lugar a otro u ofrecer el local para su encierro[41] se consideran aportaciones, necesarias o no, para la realización del injusto. Ahora bien, para poder decir que un acto facilita o hace posible el tipo de detención ilegal el mismo debe estar en conexión lógica con el acto típico de encierro o de mantenimiento de la privación de libertad o, lo que es lo mismo, ser idóneo para la realización del hecho y, en mi opinión, la aportación que corresponde al mediador no puede decirse verdaderamente que contribuya a la consecución ni a la persistencia de la privación de libertad, como lo serían por ejemplo la conducta ya aludida de vigilancia del detenido o, incluso, la del propio cobro del rescate impuesto como condición[42]. En realidad, lo que supone la actuación del mediador es una colaboración en la actividad de exigencia de rescate[43], es decir, se trata de una aportación a la acción típica prevista por el subtipo agravado del artículo 481,1.°, pero resulta, sin embargo, una contribución cuando menos indiferente para las acciones de detener o encerrar previstas en el tipo del artículo 480[44].

3. La mediación como contribución al tipo de amenazas condicionales

A la vista de las consideraciones precedentes, resulta inexcusable aceptar que la detención ilegal con exigencia de rescate constituye un tipo complejo que abarca dos conductas, subsumibles cada una de ellas en una figura delictiva distinta, a saber: en la detención ilegal del artículo 480 y en las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito previstas por el artículo 493,1°. Por tanto, en este segundo caso, la acción típica consistiría en conminar a los familiares del secuestrado con la ejecución de un mal, prolongación de la privación de libertad o incluso acabar con su vida, de no cumplirse la condición exigida.

Pues bien, la intervención del mediador en este tipo complejo se realiza sólo en la fase delictiva

cipar con posterioridad al momento en que se ha producido la inicial consumación, pero la coautoría sólo es posible si se considera que el cooperador necesario es coautor porque realiza una acción de igual entidad, en un plano valorativo, a las acciones ejecutivas realizadas por los autores del hecho típico. En otras palabras, el delito permanente supone, a mi juicio, una excepción exclusivamente dirigda a que los actos de cooperación necesaria o de complicidad puedan realizarse durante el espacio temporal que dura el hecho antijuridico, pero no cabe, sin embargo, realizar actos de autoría ejecutiva o con dominio pleno de la acción una vez que el tipo ha quedado inicialmente consumado. Aunque la doctrina no suele pronunciarse sobre este problema, en un sentido similar parece manifestarse Portilla cuando señala que en estos casos «se amplían las formas de participación distintas al encubrimiento y autoría», *El delito de práctica ilegal...*, citado, págs. 345 afirmando, en cambio, Muñoz Sánchez la posibilidad de que quepa la autoria ejecutiva, *El delito de detención*, citado, pág. 231

[39] Sin embargo, el Auto de 14 de diciembre de 1990, dictado por el Tribunal Supremo para declarar la competencia del TSJ del País Vasco en el enjuiciamiento del señor Elosúa, alude, aunque sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, a la posibilidad de que la mediación pudiera ser constitutiva de un acto de encubrimiento, calificación que habia sido sugerida en el informe presentado por el Ministerio Fiscal.

[40] Por ello, es acertada a nuestro juicio la línea jurisprudencial que, al margen de su carácter esencial o no, califica los actos de vigilancia o de traslado del detenido como cooperación y no como coautoría ejecutiva (Vid., entre otras, STS de 29 de septiembre de 1984 y 18 de noviembre de 1985). Un sector de la doctrina y jurisprudencia (Vid. Muñoz Sánchez, *El delito de detencion*, citado, págs. 232 y ss., y las sentencias allí reseñadas), consideran, sin embargo, que en estos casos existe coautoría por suponer el cumplimiento de actos ejecutivos, sin tener en cuenta, a mi juicio, que estas conductas no realizan materialmente la acción descrita por el tipo penal, aunque sí pueden contribuir de manera esencial a la consecución o mantenimiento de la situación típica. Por otra parte, la detención ilegal no es, como sorprendentemente indica la SAN 5/94 de 3 de febrero, «caso De la Hoz», un delito pluripersonal que exija necesariamente la intervención de varios sujetos, sino que admite diversas formas de contribuir al hecho típico, realizables por el autor o por terceras personas.

[41] Precisamente este ultimo supuesto, aportar el local para la detención ilegal, está expresamente previsto por el párrafo 2.° del artículo 480 y equiparado en penalidad a la conducta del que detiene. Esta equiparación resulta, por otra parte, criticable por cuanto no permite comprobar en cada caso concreto si la contribución resulta o no de carácter sencial. Vid. en este sentido, Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, Madrid, 1982, pág. 225, y Muñoz Sánchez, J., *El delito de detención*, citado, pág. 239.

[42] La persona que cobra el rescate, al ser ella quien tiene que dar aviso a la organización de que se ha cumplido la condición impuesta, puede tener en su mano, por asi decirlo, que siga o no persistiendo la privación de libertad, aunque es indudable que la decisión final de librar a la víctima depende exclusivamente de los autores, es decir, de la organización terrorista. En todo caso, este poder del que cobra el rescate no lo ostenta, sin embargo, el mediador, que ni siquiera domina el hecho de que las partes cumplan las condiciones transmitidas, es decir, no está en su mano ni que unos paguen ni que otros pongan en libertad a la victima.

[43] En este mismo sentido se pronuncia expresamente la SAN 5/94, «caso De la Hoz» (5.° Fundamento de Derecho), no obstante, lo cual condena al intermediaro como cómplice del delito de detención ilegal por la naturaleza no esencial de su aportación. En mi opinión, sin embargo, el problema a debatir es de carácter previo a la comprobación sobre la necesidad o no de la contribución y consiste en determinar si la conducta del mediador constituye efectivamente un acto de favorecimiento idóneo para la ejecución del tipo de detenciones ilegales.

[44] Objetivamente, a lo que contribuye la conducta del mediador es más bien a lo contrario, es decir, a que se ponga fin lo más rápidamente posible a la situación de privación de libertad, lo que no sucederia, o tardaria más tiempo en suceder, si los familiares del detenido no toman contacto con los autores del hecho y no conocen ni, por tanto, negocian las condiciones de la liberación

constitutiva del tipo de amenazas condicionales por cuanto, sin participar en el hecho de la detención, su labor se reduce a tomar contacto o servir de vehículo entre los familiares del detenido y los autores del secuestro, y su intencionalidad va asimismo referida, en todo caso, sólo a este último extremo: el logro del cobro de la cantidad exigida como rescate[45], lo que constituye también el elemento finalístico del tipo de amenazas condicionales.

Si objetiva y subjetivamente la conducta del mediador consiste en una contribución a la exigencia de rescate, no existe, en mi opinión, ningún obstáculo para romper entonces el mencionado tipo complejo del artículo 481,1°, pues es evidente que no basta el mero conocimiento de la situación típica para que pueda extenderse la responsabilidad del cómplice o del cooperador a todo el tipo complejo[46]. Es más, a mi juicio, esta es la calificación que correspondería, asimismo, en el supuesto de que la negociación del rescate tuviera lugar con posterioridad a la puesta en libertad del detenido, conducta que no cabría calificar tampoco como un mero acto de encubrimiento del tipo complejo de detención ilegal con rescate, dado que la negociación de la condición impuesta, sea cual sea el momento en que se realice, constituye una contribución a la ejecución de un hecho típico específico, amenaza condicional.

Así pues, apreciada la tipicidad de la conducta de negociación como constitutiva de amenazas condicionales, corresponde examinar ahora el grado de concreta responsabilidad en que incurre el intermediario. En mi opinión, la discusión debe partir, también aquí, de que no se trata de un supuesto de autoría ejecutiva: el mediador sigue siendo un tercero que no realiza la amenaza, es decir, no es él sino la organización terrorista que ha realizado la detención ilegal quien impone la condición económica a los familiares del secuestrado. La negociación del rescate constituye entonces una contribución que podrá ser constitutiva de coautoría por cooperación necesaria o de complicidad, lo que nos remite a comprobar, ahora sí, si el comportamiento que realiza el mediador tiene carácter esencial para la realización del tipo delictivo o, lo que es lo mismo, si su aportación resulta del tal entidad que tiene igual significación, en un plano valorativo, que la ejecución de actos materialmente típicos[47].

Como es obvio, para calificar un acto como necesario no basta una mera contribución que facilite la realización del hecho, dado que ello forma parte también de la conducta de complicidad; para que una actividad pueda conceptuarse como esencial ésta debe asegurar al cooperador el dominio funcional del hecho, debe permitir que el cooperador, como el resto de los coautores, se asegure un dominio sobre el plan común, y no sólo sobre su concreta aportación, de modo tal que «ex ante» quepa apreciar la necesidad de existencia de esa contribución para la realización del hecho delictivo[48].

Partiendo de estas premisas, creo que resulta cuando menos discutible que la aportación del mediador pueda ser considerada esencial para la realización del tipo de amenazas condicionales. Si atendemos al criterio de la escasez de la contribución, la conducta de negociación no es un bien de difícil obtención porque no se trata de una actividad inequívocamente criminal[49], el intermediario es una persona fácilmente sustituible[50] en la labor que desarrolla de modo que, como se ha demostrado en la práctica, no resulta tan difícil encontrar quien esté dispuesto a llevarla a cabo; de hecho, en la mayoría de los secuestros protagonizados por la organización terrorista ETA, son numerosos los que intervienen en la fase del cobro del rescate, sucediéndose unos a otros en su actuación negociadora o realizando cada uno una parte de la gestión[51]. Pero, sobre todo, se trata de comprobar si la no concurrencia del mediador produce la quiebra del plan total del autor y, a mi juicio, su aportación, en los supuestos que aquí venimos comentando, simplemente hace más fácil el agotamiento del tipo, que los autores logren su propósito de cobrar la cantidad exigida como condición, pero no compromete el cumplimiento del mismo[52].

[45] Esta es, asimismo, la finalidad que resulta acreditada en el supuesto de la SAN 5/94, «caso De la Hoz», donde se declara expresamente que el ánimo que guió la actuación del mediador fue el de «ayudar a conseguir el rescate para la organización ETA», pero en ningún momento se hace referencia a la intención de favorecer la detención ilegal llevada a cabo por la banda armada. Pese a ello, castigará la conducta como complicidad en el secuestro.

[46] Del mismo modo que sucedería, por ejemplo, en el supuesto de robo con homicidio, para quien, con conocimiento del robo pero sin participación alguna en este hecho, proporciona posteriormente al autor la pistola que éste utiliza para acabar con la vida de sus perseguidores; en este caso, se debe responder como cooperador necesario o cómplice del tipo de homicidio, pero no de la totalidad del complejo realizado por el autor.

[47] Como es sabido, frente a la teoría objetivo-formal que considera autor a quien realiza todo o parte de la acción típica y partícipes al inductor, cooperador necesario y cómplice, la teoría del dominio del hecho estima que el cooperador es coautor y no partícipe si realiza, en fase de ejecución, actos necesarios directa e íntimamente vinculados con la acción típica, es decir, actos no típicos pero de igual entidad valorativa. Vid. Gómez-Benítez, J. M., «El dominio del hecho en la autoría», citado, pags. 103 y ss., y, más ampliamente, en *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1988, págs. 109 y ss , y 497 y ss.

[48] En este sentido vid. Cerezo, J., «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pág. 177.

[49] Vid. Gimbernat, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs 167-168.

[50] En este sentido la SAN 5/94, «caso De la Hoz», califica de complicidad la conducta del intermediario por cuanto la colaboración prestada «no era indispensable, ni imprescindible y su intervención... podría haber sido sustituida por la actuación de alguna otra persona próxima a la organización terrorista»

[51] La esencialidad no reside desde luego en la persona sino en la contribución que la misma realiza al hecho. Por ello la aportación del mediador tampoco resulta en principio un bien escaso si la banda exige, por ejemplo, negociar únicamente con una persona determinada.

[52] Parece que si los secuestradores han podido hacer lo más, detener y amenazar, pueden también hacer lo menos, gestionar el cobro de la condición impuesta. La no concurrencia de mediadores a lo que suele dar lugar es a una mayor duración de la detención por las dificultades que para contactar tienen los familiares de la víctima, pero lógicamente nada impide tampoco que la organización se niegue a negociar las condiciones de liberación, que pueden ser impuestas en el mismo momento del secuestro, no admitiendo los ulteriores servicios de mediación. En todo caso, es evidente que, como siempre que se trata de distinguir actos de cooperación o complicidad, habrá que estar al supuesto concreto teniendo en cuenta la función que cumple el mediador en el plan delictivo.

IV. LA SOLUCION AL CONCURSO DE NORMAS

1. La aplicación del principio de especialidad

Señalaba en páginas anteriores que la opción de calificar la conducta del mediador como participación en un tipo específico resultaba en mi opinión más acorde con el principio de especialidad que la de aplicar el supuesto genérico de colaboración con bandas armadas previsto en el artículo 174 bis a). Sin embargo, este conflicto de normas se ha venido resolviendo por la jurisprudencia de distintas formas, aunque para llegar casi siempre a una misma solución: bien sea invocando el mencionado principio de especialidad, bien el denominado de alternatividad, se elige aquél precepto que, en el concreto caso enjuiciado, conduce a una mayor sanción, lo que por cierto desvirtúa el significado de la especialidad.

Precisamente, esto es lo que ocurre en los dos casos de mediación enjuiciados hasta el presente por la Audiencia Nacional; así, mientras en la sentencia 5/94, «caso De la Hoz», se nos dice que la calificación del hecho como complicidad en detención ilegal es «más conforme» con el principio de especialidad, añadiendo por cierto que también lo es con el de alternatividad; en la resolución 19/93, «caso Reizábal», se opta directamente por dar prevalencia al tipo genérico de colaboración con banda armada, basándose esta vez, claro está, sólo en lo previsto por el artículo 68 del Código penal, es decir, en el principio de alternatividad o de mayor gravedad de la sanción del precepto aplicable. Me parece que no es difícil percibir una vacilación interesada de la jurisprudencia, bastante poco acorde con los principios que rigen el concurso de normas; como luego veremos, en esta solución se termina privilegiando la regla del artículo 68, interpretada además como una pura opción hermenéutica contra reo.

Como es sabido, para solucionar los casos del llamado concurso aparente de normas penales rige el principio general de especialidad, que se desglosa en una serie de reglas diferentes: el principio de especialidad en sentido estricto, la ley más específica deroga a la más general; el criterio de subsidiariedad, el precepto subsidiario se aplica en defecto del principal; y la regla de consunción, el precepto que contempla de modo más total el desvalor de la acción se aplica frente al que lo contempla de modo más parcial[53]. Partiendo pues de estas reglas, que admite tanto la doctrina como la jurisprudencia, veámos cuál es la relación existente entre el tipo de amenazas condicionales y el de colaboración con banda armada.

En opinión de Muñoz Conde, la aplicación del artículo 174 bis a) procede bien cuando el delito en que se colabora no llega a cometerse o no es posible probar la participación en el mismo, lo que evidentemente no ocurre en el caso del mediador, bien cuando la pena que corresponda por participar en un tipo concreto resulta inferior a la de colaboración genérica, pues, de otro modo, el precepto más específico quedaría privilegiado en detrimento del designio agravatorio de la legislación antiterrorista[54]. Sin embargo, esta última solución creo que no responde a una simplista aplicación del artículo 68 CP, sino que se inspira también en el principio de especialidad desde el momento en que el sujeto activo del delito en que interviene el mediador es una organización terrorista, cuyas actuaciones han querido ser reguladas específicamente por el legislador, ciertamente con un espíritu agravatorio. En otras palabras, si se aplica el artículo 174 bis a) no es simplemente porque resulte una pena más grave, sino sobre todo porque presenta una obvia conexión de especialidad de sentido agravatorio: la banda armada.

Ahora bien, que existan razones de especialidad para preferir la colaboración genérica frente a la participación en el tipo concreto, tampoco debe ocultarnos que existen otras razones de especialidad que militan en sentido contrario, pues no cabe duda que la calificación de complicidad o acaso de cooperación necesaria en unas amenazas condicionales contempla mucho más detallada y específicamente la conducta del mediador que la de genérica cooperación terrorista. De manera que si optamos por el tipo específico, quedará oculta la dimensión terrorista; y si optamos por el artículo 174 bis a) quedarán ocultos numerosos ingredientes de la conducta mediadora. ¿Es posible alcanzar una solución capaz de conjugar ambas razones? Pienso que sí: la propia legislación antiterrorista ha previsto una circunstancia agravante específica, la contemplada en el artículo 57 bis a) CP[55], que permite tener en cuenta la especialidad terrorista sin sacrificar la especialidad de los tipos concretos.

De lo anterior se deduce, por tanto, que si se adopta el criterio de especialidad, como creo más razonable, deberá optarse por calificar la mediación como acto de participación en el tipo de amenazas condicionales con la concurrencia, eso sí, de la circunstancia agravante del artículo 57 bis a) de delito relacionado con la actividad de bandas armadas u organizaciones terroristas, lo que obliga a imponer la pena del tipo de amenazas en su grado máximo[56].

[53] Vid. Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Valencia, 1987, pág. 126. Vid. asimismo, Córdoba Roda, J., en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona 1976, pág. 326 y ss.

[54] Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 5.ª edición, Sevila, 1983, pág. 576.

[55] Según el artículo 57 bis a) «Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal»

[56] La previsión contenida en el párrafo 2 ° del artículo 493, 1.°, que obliga a imponer la pena de las amenazas condicionales en su grado máximo cuando éstas se realizaren «a nombre de entidades reales o supuestas», suscita la discusión sobre su compatibilidad con el artículo 57 bis a) dado que, en principio, el motivo de la agravación es el mismo en ambos casos, esto es, que el delito de amenazas se realice en nombre de una pluralidad de personas organizadas. Podría sostenerse, sin embargo, que es posible la aplicación de ambos preceptos por el plus que significa que la amenaza se realice en nombre no sólo de una organización, sino de una organización terrorista, siempre naturalmente que no se interprete la referencia a «bandas armadas», contenida en el 57 bis a), como comprensiva de cualquier asociación ilícita común. Vid , en este sentido, mi trabajo «La última recep-

De este modo, se cumplen dos de las vertientes del mencionado principio de especialidad; de un lado, porque el tipo específico de amenazas condicionales comprende en su injusto el desvalor de la conducta, desplazando a la genérica colaboración[57]; de otro, porque con ello, se está cumpliendo también con la especialidad agravatoria que caracteriza a las normas antiterroristas.

2. Algunas precisiones sobre la interpretación del artículo 68 CP

Según hemos indicado, en el caso que nos ocupa no existe una auténtica relación de alternatividad que nos obligue a recurrir a la regla del artículo 68; entre las amenazas condicionales y la colaboración con banda armada es fácil encontrar razones de especialidad, aunque sean razones de sentido contrario, y la solución que hemos propuesto intenta armonizar dichas razones. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre lo entiende así, invocando en cambio el mucho más cómodo expediente del artículo 68: aplicar la pena más grave. Conviene, pues, que nos detengamos brevemente en el alcance de dicho precepto.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha reiterado que, entre las varias interpretaciones posibles de un precepto, debe escogerse aquella que sea más conforme con la Constitución y, asimismo, más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales[58]. Es más, el mismo Tribunal ha declarado que, cuando una interpretación resulte incompatible con nuestro texto fundamental, debe quedar excluida con carácter general, y este es precisamente el fundamento de las llamadas sentencias interpretativas, una de cuyas técnicas consiste en afirmar que determinada disposición es inconstitucional cuando se le atribuye un significado o sentido contrario a nuestra normativa superior[59]. Partiendo de estas consideraciones, creo que existen serios motivos para sostener que la interpretación que se viene realizando del artículo 68 del Código penal, como un criterio distinto a los de especialidad en sentido estricto o consunción, resulta contraria a la Constitución o, cuando menos, muy poco acorde con la misma.

Porque, en efecto, si un hecho es susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del Código, en buena lógica sólo caben dos posibilidades: o un precepto resulta más específico que otro, especialidad en sentido estricto, o un precepto se integra o subsume en otro más amplio, en cuyo caso lo que existe es una relación de consunción. Ahora bien, si no hay especialidad o consunción, ello significa que estamos interpretando que un mismo hecho viene castigado de forma distinta dentro de un mismo cuerpo legal; lo cual, al margen de que evidenciaría una deficiente técnica y una falta de congruencia, podría suponer una lesión del principio de igualdad (art. 14 CE), es decir, del principio que ordena tratar de modo igual lo que es igual.

Por otro lado, no es preciso recordar que el Derecho penal sólo se justifica en la protección de bienes jurídicos frente a las lesiones más intolerables, lo que significa que bien jurídico y ofensividad son los ejes sobre los que deben girar los diferentes tipos y penas, y también la interpretación de los mismos. De ahí que resulte incongruente que un hecho que ofende del mismo modo un mismo bien jurídico tenga atribuidas distintas consecuencias penales.

Con todo, si se produce esta paradoja en sede legislativa o interpretativa, si realmente tuvieramos que aceptar que un mismo hecho viene contemplado de forma distinta en dos o más preceptos penales, sin que concurra ninguna razón de especialidad, lo que parece muy poco acorde con los valores y disposiciones constitucionales es resolver el problema optando necesariamente por la pena más grave, esto es, en contra del reo, pues ello resultaría, a mi juicio, contrario al valor superior de la justicia (art. 1.1° CE) y, sobre todo, al fundamental principio de dignidad humana (art. 10.1° CE) que ha inspirado el Derecho penal moderno. Es decir, el Derecho penal, en cuanto limitador de la libertad, necesita una razón para intervenir, y una razón aún más fuerte para intervenir con mayor vigor. Por consiguiente, si, según una disposición penal, un hecho merece un cierto castigo, la imposición de otro más grave previsto en otra disposición sólo puede explicarse entendiendo que hay un plus de ofensividad.

Por todo ello, el artículo 68 no puede interpretarse, en mi opinión, como una pura opción hermenéutica contra reo, sino como una plasmación del principio de consunción: debe, en efecto, aplicarse la pena más grave, pero sólo cuando un hecho resulte más ofensivo, cuando incorpore un plus de desvalor[60]; un mismo hecho puede quedar subsumido en dos tipos penales, pero es preciso interpretar que, si la pena es distinta, ello obedece a que uno de ellos contempla una mayor lesión de bienes jurídicos. Lo contrario equivaldría a aceptar una antinomia en el seno del Código Penal y, lo que es más grave, a resolver esa antinomia necesariamente en el sentido más gravoso para el reo.

ción de la normativa antiterrorista en la legislación común», citado, pág. 961.

[57] Del mismo modo que sucede, por ejemplo, en el supuesto de expendición de abortivos (art. 416, 3.ª), donde no cabe apreciar la concurrencia del tipo autónomo si la conducta constituye un acto de participación en un concreto delito de aborto. Vid. este concepto de consunción en Córdoba Roda, obra citada, pág. 334.

[58] Vid., en este sentido, entre otras, las STC 19/1982, de 5 de mayo; 34/1983, de 6 de mayo; 67/1984, de 7 de junio y 93/1984, de 16 de octubre.

[59] Vid., por todas, STC 22/1981, de 2 de julio y 34/1981, de 10 de noviembre.

[60] A juicio de Cobo-Vives, sin embargo, cabe la llamada consunción impropia cuando el injusto y la culpabilidad sean idénticos en cuyo caso «habría que entender expresada sólo en el tipo más gravemente penado la reprobación atribuida al hecho por el ordenamiento jurídico (pues) la pena mas benigna expresaría esa reprobación sólo de manera parcial», *Derecho Penal. Parte General*, citado, págs. 129-130.

V. CAUSAS DE JUSTIFICACION DEL HECHO TIPICO

1. El ejercicio de la profesión de abogado

Finalmente, aunque pueda predicarse la tipicidad de la conducta de mediación si se dan los requisitos que hemos venido analizando, cabe considerar, no obstante, la posible concurrencia de causas que la justifiquen o exculpen. En este sentido, dos han sido las circunstancias invocadas en los hechos enjuiciados hasta la fecha que se encaminan a demostrar la juridicidad del comportamiento de mediación: de un lado, se alega la eximente de actuar en ejercicio legítimo de un oficio, la profesión de abogado; de otro, y fundamentalmente, la concurrrencia de un estado de necesidad.

Con respecto a la circunstancia prevista en el número 11 del artículo 8.° del Código Penal, ejercicio legítimo de un oficio[61], hay que constatar el dato fáctico de que, en efecto, las labores de mediación suelen ser realizadas casi siempre por profesionales del Derecho[62]. Varias pueden ser las razones que lo expliquen, pero acaso la principal sea el secreto profesional que ampara las confidencias y datos que necesariamente se porporcionan al mediador. El abogado no está obligado, como pudiera estarlo el resto de los ciudadanos, a poner en conocimiento de la autoridad hechos que, como la entrega de dinero a una organización terrorista, pueden revestir objetivamente los carácteres de delito lo que, indudablemente, otorga una mayor confianza al cliente.

El problema reside, sin embargo, en aclarar si la conducta de mediación realizada por el abogado constituye efectivamente ejercicio legítimo del oficio de abogado, pues resulta evidente que la reiterada elección de este tipo de expertos no concede, por sí misma, un carácter profesional a dichas labores de mediación. En este sentido, dos de las resoluciones judiciales comentadas han coincidido en negar la existencia de la mencionada causa de justificación por cuanto, a su juicio, la actividad mediadora realizada con motivo de una detención ilegal no supone aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica[63], como exige el Estatuto General de la Abogacía[64].

No es momento de dilucidar en qué consiste exactamente esa «aplicación de la ciencia y técnica jurídicas», aunque es obvio que no se circunscribe únicamente a las actividades de asistencia o defensa letrada en procesos jurisdiccionales, sino que comprende otras muchas labores de carácter extrajudicial, entre ellas las de mediación o arbitraje que sin duda guardan una cierta relación con las conductas que aquí se vienen examinando[65]. Bien es verdad que esa mediación o arbitraje no constituye una función privativa de la profesión de abogado, pero cabe concebir que, cuando se encomienda precisamente a un letrado, la tarea se enmarca y queda amparada por la normativa que regula el ejercicio de la profesión[66].

Por ello, creo que no cabe excluir, de entrada, que la actividad del intermediario pueda quedar amparada por la circunstancia de ejercicio legítimo de la profesión de abogado. No obstante, parece también que la circunstancia resultará de difícil apreciación por cuanto deberá acreditarse tanto que el encargo de la negociación al intermediario se realizó en función de sus características profesionales[67], como que dicha labor de mediación se realizó exclusivamente en ejercicio de la actividad profesional.

2. El estado de necesidad: el problema de la concurrencia de móviles

Entre las causas que pueden justificar la conducta de mediación, destaca sin duda alguna la circunstancia 7.ª del artículo 8° del CP, es decir, la concurrencia de un estado de necesidad ajeno[68]. No es preciso extenderse aquí en la demostración de que el secuestrado se halla efectivamente en una auténtica situación de necesidad, pues no sólo se encuen-

[61] Por ejemplo, se ha estimado amparada en esta causa de justificación la asistencia sanitaria de un médico al herido que es miembro de una organización terrorista al tratarse de «actos ejecutados en cumplimiento de un deber profesional y, por tanto, exentos de antijuricidad. .», SAN 4/86, Sección 3.ª

[62] En las tres resoluciones que ya conocemos los mediadores procesados ejercían la profesión de abogado con la única excepción del señor Arratíbel.

[63] Así, la SAN 19/93, «caso Reizábal» y la STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 1994, «caso Elosúa y Arratíbel». La resolución dictada en el «caso De la Hoz» (SAN 5/94), señala por su parte, que no cabe aplicar la eximente del artículo 8,11.° porque el intermediario ejerció de «mandatario» de los secuestradores, por lo que «su intervención no fue la de mero mediador, tratando de aproximar las posturas económicas de ambas partes». Es decir, parece que, en este último caso, no se niega de entrada que la actividad del mediador pueda constituir ejercicio de la profesión de abogado, sino que lo que se rechaza es que la mera transmisión de los datos o exigencias de una de las partes represente una auténtica mediación. Con todo, como ya se ha dicho, creo que la mera transmisión debe reputarse en principio una conducta atípica porque no evidencia la intencionalidad del hecho.

[64] Según el artículo 8 del Estatuto, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, «La abogacía es una profesión libre e independiente consagrada en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas»

[65] En este mismo sentido se manifiesta el Informe del Consejo Vasco de la Abogacía, de 30 de diciembre de 1993, aportado como prueba pericial en la causa enjuiciada por la SAN 5/94, «caso De la Hoz», donde se señala que «es práctica habitual en el ámbito nacional e internacional con ocasión de graves conflictos y peligro para la vida de las personas que por razones humanitarias se recurra a la mediación del abogado»

[66] La polémica sobre la naturaleza de la intervención letrada en estos casos de mediación se suscitó en una sesión de los colegiados de la corporación de San Sebastián, donde la Junta del Colegio instó expresamente a quienes realizasen estas tareas presentaran minuta de honorarios con el fin de acreditar de modo fehaciente que se trataba de una relación de carácter profesional

[67] Por ejemplo, por su condición de buen negociador. No parece viable, en cambio, cuando la designación responde a otros motivos ajenos al ejercicio de la profesión, como el buen acceso a los secuestradores, etc. Es indudable, sin embargo, que pueden concurrir distintas motivaciones.

[68] La concurrencia de un estado de necesidad propio se planteó también en el caso del señor Arratíbel, quien presentó una carta de la organización ETA conminándole a mediar en el secuestro del señor Revilla. La STSJ del País Vasco desestimó, sin embargo, la eximente señalando que la amenaza «no se muestra meridianamente clara a efectos de entender que lo sea de un mal inminente y grave y, menos aun, inevitable», y ello a pesar de que en la carta recibida se dice expresamente: «Usted sabe muy bien como actúa la organización Euskadi ta Askatasuna y en caso de haber algún problema.. tomaremos medidas contra usted».

tra privado de su libertad deambulatoria, sino que incluso corre un peligro inminente para su vida[69], peligro que sólo puede ser conjurado cumpliendo la condición impuesta para su liberación, esto es, pagando el rescate; y la actividad del mediador representa un favorecimiento de ese pago[70].

Asimismo, la exigencia de que el mal causado resulte de inferior entidad al evitado se cumple claramente en el secuestro de personas; la contribución o el favorecimiento de la concreta actividad delictiva de la organización terrorista supone sin duda una lesión del orden jurídico menor de la que representa la persistencia en la privación de libertad del secuestrado y el consiguiente riesgo para su vida. En consecuencia, la causa deberá ser considerada como justificativa de la conducta[71]. Ciertamente, algunas resoluciones eluden esta conclusión describiendo el mal causado por la mediación y, en definitiva, por la entrega del dinero en unos términos de extraordinaria magnitud: el cobro del rescate —vienen a decir— contribuye a la subsistencia de la organización terrorista y, por tanto, al mantenimiento de un estado de violencia sobre personas y bienes[72]. Sin embargo, incluso aceptando esta interpretación, tendría mayor entidad el bien jurídico de la salvación de la vida del secuestrado, no porque su vida sea realmente más valiosa que las vidas de las demás personas, sino porque sólo la suya está en concreta situación de peligro frente a la amenaza genérica e indeterminada que pueden correr las vidas de los demás ciudadanos por el hecho de la existencia de organizaciones terroristas.

Ahora bien, las resoluciones judiciales dictadas en los casos de mediación por secuestro no han negado en ningún momento la existencia de los elementos objetivos del estado de necesidad, es decir, la concurrencia tanto de la situación de necesidad como de los tres requisitos que configuran la eximente; la polémica se ha suscitado, sin embargo, en torno al elemento subjetivo, esto es, a la comprobación de que el intermediario actuara «para evitar un mal ajeno», en nuestro caso, para evitar la privación de libertad o salvar la vida del secuestrado, y en este punto como veremos, muy diversas han sido no sólo las soluciones aportadas por los tribunales sino también la fundamentación de las mismas.

De entrada, hay que decir que la exigencia del elemento subjetivo en las causas de justificación no es una cuestión pacífica, pues depende de la concepción del injusto que se mantenga. Así, refiriéndose en concreto al estado de necesidad, Gimbernat ha indicado recientemente que la formulación legal de dicha eximente ha de ser interpretada «únicamente en el sentido de que... el autor tiene que conocer la situación objetiva de justificación, es decir: que tiene que conocer que concurre una efectiva colisión de bienes jurídicos en la que es necesario sacrificar uno para salvar al otro pero no en el de que sea preciso, además, que se actúe con una específica y exclusiva voluntad de salvamento», argumentando esta afirmación en las regulaciones específicas que prevén los artículos 417 bis y 428 para los supuestos de aborto y de determinadas intervenciones quirúrgicas, donde efectivamente no se requiere la presencia de un elemento intencional[73]. Por tanto, en los casos de estado de necesidad entre bienes desiguales basta constatar la salvación del bien jurídico de mayor entidad para que la acción esté plenamente justificada.

Por mi parte, creo que el mero conocimiento de la objetiva situación de necesidad no resulta suficiente, sino que debe exigirse también la dimensión subjetiva de actuar con una finalidad de salvación del bien jurídico; y ello, no sólo por la razón de orden general de que para excluir la antijuricidad la acción debe ser, como el resultado, valiosa, sino porque además, en este caso concreto, dicha exigencia deriva del propio tenor literal del artículo 8,7[74]. Ahora bien, la presencia de este elemento subjetivo no resulta en modo alguno incompatible con la concurrencia de otras intenciones o motivaciones; lo que no exige la formulación legal de la eximente de estado de necesidad es que el propósito de evitar el mal ajeno tenga un carácter exclusivo o excluyente[75]. Y

[69] Así, en los casos de detención de don Jose M.ª Ryan y don Alberto Martín Barrios, reivindicados por la organización ETA, el hecho delictivo finalizó con la muerte de los secuestrados.

[70] En este sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco, de 28 de marzo de 1994, «caso Elosúa y Arratíbel». En el caso del cobro del llamado «impuesto revolucionario», la SAN 19/93, «caso Reizábal», estima, sin embargo, que el pago no es el único modo de conjurar el peligro creado, pues cabe que el extorsionado tenga «la posibilidad de sustraerse al anunciado mal mediante un traslado de residencia o una protección específica». En mi opinión, debe resultar indiferente la actitud que adopte el extorsionado, al que por cierto no cabe exigírsele que huya como ocurre en los supuestos de legítima defensa, pues de trata de que el mediador actua bajo un estado de necesidad ajeno. Finalmente, esta misma resolución 19/93 rechaza la aplicación de la circunstancia alegando que, por su conocida militancia «abertzale», el mediador pertenecia al «entorno del extorsionador», lo que en su opinión significa, inexplicablemente, la posibilidad de evitar el hecho delictivo, «de acuerdo con la experienia general».

[71] Como es sabido, para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, sólo cuando el mal causado es de menor entidad el estado de necesidad se configura como causa de justificación, mientras que se excluye la culpabilidad cuando los males, causado y evitado, son idénticos. Para la teoría unitaria, sin embargo, en ambos casos la conducta está justificada, teoría que parece adecuarse mejor a nuestro sistema legal al admitir que pueda ser un extraño quien tenga que optar en la salvación de iguales bienes jurídicos. Vid., en este último sentido, Gómez Benítez, J. M., *Teoría jurídica del delito*, citado, págs. 378 y ss y Gimbernat, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, págs. 218 y ss

[72] En este sentido la STSJ del País Vasco, «caso Elosua y Arratíbel», si bien admite que este peligro es meramente potencial La SAN 19/93, «caso Reizábal», sin embargo, señala expresamente que no cabe afirmar que la vida del empresario «sometida al peligro continuado de la amenaza condicional» tenga mayor valor «que las vidas de un número indeterminado de personas sometidas al riesgo continuado del mantenimiento de una organización mortífera».

[73] En estos casos, señala Gimbernat, tanto para practicar legalmente un aborto como para realizar una operación quirúrgica, el legislador no ha tenido en cuenta las motivaciones del sujeto; aunque tales intervenciones se realizaran, por ejemplo, con finalidad lucrativa y sea o no este el fin primordial, la conducta quedaría amparada por el estado de necesidad. «Colaboración con banda armada y estado de necesidad», diario *El Mundo*, 9 de marzo de 1994.

[74] En este mismo sentido vid. Gómez Benítez, J. M., *Teoría jurídica del delito*, citado, pág. 385 y Mir Puig, S , *Derecho Penal Parte General*, 3.ª ed , Barcelona, 1990, pag. 499.

[75] En este sentido, señala Cordoba Roda que «si una elemental observación psicológica conduce a afirmar la posibilidad de que se actue tanto para conseguir la salvación de un bien, como

aquí es donde cabe disentir de la argumentación desarrollada por las sentencias que venimos comentando, pues confunden la exigencia del elemento subjetivo característico del estado de necesidad con la presencia de otras posibles motivaciones e incluso con el problema del dolo de favorecimiento a la banda armada.

Así, la SAN 5/94, «caso De la Hoz», niega la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, tanto completa como incompleta, por cuanto la «intención primordial» del intermediario no fue la de «evitar o hacer cesar un mal», sino «la de ayudar a conseguir el rescate para la organización ETA que había proyectado y dirigido el secuestro» en el que intervino. Esto es, la sentencia no niega que la mediación se realizara con la intención que requiere la eximente, sino que únicamente indica que no fue ésta, la salvación del secuestrado, su intención primordial, ignorando por tanto la plena viabilidad de la concurrencia de móviles. Pero, sobre todo, al insistir en que la intención del mediador fue ayudar a conseguir el rescate, lo que hace es plantear de nuevo el problema del conocimiento y de la voluntad, es decir, el problema del dolo de colaborar en la actividad delictiva realizada por la banda armada, elemento que justamente nos ha permitido calificar como típica la conducta de mediación. Porque, en efecto, lo que hace la causa de justificación es convertir en conforme a Derecho una conducta objetiva y subjetivamente típica o, si se quiere, una conducta objetivamente típica y además culpable[76]. Cuestión distinta sería que la sentencia hubiera afirmado que la única intención del mediador era favorecer la actividad delictiva de la banda armada, pues entonces faltaría por completo el elemento subjetivo de la causa de justificación.

En el caso «Elosúa y Arratíbel», por su parte, la sentencia dictada por el TSJ del País vasco resulta aún más confusa. La intención de favorecer la actividad delictiva, defensa de los intereses de la organización ETA según se dice expresamente, se analiza, en relación con el señor Elosua, al tratar del elemento subjetivo del estado de necesidad y ello para negar que dicha intención concurriera en ningún momento, por lo que no sólo se da como probado que el ánimo de salvar al secuestrado fue el único que guió la actuación mediadora, sino que al mismo tiempo se confirma la ausencia de dolo en su conducta que, por tanto, debía haber sido declarada atípica. En el caso del señor Arratíbel, en cambio, al analizar la causa de justificación sólo se discute la concurrencia del ánimo de salvar al detenido con el móvil de actuar para obtener un aprovechamiento económico[77], lo que conduce a la apreciación del estado de necesidad como eximente incompleta; sin embargo, el dolo de favorecer a la organización terrorista se sitúa ahora en la culpabilidad y además apenas se cuestiona su existencia.

En conclusión, si se niega la intencionalidad de favorecer a la organización terrorista que ha realizado el secuestro y ha impuesto la condición económica, lo que debe negarse es que la conducta de mediación sea dolosa y, por tanto, típica. Por lo demás, nada impide que concurra plenamente la eximente de estado de necesidad[78], ya sea porque sólo se percibe el movil de salvar al secuestrado, ya porque la presencia de otras posibles intenciones, con independencia de su naturaleza[79], se considere compatible con aquél. En último caso, de estimar nuestros tribunales que la intención de evitar un mal debe ser primordial o prevalente, parece inexcusable la apreciación de la circunstancia como eximente incompleta, dado que todos los demás presupuestos del estado de necesidad, incluido el referido elemento subjetivo, concurren en la conducta de mediación.

VI. CONCLUSION. LA CONDUCTA MEDIADORA, ENTRE LA ATIPICIDAD Y LA JUSTIFICACION

Como hemos visto, las resoluciones judiciales que han servido de hilo conductor a esta reflexión son tan escasas como dispares en el modo de enjuiciar y calificar los hechos; seguramente, ninguna de ellas constituye un modelo de hermenéutica penal y, en su conjunto, ni siquiera representan una concepción segura y uniforme del ejercicio de la acción punitiva. Sin embargo, más allá del concreto debate que pudiera entablarse con cada sentencia, lo más llamativo es precisamente esa disparidad[80], que revela las vacilaciones que atenazan a nuestros tribunales a la hora de incriminar este género de conductas.

Y la vacilación es comprensible, pues el castigo de las actividades de mediación, tal y como gene-

para alcancar una meta distinta, y la ley simplemente exige obrar «impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno», el elemento subjetivo deberá ser estimado con indiferencia de que a la misma se sume una ulterior motivación». En Córdoba Roda, Rodriguez Mourullo y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, citado, págs. 282-283. Igualmente, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, citado, pag. 499

[76] Porque si no la inexistencia de dolo se convertiría siempre en una causa de justificación

[77] La sentencia del TSJ del País Vasco declara como hecho probado que el señor Arratibel cobró a los familiares del secuestrado por su intervención mediadora la cantidad de 75 millones de pesetas.

[78] La cuestión, que no se ha puesto en duda en ninguno de los casos enjuiciados es que efectivamente se actúe con la finalidad de salvar al secuestrado. Este será, en mi opinión, el ánimo que cabrá deducir cuando el intermediario haya sido designado, directa o indirectamente, por los familiares de la víctima.

[79] No veo por qué no puede apreciarse la eximente de estado de necesidad cuando concurre, por ejemplo, el móvil de cobrar una recompensa o cualquier otro lucrativo, como en el caso del señor Arratíbel En mi opinión, condicionar la realización de la conducta de mediación al cobro de la misma podrá ser moralmente reprobable, por aprovechamiento de la angustiosa situación en que se encuentran los familiares del detenido, pero no constituye ningún hecho delictivo por lo que debe resultar irrelevante

[80] En el caso enjuiciado por el TSJ del País Vasco, la apreciación de la eximente de estado de necesidad determinó la absolución del mediador señor Elosua, mientras que el señor Arratíbel, para quien se estima la misma causa como incompleta, fue condenado a la pena de dos años de prisión menor En los supuestos tramitados ante la Audiencia Nacional, por su parte, se condena al señor Reizábal, cuya intervención mediadora fue en delito de amenazas y no de secuestro, a la pena de tres años de prisión menor por concurir una atenuante analógica muy cualificada de estado de necesidad exculpante; al intermediario señor De la Hoz, en cambio, se le impuso la pena de ocho años de prisión mayor, evidentemente desprorcionada si la comparamos con los casos anteriores.

ralmente aparecen en la complicada y enmarañada red de informaciones y consultas que se teje en el espacio temporal que separa la detención de una persona de su liberación, forma parte de lo que pudieramos llamar el desbordamiento punitivo de la legislación antiterrorista. Este es un desbordamiento conocido y en el que no merece la pena insistir, aunque nunca está de más recordar alguna de sus consecuencias, ahora con la ayuda de Ferrajoli. La extensión de la cita me parece justificada: el Derecho penal nacido para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada se halla indudablemente «en contraste con los principios del Estado de Derecho. El cambio de su fuente de legitimación externa —la razón de Estado y el criterio pragmático de los fines en la lucha contra el delito, antes que las reglas del Estado de Derecho en torno a los medios y sus implicaciones garantistas— ha producido en muchos casos una *justicia política* alterada en su lógica interna respecto a los cánones ordinarios: no ya actividad cognitiva basada en la imparcialidad del juicio, sino procedimiento decisionista e inquisitorio fundado sobre el principio del amigo/enemigo y sometido, más que a la estricta legalidad, al consenso mayoritario de los partidos y de la opinión pública. Esta lógica penetra en todos los momentos del mecanismo punitivo: en la legislación, en la jurisdicción y en la ejecución penal. Y permite hablar de un derecho penal especial —*especial* en cuanto a las figuras delictivas, *especial* en cuanto a la forma de los procesos, *especial* en cuanto al tratamiento carcelario— y marcado en todos estos aspectos por una espesa distorsión sustancialista y subjetivista»[81].

Sin esa especialidad a la que alude Ferrajoli difícilmente se comprende la incriminación de la que pudiera llamarse conducta paradigmática de mediación, esto es: la conducta de aquella persona que, ajena a la banda armada y al concreto grupo de secuestradores, sin acuerdo previo, procura el contacto entre las partes, transmitiendo informaciones y exigencias con el fin —que no excluye otros fines— de facilitar la pronta liberación del secuestrado. Porque, en efecto, es significativo observar que, si en la explicación de la mayor parte de los comportamientos delictivos lo normal es comenzar describiendo una acción humana en principio moralmente reprochable (matar, robar, etc.) y sólo después examinar las «excepciones» (ausencia de dolo, legítima defensa, etc.), en el caso de la mediación ocurre precisamente lo contrario: la descripción de lo que de ordinario entendemos como acción mediadora se nos presenta como una conducta irreprochable, y es preciso añadir numerosos ingredientes suplementarios para llegar a una conclusión contraria.

A modo de resumen. Primero, la actividad mediadora sugiere una acción moralmente plausible o, al menos, neutral. Segundo, su incriminación requiere en todo caso acreditar una voluntad de favorecimiento de la actividad delictiva realizada por la banda armada. Tercero, dicha acreditación resulta tanto más difícil por cuanto la actividad externa de quien favorece a la víctima y al grupo terrorista resulta objetivamente muy semejante y el dato de la designación no es definitivo, y asimismo por cuanto en estos casos se suele crear un entramado de mediaciones y de aceptaciones tácitas que llena de penumbra y ambigüedad el alcance de cada comportamiento individual. Cuarto, la calificación penal, cuando proceda, obliga a una ruptura del tipo complejo de detención ilegal bajo condición, dado que el dolo del mediador comprende sólo la segunda parte, la relativa a las amenazas, lo que impide su encuadramiento en la tipología terrorista de no ser por la vía de la agravante específica del artículo 57 bis a). Y, en fin, en quinto lugar, es poco concebible que no concurra alguna causa de justificación y, en particular, la de estado de necesidad, pues cuando se aprecian los elementos objetivos de la misma, como ocurre en estos casos, la relevancia de la eximente no es incompatible con la presencia de otros posibles móviles distintos al de salvar a la persona detenida.

De ahí nuestra duda: una conducta atípica o justificada. Ambas alternativas cuentan con buenas posibilidades: la atipicidad porque sólo concibiendo al mediador como un sujeto que busca el favorecimiento de la banda armada a través de los frutos del secuestro, resulta viable su incriminación; y, por cierto, resulta viable a través de un camino distinto al practicado por algunas sentencias, pues en el peor de los casos nos hallamos ante una complicidad en el tipo de amenazas condicionales, no en el de secuestro, ni en el de la genérica colaboración terrorista. Pero, en su defecto, también la justificación cuenta con buenas razones, pues en el común de los supuestos es fácil imaginar la presencia de un estado de necesidad, completo o incompleto, y acaso también de un ejercicio legítimo de la profesión.

[81] Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2.ª ed., 1990, pág. 853. (Edición castellana en curso de publicación en Editorial Trotta, Madrid).

Liberalismo y conflicto judicial en el marco sevillano del trienio liberal

M. Antonia FERNANDEZ JIMENEZ
Ana BONED COLERA

La Administración de Justicia en España ha sido abordada en los últimos años por historiadores y juristas que han realizado síntesis valiosas sobre la evolución histórica de la materia, si bien, la transición entre la justicia del Antiguo Régimen y la naciente liberal, ha tenido un menor tratamiento debido a la provisionalidad que los diversos avatares confieren al primer cuarto del siglo y cuyo reflejo se muestra claramente en el ordenamiento jurídico del período.

En estas páginas nos acercaremos a la organización de la justicia española en la medida en que arroja luz para explicar los conflictos surgidos al calor de las primera experiencias constitucionales y las transformaciones que en dicha materia se registran. En concreto, los asuntos analizados aquí se sitúan en la etapa constitucional inaugurada en 1820, a lo largo de la cual se encuentran casos de latente conflictividad relacionados con la administración de justicia local, en el ámbito territorial sevillano[1], que han sido estudiados a partir de un muestreo realizado entre la documentación del Archivo Histórico Nacional.

En el Antiguo Régimen la organización judicial, así como el proceso, consiguen una mayor tecnificación y se desarrolla una minuciosa reglamentación. La acción de impartir justicia, tradicionalmente entendida como regalía o facultad intrínseca al poder real[2], tiende a ajustarse a los nuevos cánones del sistema monárquico absolutista y asimismo, su organización entronca con la sociedad vigente estamental y privilegiada, por lo que nos encontramos con pluralidad de fueros, impidiendo la uniformidad jurisdiccional y procedimental.

Al iniciarse la etapa borbónica perviven los principios esenciales que inspiran este sistema judicial y, aun cuando se realizan cambios, éstos son profundos en lo que compete a la organización judicial de la Corona de Aragón, mientras el resto del sistema judicial únicamente sufre alteraciones parciales dirigidas a racionalizarlo o, excepcionalmente, a mermar jurisdicciones especiales como la señorial, ejercida en 17 ciudades y cerca de 11.500 pueblos al finalizar el siglo[3]. Sin embargo, estas medidas resultan insuficientes a juzgar por las críticas que levantan entre los intelectuales de la época[4].

La búsqueda de la unidad jurídica, la extensión del modelo castellano de Audiencia[5], así como la introducción del cargo de intendente, con las mismas funciones que los corregidores[6], constituyen los fundamentos sobre los que se asienta la administración de justicia dieciochesca. En su organización, a nivel local, figuran además el alcalde mayor y el alcalde ordinario. El primero de ellos[7], fue de designación real desde su creación en tiempo de los Reyes Católicos, debiendo ser letrado, tener veintiséis años, buena fama y conducta, así como prestar juramento y fianza. Sus funciones, reseñadas en las *Instruc-*

[1] Partimos de la hipótesis de que dichos ejemplos son representativos de la nueva situación creada y por tanto extensible a otras zonas del país.

[2] En 1371, el monarca castellano Enrique II de Trastámara dejaba constancia de esta prerrogativa real que será registrada por la *Novísima Recopilación* en los siguientes términos: la «Jurisdicción suprema civil y criminal pertenece á Nos, fundada por Derecho común, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos...», *op cit*, Tomo II, Lib. IV, Tit. I, Ley I.

[3] Tomé Paule, J.: *La Organización Judicial española durante la Edad Moderna*, Vicente Rico, Madrid, 1982.

[4] Los ministros ilustrados se mostraron timoratos a la hora de las reformas en este campo, adoptando medidas que no atacaban en lo esencial el sistema señorial, tales como la separación del fuero privilegiado y su incorporación al común de los casos relativos a motines, desórdenes populares o desacato de los magistrados, siendo buena prueba de ello las recomendaciones del conde de Floridablanca en su *Instrucción reservada...*, sobre que se estrechara la vigilancia de la justicia señonal para evitar irregularidades pero sin menoscabar los derechos de los señores, José Moñino, conde de Floridablanca: *Instrucción reservada que la junta de Estado, creada formalmente por mi decreto de este día, 8 de julio de 1787, deberá observar en todos los puntos y ramos encargados a su conocimiento y examen*, en *Obras originales del conde de Floridablanca, y escritos referentes a su persona*, Madrid, editor M. Rivadeneyra, 1867, BAE, pág 2201, capítulos XLIX-L.

[5] Esta medida se comienza a aplicar tras la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707 que establece un nuevo régimen judicial tendente a un mayor centralismo y uniformidad, creándose la Audiencia de Valencia y Aragón En sucesivos años lo harán la de Mallorca (28 de noviembre de 1715), Cataluña (16 de enero de 1716), Asturias (20 de julio de 1717) y finalmente Extremadura (30 de mayo de 1790)

[6] *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Libro VII, Título XI, Ley XXVI, sobre «Separación de los Corregimientos é Intendencias, para que no se embarace ni confunda la administración de justicia», págs. 344 y ss. Desde 1766 se produce la división de competencias entre corregidores e intendentes quedando en manos de aquellos los temas jurídicos y policiales, mientras los intendentes asumían los relativos a hacienda y guerra. Sobre los corregidores hay que recordar que hacen su aparición a mediados del siglo XIV, como representantes de la Corona en el Ayuntamiento y pasan a ser una pieza clave en el proceso de centralización administrativa de la monarquía absoluta, además de actuar como jueces únicos en su corregimiento por espacio de seis años consecutivos, entendiendo en cualquier causa criminal y civil relativa a pleitos que no se superaran los 1.000 maravedises.

[7] Fuentes medievales hablan del origen de estos funcionarios como lugartenientes o sustitutos letrados de los titulares de Adelantamientos y Merindades hasta la creación de corregimientos, y de su elección por los corregidores hasta el siglo XVII, en que el monarca asume dicho nombramiento, v. *Diccionario de Historia de España*, dir por Germán Bleiberg, Alianza Editorial, Madrid, 1979, vol. I, pág. 105

ciones de Carlos V del año 1543, se confundían con las de los corregidores; ahora bien, los alcaldes mayores gozaban de esas atribuciones judiciales en las localidades de más de 300 habitantes y corregimiento no letrado como colaborador del mismo, o en las cabezas de partido sin corregidor. En cualquier caso, tanto el alcalde mayor como el corregidor estaban al frente de la corporación municipal que se completaba con los restantes miembros del equipo consistorial, tales como el regidor, procurador, escribano y alguaciles.

Sin embargo, este esquema no regía en todos los lugares, ya que en aquellos municipios sin corregidor y alcalde mayor, era el alcalde ordinario quien ejercía sus funciones. Resultado de las continuas dejaciones de competencias judiciales por parte del rey en favor de los concejos durante la etapa medieval, la nueva autoridad concejil era elegida anualmente por sus vecinos, reflejándose la realidad estamental en la elección, de tal manera que pecheros y nobles designaban a su respectivo alcalde.

I. LIBERALISMO Y JUSTICIA

La incorporación a la Historia de España de los principios ilustrados tomando como punto de partida el reconocimiento de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, contempla la igualdad de todos ante la ley como garantía de libertad y seguridad jurídica frente al poder despótico del Estado. Sin llegar siquiera a la materialización de estos presupuestos, la doctrina que los inspira significará un ataque directo a las entrañas del Antiguo Régimen, y en particular al sistema de administración de justicia. En esta dirección trabajarán los liberales, a la vez que sientan las bases para desmontar las estructuras sociopolíticas tradicionales que constituían el principal escollo para la consecución de una justicia independiente y eficaz.

La implantación del régimen liberal, produce una serie de transformaciones en materia judicial que se desarrollan en tres períodos claves del siglo XIX: en la época constitucional gaditana, después de la muerte de Fernando VII y, por último, tras la revolución de 1868.

Los legisladores de Cádiz, al referirse a las bases de la potestad judicial que deberían definirse en el Texto Fundamental, expresan su deseo de lograr con ello una mayor efectividad, rapidez e imparcialidad en la administración de justicia, y la superación de la ausencia de uniformidad en la codificación como requisito imprescindible para la consecución de dichos objetivos.

En el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812[8] se hace mención al *decreto de 24 de septiembre de 1810,* primero que inicia la serie de normas para la regulación del sistema judicial. En él se apunta la permanencia provisional de todos los tribunales y justicias establecidos en el reino para que continuaran administrando justicia según las leyes. Aquel día se habían abierto las Cortes generales y extraordinarias, y tras la elección del presidente, don Ramón Lázaro de Dou, y del secretario, don Evaristo Pérez de Castro, intervino don Diego Muñoz Torrero pidiendo el pronunciamiento del órgano representativo sobre una serie de cuestiones y principios que consideraba básicos. Asimismo solicitó que se leyese y discutiese el trabajo preparado por el diputado señor Luxan, aprobándose cada uno de sus apartados y convirtiéndolo en decreto. Dos fueron los artículos que garantizaban provisionalmente la permanencia de las autoridades anteriores: el octavo, en el que se confirmaban —«por ahora»— los tribunales y justicias establecidas, y el noveno, que aludía en los mismos términos a las autoridades civiles y militares[9].

Frente al continuismo de esta norma, ya que en ella no se dilucida claramente la separación de poderes, ejecutivo y judicial[10], los diputados dieron un primer paso en esta dirección aprobando un decreto sobre incorporación a la Nación de los señoríos jurisdiccionales, fechado el *6 de agosto de 1811*[11], que venía a socavar los cimientos del régimen señorial, por cuanto suponía el cese de los jueces señoriales y el proyecto para su sustitución. A partir de este momento, ningún particular tendría capacidad para designar a los ministros de la justicia.

Asimismo, la Comisión encargada de redactar la Constitución, tuvo a bien delegar la autoridad judicial a los tribunales, para evitar interferencias del monarca o de las Cortes en este terreno específico, haciendo factible con ello la materialización de la división de poderes, ya apuntada en el *Discurso,* y que debía presidir la nueva organización del régimen. No obstante, puntualiza que «aunque la potestad judicial es una parte del ejercicio de la soberanía delegada inmediatamente por la Constitución a los tribunales, es necesario que el rey, como encargado de la ejecución de las leyes en todos sus efectos, pueda velar sobre su observancia y aplicación»[12]. De esta manera se pretendía garantizar la independencia del juez mediante la inamovilidad en el cargo, al mismo tiempo que se le exigía fiel cumplimiento de sus obligaciones claramente expresadas en el principio de responsabilidad.

En el marco de libertades políticas y civiles que se pretende instaurar, el paso decisivo hacia la uniformidad se da al sancionar los artículos 248 y 258 de la Constitución gaditana, que sientan el principio de unidad de fuero para toda clase de personas en los negocios comunes, civiles y criminales y en el mismo sentido, un único Código Civil, Criminal y de Comercio para toda la Monarquía[13]. Con igual fin las demarcaciones judiciales deberían reorganizarse

[8] Argüelles, A. de: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812,* intr. de L. Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, págs. 77 y ss.

[9] *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes,* tomo I, sesión del día 24 de septiembre de 1810, Cádiz, Imprenta Real, 1811, pág 7.

[10] Herrero Herrero, C : *La Justicia Penal Española en la crisis del Poder Absoluto,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 326.

[11] *Ibídem:* sesión del día 3 de agosto de 1811, Tomo VII, págs. 282-306.

[12] Peláez del Rosal, M.: *Legislación orgánica y de administración de justicia,* Barcelona, 1974, pág. 11.

[13] Artola, M.: *Los Derechos del Hombre,* Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 114.

ajustándose a una nueva división territorial, prevista en el artículo 11 del texto, que permite asegurar la presencia de la ley en todos y cada uno de los rincones del país.

Sobre el organigrama que debía presidir la nueva administración de justicia local, la Constitución, en su Título V «De los tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal», dedicaba varios artículos a determinar las figuras con potestad judicial en primera instancia y remitía a futuras leyes las facultades de los nuevos cargos. Textualmente, el contenido de los mismos es como sigue: artículo 273, «Se establecerán partidos proporcionalmente iguales, y en cada cabeza de partido habrá un juez de letras con un juzgado correspondiente»; artículo 274, «Las facultades de estos jueces se limitarán precisamente a lo contencioso, y las leyes determinarán las que han de pertenecerles en la capital y pueblos de su partido, como también hasta de qué cantidad podrán conocer en los negocios civiles sin apelación»; artículo 275, «En todos los pueblos se establecerán alcaldes, y las leyes determinarán la extensión de sus facultades, así en lo contencioso como en lo económico.»

Ahora bien, la formación de los ayuntamientos constitucionales se realiza a través del *Decreto del 23 de mayo de 1812,* que prescribe la creación de alcaldes constitucionales en aquellos pueblos en que no había —por razones diversas— ayuntamiento, sobreentendiéndose que en las localidades donde sí hubiere, permanecerían las mismas personas hasta que se procediera a la elección. Desde ese momento, deberían cesar los antiguos titulares. Poco después, el 10 de julio de 1812, un nuevo decreto vendrá a redundar en este punto, exigiendo además el cese en sus funciones «no solo los regidores perpetuos, sino todos los individuos que actualmente componen dichos cuerpos, pudiendo estos ser nombrados en la próxima elección para los cargos de los nuevos ayuntamientos»[14].

La aplicación de esta normativa se vio interrumpida por la restauración del sistema político absolutista y la aprobación de una *Real Cédula de 30 de julio de 1814,* que ordenaba la disolución y extinción de los ayuntamientos y alcaldes constitucionales, así como el restablecimiento de alcaldes mayores y corregidores con las mismas facultades en lo gubernativo y contencioso que regían en virtud de las *Ordenanzas municipales del 18 de marzo de 1808.* Sin embargo, es preciso recordar que una *Real Cédula* anterior, 25 de junio de 1814, permitía transitoriamente la continuidad de las mismas personas que constituían los ayuntamientos existentes hasta la fecha, con el fin de evitar perjuicios a la administración[15].

Las alteraciones legislativas propias de este período, inciden sobre la nueva figura de los jueces de primera instancia. En el otoño se aprobó el *Reglamento del 9 de octubre de 1812*[16] que regulaba las competencias de las Audiencias y establecía —en el capítulo cuarto— juzgados de primera instancia en cada uno de los partidos judiciales que debían crearse a nivel provincial. Previendo cierta demora en la fijación de la nueva división judicial, y ante la insuficiencia de jueces letrados, dicho documento determina que sean los jueces nombrados por el soberano y los alcaldes constitucionales de los pueblos, quienes interinamente entiendan, desde esa fecha, en las causas civiles y criminales. Como consecuencia de ello, se establece que en los pueblos donde no hubiese juez, fuera el alcalde quien impartiera justicia, mientras que en las localidades dotadas de jueces de letras, se utilizaba una doble vía: o bien los alcaldes se anticipaban en el conocimiento de la causa a los jueces o, no existiendo esa prevención, quedaban reservadas a los alcaldes las causas civiles de menor cuantía (inferiores a 500 reales) o criminales leves[17].

Cuando en 1820, se recupera la normativa legal diseñada durante el anterior período liberal, afloran conflictos derivados de la misma. Un claro ejemplo de ello nos lo proporciona el pueblo sevillano de Aznalcázar. Al faltar el juez de primera instancia, José Joaquín Romero de Mármol, el alcalde constitucional Manuel Rul, expresa su confusión sobre la forma de proceder en las causas pendientes. Oficialmente, le remiten a la Constitución y a los decretos posteriores, instándole a que se atenga a la mera prevención del delito[18]. En situación parecida se encuentra el alcalde constitucional de Alosno, Nicolás Frayle, quien se había negado a remitir las causas que se seguían hasta entonces en su juzgado al juez de primera instancia de la villa del Cerro —nueva cabeza de partido— escudándose en el artículo primero del capítulo cuarto del Reglamento de octubre de 1812. Ahora bien, el jefe político le aclara el sentido de este artículo, explicando que fue dictado cuando todavía no se había realizado la distribución de partidos. Sin embargo, recuerda como en 1814, ya se establecieron éstos provisionalmente, por lo que, desde ese momento, debería regir la nueva normativa; en consecuencia, al juez de primera instancia del Cerro le competía los asuntos contenciosos que surgiesen en todos los pueblos integrados en su jurisdicción.

La indefinición reinante hace que surjan situaciones aún más complejas, encontrándonos con que otro juez, el del vecino pueblo de Niebla, reclama para su juzgado la competencia sobre algunos casos relativos a Alosno. Nuevamente, el jefe político tendrá que intervenir para deshacer el embrollo[19]. En este estado de cosas, nos encontramos con que

[14] *Decreto CLXXIX, de 10 de julio de 1812, dictando reglas sobre la formación de los ayuntamientos constitucionales,* en Fernández, T.R. y Santamaría, J. A.: *Legislación administrativa española del siglo XIX,* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pág. 693

[15] *Ibíd.,* pág. 702.

[16] *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias.* . Cádiz, 1811-13, vol. III, Decreto CCI de 9 de octubre de 1812: «Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia», cap. I-IV, págs. 98-123

[17] Cfr. Miguel Sánchez, Francisco de Paula: *Dirección teórico-práctica de alcaldes constitucionales,* 1821, publicado por el Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, págs. 263-267.

[18] A.H.N., Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Aznalcázar, 1820.

[19] A.H.N., Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Alosno, 1820.

algunos pueblos dejaron de ser cabeza de partido, en beneficio de otros, perdiendo por tanto las atribuciones inherentes a dicha categoría, como tal le ocurre a Constantina que fue sustituido por Cazalla en 1820.

El sexenio absolutista no significa la restauración total del sistema judidicial del Antiguo Régimen, puesto que perviven, en esta etapa, la supresión plena del señorío jurisdiccional y de la tortura. Respecto a los alcaldes, es presumible que también se mantuvieran aquellas personas elegidas constitucionalmente para el cargo, tal como asegura Sáiz Guerra[20], en consonancia con la real Cédula del 25 de junio del 14, pues en la etapa liberal del Trienio, buena parte de los alcaldes mayores se transformarán en jueces de primera instancia, lo que resulta más verosímil por la proximidad ideológica.

II. APLICACION DE LA NORMATIVA LEGAL Y CONFLICTOS QUE SUSCITA

En el proceso de implantación de los nuevos órganos administrativos civiles y judiciales, se plantea el conflicto en una doble vertiente: en primer lugar, el que se deriva de la creación y definición de funciones atribuibles a los jueces y su diferenciación respecto a los alcaldes constitucionales; y en segundo término, el descontento que, por razones diversas, suscita la adaptación de los cargos auxiliares al nuevo sistema.

Dentro de esta tipología, el conflicto se materaliza adoptando formas distintas según quienes sean los agentes que participen. Así tenemos ejemplos en que son los ayuntamientos constitucionales los que se oponen a la conversión de los alcaldes mayores absolutistas en jueces de primera instancia constitucionales, aún no siendo individuos liberales.

En este sentido, hemos encontrado un primer caso referido a Aracena y la deposición del juez de primera instancia, don Juan de Ribera y Alvarez, quien anteriormente era alcalde mayor de esta población[21]. Según se desprende de la documentación, dicho individuo gozaba de mala prensa en el pueblo y, en palabras del alcalde constitucional, sucesivos pasquines —en los tiemos del anterior sistema— venían a demostrar la animadversión que había generado siendo «apedreada e insultada su casa»[22]. Por su parte, el interesado acusaba de su defenestración a los miembros del ayuntamiento alegando que con fecha 5 y 7 de abril había comunicado el peligro en que se encontraba al habar sido despojado y amenazado por el pueblo «bajo y soez» que le pidió abandonara el lugar tal y como había acordado el ayuntamiento. Entendiendo que actuaba al amparo de la ley —*Decreto del 14 de marzo de 1820*[23]— exigió a los alcaldes constitucionales un procedimiento judicial instructivo para esclarecer quiénes eran los autores de los atropellos, así como la remisión de la causa a su juzgado donde se instruiría. Al no obtener respuesta de la corporación municipal, juzga a sus miembros cómplices en los mismos excesos, y señala como principal promotor de su destitución al síndico, don Isidro Granados, «hombre poderoso..., de millones en metálico..., y de poca instrucción», junto al que fuera alcalde en 1810, don Juan Tinoco y Mecías[24], y a don Joaquín Moya, resentidos todos ellos por no haber salido elegidos alcaldes, considerando que Ribera había influido en el resultado. Pide para todos ellos que se les impongan multas e incluso se les prive de sus empleos y derechos ciudadanos al haber incumplido los dos primeros artículos de los tres que comprende la *Ley de 14 de julio de 1811*[25]. Por lo que a él se refiere, insistirá en solicitar su reposición en lo contencioso y el pago de una indemnización, puesto que —afirma— se había visto obligado a abandonar Aracena al ser avisado por el vicario de un proyecto de sublevación.

Desde principios de abril, tuvo que intervenir reiteradamente el jefe político de la provincia al que se sumará el secretario de Gracia y Justicia, que exigen se cumpla lo establecido en el decreto de marzo, reponiendo a Ribera en posesión de sus atribuciones y mandando que se procediera contra el ayuntamiento constitucional.

La corporación municipal, constituida por los señores don Domingo Pérez Cañizares, don Miguel de Flores Moreno, don Miguel de Flores Moreno, don Miguel Galbán, don Antonio Márquez, don Isidro Granados y Oliva, y el secretario don Joaquín Nogales, se manifiesta a través del alcalde constitucional, don Mames Barrera y Monsalve, afirmando que, aun habiéndose ausentado Ribera voluntariamente por la intranquilidad que se percibía en el pueblo, ellos habían acordado en reunión de 4 de julio cumplir el mandato del gobierno político, sin lograrlo, a causa de una enfermedad que, acreditada por los facultativos, lo mantenía alejado del pueblo y por tanto ajeno a sus funciones. En suma, el ayuntamiento constitucional expone sus reticencias al cumplimiento de la ley por haber estado Aracena sometida a la jurisdicción señorial. A pesar de todo señalan su disposición a acatar mandatos superiores.

En su mediación, el jefe político —don Juan O'Donojú— trató de arbitrar la solución al conflicto disponiendo que se formara una comisión con jueces de primera instancia de otros partidos inmediatos para la reposición de Ribera. Sin embargo, éstos se niegan a tal propuesta alegando que no estaban dispuestos a abandonar su casa si no percibían dietas por ello. Con fecha 17 de julio, la autoridad provincial remitió un escrito al juez de primera instancia de

[20] Sáinz Guerra, J : *op. cit*, pág. 160.

[21] Ribera, había sido además alcalde mayor de Sanlúcar la Mayor en 1817-18, v. Gil Novales, A.· *Diccionario biográfico del Trienio Liberal*, Madrid, Ed. El Museo Universal, 1991, pág. 560.

[22] A.H.M., Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Aracena, 1820.

[23] Es preciso recordar que dicha normativa autorizaba a los alcaldes mayores (jueces de letras) para que interinamente administrasen justicia en sus respectivos distritos, a la vez que deberían cesar dichos jueces en todo poder gubernativo en el momento en que se hubieran constituido los ayuntamientos constitucionales.

[24] Por el estado de los expedientes no es posible discernir sobre su verdadero apellido: Tinoco o Finoco, *Ibid.*

[25] Este decreto aborda el tema de la responsabilidad de las autoridades en el cumplimiento de órdenes superiores, v Sáinz Guerra, *op. cit.*, pág. 387.

Fregenal, José de Zayas, quien días antes (29 de junio) se excusaba por no integrar la comisión debido a su salud. En el texto se le pedía que «acompañado del escribano de su confianza pase a la villa de Aracena y proceda de inmediato a poner en posesión de su destino a S. Juan Rivera y Alvarez, y en seguida tomando los conocimientos e informes de personas de providad e imparciales nombrará por sí Ayuntamiento interino para que pueda atender a los negocios pendientes y del servicio que ocurran, y conforme a la RO inserta formará correspondiente causa a los concejales actuales por sus procedimientos e inobediencia a la Autoridad Suprema de la Provincia». Su sucesor en el cargo, don Miguel Pablo Tenorio, vertía nuevas justificaciones y acusaciones para eximirse en la causa contra el ayuntamiento de Aracena alegando que se detectaba cierta tensión y que la opinión en favor de la libertad política yacía atacada por la influencia de varias personas entre las que se encontraban miembros del clero.

El contencioso abierto entre las autoridades constitucionales locales[26] y la persona de Ribera, que encarnaba el continuismo absolutista, se salda paradójicamente a favor de éste último, al hacer prevalecer la ley en el reajuste que sigue al cambio político. Efectivamente, según un expediente posterior el juez Juan de Ribera y Alvarez se hacía cargo de la «vara» el 4 de noviembre de ese año, sin considerar el rechazo que suscitaba dicha persona ni la reclamación de don Antonio Sánchez Pascual, quien había sido juez interino desde 1812 hasta 1814. En su defensa recordaba que su nombramiento lo realizó el jefe político don Manuel Ruiz del Burgo.

Inmersos en este tipo de conflicto hay otros casos representativos, tales como lo ocurrido en Olvera y Ecija. En el primero de ellos, el alcalde mayor, don Antonio Manuel Gámez y Lechuga, abogado de la Rl. Chancilería de Granada, expresaba su protesta en abril de 1820, por haberse incumplido en su caso el decreto de 14 de marzo, debido a la presión del ayuntamiento constitucional, que en su defensa aludía a las malas artes del alcalde, acusándole de grandes arbitrarierades, soborno, cohecho, y de los graves males causados a los fondos públicos en los cuatro años de ejercicio en el cargo. Finalmente, las autoridades superiores dan la razón a Gámez y Lechuga, apoyándose en el cumplimiento de la ley. En este sentido, el secretario del Despacho de Gracia y Justicia, ordena su reposición en la judicatura de primera instancia de Olvera, sin perjuiucio de que el consistorio elevara sus demandas al tribunal competente.

Distinta resolución se adopta en Ecija, al planteársele una situación similar al juez don Diego Bordalonga. Según asegura el alcalde constitucional, don Fernando Agustín de Aguilar, el día que se juró la Constitución en el pueblo, él salvó la vida y evitó el saqueo de la casa del juez, contra quien arremetió el pueblo al tratarse de un individuo odiado por ser el azote de dicha ciudad durante el anterior sistema. Según parece, ante la gravedad de los hechos, Bordalonga, se ausentó del lugar sin conocimiento del ayuntamiento, dejando pendientes muchas causas, razón que motivó las quejas del alcalde, quien criticó dicha actitud debido a los perjuicios que causó a la ciudadanía.

Como se pone de relieve en estos ejemplos, el rechazo de los jueces de primera instancia por parte de los ayuntamientos constitucionales presidía las relaciones entre ambos poderes durante este período transitorio, en el que se comprueba la pertinaz negativa de las antiguas autoridades a renunciar a sus tradicionales competencias, evidenciando con ello el choque de sistemas liberal y absolutista.

Es común denominador en casi todos los casos estudiados la contestación popular al desempeño de funciones judiciales por las mismas personas que ocupaban anteriormente alcaldías mayores. El pueblo se convierte en agente instigador del conflicto, al aflorar las tensiones acumuladas durante años por tanta arbitrariedad y agravio perpetrado contra él. Se entiende que el problema se plantea más en términos personales, que ideológicos; el enfrentamiento absolutismo-liberalismo, no explicaría por sí solo estas reacciones, dado el escaso influjo de las nuevas ideas en los sectores más bajos de la población.

El ejemplo más significativo lo encontramos en los odios suscitados por don Pedro José Moyano y Díaz, alcalde mayor de Huelva desde 1815 hasta 1820 en que se transforma en juez. Se le acusa de haber prevaricado e incurrir en penas por cohecho y varatería, pues recibió dinero para poner providencias contrarias a derecho. La prueba estaba en su rápido enriquecimiento a partir del momento de la toma de posesión como alcalde el 12 de julio de 1820. De ahí que se cuestione no sólo su conducta profesional sino también la personal, como su afición a la bebida, la falta de pago a sus empleados, o su promiscuidad. Textos como el siguiente son ilustrativos de tales críticas «... ha tenido una mujer de mala nota corriendo a su disposición y en casa de su confianza donde la mantenía con escándalo general del pueblo y con desavenencias entre el matrimonio, siendo un ejemplo de corrupción quien debiera contener los excesos públicos»[27]. El síndico procurador del ayuntamiento constitucional, don José de León, fue quien canalizó las quejas populares.

Como en anteriores casos, las autoridades interesadas en el cumplimiento de la legalidad vigente y sin atender a las demandas del pueblo[28], deciden la reposición de José Moyano como juez de primera instancia. Ahora bien, temeroso el denunciado reacciona contundentemente exigiendo la intervención de la fuerza armada para prevenir cualquier posible atentado contra su vida. A pesar de la negativa del jefe político a considerar sus demandas, Moyano se dirige directamente al brigadier comandante de las Armas de Huelva insistiendo en que necesita protección: «... el fuego de la conmoción en grande encendido, no es fácil apagarlo, sino es con el tiempo,

[26] El expediente relativo al asunto precisa el carácter constitucional del alcalde y los síndicos, a pesar de que Ribera se empeñe en calificarlos como «déspotas y criminales», *ibid.*

[27] A H H, Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Huelva, 1820.

[28] Es preciso señalar que unos treinta vecinos de la villa de Huelva dirigieron una carta al jefe político contra Moyano, *ibid.*

y el antídoto de las armas»[29]. En un acto claro de desobediencia, los alcaldes se niegan a cumplir la orden del jefe político aludiendo a los acuerdos del ayuntamiento y los fundamentos que existen para no darle la indicada posesión. No debemos olvidar que estamos ante un pulso entre los representantes directos del municipio y las instancias políticas superiores, que parecen olvidar cuál es la voluntad de esas personas al recordarles la observancia de las leyes:

> «Es escandaloso que contra el tenor de las leyes diga un pueblo que no quiere obedecerlas y la voluntad general de la Nación quede ilusoria para la particular de una persona moral cual es una población. Esto supuesto repito a V.V. que pueden hacer las acusaciones que sean justas y a que haya dado lugar la conducta observada por el juez de primera instancia ante tribunal competente, pero por ningún pretexto suspender su admisión al ejercicio de sus funciones. Las protestas que V.V. hacen son de ningún valor: en todo caso serán V.V. responsables de las operaciones del pueblo»[30].

Con cierta frecuencia encontramos anomalías provocadas por la demora en la toma de posesión de los titulares judiciales y en la delimitación del ámbito territorial que les corresponde. En estas situaciones, los alcaldes amplifican interinamente sus atribuciones en espera de los jueces de partido. Así don Benito Espinal y Sierra, alcalde de Constantina, dice que mientras no hubiera en Cazalla —cabeza de partido— juez de primera instancia, no estaba obligado a abandonar lo contencioso, remitiéndose al artículo 20, capítulo 2 de la Ley de 9 de octubre de 1812, donde se prescribía que ante la ausencia de jueces de partido por enfermedad o muerte, debían ser sustituidos por el primer alcalde del pueblo, a menos que alguno de ellos fuera letrado, pues en tal caso tenía preferencia. Igualmente se pronuncia don Francisco Sánchez, alcalde constitucional de Dos Hermanas y cuya cabeza de partido era Utrera. La denuncia por falta de juez es del mismo tenor que en el ejemplo anterior, sin embargo, resulta llamativo la delación contra el Secretario del ayuntamiento y el escribano, Francisco Nepomuceno Muñoz, por un caso de corrupción relativo a los expedientes de cuentas de los ayuntamientos correspondientes a los años 17, 18 y 19. Sobre este último dice el alcalde que era responsable, como hijo único y heredero, de la testamentaría de su difunto padre, anterior escribano, por tanto opina que tales circunstancias imposibilitaban a Muñoz para actuar en los citados expedientes, al ser parte interesada, «ni tampoco nombrar dos hombres buenos como prescribe la ley, pues lo que pudieran nombrarse, están relacionados familiarmente o por otros motivos con las personas que resultan responsables y esto quitaría credibilidad y exactitud a las resoluciones sobre esos asuntos»[31]. Así las cosas, la autoridad constitucional, pensó en una persona instruida en su oficio[32] para ocupar la escribanía, y solicita que se le habilite en el cargo pudiendo intervenir en esos y otros asuntos hasta el nombramiento del juez de letras de Utrera, cesando él en la jurisdicción contenciosa.

Ya hemos mencionado la transitoriedad que caracteriza el primer cuarto de siglo en relación con la reglamentación de los organismos judiciales y el marasmo que ello provoca, pero no debemos olvidar la incidencia que tiene esta política a la hora de recoger en sus respectivos estatutos los derechos y deberes del personal auxiliar judicial. Aspectos como la configuración de plantillas, la forma de proceder para el nombramiento de sus integrantes, el perfil de sus miembros, su movilidad o retribuciones, levantan ampollas y llenan pliegos de tinta.

Alusivos a esta problemática hemos encontrado expedientes relativos a Cazalla, Moguer, y Niebla, donde distintas personas solicitan nombramiento como procuradores aduciendo «limpieza de sangre», permanencia continuada en el ejercicio de ese empleo[33] o incluso, como formula uno de los demandantes del cargo en la villa de Trigueros —José María Barona y Villavicencio—, por encontrarse «en un estado de indigencia, con mucha familia... y haber sufrido la indiferencia del gobierno anterior hacia los españoles beneméritos de la patria»[34]. Desde Sevilla se contesta a los respectivos jueces recomendando la toma de posesión de los aspirantes (interinamente), siempre que no hubiera procurador en el juzgado y reunieran los requisitos exigidos, a fin de evitar mayor demora de la acción judicial.

La precariedad de medios se pone de relieve ante la demanda de los titulares de juzgados para dotarlos de personal y recursos materiales. El de Aracena, extendió su petición a las autoridades superiores tan pronto como ocupó la plaza (7 noviembre), explicando la falta de promotor fiscal, alguacil y alcaide, sin olvidar una mención al estado de la cárcel que «sólo sirve —dice— para afligir a los reos más que para asegurarlos» y denunciar la falta de papel de oficio con la consiguiente paralización de las causas y su tramitación, lo que, a su juicio, provocaba «males incalculables» para los presos. Al no tener subalternos nombró provisionalmente a Lucas de Anguiozar y García, promotor fiscal, en espera del informe de la Audiencia. A fines de diciembre este organismo da su conformidad por no encontrar motivos para negarle el cargo, dada su trayectoria profesional[35]. En cuanto al alguacil, se ordena que

[29] A.H.N., Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Huelva, 4 de julio de 1820.

[30] A.H.N., Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Sevilla, 23 de julio de 1820.

[31] A H.N , Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Dos Hermanas, octubre 1820.

[32] La persona elegida fue José María de León, escribano del ayuntamiento de Tocina y anteriormente, desde 1812, secretario del mismo. Este hombre había sido retirado del cargo en octubre de 1820, solicitando reiteradamente su reposición sin conseguirlo debido a la animadversión de los vecinos quienes le acusan de haber mostrado un trato despótico además de haber cobrado dinero indebidamente y apropiarse de tierras de propios, *ibíd.*

[33] Se trata de José María Suárez Espinosa y de Cristóbal de Osorio y Noriega, respectivamente, *op. cit.*, expediente de la villa de Cazalla, dic. 1820.

[34] A.H.N., Consejos, Leg. 12.237, expediente de la villa de Niebla, noviembre de 1820.

[35] Lucas Anguiozar, era abogado de los tribunales nacionales y residente en Alájar (pueblo cercano a Aracena), donde ejerció

sea el juez quien lo designe y la vacante de alcaide, la cubra el ayuntamiento, a la vez que se ocupa de mejorar las instalaciones carcelarias[36].

Teniendo en cuenta el derecho a una justicia igual para todos, el abogado de oficio toma una importancia inusual hasta el momento pero, quizá por lo bisoño de esta figura, su puesta en práctica provoca descontento y añade una más a las ya abundantes quejas que en materia de justicia se elevan a instancias superiores. La justicia era gratuita y el Estado debía ocuparse de las retribuciones aunque, durante las dos primeras experiencias constitucionales, eran los Ayuntamientos y Diputaciones los encargados de hacerlas efectivas. Tal era el espíritu de la ley, y en consecuencia la parte inculpada únicamente debía abonar los gastos del proceso, el papel y escritos según los aranceles tarifados para cada pleito.

En relación con la defensa del reo, los abogados de oficio debían atender la causa y colaborar con la justicia «graciosamente» —sin contrapartida económica cuando no la hubiera— o por lo menos así lo entendió el alcalde de Campana contra el que se querelló el licenciado Francisco del Barco, reclamando el cobro de 67 reales por asesorar de oficio a Antonio Guerra y Manuel Calzada, ambos pobres de solemnidad. Esta interpretación fue igualmente corroborada por las autoridades provinciales quienes deniegan el dinero al solicitante recordándole su deber de asistencia a la justicia independiente del cobro de emolumentos. Estos se pagaban a cargo de la partida señalada para «gastos de justicia y penas de Cámara» comprendida en los caudales de propios[37], no obstante al no disponer el ayuntamiento de fondos sobrantes —como ocurría en Campana[38]— ni poder obtenerlos a cargo de las multas, pues «no se exige ninguna y últimamente los reos no son solventes», los abogados debían atenerse a las circunstancias.

La falta de recursos se observa asimismo en las quejas de los jueces pidiendo fondos para posibilitar el nombramiento de subalternos[39]; o las de alguaciles, que rechazan su designación como tales por no suponerles beneficio alguno, más bien al contrario, un gran perjuicio, pues les obligaba a desviar parte de su tiempo hacia una actividad frecuentemente no remunerada. Por esta razón, en el pueblo de Gelves, Agustín Robles —de profesión albañil— pide que se le exonere del nombramiento de alguacil, señalando el daño material que le causaba y su recién empadronamiento en el lugar. Algo parecido le ocurre a uno de los vecinos de Alcalá del Río, Gregorio Delgado, quien rechazó el nombramiento para el cargo de alguacil mayor, dado por el alcalde, sin que el interesado lo hubiera pretendido ni solicitado, «máxime —dice— para un pobre que gana la vida con el sudor». El jefe político le dará la razón, instando al alcalde a que no le moleste más[40].

EPILOGO

Del resultado de los casos anteriores, se pueden seguir varias conclusiones. En primer lugar, el conflicto no es jurisdiccional, pues no se cuestiona el derecho y deber del juez para administrar justicia. Tampoco es conflicto de competencias en relación a un tipo de delito concreto. Se trata más bien de un problema personalizado así como garantista, provocado por la falta de credibilidad hacia las personas a quienes corresponde legalmente asumir las atribuciones judiciales, dada su trayectoria política y, en ocasiones, personal. Los prohombres del nuevo régimen no confiaban en el supuesto talante liberal de individuos que habían colaborado con un sistema autoritario, arbitrario y, en ocasiones, arribista y corrupto. Por su parte, el pueblo desideologizado, pero no por ello menos sensible al mal gobierno, acusa el golpe y reacciona haciendo aflorar su odio en momentos en que se tambalean los pilares del Antiguo Regimen.

En segundo lugar, considerando los contradictorios pareceres expresados por los implicados en el conflicto, tal como figura en los expedientes, cabe pensar también que en la confusión del cambio político, saltaran a la luz rivalidades, más o menos públicas, y se aprovechará para «saldar cuentas» personales, encubriéndolas bajo el manto ideológico. Esta hipótesis podría corroborarse a tenor de la fuerte división que se produce en las filas liberales durante el trienio y la tibia defensa del régimen en 1823, demostrando que entre estos elementos había también aduladores y falsos constitucionalistas, de manera que estos motivos —aunque menos relevantes— subyacen junto a las más notorias diferencias surgidas en relación con el alcance y materialización de las reformas.

En tercer lugar, la adaptación de la legislación a la nueva situación sufrirá un parón tras la puesta en práctica del artificio restaurador, que devuelve al país a su tradicional oscurantismo. En materia judicial, la brevedad del período recortó la vigencia de las normas aprobadas, además de dificultar la rectificación de los defectos legales y la superación de lagunas heredadas de la primera experiencia constitucional.

la judicatura, desde enero de 1819 hasta el 20 de marzo del año siguiente, tras ser nombrado por el Consejo de Castilla como Regente de la jurisdicción ordinaria de Aracena. Según consta en las fuentes, fue aceptado con «satisfacción» por sus habitantes y los de los pueblos de la comarca, desempeñando estas atribuciones hasta marzo de 1820 en que, instalado el ayuntamiento constitucional, cesó en ellas. Quedó en esta situación hasta el 4 de mayo, que fue nombrado juez de primera instancia interino, pero se le separó de sus funciones al aprobarse el decreto de 5 de septiembre sobre que subsistieran únicamente los jueces de los pueblos designado por cabeza de partido, y no siéndolo esa villa, debió renunciar, *op. cit.*, expediente de la villa de Aracena, nov.-dic. 1820.

[36] *Coleccion de los Decretos...*, vol. IV, Decreto 10 de septiembre de 1813, «Orden sobre el arreglo de los juzgados en los partidos de las provincias», págs. 227-28

[37] *Coleccion...*, Decreto CCIV, vol. IV, 13 de septiembre de 1813, «Nuevo plan de contribuciones públicas», págs. 229-237.

[38] El pueblo de Campana estaba encabezado en la cantidad de 150 reales para gastos por estos conceptos, pero en la fecha todavía no se había celebrado el repartimiento. *op cit*, expediente de la villa de Córdoba, 1820

[39] El juez de Fregenal, se quejaba de estar recibiendo causas y reos de los pueblos próximos, sin tener alguaciles con que atenderles por falta de dinero. v. *op. cit.*, expediente de la villa de Fregenal.

[40] A.H.N , Consejos, Leg 12 237, expediente de la villa de Alcalá del Río, 3 de mayo de 1820.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación

Miriam CUGAT

I. INTRODUCCION: Del «programa de decisión» a la «decisión programada»: fundamentos para un control de constitucionalidad en la aplicación de la ley penal

En estos momentos, en que el Proyecto de Ley Orgánica de 1992 se nos ha presentado como la esperada adaptación global del Código Penal (en adelante CP) a la Constitución, resulta comprensible que el análisis de la legislación penal venga a absorber la mayoría de las expectativas y esfuerzos doctrinales, en una carrera contrarreloj para que el texto definitivo, a la vez que se adapte a las nuevas directrices constitucionales, no peque de los defectos técnicos de sus antecesores. Sin embargo, un halo de escepticismo parece empañar una vez más las ilusiones puestas en la mencionada reforma, por razones que van más allá de la bondad o corrección técnica de ésta. Parece que la capacidad del sistema penal no está a la altura de las ilusiones puestas en él, a la vista de que, como mínimo en el caso del delito de violación aquí estudiado, no consigue cumplir de manera satisfactoria las funciones instrumentales a él encomendadas; motivo por el cual, actualmente se habla del cumplimiento de (meras) funciones simbólicas por parte de aquél. Ello nos conduce a pensar que precisamente en este momento, puede considerarse posible e incluso conveniente dirigir por un momento nuestra atención al aspecto de la aplicación judicial de la ley, sin temer perder el tren de la constitucionalización. Si bien es cierto que la adaptación del texto legal se está retardando demasiado, no es menos cierto que las *repercusiones jurídicas de la Constitución* no sólo se deben verificar en el *plano legislativo,* sino también en el *judicial,* el cual no es en absoluto secundario, sino condición de la eficacia del primero, como contrapartida de la validez del segundo.[1]

Siendo así que, el camino hacia la constitucionalización del ordenamiento jurídico pasa por la efectiva aplicación de los preceptos constitucionales, no nos podemos conformar en el plano teórico con la fundamentación del *carácter normativo de la Constitución*[2], su superioridad en el ordenamiento jurídico, y la aplicabilidad directa y prioritaria de sus preceptos. Por las mismas razones, tampoco parece suficiente limitarse a la exigencia de *adaptación a ella de la legislación,* a lo que se dirige el último proyecto de reforma del CP, como culminación de una serie de reformas parciales de este texto legal[3].

[1] Al respecto cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laternza, Roma-Bari, 2.ª ed., 1990, págs. 352-355 (Ed. castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid). Cfr asimismo A. Baratta, «La Jurisprudencia y la Ciencia Jurídica como fuente del Derecho», en *Las fuentes del Derecho,* Pubicaions i edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 44.

[2] El hecho de que el carácter normativo de la Constitución, constituye ya una premisa generalmente indiscutida de los trabajos de la Doctrina Penal, nos exime de la tarea de su ulterior argumentación. Cfr. en especial J. M. Escrivá Gregori, «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», *Papers. Revista de sociología*, n.º 13, UAB, Península, Barcelona, 1980, págs. 141-163; J. J. González Rus, «Teoría de la pena y Constitución», *Estudios Penales y Criminológicos* (en adelante EPC) VII, Universidad Santiago de Compostela, 1984; I. Berdugo Gómez de la Torre, «Derechos Humanos y Derecho Penal», *EPC,* XI, Santiago de Compostela, 1987, págs. 32-34; J. Bustos Ramírez, *Control Social y Sistema Penal,* PPU, Barcelona, 1987, págs. 396-398; L. Arroyo Zapatero, «Relaciones entre Constitución y Derecho Penal», *Seminario Derecho Penal y Constitución,* 10/6/1989 (ponencia mecanografiada), 1989, pág. 1. En el mismo sentido cfr. en especial: E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Civitas, Madrid (1.ª ed. 1981), 1988; J. Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1988

[3] El desfile de reformas del CP que suceden a partir de 1978, va precisando los contornos de los delitos sexuales, desprendiéndose progresivamente de connotaciones moralizantes, y buscando, si bien lentamente, sus raíces en el nuevo orden de valores, principios y derechos fundamentales. Entre las reformas que afectan al Título IX cabe mencionar en primer lugar las que se derivan de los «Pactos de la Moncloa»: Despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento (Ley 26 de mayo, 1978, n.º 22/78), modificación de los relativos a los anticonceptivos (Ley 7 de octubre 1978, n.º 45/78); reforma del estupro, el rapto y la disposición general del artículo 443 (Ley 7 de octubre 1978, n.º 46/78). En segundo lugar, cabe mencionar, la alusión directa a la «libertad sexual» que hace el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 —en adelante PLOCP— en la rúbrica del

Pero, si bien tal reforma legislativa no es suficiente, sí que es absolutamente necesaria, y por tanto no se puede subestimar la trascendencia del impulso dado por el legislador a favor de la protección de la libertad sexual, reconocida explícitamente en la legislación penal positiva a partir de la reforma de 1989[4], que sustituye la mención a la «honestidad» en la rúbrica del Título IX por la de «libertad sexual».

En definitiva, la completa adaptación del ordenamiento jurídico a la Constitución no se puede concebir sin una *«reforma jurisprudencial»*, que garantice que las previsiones del texto fundamental no acaben en la esterilidad. La necesidad de tal «reforma», afecta en especial la materia del *delito de violación*, en la medida que en la interpretación del precepto legal que lo recoge, aparecen declaraciones sobre temas como la moral o la libertad, que enlazan con los mismos fundamentos ideológicos del Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución: los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, la dignidad de la persona y sus derechos y libertades fundamentales.

Para llevar a cabo el objetivo del presente trabajo, que se propone controlar el grado de adaptación de la interpretación jurisprudencial del delito de violación (art. 429 CP) al cambio en el ordenamiento jurídico que supone la entrada en vigor de la Constitución, no se ha partido de definiciones a priori de los diversos elementos típicos del delito de violación y del bien jurídico protegido, con las que contrastar las definiciones judiciales, dado que el margen de discrecionalidad en la interpretación de los términos legales y constitucionales impiden la afirmación de un único significado constitucionalmente adecuado de los términos jurídicos. De hecho, constituye una premisa generalmente aceptada en la actualidad, la afirmación de que los preceptos legales permiten, un *espacio insuprimible*[5], *si bien reducible*[6], *de decisión judicial*, que es consecuencia de un *nivel irreducible*[7], *si bien «controlable»*[8] *de no-«univocidad» del lenguage jurídico*, al cual se añaden otro tipo de «imperfecciones» del ordenamiento jurídico[9]. Finalmente, cabe decir que, tal indeterminación de los términos legales se agudiza en supuestos como el de la interpretación y aplicación de los términos valorativos[10]. Por todo ello, este trabajo no se ha propuesto cuestionar la mera presencia de valoraciones en la Jurisprudencia, como tales permitidas y aún potenciadas por nuestro ordenamiento jurídico[11], y en especial por la Constitución[12]; ni tampoco limitarse

Título III (situado sistemáticamente a continuación de los delitos contra la libertad y la seguridad del Título II. Vid. M E.: 43; 660); si bien éste no descarta la protección de la «honestidad» (vid. Memoria Explicativa del PLOCP: 48; Exposición de Motivos· 659; 663). En el mismo sentido apunta la Reforma del CP por Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, a partir de la cual, el perdón relativo al delito de violación dejará de extinguir la acción penal; se desvincula la responsabilidad civil de las connotaciones tradicionales de la dote, basadas en una concepción de la mujer considerada insostenible, si bien se mantiene ésta como medida especial (art. 444); y se suprime la agravante por razón de sexo del artículo 10.16. También cabe recordar el contenido de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (en adelante PANCP), que propone la modificación de la rúbrica del que pasa a ser el Título VI, en la que se alude a la «libertad e indemnidad sexuales», y se coloca sistemáticamente este título, igual que en el PLOCP, después de los delitos contra la libertad en general (Título V), si bien de manera autónoma A tales reformas se añade la de la Ley Orgánica 5/1988 de 9 de junio, en virtud de la cual, se sustituye la noción de delitos de «escándalo público» por los de «exhibicionismo y provocación sexual». Finalmente cabe citar a la reforma del CP por LO 3/1989 de 21 de junio (vid. infra).

[4] Cfr. par. 20-22 del Preámbulo de la Ley 3/1989; Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 2/1990 sobre aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio (220)

[5] Tal aserción constituye un lugar común en la teoría jurídica Cfr. por ejemplo K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 8.ª ed., 2.ª reedición, Kohlhamer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1989, págs. 106-107; L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 99-100.

El escepticismo ante el modelo de la asepsia judicial, consecuencia de la desmitificación del ideal iluminista que proclamaba la absoluta claridad de la ley, en definitiva, la crisis del imperio de la lógica, no comporta sin embargo tanto, una negación de la validez de los criterios lógicos, como una ampliación de los tipos de criterios. En este sentido Cfr. C. Alchourrón-E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 304. Estos autores, si bien afirman con MacCormick, que «decidir no es deducir», no desdeñan la utilidad de las reglas de la lógica para la «reconstrucción» del razonamiento jurídico como una inferencia deductiva. En el mismo sentido se pronuncia E. Bulygin, en «Sentencia judicial y creación del derecho», en *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1992:356. Según este autor, si bien, dadas unas premisas, el razonamiento debe desarrollarse lógicamente, aquéllas se eligen a través de un acto de decisión entre otras posibles. De manera que la decisión fundada no es la única posible. En el mismo sentido también cfr. R. Caracciolo, en «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial», en *Análisis filosófico* VIII, n.º 1, 1988.42, quien habla de «razones alternativas». Al respecto cfr. también la distinción entre el «proceso de descubrimiento» y el «proceso de justificación» a la que se refiere R. Alexy, en *Teoría de la argumentación jurídica La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 220-221

[6] Cfr. A. Baratta, *Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 89; L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs 44, 98.

[7] Cfr. A Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Ed Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 112 y ss; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, pág. 46 y ss; K. Engisch, *op. cit.*, págs 106-137; L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 96-97.

[8] Tales «defectos» del lenguaje jurídico se pueden controlar y reducir al mínimo, de manera que se garantice, como mínimo tendencialmente, la certeza y la seguridad jurídica. A lo cual se consagra la *teoría garantista* expuesta por L. Ferrajoli, *op. cit.* págs. 6-7; 71-72, a la cual no le basta con la afirmación del «principio de mera legalidad», que sólo garantiza la *sujeción del juez «a» la ley*, sino que exige asimismo, el respeto del «principio de legalidad estricta», que aspira a la *sujeción del juez a la ley y «sólo a» la ley*, que requiere que las *formulaciones legales sean de carácter taxativo y con determinación empírica*, de manera que los *tipos tengan un significado unívoco y preciso*.

[9] Cfr. R. Alexy, *op. cit.* págs. 23, 274 quien a parte de referirse a la vaguedad del lenguaje jurídico, apunta la posibilidad de otros problemas como el conflicto de normas, la existencia de vacíos legales o las «decisiones contra legem».

[10] Cabe destacar que hasta la reforma de 1989, la «indeterminación» propia del lenguaje jurídico, en el supuesto del delito de violación se catalizaba por la interpretación de éste a la luz del concepto de «honestidad», el cual siguiendo los criterios de Engisch, se podría calificar de «indeterminado», «normativo», y hasta «valorativo».

P. Andrés Ibáñez en «Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces», *Sistema*, 1984, págs. 77-79, se refiere con gran plasticidad, a la profusión en esta materia de «conceptos-válvula», que convierten los preceptos legales en «disposiciones de integración diferida» por parte del juez, a través de las cuales éste introduce «sus» criterios

[11] En general, la Doctrina niega la «asepsia valorativa» del Derecho Penal. En este sentido Cfr. A Baratta, *Aspetti*, cit., pág. 88; Extracto de *La introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970; J. J. González Rus, *Teoría, op. cit*, pág. 288; R. Alexy, *op. cit.*, pág. 27-28; L. Ferrajoli, *op. cit*, pág. 352

[12] Respecto la vinculatonedad de los *principios y valores constitucionales*, para legislador y el juez cfr. A E Pérez-Luño, *Dere-*

a criticar la opción por determinadas valoraciones, cuando de hecho la Constitución y la ley las pueden llegar a consentir, y lo único que queda es plantear propuestas de «lege ferenda» o «sentencia ferenda» a favor de interpretaciones alternativas.

Lo que sí que se ha propuesto el presente trabajo, y a la vista de las mencionadas características del objeto de estudio, es el control de la justicia, igualdad o *racionalidad* en general, en la economía de distribución de un complejo sistema de valoraciones contenido en el ordenamiento jurídico[13]. En primer lugar, cabe decir que, para tal fin se ha realizado un *análisis cuantitativo contrastivo automatizado de las sentencias*[14], a partir de los métodos desarrollados por André Salem, en el Laboratorio de Lexicometría y Textos Políticos de la Escuela Nacional Superior de Fontenay-St. Cloud[15]. En segundo lugar, cabe mencionar que el control de «racionalidad» tiene unos *límites insuperables,* como reconoce el mismo R. Alexy (*op. cit.* 36-38, 177, 278-280, 304), pero, incluso con ellos, como pone de manifiesto L. Ferrajoli (*op. cit.*), el control de racionalidad permite la limitación (que no supresión) de la potestad punitiva y la tutela de la persona contra el arbitrio. En fin, podemos decir que con ellos se puede evitar, como mínimo de manera tendencial, que el «texto» se convierta en un «pretexto» de la introducción arbitraria de valoraciones subjetivas y hasta inconstitucionales del aplicador de la ley.

Una vez expuesto el tipo de control y asumidos los límites con los que se encuentra, cabe decir que dado que el control de racionalidad en la argumentación judicial se percibe especialmente problemático por la presencia de valoraciones, el objeto de atención preferente deberá ser el *bien jurídico* (lo cual no excluye la mirada a los elementos típicos más expresivos de éste). Y ello, en la medida en que el bien jurídico, cristaliza de manera concreta los valores protegidos jurídicamente, y en especial constitucionalmente, lo que lo erige en fundamento de la intervención penal (con efectos legitimadores o deslegitimadores en función del cumplimiento de sus requisitos)[16], e instrumento de interpretación de la ley. Respecto los criterios de determinación y fundamentación del bien jurídico, cabe decir que, si bien los valores a los que se refiere se encuentran ya en el ordenamiento jurídico (por el principio de legalidad), es cometido del bien jurídico, en tanto que criterio orientador de la interpretación, la exposición de manera clara y determinada de los valores que protege cada precepto penal (principio de seguridad)[17].

II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: El dilema entre la protección de la honestidad y la libertad sexual

A) Análisis del período 1967-1978. De la ilusión acerca de la «honestidad» y otros imponderables preconstitucionales

En este período, las afirmaciones sobre la protección de la libertad sexual, inician un camino aún no andado hasta el final ni por el mismo legislador, desgarrando una mítica unidad jurisprudencial por la fuerza de dos tensiones orientadas en sentidos opuestos (moral sexual/libertad sexual). Puesto que la confrontación todavía se resuelve a favor de la protección de la moral sexual, las referencias expresas que se hacen a la libertad sexual, no consiguen disociarse completamente de unos valores, de los cuales la mujer es el único titular, dado que por imperativo legal ella es el único sujeto pasivo posible[18]. De todas maneras, cabe reconocer que ya en alguna sentencia, la mención a la libertad sexual se desvincula de connotaciones relativas al género del sujeto pasivo, coherentemente con la categorización de ésta como derecho fundamental, predicable por tanto de cualquier persona (si bien no se puede olvidar que, otra vez por imperativo legal, la protección penal de la libertad sexual del hombre, aún sólo se puede articular a través de preceptos penales que prevén una menor pena para conductas equipara-

chos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 287; del mismo, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 63; E. García de Enterría, *op. cit.*, págs. 98-99; M. Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 74; T. Freixes-J. C. Remotti, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, CEC, Madrid, 1992, págs. 99, 101, 105-107 Respecto a la problemática concreta de los derechos fundamentales, los cuales por un lado deben respetar los valores superiores, y por otro incorporan determinado orden de valores cfr. en especial A. E. Pérez-Luño, *Los derechos fundamentales, op. cit.*, pág. 58-61; del mismo, *Derechos humanos, op. cit.*, págs. 282-283; A. Baratta, «Principios del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», *Doctrina Penal*, n.º 40, Buenos Aires, 1987, págs. 379, 623; I. Berdugo, *op. cit.*, 32; J. Bustos, *Control Social, op. cit.*, pág. 399; E. García de Enterría, *op. cit.*, pág. 73; Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 111, 116, 120; T. Freixes Sanjuán, *Constitución y Derechos Fundamentales, I-Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 85, 113-116; Martín-Retortillo-de Otto, *op. cit.*, 26, 56-57.

[13] Respecto a la necesidad —a la vez que dificultad— del control del complejo sistema de valoraciones, contenido en los ordenamientos jurídicos democráticos avanzados Cfr R Alexy, *op cit.*, págs. 28-29, L. Ferrajoli, *op. cit.*, 907-908.

[14] La aplicacion de este método, ha sido posible gracias a la ayuda material de la «Caixa de Sabadell» y el asesoramiento teórico y técnico de la doctora Lydia Romeu y el doctor André Salem

[15] Sobre la fundamentación y técnicas de aplicación de tales métodos cfr. A. Salem, *Pratique des segments repetes. Essai de statistique textualle*, INALF, París, 1987; A. Salem-L. Lebart, *Analyse statistique des donnees textuelles*, Dunod, París, 1988; de los mismos autores, «Approches du temps lexical». Statistique textuelle et séries cronologiques», *Mots*, 17, 1988; A. Salem-L. Romeu-T. Cabré, *Vocabulari de la Lexicometria*, Centre de Lexicometria, PPU, Barcelona, 1990; A. Salem-M. Tournier-P. Lafon-J. Lefèvre, *Maquinal. Principis d'enregistrament informàtic de textos*, adaptado por L. Romeu y T. Cabré, Centre de Lexicometria, PPU, Barcelona, 1992; A. Salem, «La Lexicomètrie chronologique. L'exemple du Père Duchesne d'Hébert», 1993, en prensa

[16] Respecto a la aplicacion de los criterios generales que se derivan del principio de protección de bienes jurídicos para el Derecho Penal Sexual cfr. J. L. Díez Ripollés, *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal Sexual*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 32-39, 113-107.

[17] Al respecto cfr. J. L. Díez Ripollés, *El derecho penal ante, op. cit.*, pág. 34, y en especial nota 107 en pág. 38, para quien «determinación» clara no es sinónimo de «inmovilización»

[18] Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 4/4/1972 (Repertorio Aranzadi —en adelante R.A.— 1546, STS 21/11/1972 (R.A. 4865); STS 5/2/1976 (R.A 340).

bles a la del delito de violación de la mujer)[19].

En general, en esta etapa predomina la defensa, directa o indirecta, de la protección de valores y sentimientos de contenido moral, amparada por la cobertura legal que ofrece la referencia a la *«honestidad»* en la rúbrica del Título IX del CP[20], resistiéndose a la evolución del ordenamiento jurídico positivo, que retira progresivamente a esta Jurisprudencia las bases sobre las que mantener sus posiciones. El carácter macrosocial o supraindividual del bien jurídico, explica la trascendencia del aspecto social, que recogen con especial intensidad los conceptos de «honor»[21], «honra»[22], «pudor»[23], haciendo referencia respectivamente, al aspecto de la consideración social de la mujer, su valor social y el sentimiento de ello, si bien a veces se usan de manera indistinta[24].

La necesidad de protección de tal aspecto social del bien jurídico, está en la base de las justificaciones del *requisito de procedibilidad* (denuncia previa), que parten de que la publicidad de los hechos se puede considerar tanto o más grave como su misma comisión[25], consecuentemente, el TS justifica el indulto parcial ante supuestos de mínima publicidad[26]. La misma concepción está también en la base de la justificación de la *gravedad de la pena*, que no cabe olvidar que se equipara a la del homicidio. Y en último lugar, explica la concepción de la *«dote»* del artículo 444, como tipo especial de indemnización para el sujeto pasivo del delito, destinada a compensar el «desvalor social» que sufre la mujer, quien además de las «consecuencias inherentes al trauma psíquico» sufrirá la «deshonra» y «capitidisminución social», determinada por la «orfandad» (respecto al «hombre»)[27].

La opción por la protección de la moral, acaba por convertir el juicio jurídico en juicio ético de los sujetos implicados, de manera que, el autor se define como un «grosero» y «perverso» agresor, que realiza una «bochornosa convivencia», o «acto carnal inmoral», «deshonesto», «irracional», «tortuoso», «monstruoso», «reprobable»; movido por «torpes y lujuriosos deseos», «malvado propósito» o «livianos designios». Y del mismo modo, no se descuidan los calificativos moralizantes en relación a la mujer, como se pone de manifiesto en la referencia a la «honradez», «buena fama», «condición moral», etc. de la víctima; aunque algunas sentencias afirmen la irrelevancia penal de la condición «honesta» del sujeto pasivo.

El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la «honestidad», predicable por igual de todos los sujetos pasivos del delito. A tal homogeneización, se llega a través de la mimetización de las diversas modalidades delictivas al modelo prototípico de la primera, la violación con fuerza o intimidación (violación «propia», «genuina» o «real»). De modo que, al resto de modalidades (violación «impropia» o «presunta») no se les atribuye suficiente autonomía como para desarrollarse al margen de la fuerza centrífuga que despliega el arquetipo del mencionado ap. 1. Es por ello que, en el resto de supuestos, en lugar de interpretarse la falta de voluntad como falta de capacidad para decidir o consentir, se suele interpretar como falta de capacidad para oponerse (concepto basado en una presunción *iuris et de iure* —pues a veces se hace a pesar de datos fácticos en contra— de que si la mujer hubiera podido se hubiera opuesto) y hasta como oposición implícita o presunta[28] (presunción que paradójicamente entra en contradicción con la negación de la capacidad para consentir, que aparentemente es el criterio que la diferencia del apartado 1)[29].

Siendo la protección de la honestidad el telón de fondo también de los supuestos de los *ap. 2 y 3*, la falta de capacidad para consentir sexualmente se reconduce a la *falta de capacidad «moral»* (o de conocer la «trascendencia», «importancia», «significado» o «moralidad» de los actos sexuales), con lo cual, se relativiza el avance que suponía la sustitución del concepto de «privación absoluta de razón»,

[19] Cfr. en especial la STS 15/12/1976 (R A. 5345).

[20] STS 13/5/1967, STS 27/2/1970 (R.A 1045); STS 13/10/1970 (R.A. 4019); STS 28/2/1974 (R A. 889); STS 28/5/1974 (R.A. 2440), en la que el TS considera que con el delito violación: «se ataca la llamada *moral sexual individual*, entendida como aquella parte del orden moral, que limita, por razones éticas las manifestaciones del instinto sexual en la comunidad nacional».

Igualmente: STS 18/12/1975 (R.A. 4862), STS 22/3/1976 (R.A. 1227) respecto al delito de «abusos deshonestos»; STS 25/1/1977 (R.A. 99); STS 8/3/1978 (R.A 874); STS 30/3/1978 (R.A. 1086); STS 23/5/1978 (R.A. 2034); STS 15/11/1978 (R.A. 3442).

[21] STS 12/4/1975 (R.A 1624); STS 22/12/1976 (R.A. 5515); STS 25/1/1977 (R.A. 99).

[22] STS 30/1/1968 (R.A. 713); STS 22/12/1976 (R.A. 5515); STS 15/12/1976 (R.A. 5345).

[23] STS 22/5/1970 (R.A. 2173); STS 4/2/1971 (R.A. 486); STS 14/11/1972 (R.A. 4824); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); finalmente en relación a los abusos deshonestos STS 17/2/1976 (R.A. 781).

[24] Cfr. STS 17/2/1976 (R.A. 781); STS 22/3/1976 (R A. 1227)

[25] STS 30/3/1978 (R.A. 1086).

[26] STS 23/5/1978 (R.A. 2034).

[27] STS 5/2/1977 (R.A. 322); STS 24/2/1977 (R.A. 672); STS 11/4/1977 (R.A. 1588).

[28] STS 16/5/1968 (R.A. 2505); STS 12/6/68 (R.A. 2908); STS 30/5/1970 (R.A. 2246); STS 13/10/1970 (R.A. 4019); STS 4/2/1971 (R.A. 486); STS 28/9/1973 (R A. 3386); STS 11/12/1973 (R.A. 4960); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); STS 9/6/1975 (R.A. 2824), STS 5/12/1976 (R.A. 340); STS 11/4/1977 (R.A. 1549); STS 23/5/1978 (R A 2034). Cfr. en especial STS 21/5/1969 (R.A. 2935): «*la misma falta de reacción defensiva de la ofendida, que al no constar que existiera, tuvo que llamar la atención* del procesado haciéndole comprender que se trataba de ser casi inconsciente».

También STS 28/5/1974 (R.A. 2440), que considera que en el ap. 2: «*de percatarse aquélla del alcance del acto con ella ejecutado se hubiera opuesto*, aunque no lo haga por carencia de razón.»

[29] Pero la Jurisprudencia oscila en este punto. A favor de la aplicación simultánea del ap. 1 y 3 (criterio de la negación implícita) la STS 8/2/1967 (R.A. 588), según la cual «la violación real confirma la presunta».

En contra expresamente de la anterior argumentación, y por tanto a favor de la incompatibilidad entre tales tipos, se pronunciará la STS 5/12/1976 (R.A. 340) (criterio de la falta de capacidad). Según la cual, la «oposición no demuestra inteligencia, ni supone conocimiento del alcance del acto carnal, sino defensa natural y primaria al margen de toda racionalidad, e incluso contra la fuerza ejercida sobre ella, ciertamente existente».

por el de «privación de la capacidad para consentir en aquel ámbito de la vida».

Consecuentemente con la idea de la «oposición presunta» del sujeto pasivo, en estos supuestos se hablará de *«fuerza presunta»* del sujeto activo. La imposición de tal criterio único, incidirá también en la aproximación entre los ap. 2 y 3. En este sentido, se puede observar la elaboración de criterios comunes, como el de la *«edad mental»*, que se puede considerar una verdadera creación jurisprudencial, pues no se deduce del precepto legal[30]. Al margen quedan algunas pocas sentencias, que se esfuerzan por autonomizar el bien jurídico protegido de los ap. 2 y 3 respecto al ap. 1.[31]

Si bien la sola referencia a la moral sexual, bastaba en principio para situar el bien jurídico en el ámbito de *protección macrosocial,* los términos con los que se menciona o incluso con que se ilustra la conducta típica despejan las últimas dudas que podían existir en relación al espacio que queda a la libertad sexual individual, que en efecto es reducido. El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a *cosificar* el objeto de protección, que se relaciona con la *«virginidad»* o «pureza» de la mujer; tal cosificación explica el extendido uso de expresiones que presentan *la relación sexual como un acto de «entrega»* de la mujer. En este sentido y por todas vid. STS 28/2/1974 (R.A. 889), que, con un vocabulario más *«militarizante»* que «militante», considera protegido,

> «el derecho de la fémina para decidir su entrega al hombre»

y considera que se debe valorar cuál ha sido la

> «causa de la entrega por su idoneidad, y del cese de la oposición de las dos voluntades en guerra, con el triunfo de la del violador.»

En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse «violar». Por ello, no es casual que la STS 28/9/1973 (R.A. 3386), se refiera a la protección penal de la «autorización» del «allanamiento» (sinónimo de «violación») de la «intimidad femenina».

En segundo *lugar,* y después de apartar («expropiar») el objeto de protección de la mujer, se *traslada* no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores *«supraindividuales»*, con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietaria y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella. Ello queda de manifiesto en las expresiones que recogen términos propios de los bienes jurídicos «supraindividuales» o «macrosociales», de manera que la agresión se convierte en un *«ultraje»*, ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia al mismo nivel que el bien afectado, tal como revela la *escenificación «militarizante»* de la agresión, y la exigencia de una *resistencia «heroica»*[32]. En este sentido, son especialmente reveladoras las declaraciones de la STS 6/6/1972 (R.A. 2988), que aprecia la oposición de una

> «resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física»

La introducción jurisprudencial del requisito de la *resistencia* como elemento «típico»[33], y hasta indicador de normalidad[34], (excediendo los límites del mero valor probatorio que pueda aportar, tanto respecto la fuerza típica, como la intimidación), vendrá

[30] Doctrina recogida en las sentencias que para aplicar el ap. 2 se basan en la edad mental del sujeto: STS 27/6/1967 (R.A. 3416); STS 5/6/1968 (R.A. 2804); STS 21/5/1969 (R.A. 2935); STS 29/5/1969 (R.A. 3005); STS 23/9/1969 (R A 4146); STS 26/1/1970 (R.A. 449); STS 22/5/1970 (R.A. 2175); STS 30/5/1970 (R.A. 2246); STS 15/2/1974 (R.A 764); STS 28/5/1974 (R.A. 2440); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); STS 9/6/1975 (R A. 2824); STS 21/6/1976 (R.A. 3122); STS 12/4/1977 (R.A. 1641); STS 23/5/1978 (R.A. 2034).

Tal equiparación conceptual lleva también a una confusión terminológica, que se puede apreciar en sentencias como la STS 28/9/1973 (R.A. 3386), que habla de la «impubertad cronológica».

Finalmente en alguna sentencia aislada se interpreta que el ap. 3 se refiere a la edad mental (en contra la doctrina prácticamente unánime de que el ap. 3 se refiere a la edad «cronológica»). Así, en la STS 20/3/1970 (R.A 1475), en la que se alego en un supuesto en que la niña tenía una edad cronológica inferior a doce años, pero de edad mental superior. La razón de que fuera inaplicado no fue por la incorrección del criterio, sino que no se consideró probada qué edad aparentaba la niña ni cuál era su «discernimiento». En el mismo sentido también la STS 11/12/1973 (R A. 4960).

[31] La STS 4/2/1971 (R.A. 486) afirma que el precepto del art. 429.3 quiere evitar· «impactar ética y psicológicamente con un trauma trascendente la vida del menor».

Así en la STS 22/3/1976 (R.A. 1227) el TS justifica la regulación del mismo supuesto diciendo que· «estos acaecimientos ocurridos en tan temprana niñez, producen con frecuencia efectos retardados, traumatizando, más pronto o más tarde, fuertemente la psique de la víctima de demasías sexuales, la que sufre grave impacto con consecuencias residuales de carácter anormal respecto a su futura y sana sexualidad una vez haya llegado a la pubertad».

También la STS 11/4/1977 (R.A 1549) subraya el trauma trascendente en la vida de la menor.

[32] Así la STS 28/2/1974 (R.A. 889) describe la violación como *«dos voluntades en guerra,* con el triunfo de la del violador», y hace referencia a la *resistencia «heórica»*.

En el mismo sentido: STS 10/10/1975 (R.A. 3624).

También la STS 15/12/1976 (R.A. 5345), que en un supuesto de violación con fuerza describe como ella *«termina rindiendose o capitulando»*.

Igualmente la STS 22/12/1976 (R.A. 5515): «imponiendose a la serie (sic), porfiada y continuada resistencia de ella, acabe doblegandola y sometiéndola a una conjunción sexual que en ningún modo deseaba y a la que se opuso con todo su poderío físico, bien logrando la capitulacion o rendición de la referida mujer».

Así como la STS 21/2/1977 (R.A 602): «las características que debe revestir la citada intimidación para que pueda juzgarse o reputarse eficaz e idonea, son las que, en cada caso, basten para que la *mujer capitule y se rinda, quedando subyugada por la dominante pasión y los acuciosos deseos lubricos del agente»*.

También la STS 31/5/1978 (R.A. 2050).

[33] STS 21/5/1969 (R.A 2937); STS 24/3/1971 (R.A. 1498), STS 6/6/1972 (R A. 2988); STS 30/6/1972 (R.A. 3465); STS 14/11/1972 (R.A. 4824); STS 28/2/1974 (R.A. 889); STS 16/2/1976 (R.A. 585) se refiere a la «vis grata puellis»; STS 15/12/1976 (R.A. 5345); STS 19/6/1977 (R.A. 2730), STS 8/3/1978 (R.A. 874); STS 9/10/1978 (R.A. 3124); STS 13/11/1978 (R.A. 3648), STS 15/11/1978 (R.A 3442).

En especial cfr. STS 31/5/1978 (R.A. 2050): «dado entre ambos vida al *binomio fuerza-resistencia, de cuya real e indispensable presencia o existencia depende en definitiva la calificación del hecho enjuiciado* como delito de violación».

[34] Así la STS 21/5/1969 (R.A. 2935), STS 1/6/1978 (R.A 2224).

a diluir los logros jurisprudenciales que consiguen renovar la concepción de la fuerza típica. Pues, si bien se sustituye el concepto de fuerza «absoluta» o «irresistible» por el de fuerza «suficiente» («necesaria», «idónea», «eficaz») al fin de «yacer»[35], que tiene en cuenta las circunstancias concretas del caso[36]; a su vez con la introducción del requisito de la «resistencia» («natural», «abierta», «evidente», «ostensible», «inequívoca», «verdadera», «seria», «firme», «tenaz», «porfiada», «constante», «mantenida», «prolongada») se acaba volviendo al punto de origen de la «fuerza invencible», pues la demostración de su «vencibilidad» cuestionaría seguramente su «seriedad» y destipificaría la fuerza. Quizás sea cierto, que el nuevo criterio no exija una fuerza tan grave (aunque se podría dudar de ello, a la vista de la reiteración en la apreciación de lesiones[37]), pero no es menos cierto que lo hace a costa de la introducción de criterios vagos que vienen a ampliar los márgenes de discrecionalidad judicial. Ello plantea problemas, en especial en el supuesto de tentativa, en el cual por definición no queda probada la «suficiencia» de la fuerza[38]. En todo caso, se debe reconocer que, en algunas sentencias no se hace referencia a la «resistencia», sino a la existencia de una «oposición»[39]. En definitiva pues, la fuerza típica se definirá como aquella capaz de vencer la resistencia[40], y el fin típico como el dirigido a lograr el yacimiento venciendo la resistencia[41].

En el reverso de la resistencia, está la llamada «*vis grata puellis*»[42], expresión con la cual la Jurisprudencia hace referencia al supuesto de la oposición formularia o «juego pseudo ruboroso y aparentemente recatado», ante una fuerza tácitamente consentida y hasta querida por la mujer, para hacer más atractivo el acto carnal. En este supuesto, el consentimiento «tácito», que se supone por su «normalidad»[43], eleva una presunción (en general contraria a la voluntad expresa de la mujer) a causa de atipicidad.

Finalmente, cabe decir que se toma en especial consideración (generalmente en sentido exculpante) el carácter instintivo e impulsivo de la sexualidad masculina. La idea de la «incontinencia»[44] del hombre no parece, sin embargo, tomar por sorpresa a la Jurisprudencia, cada vez que ante su presencia mitiga la reacción punitiva, sino que precisamente constituye uno de los presupuestos antropológicos de los que se parte, ya que no es sino la otra cara de la moneda de la desconfianza en la «autorregulación» moral de la persona y la consiguiente legitimación de la imposición coactiva de normas «heterónomas» en el campo de lo sexual.

Las afirmaciones sobre tal carácter, aparecen en la fundamentación del aspecto subjetivo del tipo, adjetivizado de «lúbrico», «lascivo» o «libidinoso», que se concibe como expresión de un instinto primario, al mismo nivel que el de alimentarse, del cual el aparato metafórico de la Jurisprudencia, extrae imágenes y expresiones como la del «apetito sexual» y las «necesidades de saciarlo». Aún más, el instinto no aparece como una mera característica del hombre, sino «la» característica, la misma esencia de la virilidad, en la misma medida en que se desconoce en la mujer «normal» (y por el contrario, se aprecia en la «anormal»)[45].

Las consecuencias penales de las anteriores afirmaciones se dejan ver de manera concreta en la *determinación de la pena*. En ésta, se tiende a la «desresponsabilización» del autor, quien es tratado no sólo como sujeto activo del delito, sino también y simultáneamente como «víctima»[46] de unos instintos

[35] STS 2/7/1970 (R.A. 3193); STS 24/3/1971 (R.A. 1498); STS 17/1/1973 (R.A. 235); STS 22/3/1974 (R.A. 1420); STS 17/3/1976 (R.A. 1167); STS 8/3/1978 (R.A 874); STS 9/10/1978 (R A 3124); STS 13/11/1978 (R.A. 3648)

[36] STS 30/6/1972 (R.A. 3465); STS 28/2/1974 (R.A. 889).

[37] STS 8/2/1967 (R.A. 588); 29/11/1971 (R.A. 5267); STS 23/5/1972 (R.A. 2644), STS 21/11/1972 (R.A. 4865), STS 17/4/1973 (R.A. 1768); STS 12/3/1975 (R.A. 1136); STS 12/4/1975 (R A. 1624); STS 6/5/1975 (R A. 1943); en la STS 2/10/1975 (R A. 3534) llegan a la muerte; STS 18/12/1975 (R.A. 4862); STS 16/2/1976 (R.A. 585), STS 18/11/1976 (R.A. 4822); STS 8/3/1978 (R.A. 874); STS 30/3/1978 (R.A. 1086); STS 9/10/1978 (R.A. 3124) Quizás a la vista de la proliferación práctica de tales lesiones en el delito de violación, la sentencia STS 28/2/1974 (R.A. 889) quiere aclarar que ello no se debe a ninguna exigencia el tipo: «que pueden inexistir a pesar del empleo de la violencia, máxime cuando ésta no es extrema, por actuar debilitándola la coacción moral antecedente y coetánea».

[38] Problemática que se plantea entre otras en la STS 24/3/1971 (R.A. 1498).

[39] STS 22/3/1974 (R.A. 1420), STS 12/4/1975 (R.A. 1624).

[40] STS 21/5/1969 (R.A. 2937).

[41] STS 6/6/1972 (R.A. 2988).

[42] STS 28/2/1974 (R.A. 889); STS 5/2/1976 (R A 340); STS 17/3/1976 (R.A. 1167); STS 15/12/1976 (R.A. 5345); STS 18/3/1977 (R.A. 1133); STS 31/5/1978 (R.A. 2050), en la cual el TS propone un indulto parcial; STS 1/6/1978 (R.A. 2224), STS 9/10/1978 (R.A. 3124); STS 13/11/1978 (R A. 3648); STS 15/11/1978 (R.A. 3442)

[43] Así en la STS 2/7/1973 (R.A. 2957) no se aprecia violación ni estupro porque lo único que se considera probado es que el sujeto eliminó los escrúpulos de la mujer «*siendo esto lo normal en toda entrega, en que la mujer generalmente deja hacer, o consiente tácitamente*, y hasta con oposición aparente».

En el mismo sentido STS 28/9/1973 (R.A. 3386) «consabida vis grata»; STS 19/12/1975 (R.A 4922); STS 21/2/1977 (R.A. 602) admite su existencia pero no la aprecia en el presente caso: «vis grata puellis» o a las *incitaciones o halagos varoniles normales y acostumbrados en cualquier juego erótico* y que lo sazonan aumentado su atractivo».

[44] Tal concepto no es extraño a la historia de la legislación penal española. De hecho ya aparece en el «Proyecto de Código Criminal de 1830», que en la rúbrica del Título 26 del Libro Primero dice «De los *delitos de incontinencia* de todas las especies». Igualmente en el «Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sáinz de Andino» la Sección 4ª del Título 10º dice «De los *delitos de incontinencia* con ofensa o daño privado».

[45] Curiosamente, sólo se reconoce en las mujeres cuando éstas se hallan «privadas de razón». Así la STS 15/6/1968 (R.A. 2951). Y la STS 26/1/1970 (R.A 449).
«*con la inteligencia y voluntad tan debilitadas, que dominadas por el instinto carnal* realizó, el acto, sin que el culpable tuviese que emplear fuerza ni intimidación»

(..) «*porque los actos de la vida vegetativa y sensitiva como propios de la vida animal, pueden realizarse sin la dirección de una inteligencia consciente, cual ocurre en los seres irracionales;* ya que no basta con saber que se realiza un determinado acto, sino que es preciso saber discernir su alcance y trascendencia para poder ejecutarlo o rechazarlo».

[46] La STS 23/5/1967 (R.A 2512); STS 15/10/68 (R.A. 4287) «*preso de un intento deseo lubrico... para dar satisfaccion a su apetito sexual*»; STS 21/5/1969 (R.A. 2937); STS 29/5/1969 (R.A. 3005); STS 12/6/1969 (R.A. 3620), STS 6/6/1972 (R.A. 2988), STS 17/1/1973 (R A 235); STS 22/2/1974 (R.A. 854); STS 28/5/1974 (R.A. 2440); STS 9/11/1974 (R.A. 4281); STS 18/12/1975 (R.A. 4862) «*satisfacer repugnantes instintos* de cap-

irreprimibles. Paralelamente a ello, la mujer no es tratada como una simple víctima del delito, sino como corresponsable del mismo, cuando de su conducta se deduce que ha actuado «provocativamente», es decir, cuando conduce al autor a una situación en la cual éste perderá infalible e irreparablemente el control, poniendo en peligro la honestidad que ella debe proteger. En definitiva, para la determinación de la pena, se contabilizan todos los elementos considerados relevantes desde los anteriores presupuestos. Y, a través de la aplicación de un especial juego de atenuantes, se compensará la gravedad de la conducta de violación, por un lado con las eximentes que se basan en el carácter instintivo del autor (9.1 en relación al art. 8.1 y 8.3[47], 9.2[48], 9.8[49]), y por otro, con las que tienden a la desresponsabilización del autor por la simultánea coculpabilización de la víctima, al no haber defendido como debía su «honestidad»[50]. En estos supuestos, la víctima aparte de presenciar como se le retira la protección penal, signo de un reproche que no encuentra otra vía de «sanción» a la que formalmente aparece como sujeto pasivo, que no sea la proporcional exculpación del autor; deberá soportar la sutil y callada complicidad que se muestra con la «sanción privada» que aplica a la mujer el varón «despechado», «decepcionado» y «frustrado», por la imposible expansión de unas legítimas expectativas sexuales, infundadamente despertadas por aquélla que después de «provocarlo» se «echa atrás» (cfr. en especial STS 22/12/1976 (R.A. 5515).

En síntesis, se desplaza parte de la atención del sujeto activo al sujeto pasivo, de manera que la calificación jurídico-penal definitiva del primero, parece depender de la previa calificación moral y más detenida del segundo[51], la que se expresa con una generosidad terminológica, que se echa a faltar en la adjetivación del sujeto activo, para quien se reservan términos más técnicos o neutrales[52], y que presenta a aquélla ora como «débil», «crédula», «inexperta», «pudorosa», «recatada», «impúber», «inmadura», «ingenua» o «candorosa», ora como «inmoral», «provocadora», «frívola», «ligera», «liviana», «fácil», «imprevisora», «promiscua», «propicia» y hasta «propiciatoria».

B) Análisis del período 1979-1988[53]. La llegada de la protección de la libertad sexual, y sin embargo, todavía despropósitos jurisprudenciales contra propósitos constitucionales

En esta etapa, las declaraciones jurisprudenciales ya no se pueden reconducir a una concepción considerablemente homogénea como ocurría en el supuesto anterior. Contrariamente, aquí se pueden identificar manifestaciones judiciales encuadrables en todas y cada una de las posiciones doctrinales, si bien unidas por una alusión generalizada a la libertad sexual. Como sea que nuestro oficio nos previene de la creencia en las casualidades, hemos buscado las razones de tales oscilaciones jurisprudenciales. De manera que, en la exposición del contenido de esta etapa, no se ha buscado tanto el factor denominador común de unas fundamentaciones judiciales esencialmente coincidentes, como los factores que deciden la fragmentación del anterior consenso.

En primer lugar, cabe decir que tales «razones» no son siempre ideológicas al 100 por 100, puesto que el vocabulario utilizado en la Jurisprudencia está condicionado por la *terminología legal* a la que debe

tar la *crudeza de la acción animal»;* STS 14/12/1976 (R.A. 5338) *«impulsividad e impremeditación el inculpado actúa movido, más que en ningún otro, por sus primarios instintos»;* STS 21/2/1977 (R.A. 602); STS 1/6/1978 (R.A. 2224).

Por todas, vid. la STS 29/3/1971 (R.A. 1508): «Que *las apetencias sexuales* son tan variadas que *apenas hay límite, ni muralla que las contenga*, y aunque a veces no resultan explicables para un hombre normal, es lo cierto que en la realidad se presentan, de múltiples formas y sin que el varón presente ninguna anormalidad intelectiva, aunque sea bien anormal el hecho que realiza».

[47] La STS 23/5/1972 (R.A. 2644) respecto a la psicopatía de desarrollo paranoico con delirio de celos, que se considera que pueda causar la imputabilidad disminuida del 9.1. del CP, en relación con el art 8 3. Si bien no la aplica al caso juzgado, en el que aplica la atenuante analógica en relación al art. 8.1.

[48] STS 11/12/1973 (R.A. 4960); por la «merma de sus *frenos psíquicos inhibitorios de los instintos»*, STS 22/3/1974 (R.A. 1420); STS 17/3/1976 (R.A. 1167).

[49] La STS 26/11/1971 (R.A. 5187) considera que a pesar de la clara voluntad en contra de la muchacha, se debe tener en cuenta la *«incitación del varón que aquélla produjera»;* pero no aplica la atenuante de *«arrebato»*, porque ni se alegó ni tendría efectos sobre la pena que ya se impone en el grado mínimo; la STS 12/4/1975 (R.A. 1624) pone especial énfasis en la *«responsabilidad» de la mujer* en la comisión del delito. Por lo cual considera que si se hubiera alegado, se hubiera podido aplicar la circunstancia del artículo 9.8, pero como no es así el TS propone el indulto; La STS 2/2/1978 (R A. 327) aprecia la circunstancia del 9.5, aún no habiendo sido alegada en primera instancia, porque como los hechos probados contienen todos los requisitos de aquélla, el Tribunal tiene la obligación de aplicarla incluso de oficio. Considera aplicable la circunstancia del 9.5 o 9.8, que es más genuinamente pasional. Entiende que los tocamientos que hiciera a la mujer con el consentimiento de esta constituyen *«estímulos poderosos para producir ofuscación* en la inteligencia y sobreexcitación en la voluntad determinantes de un obrar instintivo e irreflexivo».

[50] Cfr. STS 13/5/1971 (R.A. 2290); STS 26/11/1971 (R A. 5187); STS 23/5/1972 (R.A. 2644); STS 15/2/1974 (R A 764); STS 19/12/1975 (R.A. 4922); STS 14/12/1976 (R.A 5338); STS 22/12/1976 (R.A. 5515); STS 21/2/1977 (R.A. 602), STS 2/2/1978 (R.A. 327); STS 23/5/1978 (R.A. 2034). La STS 3/12/1979 (Jurisprudencia Criminal —en adelante J.C.— 1253) califica la conducta de la mujer como imprudente y traslada a ésta la doctrina de la «actio libera in causa», tratándola de manera equivalente al sujeto activo, STS 30/9/1981 (R.A. 3411). En contra, la STS 19/6/1977 (R.A. 2730) considera que no es prueba del consentimiento de la mujer al coito, el hecho de que hubiera consentido actos sexuales previos.

[51] La misma conclusión se desprende de la investigación sobre la Jurisprudencia relativa al delito de parricidio de C. Fernández Villanueva-A. I. Fernández Cantero-P. Orts Poveda, *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del Parricidio*, Ministerio de Cultura-Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, págs. 38, 46-66

[52] Se puede apreciar como la mujer aparece designada como la *«ofendida»; «víctima»; «hembra»; «fémina»; «agredida sexualmente»; «agraviada»; «interesada»; «mujer atacada»; «perjudicada»; «doncella»; «mujer»; «muchacha»; «chica»; «)joven»; «mujer incipiente»; «impúber»; «niña»*. Mientras que al sujeto activo se lo designa con los términos mas neutrales o técnicos como *«hombre», «procesado» «culpable»*, con ausencia del resto de términos equivalentes a los femeninos como el «chico» o el «muchacho» violador.

[53] A partir de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978.

atenerse, y que no predetermina la definición del bien jurídico en un sentido unívoco. En este sentido, el concepto de «honestidad» aparece en supuestos en los que la argumentación judicial se sirve de la alusión a la *rúbrica del Título IX*, bien para hacer consideraciones de tono general sobre todos los delitos contenidos en aquel título, bien para conectar los delitos del Título con otros externos a él, como con el delito de robo con violación. Si se tiene en cuenta que el uso de tal concepto obedece más a razones circunstanciales (redacción legal) que propiamente ideológicas, será fácil comprender que en este supuesto de robo con violación, aparezcan referencias a la libertad sexual, cuando interese afirmar expresamente que tal es el contenido del bien jurídico. Ello ocurre en los supuestos de delito continuado, en los que sólo la afirmación de un bien de carácter eminentemente personal, como la libertad sexual, permite excluir la aplicación de tal figura[54]. Igualmente en los supuestos en los cuales el sujeto pasivo es la prostituta, en los que se tiene presente que sólo la referencia a la libertad sexual y no a la «honestidad» permite extenderles la protección penal[55]. Además, de modo general, se puede apreciar una tendencia creciente a sustituir las referencias a la «honestidad» por las de la libertad sexual.

El influjo de la terminología legal, se hará notar también en los supuestos en que se hace referencia a las conductas que contempla el artículo 430 que contenía el delito de «abusos deshonestos» («agresiones sexuales» a partir de la reforma de 1989). Así, cuando se hace referencia a las conductas precedentes a la conducta de «yacer», se habla de «actividades deshonestas», «abusos deshonestos», o «actividades impúdicas», incorporando la misma expresión o sinónimas de la que caracteriza el «nomen» legal del delito, el cual será de aplicación en caso que quede probada la ausencia de la finalidad propia de la violación.

En segundo lugar, cabe decir que, determinados temas asociados en la etapa precedente a la fundamentación de la protección de la «honestidad» mantendrán unos vínculos privilegiados con la terminología propia de aquella concepción del bien jurídico, aún cuando en la misma sentencia se proclame la protección de la libertad sexual.

En concreto, y en primer lugar, en el supuesto de *mujer privada de razón o de sentido o menor de doce años,* se mantiene la tendencia jurisprudencial a considerar que el bien jurídico protegido es la «honestidad». Aunque, en supuestos de privación de sentido, se planteará también la protección de la libertad sexual, sobre la base de que el sujeto puede estar carente sólo temporalmente de la capacidad para consentir, y por tanto se le pueden reconocer espacios de libertad.

La referencia a la «honestidad» también aparecerá en supuestos de resistencia heroica o como mínimo tenaz de la mujer[56], propia, como ya se ha visto, de la concepción macrosocial del bien jurídico protegido. En la interpretación de este elemento, del mismo modo que hemos visto en otros lugares, se puede observar una evolución cronológica, en la que las referencias a la «honestidad» se verán progresivamente reemplazadas por las alusiones a la «libertad sexual»[57].

El tratamiento del problema de la *consumación* no es especialmente claro. Aquí, la referencia casi obsesiva al tema de la desfloración de la mujer, y con ello de su previa virginidad se presenta como una arma de doble filo, porque, si bien expresamente se reitera la irrelevancia de tal dato, el alto grado de recurrencia a tal argumento, muy por encima de las necesidades probatorias respecto al hecho de la penetración, puede hacer pensar que la anterior concepción no está completamente superada ni por los mismos jueces.

También en el tema del *perdón* aparecen las ideas propias de la protección de la «honestidad»[58], de la misma manera que en los argumentos relativos al *requisito de procedibilidad*[59], y en la doctrina sobre la *«dote»*[60].

Finalmente, la concepción antropológica del hombre como ser que actúa sexualmente movido por sus *instintos*, se mantiene incluso en aquellas sentencias que afirman la protección de la libertad sexual, aunque precisamente era uno de los argumentos de los que se servía el planteamiento que defiende la protección de un orden moral de carácter heterónomo, impuesto coactivamente al hombre[61]. De la misma manera que se ha visto en el análisis de la primera etapa, las referencias en este sentido aparecen de manera especial en el ámbito de la *tipicidad subjetiva*, en el que se mantiene la idea de que el ánimo delictivo es expresión de un instinto primario e irreprimible, con la consiguiente «adulteración» del contenido de la conducta típica, por obra de la introducción de unas «imágenes culturales» que tendrán una efectiva repercusión en la calificación jurídica de la conducta[62]. De tal caracterización de los autores como sujetos dominados por sus instintos[63], se des-

[54] Cfr. por ejemplo STS 19/12/1982 (J.C. 1621).

[55] Cfr por ejemplo STS 18/2/1983 (J.C. 206).

[56] Cfr en especial la STS 30/9/1981 (J.C. 3411): «cuando la joven ofendida resistió tenaz y largamente, la acometida sexual del más tarde fallecido, evidenció que no consentía ni deseaba el desafuero y que estaba dispuesta a oponerse a todo intento de yacer con ella (...) al desistir (...) merced a la porfiada resistencia de la ofendida, ya sabía y le constaba que ésta no accedía a ninguna extralimitación y que solo por la fuerza se podría doblegar su honestidad (...) sin que lograra poseerla gracias a la «fiereza», tenacidad y hasta ingenio de la citada ofendida».

[57] STS 6/2/1984 (J.C. 165); STS 17/2/1984 (J.C. 244): «para vencer la indudable oposición y resistencia con que la ofendida defendió su honestidad y recato moral que no pudo ser vencida por aquél, pese a sus malos tratos de palabra y obra (...) en su torpe y lascivo deseo y hasta qué extremos defendió su libertad y honor sexual la ofendida».

[58] STS 21/6/1982 (J.C. 862); STS 16/7/1982 (J C 1049).

[59] Así la STS 3/3/1984 (J.C 315)

[60] STS 20/2/1979 (J.C. 207)

[61] Así en la STS 6/5/1981 «lamentable hecho social revelador de brutalidad erotica y de regresión a épocas ancestrales de barbarie, actualmente superadas pero que permanecen latentes en la naturaleza humana» ( ) dada la animalidad que subyace en el ser humano (...)»; STS 8/6/1983 (J.C. 871) «delincuencia atávica y que encuentra sus raices en los más bajos instintos».

[62] En este sentido, cabe destacar que la STS 22/5/1980 (J.C. 624) no aprecia el delito de «abusos deshonestos» por la masturbacion que siguió al yacimiento, porque se considera que ambos hechos se resumen en una misma intención, un «idéntico móvil lascivo». Siendo irrelevante pues, que el contenido de la voluntad sea reconducible a la realización de dos conductas típicas.

[63] STS 5/2/1982 (J C 120); STS 30/5/1987 (J.P. 956). Lo cual como ya habíamos visto, definía al «hombre», de modo

prende su tratamiento como «semi-inimputables» casi por definición[64], en la medida en que se aprecian tipos de «enfermedades» «a medida» de los requisitos de las respectivas atenuantes[65]; como por ejemplo, la «perversión sexual» (STS 16/01/1986 (J.P. 31), la «psicopatía amoral de origen genético» (STS 22/12/1981 (J.C. 1542) o la «agresividad canalizada hacia la figura femenina»[66]. A tal caracterización es especialmente proclive el TS, ante supuestos en los que se prueba la ingestión de alcohol por parte del sujeto activo, en la medida en que se considera factor desinhibidor y hasta multiplicador de los impulsos, que fundamenta las correspondientes repercusiones en la determinación de la pena[67]. Tal caracterización, igual que en la primera etapa no sólo tiene la función de exculpar al sujeto activo, sino la de «culpar» correlativamente a la mujer que actúa sin tener en cuenta el peligro que acecha bajo cada figura masculina, y que no se protege como «debería» ante él, o hasta actúa de manera que provoca los «instintos» de aquél. Por lo que no es de extrañar que se le aplique al sujeto pasivo la figura de la *«actio libera in causa»* inicialmente concebida para el sujeto activo (STS 3/12/1979 (J.C. 1253).

Al lado de tales temas, se dan otros que contarán con un especial trato de favor en las argumentaciones defensoras de la *libertad sexual.*

Entre éstos se destacan las fundamentaciones del supuesto de violación con *fuerza* o *intimidación,* en las cuales se admite de manera unánime que se actúa «contra la voluntad de la víctima».

También en la definición del *sujeto pasivo,* se subraya que para la calificación de un sujeto como tal, es irrelevante su condición «honesta», si bien no es un criterio absolutamente firme en la Jurisprudencia. A favor de tal argumento, se aduce la asociación de la libertad sexual a los derechos y libertades fundamentales[68], como tales, relativos a cualquier persona, a cualquier mujer en este caso.

En las alegaciones de *delito continuado,* el TS se basa en el carácter eminentemente personal de la libertad sexual para descartar su aplicación en supuestos de violación, a diferencia de lo que ocurre con los otros delitos contra la «honestidad»[69]. No obstante, se mantienen conceptos propios de la protección de la «honestidad»[70]. Se puede considerar paradójico, que en este caso, la afirmación de la libertad sexual comporte en la práctica, la defensa de una pena exasperada, sólo aceptable a partir de las premisas contrarias, que defienden precisamente la protección de la honestidad.

En el tema del *consentimiento,* se aprecian vaivenes en la determinación del bien jurídico, que se pueden leer como el fruto del difícil equilibrio que se mantiene entre: las declaraciones de protección de la libertad sexual a las que se asocia por definición (y que se considera afectada en supuestos de actuación contra o sin la voluntad de la víctima), y las rémoras de la protección de la honestidad a la que se vincula por tradición (apreciables en el requisito de «resistencia», la tendencia a la homogeneización entre los diversos supuestos, etc.).

Finalmente, se puede destacar la relevancia del *factor temporal.* En este punto, los datos obtenidos a través de los programas informáticos que desarrollan los métodos de análisis cuantitativo pueden contribuir a corregir la idea que se podría desprender de una primera lectura de la Jurisprudencia, de que la protección de la libertad sexual es un tema resuelto porque ya se menciona de manera generalizada en la Jurisprudencia. Efectivamente, como demuestran los datos obtenidos a través de tales métodos, la referencia a la libertad sexual es prácticamente unánime, pero a la vez muestran que hay una renovación a lo largo del tiempo del aparato terminológico general (fenómeno conocido como «tiempo léxico»). Por ello, la explicación de tal evolución no se puede buscar en la determinación expresa del bien jurídico protegido, sino en la interpretación concreta de los elementos típicos delictivos, expresiva del ámbito de relación social concreto que efectivamente se protege.

Entre los términos soporte de tal evolución, se pueden destacar entre otros, aquellos con los que se designa al sujeto pasivo. Al respecto, se puede observar una evolución a lo largo del tiempo, que parte del uso predominante del término «ofendida», en el cual se enfatiza el «sentimiento» del sujeto pasivo respecto a la acción agresora, como sucedía con la «honra», y el de «víctima». Este término se sustituye progresivamente por otros más técnicos, como «perjudicada» o «denunciante». A pesar de tal evolución, algunos temas, como el de la dote, continuarán siendo proclives a utilizar el vocabulario propio de la primera etapa estudiada.

Respecto a la *mujer privada de razón,* se mantiene la interpretación propia del período preconstitu-

que la referencia al instinto sexual en la mujer sólo aparece cuando se la considera inimputable. Cfr. STS 17/3/1981 (J.C. 367).

[64] STS 18/4/1980 (J.C. 440); también la STS 20/1/1982 (J.C. 36), en la que se aplica la atenuante del art. 9.1 en relación con el art. 8.1; STS 31/3/1984 (J.C. 493); STS 16/1/1986 (J.P. 31); STS 31/1/1986 (J.P. 127), STS 23/4/1986 (J.P. 580); STS 18/6/1986 (J.P. 904), en las alegaciones del recurrente; STS 26/9/1986 (J.P. 1156); STS 31/1/1987 (J.P. 139), «psicopatía desalmada»; STS 30/10/1987 (J.P. 1994); STS 7/11/1987 (J.P. 2110); STS 23/2/1988 (J.P. 480); STS 12/3/1988 (J.P. 671).

La misma asociación del hombre a tal actuación instintiva y pasional lleva a la STS 22/12/1986 (J.P. 1737) a negar la posibilidad de aplicar la atenuante de arrebato u obcecación, a la vista de que la «pasión sexual» es considerada ingrediente del mismo delito. Con lo cual si bien aquí no comporta efectos atenuantes, acaba por reafirmar una imagen que actua en general en tal sentido. En el mismo sentido STS 3/12/1979 (J.C. 1253).

[65] Al respecto cfr. Fernández et al., *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del Parricidio,* Ministerio de Cultura-Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, págs. 42, 60.

[66] Que permite a la STS 3/7/1987 (J.P. 1220) aplicar la circunstancia atenuante del artículo 9.1 al artículo 8.1

[67] STS 25/11/1983 (J.C. 1568); STS 9/12/1988 (A.TS).

[68] STS 17/3/1981 (J.C. 367); STS 2/2/1984 (J.C. 139).

Al respecto, cabe recordar que en la STS 7/11/1987 (J.P. 2110), el TS acordo elevar al Gobierno una Exposición dirigida a promover una reforma legislativa, para que se incluyeran otros tipos de «yacimientos» («contra natura») entre personas de distintos e iguales sexos, de manera que quedara protegido el hombre en las mismas condiciones que la mujer.

[69] Cfr. STS 22/1/1979 (J.C. 60); STS 21/4/1980 (J.C. 451); STS 25/6/1981 (J.C. 897); STS 31/1/1986 (J.P. 127); STS 21/3/1986 (J.P. 429); STS 7/3/1988 (J.P. 625); STS 18/6/1988 (J.P. 1599), la STS 13/12/1988.

[70] STS 22/1/1979 (J.C. 60); STS 6/2/1979 (J.C. 123); STS 27/10/1981 (J.C. 1204).

cional de que es necesaria la capacidad de conocer la trascendencia o valoración moral de sus actos. De la misma manera, se recurre todavía al criterio (ahora con mero valor indiciario) de la edad mental[71]. De todos modos, se introducen nuevos criterios interpretativos que alejan esta Jurisprudencia de la anterior. En este sentido, se empieza a equiparar este supuesto al de alienación del artículo 8.1[72], y se introduce el requisito del «abuso»[73], avanzando de este modo el contenido de la reforma de 1989.

También se vuelve la mirada a interpretaciones preconstitucionales, en el tratamiento judicial de la *resistencia*[74], y de la *«vis grata puellis»*[75], neutralizándose con ello, el avance que suponía el criterio de la fuerza relativa («suficiente», «eficaz» o «adecuada»)[76], o como mínimo subordinándolo a criterios de discrecionalidad judicial. El progreso respecto tal jurisprudencia se consigue aquí con la admisión de un supuesto mixto de «fuerza-intimidación»[77], en el que caben aquellos supuestos en los que no se aprecia una fuerza invencible, a partir de la consideración de que la primera cantidad de fuerza tendría efectos intimidantes[78]. Tal evolución en la interpretación es acompañada por una paralela evolución en el uso del vocabulario, en el que se sustituirá progresivamente el concepto de «resistencia» (de la «víctima» u «ofendida») por el de «oposición» (de la «víctima», en especial del delito de robo con violación), y con ello unos requisitos del elemento típico por otros.

III. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, a partir del análisis de la Jurisprudencia, observamos que a supuestos de hecho equivalentes, dadas las premisas de las que de manera explícita parte el juez en su argumentación, se les asignan soluciones jurídicas diversas. Así por ejemplo, la prueba de la oposición de la mujer recibe diferente trato en supuestos equivalentes de violación con fuerza, en función de si se aprecia o no una previa provocación de la víctima[79]. La primera conclusión apunta pues, en el nivel de la *fundamentación interna*[80], *a la denuncia de la afección al principio de universalidad, con las consiguientes repercusiones en el principio de igualdad*, que impone como ha reiterado el Tribunal Constitucional, tratar igual aquello que es igual, lo cual no se cumpliría, al tratar diferente aquello que se diferencia sólo en función de unas premisas ilícitas, y por tanto incapaces de fundamentar un trato desigual.
2. El método de análisis de contenido contrastivo automatizado, nos ha ayudado a descubrir las premisas implícitas presentes en la argumentación judicial[81], y que hemos localizado a través de la asociación de determinado vocabulario a conceptos relevantes jurídico-penalmente, que se ha leído como indicativo de la «opinión» judicial sobre ellos. A la vista de tales premisas «implícitas», la «irracionalidad» a la que nos referimos en la primera conclusión se revela como la otra cara de la moneda de una *«lógica real» y diferente de la «explícita»*[82], la cual explica mucho más sa-

[71] STS 28/3/1979; STS 17/03/1981 (J.C. 367), STS 21/4/1981 (J.C. 539); STS 7/10/1981 (J.C. 1112); STS 27/10/1981 (J.C. 1204); STS 5/2/1982 (J.C. 120); STS 3/3/1984 (J.C. 315), STS 20/12/1985 (J.C. 1886); STS 31/3/1986 (J.P. 464).

[72] STS 28/3/1980 (J.C. 372); STS 7/5/1983 (J C 671).

[73] STS 7/10/1981 (J.C. 1112), citando al PLOCP; STS 24/10/1981; (J.C. 1195); STS 5/2/1982 (J.C. 120); STS 23/5/1985 (J.C. 837); 22/1/1986 (J.P. 53); STS 30/5/1987 (J.P 956); STS 10/10/1987 (J.P. 1761).

[74] STS 12/11/1980 (J.C. 1238), STS 20/11/1980 (J.C. 1287); STS 6/5/1981 (J.C. 601); STS 1/6/1981 (J.C. 767); STS 16/11/1981 (J.C. 1308); STS 10/7/1982 (J.C. 991); STS 18/2/1983 (J.C. 206); la STS 7/5/1983 absuelve ante la prueba de oposición pero no de resistencia; STS 28/11/1983 (J.C. 1568); STS 2/2/1984 (J.C. 139); STS 17/2/1984 (J.C. 244); STS 19/2/1984 (J.C. 247), que considera que la víctima no opuso la suficiente resistencia ante la simple amenaza de hacerla llegar tarde a su casa; STS 2/7/1984 (J.C. 1038), STS 28/5/1986 (J.P. 789); STS 27/6/1986 (J.P. 957); STS 3/11/1986 (J.P. 1368) no considera suficiente la presencia de una «negativa inconsistente o un enfrentamiento formal, más o menos convencionales, insuficientes para tildar de violento el ataque sexual»; la STS 17/3/1987 (J.P. 423) niega el requisito de la presencia de una resistencia heroica, y considera suficiente que sea real, decidida, razonable y de suficiente entidad; en el mismo sentido la STS 24/6/1987 (J.P. 1148), que considera que tal exigencia sería discriminatoria para los sujetos pasivos de este delito en relación con otros en los cuales no se exige; STS 21/3/1988 (J.P. 745); STS 6/4/1988 (J.P. 883); STS 19/10/1988 (A.TS 126); STS 19/10/1988 (A.TS. 131); STS 24/10/1988 (A.TS. 179); STS 27/10/1988 (A.TS 202).

[75] STS 20/11/1980 (J.C. 1287); STS 6/5/1981 (J.C. 601); STS 1/7/1982 (J.C. 918); STS 7/5/1983 (J.C. 671); STS 5/10/1985 (J.C. 1379); STS 6/4/1988 (J.P. 883); STS 15/4/1988 (J.P. 937); STS 19/10/1988 (A.TS. 126); STS 27/10/1988 (A.TS. 202).

[76] En este sentido Cfr STS 22/5/1980 (J.C 624); STS 16/11/1981 (J.C. 1308); STS 1/7/1982 (J.C. 918); STS 2/6/1986 (J.P. 804); STS 26/9/1986 (J.P. 1152), STS 3/11/1986 (J.P. 1368); STS 10/5/1988 (J.P. 1210). En contra: STS 23/5/1979 (J.C. 648).

[77] STS 12/11/1980 (J.C. 1238); STS 5/2/1981 (J.C. 115); STS 15/12/1981 (J C 1489); STS 12/6/1985 (J.C. 967); STS 29/2/1988 (J.P 543).

[78] STS 6/5/1981 (J.C. 601)

[79] En Fernández y otros, *op. cit.*, se pueden encontrar datos sobre el grado de respeto al principio de igualdad, en la jurisprudencia pre y postconstitucional sobre el parricidio.

[80] Se debe subrayar que en el esquema teórico de Alexy, el criterio para distinguir la fundamentación interna de la externa depende del objeto de análisis: las premisas a partir de las cuales se desarrolla la fundamentación (externa), o el desarrollo a partir de las premisas (interna). En cambio en la teoría de Ferrajoli y Baratta, la distinción entre la justificación interna o intrasistemática respectivamente, y la externa o extrasistemática, depende de su ubicación dentro o fuera del ordenamiento jurídico positivo

[81] Con el concepto de «premisas implícitas» nos referimos a datos contenidos de manera explícita en la Jurisprudencia (puesto que el análisis se ciñe exclusivamente al discurso judicial publicado en las colecciones oficiales de sentencias del Tribunal Supremo), pero que no se toman directamente como premisas de la argumentación jurídica.

[82] Respecto al concepto de «lógica del funcionamiento y funciones reales del sistema» cfr. A. Baratta, «Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social», *Estudios Penales y criminológicos*, XI, 1989, págs. 45-46.

Respecto al carácter «ideológico», y en concreto político, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. el trabajo de F. J. Bastida, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, págs. 14-16 En el mismo sentido, y respecto a los delitos contra la «honestidad»/«libertad sexual» cfr. el trabajo de J. J. Ruiz-Rico, *El sexo de sus señorías. Sexualidad y tribunales de justicia en España*, Ed. Temas de hoy, Madrid, 1991, en el cual expone los «arquetipos» por los que se rige la «lógica real» de una Jurisprudencia, que concibe como espejo de los valores sociales. Respecto a la aplicación por parte de los jueces de valores cul-

tisfactoriamente las oscilaciones jurisprudenciales en la interpretación de unos mismos elementos típicos, y que en definitiva se reconduce a la «moral sexual social». A tal «segundo código», denunciado por la Criminología Crítica desde su identificación inicial por McNaughton-Smith[83], se podría añadir en el terreno de lo sexual hasta un doble nivel de segundo código, pues, pareciera que la moral sexual que fluye paralela a los valores positivizados, y que parece explicar la «lógica real» de la argumentación judicial, contiene su propia hipocresía[84].

3. Finalmente, en el nivel de la *fundamentación externa*, cabe denunciar la presencia de premisas (implícitas) cargadas de *estereotipos o valoraciones culturales contrarios*[85] a los valores constitucionales. Al respecto cabe precisar en primer lugar, que no se objeta el mero recurso a los estereotipos, puesto que a la vista de las actuales investigaciones de psicología social, se reconoce su asociación al proceso de significación de lo real, así como su inevitabilidad en los procesos de comunicación[86]. Sin embargo, su utilización en la argumentación jurídica, *no se puede admitir sólo por sus «funciones prácticas», si estos estereotipos contradicen los valores constitucionales*, como el de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 1 y 14 de la Constitución), y ello, porque el juez, en virtud del artículo 9.2 del mismo texto legal, está obligado a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»[87], a lo que se opondría una utilización de estereotipos «inconstitucionales», que además por la fuerza del «precedente», acaban elevándose a la categoría de «elementos típicos de hecho»[88], o «presunciones *iuris et de iure*», con efectos tan reales como discriminadores[89]. En este sentido se pueden criticar ideas jurisprudencialmente acuñadas como la de «resistencia», la «vis grata puellis», la presunción de inmadurez sexual de la víctima menor de doce años, el móvil pasional del autor, etc. En último lugar, cabe advertir que, con ello no se pretende negar la posibilidad de apreciar en los hechos probados la efectiva presencia de resistencia, o de elementos que fundamenten la atenuación de la inimputabilidad del autor, sino plantear la ilegitimidad que supone considerar tales ideas, estereotipos, como patrones de lo que representa una «verdadera» violación, puesto que con ello no sólo se adultera el contenido estricto del precepto legal, en el cual se introducen de contrabando nuevos elementos de creación jurisprudencial, sino que además se contradicen valores constitucionalmente reconocidos.

turales en estos delitos cfr. también P. Andrés Ibáñez, *op. cit.*, págs. 79-82, 85.

[83] Concepto acuñado por McNaughton-Smith, en «The Second Code Toward (or Away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency», *The Journal of Crime and Delinquency*, vol. 5, 1986.

[84] En este sentido es interesante la afirmación de Ruiz-Rico, *op. cit.* 42-45, quien observa agudamente que la misma cultura que valora una relación como legítima, en tanto que contribuye a mantener el orden», incita a la ilegítima, a la cual se le supone la quinta esencia de los placeres.

[85] Actualmente, parece admitirse la trascendencia de las valoraciones en la determinación de los hechos, tanto si se parte de que constituyen «prejuicios» de la calificación jurídica (F. J. Bastida, *op. cit.*, págs. 15, 22), que surge de una sentencia estructurada formalmente en dos fases, como si, se parte de la existencia de un proceso unitario, que reconoce un nexo dinámico entre interpretación y aplicación, en el fenómeno que desde Hassemer, se ha venido a conocer como la «espiral hermenéutica». Al respecto cfr. las reflexiones de A. Baratta en *la introduzione, op. cit.*, págs. XXI-XXII, así como en *La Jurisprudencia, op. cit.*, págs. 42-43, sobre la interrelación entre el momento «Interpretativo» (del enunciado normativo, premisa mayor) y «aplicativo» (interpretación de los hechos, premisa menor). Respecto a la introducción de estereotipos en la Jurisprudencia alemana sobre delito de violación vid. el completo trabajo de M. H. Abel, *Vergewaltingung. Stereotypen in der Rechtsprechung und empirische Befunde*, Beltz, Weinheim-Basel, 1988.

[86] Tal es la concepción sobre los estereotipos que se mantiene vigente en los estudios de psicología social desde los años setenta. Con la cual se supera la inicial concepción negativa vigente en los años treinta-cuarenta, que los identificaba con actitudes individuales, irracionales, impregnadas de «prejuicios», incorrectas y hasta patológicas (J. L. Sangrador, «Esterotipos y cognición social: una perspectiva crítica», *Interacción Social*, Madrid, 1/1991.

[87] Respecto a las repercusiones del poder judicial en el conocimiento y percepciones de los ciudadanos, cfr. A. Garzón, «Psicología social y Tribunales de Justicia», en *Psicología social y sistema penal*, compilación a cargo de F. Jiménez Burillo y M Clemente, Alianza editorial, Madrid, 1986, págs. 136-137. En concreto, respecto a la incidencia de las concepciones judiciales sobre el delito de violación, en el comportamiento de la policía y el Ministerio Fiscal vid. M. H. Abel, *op. cit.*, págs. 248-250.

[88] En este sentido y respecto a la introducción judicial del requisito de la «resistencia» en la apreciación del delito de violación cfr. C. Suay Hernández, «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», *La Ley*, 1992. En Baratta, *La Jurisprudencia, op. cit.*, pág. 45, se puede encontrar una crítica a tal proceso de «tipificación jurisprudencial». Se pueden encontrar ejemplos de tales «creaciones judiciales» también en F. J. Bastida, *op. cit.*, pág. 22.

[89] Respecto a la «construcción social de la realidad» a la que contribuyen tales estereotipos, a la vista del fenómeno de la espiral hermenéutica cfr. Baratta, «Proceso penal y realidad en la imputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratorio del derecho», *Revista General de Derecho*, n.º 531, Valencia, diciembre, 1988, págs. 6655 y ss; del mismo autor cfr. *La introduzione*, pág. XXIV; del mismo autor, *Por una teoría*, págs. 35-38, con abundantes referencias bibliográficas en pág. 38: nota 29) En concreto, respecto al delito de violación cfr. M. Los, *The Struggle over the Definition of Rape in Canada in the 1980's*, ponencia mecanografiada para el «XIIth World Congress of Sociology», Madrid, 9-13 julio 1990, pág. 1. En este sentido, J. J. Ruiz-Rico, *op. cit.*, págs. 26, 50, quien observa que, incluso a pesar de la reforma legal y la tendencia jurisprudencial a afirmar la libertad sexual de la mujer, «la vieja concepción, que como el Cid Campeador gana batallas después de formalmente muerto, aparece por donde menos se espera».

De la composición y del veredicto del jurado. Comentarios psicológicos al Anteproyecto de Ley del Jurado

Pilar DE PAUL VELASCO

El interés de la Psicología Jurídica por el Jurado se produce en aquellos países en los que esta institución tiene una gran tradición histórica, en especial en Inglaterra y Estados Unidos. La Psicología, por tanto, no ha entrado a debatir el interés o no del Jurado en abstracto, sino a valorar desde su perspectiva la conveniencia de que se ajuste a unas u otras pautas estructurales.

Desde el punto de vista psicológico, la tarea de cada miembro del jurado consiste en manejar un conjunto complejo de información (pruebas, testimonios, etc.) y unos criterios de decisión legales (presunción de inocencia, duda razonable, etc.) que se expresan a través de las instrucciones del juez. Por otro lado, el veredicto final requiere una respuesta consensuada tras una discusión grupal. Esto lleva a considerar que el Jurado es psicológica y legalmente un grupo de toma de decisión.

La Psicología, por tanto, ha centrado su atención en los miembros del jurado y en los procesos grupales que permiten emitir el veredicto. En ese sentido, los capítulos del Anteproyecto de Ley de Jurado correspondientes a la composición y al veredicto pueden contemplarse desde la perspectiva psicológica.

1. COMPOSICION DEL TRIBUNAL DE JURADO

El Tribunal de Jurado estará compuesto por siete ciudadanos y un magistrado. Los primeros emitirán su veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable, así como la culpabilidad o inocencia de cada acusado por el delito o delitos respecto a los cuales se admitiese acusación. El magistrado dictará sentencia en la que, si el veredicto fuese de culpabilidad, impondrá la pena o medida de seguridad que corresponda.

1.1. Jurado puro

La composición del futuro jurado español se acoge al modelo puro, es decir, estará compuesto únicamente por ciudadanos no expertos en leyes. Se ha renunciado al modelo mixto o escabinado, constituido conjuntamente por ciudadanos y jueces técnicos. Uno de los argumentos a favor de la inclusión de los profesionales en la deliberación, es que permite a los legos discutir y pronunciarse tanto sobre la culpabilidad como sobre la pena, incrementándose así la participación ciudadana. Desde el punto de vista de la Psicología, la inclusión de los jueces técnicos llevaría precisamente a lo contrario. En ellos confluye el poder de experto (poseen las habilidades y conocimientos para tomar la decisión) y el poder legítimo (su nivel jerárquico hace que el resto del grupo los perciba como agentes que tienen derecho a influir en su opinión). Ambos factores reducirían el nivel de participación de los ciudadanos en la deliberación y favorecerían el predominio de la opinión profesional. Un reciente estudio[1] ha puesto de manifiesto este predominio. En cada jurado experimental, se hacía participar a un juez técnico al que se le daba la instrucción de defender la opinión expresada por la minoría del grupo. Tras la deliberación, todos los veredictos finales de esos jurados experimentales coincidieron con la opinión de la minoría apoyada por el juez.

Pero aunque hay argumentos psicológicos a favor del jurado puro, el hecho de que no intervenga en la sentencia, puede inducir a la absolución como un medio de evitar la aplicación de una pena que los ciudadanos consideran desproporcionada. Incluso en aquellos casos en los que realmente no está en juego la vida futura del acusado (estudios experimentales con jurados simulados), muchos miembros del jurado expresan sus reticencias a emitir un voto de culpabilidad. Pero no es porque así se lo indiquen los hechos, sino como una forma de expresar su desacuerdo[2]. El deseo de expresar sus sentimientos hacia la ley, lleva a que los jurados desatienden los criterios legales que deben guiar su decisión[3]. Esta es una de las explicaciones a las discrepancias que se encuentran entre la toma de decisión del jurado y la del juez. Kalven y Zeisel (1966)[4] analizaron más de 3.500 juicios con jurado, encontrando un porcentaje de discrepancia muy pequeño (22 por 100) entre la decisión del jurado y la que en su caso habría emitido el juez. El 19 por 100 de los desacuerdos correspondían a decisiones más benevolentes por

[1] Arce, R.; Fariña, F., Vila C y Real, S : «Una investigación preliminar sobre la ejecución de jurados mixtos». Comunicación presentada a la *Cuarta conferencia europea de Psicología Jurídica*, Barcelona, abril de 1994.

[2] Kadish, M. R. y Kadish, S H. (1972): «The institucionalization of conflict: Jury acquittals», *Journal of Social Issues*, 27, 2, 199-218.

Brooks, W. N. y Doob, A. N. (1975): «Justice and the jury», *Journal of Social Issues*, 31, 3, 171-182.

[3] Wiener, R. L.; Habert, K.; Shkodriani, G. y Staebler, C. (1991) «Jury nullification», *Journal of Applied Social Psychology*, 21, 17, 1379-1401.

[4] Kalven, H. y Zeisel, H. (1966): *The American Jury*, Boston, Little Brown.

parte del jurado, atribuyéndose la mitad de esas discrepancias a los sentimientos de los jurados ante la ley.

En este sentido, debería permitirse que, en el caso de emitir un veredicto de culpabilidad, el jurado pueda expresar los valores de la comunidad respecto a la apropiada sanción o compensación solicitada al condenado. De este modo, podría indicar —aunque solamente con carácter orientativo— su deseo de que el delito sea castigado en la forma máxima o mínima que permita la ley. Esta posibilidad serviría además como una forma clara de encauzar uno de los elementos en los que se basa la institución: el reproche que a la sociedad le merece el delito.

1.2. Número de miembros que componen el Jurado

Tradicionalmente y, como consecuencia de su origen histórico, el Jurado puro está compuesto por doce miembros. Con el fin de reducir costos económicos se aprobó en Estados Unidos, en la década de los setenta, la constitución de jurados de seis miembros. Se consideró que esta reducción no afectaría a la toma de decisión.

Varios estudios[5] confirman que no hay diferencias en el veredicto en función de las variaciones en el tamaño. Pero aunque quede demostrada la equivalencia funcional, algunos autores[6] han expresado que el precio de estas medidas de carácter económico ha sido la disminución del principio de representatividad social del jurado.

A pesar de que el número de miembros no parece afectar al producto de la decisión grupal, sí produce diferencias en el proceso de deliberación. Los jurados de mayor tamaño recuerdan más elementos del caso, siendo mayor la gama de opiniones expuestas durante la deliberación.

Con el fin de comprobar la influencia de las variaciones en el tamaño y regla de decisión (factor al que me referiré posteriormente), se realizó una investigación comparando jurados de seis y doce miembros bajo regla de unanimidad o mayoría de dos tercios[7]. Evidentemente el estudio se realizó confeccionando jurados simulados, pero que acudían a la vista oral de un juicio real en la Audiencia Provincial de Madrid. En total se realizaron seis juicios con jurados simulados, constituyendo para cada caso los cuatro tipos de jurados resultantes de combinar los diferentes tamaños y reglas. Tras la vista oral, cada jurado deliberaba durante una hora en una sala que permitía la grabación en vídeo de la discusión grupal. Analizando las veinticuatro grabaciones, se obtuvo que las deliberaciones de los jurados de mayor tamaño se caracterizaban por un predominio de la solicitud de información, opinión o sugerencias. De modo que los jurados de mayor tamaño están más centrados en la búsqueda de información sobre el caso.

Pero además del punto de vista de los legisladores y de los científicos sociales respecto a las características estructurales del jurado, algunos estudios se han interesado por conocer cuál es la percepción de los ciudadanos.

McCoun y Tyler (1985)[8] encuestaron a ciudadanos norteamericanos respecto a sus preferencias por distintos tipos de jurados. En lo que se refiere al número de miembros, los ciudadanos encuestados —a pesar de considerar que el tradicional de doce miembros era la fórmula más cara— manifestaban su preferencia por este tipo de jurado (frente al de seis miembros) por favorecer la representación de los distintos puntos de vista y la minuciosidad en la deliberación.

2. DEL VEREDICTO DEL JURADO

Concluido el juicio oral, el magistrado procederá a someter por escrito al Jurado el objeto del veredicto. Al mismo tiempo, les instruirá sobre el contenido de la función que tienen conferida, reglas que rigen su deliberación y votación y la forma en que deben reflejar su veredicto.

Durante la deliberación, el portavoz someterá a votación cada uno de los párrafos en que se describen los hechos. Para ser declarados tales, se requiere al menos seis votos cuando fuesen contrarios al acusado y cinco votos cuando fuesen favorables. Del mismo modo, serán necesarios al menos seis votos para declarar la culpabilidad del acusado, mientras que cinco votos serán suficientes para declarar la inocencia.

2.1. Las instrucciones al jurado

Los criterios legales que deben guiar la decisión de los miembros del jurado son aportados por el juez a través de las instrucciones. Por un lado, ya que éstas deben ser entendidas por los ciudadanos, algunas investigaciones han resaltado la conveniencia de modificar las construcciones gramaticales usadas en los términos legales, planteando redacciones que aumenten su comprensión por parte de los miembros del jurado[9].

Pero además de ser entendidas, es necesario que sean tenidas en cuenta. Un modo de mejorar su efectividad es que las instrucciones no se den sólo

[5] Para una revisión de los estudios sobre la influencia del tamaño del jurado, véase Hastie, R. Penrod, S. y Pennington, N. (1983): *La institucion del jurado en los Estados Unidos*, Madrid. Civitas y De Paúl, P. (1991): *El proceso de deliberación en el jurado*, Tesis doctoral publicada por la Editorial de la Universidad Complutense de Madrid.

[6] Zeisel, H. (1971): ... And then there were none. The diminution of the federal jury. *University of Chicago Law Review*, 38, 713-724.

[7] De Paúl, P. (1993): El tamaño y la regla de decisión del Jurado. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2, 117-135.

[8] McCoun, R. J. y Tyler, T. R. (1988). «The basis of citizens' perceptions of the Criminal Jury». *Law and Human Behavior*, 12, 3, 333-352.

[9] Elwork, A. Sales, B. D. y Alfini, J. J. (1977): «Juridic decisions: in ignorance of the law or in light of it» *Law and Human Behavior*, 1, 163-189.

Severance, L. J. y Loftus, E. C. (1982): «Improving the ability of jurors to comprehend and apply criminal jury instructions» *Law and Society Review*, 17, 153-198.

cuando ha terminado la vista, sino también al inicio de la misma para que sirvan de guía o marco de referencia a partir del cual el ciudadano interprete la información que se le va a presentar en el juicio. Según ha puesto de manifiesto Smith[10], recibir las instrucciones (presunción de inocencia, criterio de duda razonable, etc.) antes de presentar la información sobre el caso, lleva a que los miembros del jurado mantengan una mentalidad abierta a lo largo del juicio y que demoren su toma de decisión sobre el veredicto hasta que toda la información haya sido presentada.

2.2. El quórum requerido para obtener el veredicto

La regla de decisión es la que determina el quórum necesario para poder emitir un veredicto. Dos años después de la institución de jurados de seis miembros, se declaró en los Estados Unidos la constitucionalidad de los jurados no unánimes, basándose también en el presupuesto de la equivalencia funcional.

Se desarrolló una línea de investigación que confirmó la ausencia de diferencias en el veredicto. La mayoría de los estudios concluyen que la regla de decisión no unánime disminuye la probabilidad de jurados suspensos y reduce el tiempo de deliberación[11].

Aunque no se han encontrado diferencias entre veredictos emitidos por jurados unánimes y no unánimes, se han puesto de manifiesto las desventajas de la decisión por mayoría. La posibilidad de veredictos por mayoría facilita una toma de decisión rápida y dificulta la expresión de divergencias. Hay una coincidencia en señalar que a medida que los requisitos para alcanzar el consenso son menores, la profundidad de la discusión disminuye.

Las reglas mayoritarias favorecen el jurado orientado al veredicto. Este estilo se caracteriza por iniciar la deliberación con una votación, haciéndose patente las dos facciones de opinión existentes en el grupo. Si se comprueba que se tiene la mayoría requerida, es poco probable que los miembros con una opinión minoritaria participen, pudiendo ser ignorados por el resto del grupo. La unanimidad favorece que la deliberación se oriente a las pruebas, es decir, a un análisis profundo de los hechos del caso, incrementándose la participación de los miembros que sustentan una opinión minoritaria.

El Anteproyecto de Ley de Jurado se decanta por un consenso mayoritario, pero además, plantea un doble criterio de decisión en función del veredicto a emitir. Podría pensarse que esa doble regla de decisión incrementase la tendencia a iniciar la deliberación con una votación, con el fin de conocer si están más cerca de la culpabilidad o de la inocencia, con todas las consecuencias negativas que implica ese estilo de deliberación.

En este sentido, sería interesante no renunciar inicialmente a la unanimidad. Aunque se podría buscar un mecanismo que permita abrir un período adicional de deliberación, en el que una mayoría fuese suficiente para emitir un veredicto, con el fin de evitar el jurado suspenso. Una posibilidad es instruir al jurado para que alcance un consenso unánime. Si tras un tiempo de deliberación (por ejemplo, el modelo inglés establece dos horas) el jurado comprueba que está lejos de obtener la unanimidad, deberá ser el portavoz el que comunique esa incapacidad al Tribunal, pudiendo entonces emitirse un veredicto con una mayoría cualificada. Psicológicamente es interesante el que tenga que ser el propio jurado el que renuncie a alcanzar la unanimidad, ya que esto llevaría a que los miembros del jurado desarrollasen una deliberación lo más completa posible con el fin de evitar tener que reconocer su relativo fracaso.

3. CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto anteriormente, pueden extraerse algunas consideraciones psicológicas que deben tenerse en cuenta a la hora de regular la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través de la institución del Jurado:

1. La conveniencia de que el Jurado se ajuste al modelo puro.
2. La necesidad de que las instrucciones al jurado se den tanto al inicio de la vista como al finalizar la misma.
3. No renunciar inicialmente a la unanimidad, aunque se busquen mecanismos para evitar un jurado suspenso.

En cualquier caso no debemos olvidar que la instauración del Jurado, tal y como ha señalado el ministro de Justicia, debe implicar un proceso de renovación cultural profundo en los ciudadanos y en los profesionales del Derecho

Por tanto, no estamos más que en el inicio de un largo camino del que nos queda mucho por recorrer.

[10] Smith, V. L. (1991): «Impact of pretrial instruction on jurors' information processing and decision making». *Journal of Applied Psychology*, 76, 2, 220-228

[11] Davis, J. H.; Holt, R. W.; Spitzer, C. E. y Stasser, G. (1981). «The effects of consensus requirements and multipe decision on mock juror veredict preferences». *Journal of Experimental Social Psychology*, 17, 1, 1-15.

Foss, R. D. (1981): «Structural effects in simulated jury decision making». *Journal of Personality and Social Psychology*, 40, 6, 1055-1062.

INTERNACIONAL

Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica

Joaquín HERRERA FLORES
David SANCHEZ RUBIO

1. ORIGEN PUBLICO DEL MOVIMIENTO

El día 24 de octubre de 1990, el mundo jurídico brasileño se agitaba ante la aparición de una noticia publicada en la prensa[1]. El periodista Luiz Maklouf daba a conocer, de forma sensacionalista y tendenciosa, un artículo titulado «Juízes gaúchos colocam Direito acima da lei». Como resultado de una serie de conversaciones obtenidas *off the record*, señalaba, entre otras cosas, que, desde años atrás, aproximadamente, unos cuarenta magistrados del Estado de Río Grande do Sul, estaban conformando un grupo denominado *Direito Alternativo* que venía a cuestionar en sus sentencias, la fuerza de la ley estatal. Y hacía mención, como ejemplo, a una decisión adoptada por uno de sus líderes, Amilton Bueno de Carvalho[2]. La aparición de este trabajo dio pie a un cúmulo sucesivo de publicaciones —teniendo su clima más denso entre los meses de octubre y diciembre de ese mismo año—, en las que se debatían los pros y los contras, las defensas, las acusaciones y las críticas de lo realizado por este colectivo judicial[3].

Lo más destacable de esta polémica suscitada fue el hecho de que se dio opción a que otros profesionales del derecho con similares inquietudes alternativistas, decidieran definitivamente ponerse de acuerdo para aglutinarse, junto a los magistrados *gaúchos*, y así formar y coordinar un frente común con el que defender sus posiciones. Se daba carta de naturaleza pública y nacional a un movimiento que bajo el rótulo *Direito Alternativo* recepcionaba a un amplio número de abogados populares, procuradores, promotores, jueces, magistrados y profesores de universidad —sobre todo, filósofos y sociólogos del derecho—. Para darle mayor virtualidad, consistencia y estabilidad, pronto empezaron a organizar foros, debates, seminarios y encuentros sobre los defectos, la ineficacia y la insuficiencia del ordenamiento jurídico oficial vigente, así como sobre la necesidad de interpretar más ampliamente la tradicional y reducida noción académica del derecho. También se preocuparon en clarificar y sistematizar los diferentes aportes del grupo, editando colectiva e individualmente, una serie de libros monográficos. En ellos se expondrán y se describirán la mayoría de las líneas directrices y temáticas del movimiento[4].

[1] En el *Jornal Folha da Tarde* de Sao Paulo.

[2] Entre los miembros activos del grupo, además de Amilton Bueno de Carvalho, los jueces Marcio de Oliveira Puggina, Henrique Oswaldo Poeta Roenick, Rui Portanova, Marco Antonio Bandeira Scapini y Aramis Nassif. Ver Luis Fernando Coelho, «Do Direito Alternativo», en *Revista de direito alternativo*, Sao Paulo, n.º 1, 1992, pág. 9; y Edmundo de arruda Jr., «Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, Editorial Académica, Sao Paulo, 1992, págs. 167-168

[3] A título ilustrativo, veanse los ejemplares del 25 y del 26 de octubre del mismo *Jornal da Tarde* con manifestaciones del jurista Evaristo de Moraes Filho y del abogado Tales Castelo Branco; en la *Gazeta do Povo* de Curitiba, el 28 de octubre, se notificaba el cuestionamiento que los jueces gauchos hacían de los fundamentos tradicionales del Derecho, del Poder Judicial y del propio concepto de Justicia, apareciendo también el 11 de noviembre un artículo del iusfilósofo Joao Régis Fassender Teixeira, y otros dos el 2 y el 7 de diciembre realizados por el «Desembargador» Cordeiro Machado y el juez Joao Ricardo Cunha, otros ejemplos los tenemos en el *Jornal do Comércio*, el 10 de diciembre; el día 31 de diciembre, en el *Zero Hora*, etcétera Para más detalle véase Edmundo Lima de Arruda Jr., «Direito alternativo. Notas sobre as condiçoes de possibilidade», en *Lições de direito alternativo*, 1, Editora Academica, Sao Paulo, 1991, en nota 2, págs. 72 a 74; Amílton Bueno de Carvalho en la presentación de *Revista de direito alternativo, op. cit.*, pág. 7; Luis Fernando Coelho, *op cit.*, pág 9; y Horácio Wanderlei Rodriguez, «Direito com que direito?, en *Lições de direito alternativo*, 2, *op. cit.*, pág. 185

[4] En el año 1991 se desarrollaron multitud de eventos, en el mes de julio, la Orden de Abogados (OAB) y la Asociación de Magistrados Brasileños (AMB) organizaron un «Encuentro Nacional de Estudiantes de Derecho» en Teresina; en Florianópolis, entre los días 4 y 7 de septiembre, con carácter internacional, se celebró el «I Encuentro de Derecho Alternativo» con la participación de 1.183 asistentes; entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre se celebró el «I Seminario Cearense sobre derecho Alternativo» en Fortaleza; en Natal, los días 28, 29 y 30 de noviembre, el «I Forum Regional sobre Derecho Alternativo, ya en el año 1993, también en Florianópolis, se desarrolla el «II Encuentro» a caballo de los meses de septiembre y de octubre, con la asistencia de profesionales del derecho argentinos, españoles, chilenos, colombianos, etc.

En cuanto a las publicaciones, destacar el trabajo de Elício de Cresci Sobrinho *Justicia Alternativa*, Sergio Antonio Fabris Editores, Porto Alegre, 1991; la Editorial Académica, de Sao Paulo, bajo la dirección del profesor Silvio Donizete Chagas, lanzó la colección titulada «Biblioteca de Derecho Alternativo», destacando, entre otros, los trabajos colectivos y coordinados por Edmundo Lima de Arruda Jr., *Lições de Direito Alternativo*, números 1 (1991) y 2 (1992), y los libros *Magistratura e Direito Alternativo* (1992) y *Direito Alternativo na Jurisprúdencia* (1993) de Amiltob

Como hemos dicho, los componentes de *Direito Alternativo* no son únicamente operadores judiciales, ni sólo pertenecen al ámbito de la magistratura. Su composición es más variada. Previamente a la aparición del artículo de Luiz Maklouf, ya existía una no organizada tendencia crítica al propio derecho nacional cimentado e interpretado sobre la lógica positivista— liberal, y compuesta por un conjunto de personas de formación jurídica no uniforme[5]. En este sentido, Horácio Wanderlei Rodrigues destaca que *Direito Alternativo* no es ni una escuela jurídica ni un movimiento homogéno. Y Amilton Bueno de Carvalho ha señalado que hay que entenderlo no como una «teoría nueva», sino como un «movimiento» compuesto por multitud de corrientes[6].

Es preciso resaltar esto último. El *Derecho Alternativo* no es una teoría que dé cuenta del fenómeno jurídico; más bien nos encontramos con un «movimiento» que apuesta por una práctica jurídica distinta a la tradicional que parte del siguiente presupuesto: si toda solución judicial de un conflicto supone la imposición de elecciones previas tomadas en el ámbito de lo político, la interpretación, la aplicación y todo enjuiciamiento de casos concretos acaba por tener implicaciones políticas[7]. Por ello, el movimiento viene luchando por sacar de la soledad y el aislamiento en los que trabajan los profesionales del derecho comprometidos con las necesidades y aspiraciones sociales, y trata de integrarlos en la praxis política e intelectual que exige la situación de transición hacia la democracia que vive no sólo Brasil, sino todo el mundo latinoamericano. Ya no bastan actitudes éticas solitarias en favor de los pobres; es precisa una acción concertada que parta de las siguientes premisas: —una visión del derecho no compartimentada: frente al saber tradicional que ve el derecho como una entidad independiente de la sociedad, se necesita un plantemiento jurídico que señale y postule los vínculos entre lo jurídico, los intereses económicos y las expectativas sociales; —incluir en la actividad del juez, no sólo los elementos de legalidad, sino los parámetros de legitimidad que ponen en relación los contextos en los que deben aplicarse las normas y los principios generales del derecho que en toda situación democrática deben primar sobre las meras subsunciones hechos-normas; —un uso alternativo del derecho que ha llegado a su madurez al reconocer la politización (necesario sentido público) de toda actuación con relevancia jurídica, y que tiende a ver la democracia y el derecho como entes sociales en construcción constante.

En este sentido hay que señalar las cada vez más estrechas relaciones entre estos operadores jurídicos y la línea doctrinal latinoamericana denominada *Crítica Jurídica*[8]. Sus componentes tienen en común, entre otras cosas, el hecho de que buscan una nueva racionalidad emancipatoria que rompa con la establecida por el orden legal vigente, siempre interpretado y aplicado en favor de las clases dominantes, y que también permita una defensa más eficaz de las expectativas y reivindicaciones de las clases o grupos más desfavorecidos. Además, todos retoman las premisas establecidas por el movimiento *uso alternativo del derecho* italiano, y los aportes de aquellas corrientes jurídicas europeas más progresistas[9].

Bueno de Carvalho, *Juiz Alternativo e Poder Judiciario*, (1992) de Lédio Rosa de Andrade, y la revista *Revista de Direito Alternativo*, con los números 1 (1992) y 2 (1993), bajo la dirección del mismo Amilton B. de Carvalho.

Por otra parte, a nivel universitario es significativa la creación, por primera vez, del *Instituto de Derecho Alternativo* (IDA) con sede en Florianópolis, que funciona junto al Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Santa Catarina. Para una mayor información ver Edmundo Lima de Arruda y Wanderlei Rodrigues, idem, págs 169 y ss. y 185-186.

[5] Así tenemos, además de los jueces gauchos, a otros colegas como Lédio Rosa de Andrade, Flávio Araújo, Urbano Ruiz... También a los profesores de universidad y/o abogados Antonio Carlos Wolkmer, Ramalho Marques Neto, Edmundo Lima de Arruda Jr., Geraldo de Souza Santos Jr., Celso Campilongo, José Eduardo Faria, Tarso Fernando Genro, Miguel Pressburguer, Roberto Aguiar... En cuanto a miembros del Ministerio Publico, están los procuradores Jaques Távora Alfonsin, Clémerson Merlin Clève, Jacinto Coutinho y Marco Aurélio Aydos Dutra... Ver H. W. Rodrigues, idem, pág. 179, y Antonio Wolkmer, *Introduçao ao pensamento jundico critico*, Editora Académica, Sao Paulo, 1991, pág. 96.

[6] Ver J. W. Rodrigues, «Direito com que...?», *op. cit.*, pág. 178 y A. B. de Carvalho, *Direito Alternativo na Jurisprudência, cit.*, pág. 8.

[7] Cf. José E. Faria, Prefácio a Ledio Rosa de Andrade *Juiz alternativo e poder judiciário*, cit., pág. 12 y en «As transformaçoes do judiciário em face de suas responsabilidades sociais» en *Revista de Direito Alternativo*, n.º 2, 1993, págs. 35-46

[8] En realidad, *Crítica Jurídica* está conformada por un conjunto de teorías y prácticas diversas entre sí, sin que ello impida la coincidencia de determinados aspectos. En el seno de esta gran corriente, de una gran lista interminable de nombres que la conforman, destacaríamos, a parte de los brasileños, en México, al abogado y filósofo Jesús Antonio de la Torre Rangel, destacando su libro *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones críticas*, Escuela Libre del Derecho, Porrua, 1992, junto al argentino Oscar Correas, afincado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, autor entre otros textos de *Crítica de la Ideología Jurídica Ensayo sociosemiológico*, UNAM, México, 1993 y editor de la revista titulada precisamente *Crítica Jurídica*; en Argentina, a Enrique Eduardo Marí, autor del reciente *Papeles de Filosofía*, Buenos Aires, 1993, a la juez Alicia Ruiz y al abogado Carlos María Cárcova, autor entre otros textos de *Teorías jurídicas alternativas Escritos sobre Derecho y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, en Colombia a Germán Palacios, Germán Burgos y al resto de integrantes de la organización de defensa popular, *Servicios Legales Alternativos* (ILSA); y en Chile a Eduardo Novoa Monreal, autor de *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, y a Manuel Jacques, director del Centro de Desarrollo y Estudios Jurídicos y Sociales «Quercum», asimismo, vinculado con el ILSA. Ver A. C. Wolkmer, *op. cit.*, págs. 79 y ss. y Lédio Rosa de Andrade en su *Juiz alternativo e poder judiciário, op. cit.*, nos hace una clara e interesante exposición de los planteamientos teóricos del pensamiento judicial crítico contraponiéndolos al pensamiento denominado dogmático.

[9] Por ejemplo, en Italia, las obras de Pietro Barcellona, Giovanni Coturri, Luigi Ferrajoli. En Francia, los trabajos de la *Association Critique du Droit* formada, entre otros, por Andre-Jean Arnau y Michel Miaille. Es de destacar la recepción que están teniendo en el ámbito latinoamericano las tesis del grupo de intelectuales franceses e italianos reunidos alrededor de la revista *Actuel Marx*; Cf. el texto de Jacques Bidet *Teoría de la Modernidad* recientemente traducido al castellano por la editorial bonaerense El Cielo por Asalto (1993) y las Actas del Coloquio Internacional *El futuro del socialismo* celebrado en La Sorbona en junio de 1991 y auspiciado por *Actuel Marx* y el *Instituto Italiano per gli studi filosofici*, publicadas por El Cielo por Asalto (1992). Asimismo habría que destacar la labor realizada por el profesor de Saarbrucken Alessandro Baratta. En Portugal (Coimbra), destaca la figura de Boaventura de Souza Santos, empeado desde hace años en la labor de teorización del pluralismo jurídico contemporáneo. En lo que respecta a España, alguno de los planteamientos de Per-

2. DEFINICION Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES: LOS USOS DEL DERECHO

Pese a su variedad y heterogeneidad, Amilton Bueno de Carvalho, tras señalar el peligro que supone dar una definición sobre lo que es *Direito Alternativo*, lo conceptúa, de forma amplia, como aquella «actuación comprometida con la búsqueda de la vida y de la dignidad para todos, y que ambiciona la emancipación popular con la apertura de espacios democráticos, tornándose instrumento de defensa/liberación contra la dominación impuesta.[10]» En el seno de los operadores alternativistas nos encontramos, por tanto, con una actitud *crítica*, opuesta, de forma parcial, al derecho considerado oficial. Pero por otro lado, con una actitud *utópica:* la jurisprudencia como un ámbito de apoyo y estímulo a las transformaciones sociales. De la unión entre ambas, nacen planteamientos que intentan salir al paso de los obstáculos ocasionados por el choque entre la realidad y la idealidad de los conceptos de justicia, derecho, ley, ordenamiento jurídico, norma, democracia, función judicial, creación, interpretación y aplicación del derecho...

Uno de los muchos reparos con los que el movimiento se va a encontrar en su reciente andadura, es aquel que lo acusa de rechazar de plano a la ley. Como ha indicado Amilton Bueno, no se trata de ir contra el principio de legalidad, sino contra aquella ley que es considerada injusta. Por ello, hay que tener claro que no van a negar en su totalidad las prescripciones ofrecidas por los ordenamientos jurídicos vigentes, sino parte de ellas. En realidad, dos son las respuestas interpretativas dadas sobre el uso del derecho, estando ambas muy correlacionadas entre sí. Por un lado, el derecho oficial, además de poseer instituciones defensoras de determinados intereses de clase, también presenta márgenes de interpretación que posibilitan la defensa de los pobres. Aparte de la posible eficacia de las normas, el problema radica en la *ideología* subyacente en toda interpretación sobre las normas. Por otro lado, hay simultáneamente, una actitud de creación de nuevas perspectivas, de nuevos enfoques, incluso de reconocimiento de nuevas prescripciones más acordes con la realidad cambiante de sus naciones[11].

Para, Lédio Rosa de Andrade, aplicar la ley en Brasil, ya resulta de por sí una actuación alternativa, pues existe un distanciamiento intolerable entre lo jurídico y lo social. Como lo normativo, pese a reconocer derechos, no se ejecuta, cumplir la ley se torna un proceso revolucionario[12]. Pero como nos dice J. A. de la Torre Rangel, resulta que ejecutarla supone, en la mayoría de los casos, la acentuación de una situación de injusticia. La opresión económica y política, la mayoría de las veces, «no se hace violando el derecho objetivo o las leyes, sino precisamente aplicándolo. La normatividad frecuentemente legaliza la injusticia y la violación de los derechos humanos.[13]» Entre ese margen de un derecho no efectivo y un derecho injustamente efectivo, se van a dar una amplia gama de posibilidades del uso jurídico.

Amilton B. de Carvalho ofrece un curioso e interesante marco hermeneútico de instrumentalización jurídica. Para él, existen tres frentes relativos al uso del derecho:[14]

1. En primer lugar, el tradicional *uso alternativo del derecho* que consiste en aquella actividad cuyo margen de acción se desenvuelve en el seno del mismo ordenamiento jurídico positivo, en lo ya instituido. Ahora bien, la forma de acudir al derecho estatal puede realizarse por dos caminos: a) utilizando las contradicciones, ambigüedades y lagunas de lo oficialmente legislado, partiendo siempre de una óptica democratizante, y/o b) buscando, por vía de una interpretación cualificada, los avances obtenidos por las luchas populares y permitiendo, por medio de la crítica constante, que los efectos de la norma sean cada vez más democráticos. Tanto los jueces, como los promotores, abogados, profesores, etc. serán los encargados de realizarlo[15].

2. En segundo lugar, A. B de Carvalho utiliza el concepto de *positivismo de combate* formulado por Miguel Pressburguer. Se trataría de un frente de lucha a través del cual se intentan hacer efectivas las disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas que, pese a haber sido promulgadas y reconocidas oficialmente, no se aplican. En este nivel, el operador jurídico necesita el apoyo de la movilización popular para poder lograr sus objetivos. El derecho positivo se utilizará como instrumento de combate.

Para Bueno de Carvalho, el derecho oficial es un instrumento bastante útil de recepción y aplicación

fecto Andrés Ibáñez, Modesto Saavedra López, Nicolás López Calera y Juan Ramón Capella entre otros. Ver A. C. Wolkmer, *op. cit.;* también Clémerson Merlin Cléve, «Uso alternativo do direito e saber juridico alternativo», en *Lições de direito...*, 1, *op cit.*, pág. 114; Luiz Fernando Coelho, «Do Direito Alternativo», en *Revista de Direito Alternativo,* n.º 2, págs. 14 y ss.; Roberto Bergalli, «Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión «uso alternativo del derecho»?, idem, págs. 19 a 36; J. A Muñoz Gómez, «Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho», en *El otro derecho,* n.º 1, Editorial Temis, ILSA, Bogotá, agosto 1988, págs. 59 y ss.

[10] *Magistratura e Direito Alternativo, op. cit.*, pág. 89 (la traducción es nuestra); *Direito Alternativo na Jurisprudência, op. cit.*, pág. 8; y también «Acutaçao dos juízes alternativos...», cit., págs. 2-3.

[11] El abogado mexicano Jesús de la Torre Rangel nos habla de una apropiación de las leyes vigentes, y además una reapropiación del poder normativo para crear leyes nuevas en favor de las clases más desfavorecidas. Parte del Derecho existente es válido. Lo unico que habria que hacer es desideologizarlo, en cuanto defensor de los grupos dominadores, aprovechando lo dado, y provocar el cambio cualitativo necesario en función del proyecto juridico alternativo. Jesús de la Torre Rangel, *El Derecho como arma de liberación en América Latina,* Centro de Estudios Ecuménicos, Aguascalientes, 1984, págs. 79 y ss.

[12] «Proceso social alternativo», *op. cit.,* págs 83-84

[13] *Del pensamiento juridico contemporáneo Aportaciones criticas, op. cit.*, pág. 283.

[14] Ver *Direito Alternativo na Jurisprudência, op. cit.,* págs. 11 a 15.

[15] No hay un único discurso sobre el derecho, sino muchos discursos. *Direito Alternativo na Jurisprudência, op cit.*, págs. 11-12.

Como indica Luis Edson Fachin, se trata de hacer una auténtica búsqueda de la normatividad utilizable en favor de los más desfavorecidos «Da Representaçao Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e injusticias», en *Direito Insurgente,* Anais de fundaçao, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988, Rio de Janeiro, pag. 22.

de las conquistas humanas. La sociedad es la fuente que dinamiza la génesis, el desarrollo y la finalización de los excedentes axiológicos. Estos quedan representados, en cuanto parámetros de orientación universal, por medio de los principios generales del derecho. Para que no se queden en el mundo de lo ideal y abstracto, hay que tratar de positivizarlos, de concretizarlos en normas jurídicas. De esta forma pasan a la vida diaria. A través de la ley, y una interpretación orientada a su eficacia plena, se consigue que los ideales humanos de libertad, de vida en abundancia, etc. se conviertan en realidad[16].

3. En tercer lugar, tenemos lo que denomina *derecho alternativo* en sentido estricto, también denominado derecho insurgente, paralelo, emergente, etc. Sería aquel conjunto de normas no estatales, situadas en el plano de lo instituyente, que pretenden coexistir con el derecho positivo. Partiendo desde una posición pluralista del derecho, se postula que el Estado no es el único titular en la creación de las normas jurídicas. El pueblo, en su camino en la historia, construye y destruye los derechos que le sirven como solución a sus problemas. La sociedad, por medio de los sujetos colectivos —sindicatos, partidos políticos, corporaciones, sectores de la Iglesia, movimientos sociales, etc.—, al encontrarse en un continuo proceso de acción, genera sus propias normas. El Estado no otorga los derechos; es la sociedad la que los crea. El Estado se encarga de canalizar un modo, entre otros, de hacerlos efectivos[17].

Por otro lado, para evitar que se caiga en la defensa irracional y ciega de un derecho paralelo, aunque lleve implícitas consecuencias nefastas para la sociedad, los principios generales del derecho sirven como mecanismo que previenen la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Por ello, sólo se reconocerá como derecho alternativo aquel conjunto de normas que respetan al ser humano, que posean unos efectos plenamente democráticos y que realmente se propongan terminar con las relaciones de opresión/dominación humanas[18].

3. 'DIREITO ALTERNATIVO': LA LUCHA CONTRA EL MONISMO Y EL NEUTRALISMO JURIDICOS

El movimiento de *Derecho Alternativo* va a realizar un feroz ataque contra la concepción formalista kelseniana, y contra toda aquella teoría, ubicada dentro del rótulo dogmátismo jurídico, que pretende aplicar «el Derecho a través de un método técnico, formal, buscando la interpretación científica de la ley cuando se aplica a los casos concretos» e impide indagar los presupuestos ideológicos y valorativos subyacentes a toda norma[19].

Básicamente, este colectivo rompe con la tradicional concepción *neutralista* de la ley, que concibe al ordenamiento jurídico como mero mecanismo aséptico de regulación social. Frente a ello, se resaltan los ineludibles componentes ideológicos que subyacen bajo toda norma, reflexión y/o actuación con relevancia jurídica[20]. Por ello se considera que son los valores, las necesidades y el concepto de justicia los mejores elementos con los que hay que contar a la hora de interpretar una norma jurídica[21]. Pero no se trata de palabras vacías: la idea de justicia se rela-

[16] Idem, págs. 12-13.

[17] Idem, págs. 14-15.

[18] Idem.

Amilton Bueno de Carvalho, en este libro, recoge una serie de sentencias que sirven como ejemplo de aquellos casos en los que la ley, para evitar que su interpretación literal tenga unas consecuencias sociales injustas ha sido corregida gracias a los criterios contenidos en los principios generales del derecho. Tanto en los casos de jurisprudencia criminal (págs. 23 y ss.) como civil (págs. 90 y ss.) —siendo extensible a otros órdenes jurisdiccionales—, la legalidad aterriza en los principios generales, y persigue incesantemente la utopía de una vida democrática y en abundancia *para todos*

Poner en práctica el principio de estado de inocencia, buscar una interpretación amplia del concepto de hurto famélico, la flexibilidad en la apreciación de los delitos sexuales no violentos, reconocer el derecho a la ocupación de las áreas improductivas por parte de los sin tierra, considerar el principio de buena fe como principio univeral del derecho, reconocer el derecho a la huelga como conquista de la humanidad, etc., son algunos de los parámetros con los que los jueces alternativos atenúan la existencia de un ordenamiento que siempre está a favor de los más fuertes Ver también, «Atuaçao dos juízes alternativos gauchos no processo de postransiçao democrática, (ou uma práxis em busca de uma teoría)», conferencia presentada en Oñati, julio de 1993, Mecanografiado, págs. 14-15.

[19] «... *o Direito através de um método técnico, formal, buscando a interpretaçao cientifica da lei quando na aplicaçao aos casos concretos.*» Lédio Rosa de Andrade, *Juiz alternativo e poder...*, *op. cit.*, pág. 25; Luis Alberto Warat, «Sobre dogmática jurídica», en *Seqüencia*, Florianópolis, v. 1, n.º 2, 1980, págs. 34 y ss. La traducción es nuestra.

Esto no quiere decir que se tenga que caer en el error de confundir dogmática jurídica con dogmatismo. Clémerson Merlin Cléve ha indicado la utilidad de esta técnica de conocimiento. Además es necesario conocer las normas positivas para poder criticarlas. Ver «Uso alternativo do direito...», *op. cit.*, pág. 107.

[20] Edmundo Lima de Arruda, «Apresentaçao» de *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, pág. 7; el Derecho Alternativo no es neutral, es parcial y esta comprometido con los pobres. Representa una opción contra la opresión establecida por el derecho oficial Es una opción contra el derecho usualmente predominante. Ver A. B. de Carvalho, *Magistratura...*, cit., pág. 89.

Para J. A. de la Torre Rangel, la práctica diaria que experimenta por su trabajo de abogado, le muestra que el derecho posee, al menos dos facetas. Dependiendo de la capacidad o de la incapacidad de protección que tenga con respecto a los grupos más desfavorecidos, una de las facetas es de utilidad, como instrumento de lucha, mientras que la otra es de inutilidad, como instrumento legitimador del sistema establecido. Ahora bien, de ambas resulta que predomina la segunda sobre la primera, porque el «*Derecho vigente es mucho más expresión de injusticia y opresión que de justicia (..) la injusticia instalada en nuestra sociedad latinoamericana no es porque no se aplica el Derecho, sino que resulta de la propia aplicación del Derecho vigente.*» El hecho de la injusticia de fondo que todo aparato jurídico reúne —legalidad de la injusticia—, al ser un mecanismo de expresión de las clases o grupos dominantes provoca que, el autor mexicano, intente buscar conceptos que den un sentido progresista al sistema jurídico, para que así sea beneficioso en relación a aquellos que quedan constantemente perjudicados, porque «*puesto al servicio del pueblo, el Derecho puede llegar a ser una efectiva herramienta de liberacion.*» Ver *El derecho como arma de liberación*, cit., págs. 23 y 13 a 15.

[21] Ver Joao Batista Moreira Pinto, «A açao instituinte dos novos movimentos sociais frente à lei», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, pág. 18; Lédio Rosa de Andrade, «Processo social alternativo», *op. cit*, pág 92

Jesús Antonio de la Torre señala que el campo de referencia en el ejercicio de la abogacía no son tanto las normas jurídicas como las necesidades y las pretensiones sociales. *El derecho que nace del pueblo*, Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986, pág. 142.

ciona con las demandas de reconocimiento y satisfacción de las necesidades expresadas por la mayoría de ciudadanos sometidos a la pobreza y la marginación. Y junto a esto, es lo social, lo popular, la fuente que marca el camino de la hermeneútica jurídica[22]. Mediante el derecho, junto con otras técnicas y otros mecanismos políticoeconómicos, se pretende subvertir el orden social vigente por otro más justo y solidario. Frente al monismo jurídico, que ve al Estado como el único sujeto creador de derechos, se insiste en que estos son generados por la misma sociedad, por todos los individuos, por determinados grupos humanos o sujetos colectivos, naciendo en el seno del mismo conflicto social[23]. La reivindicación de pluralismo jurídico, también denominado «direito achado na rua», nos pone ante la evidencia —no exenta de contradicciones— de un sujeto productor de normas: la sociedad en su compleja pluralidad, y un sujeto reconocedor —no otorgador— y garantizador de las mismas: el Estado de derecho[24]. Sólo así lo jurídico servirá como mecanismo de cambio social.

Ante la existencia de una realidad miserable y ante la inoperancia de un sistema normativo interpretado siempre de forma contraria para las clases más desfavorecidas, los integrantes del movimiento se van a alzar, utilizando y/ rechazando, según los casos, parte del sistema jurídico, para hacer más justas sus actividades tanto de enseñanza como de defensa, representación y/o decisión judicial[25]. Siguiendo la tradicional tendencia de casi la totalidad de intelectuales latinoamericanos por acudir a la realidad, pretenden contextualizar, en este caso, y como hemos visto, al mismo derecho para ubicarlo dentro del proceso social.

Es impensable que ante la crudeza que la propia sociedad brasileña está viviendo, extensible a las del resto de los países latinoamericanos, el pensamiento jurídico no se preocupe en analizar, y en saber reflejar aquellos conceptos de justicia que los ciudadanos sostienen. La dogmática jurídica, al negar todo posible conocimiento de los valores inherentes a las normas, y al cimentarse sobre un irrebatible cientificismo, viene a preservar las correlaciones de fuerza sociales, buscando siempre mantener el orden establecido por los grupos dominantes, trabajando continuamente en favor de los detentadores del poder[26]. Es como si vinieran a imponer un criterio oculto de injusticia, opuesto a aquellas directrices de justicia favorables siempre a las clases más necesitadas. Tércio Sampaio Ferraz Júnior señala que la dogmática es un agente estabilizador que evita el conflicto social, y que monopoliza la interpretación de las normas, sin dar opción a otras visiones[27].

Según Lédio Rosa de Andrade, refiriéndose al movimiento de Crítica Jurídica, afirma que dos son sus objetivos. Por un lado, el perseguir el cambio social para crear la justicia material. Por otro lado, desmitificar el discurso dogmático tradicional, mostrando su ideología, desenmascarando sus opciones y su «propio uso alternativo» de lo jurídico y lo político[28]. La opción por la sociedad es clara. De ahí, la importancia que tiene el crear un instrumental adecuado con el que se pueda interpretar las diversas y variadas demandas que los grupos e individuos oprimidos poseen, para que así, se pueda realizar una interpretación del derecho a su favor —un «uso alternativo» sesgado hacia el otro lado— sin que se caiga en el dogmatismo, en lo inmutable, en lo absoluto.

Como punto central, los operadores jurídicos brasileños, y con ellos todos los que de un modo u otro siguen el modelo de Crítica Jurídica en toda Latinoamérica, dan mayor importancia al concepto de justicia que al concepto de derecho, pues con él se conocen las preferencias que la mayoría de las personas quieren que se establezcan como criterios de jerarquía en la satisfacción de sus necesidades[29]. La pobreza afecta casi al cincuenta por ciento de la población latinoamericana; estadística de la que no escapa Brasil. Si los ordenamientos jurídicos vigentes no atienden a sus reclamos, el *alternativismo* pugna por que, de un modo u otro, los tengan en cuenta. Por ello, la idea de legitimidad, apoyada sobre el acuerdo del colectivo social y, en el terreno jurídico, sobre los principios generales del derecho y los derechos humanos, prima sobre la legalidad, sobre las simples reglas que determinan los criterios de validez formal de las normas. Se buscan pautas, instancias en virtud de las cuales se puedan fundamentar, se puedan explicar estos planteamientos que «rompen» básicamente con aquellas teorías jurídico-formales positivistas, que asocian la norma exclusivamente con lo que dice la ley, con lo que prescribe el Estado[30]. Frente a ellas, los conceptos de soberanía popular y de participación adquieren una dimensión más radical, más extensiva. Los nuevos sujetos sociales, en la mayoría de los casos muy relacionados con el mundo de la pobreza, exigen un concepto de derecho más flexible y más plural. No se trata de caer en la antijuridicidad o en la anomia. Más bien se reclama la positivación jurídica de tales expectativas, abandonadas hasta el momento al terreno de la marginalidad[31]. De ahí el interés y la

[22] Lédio Rosa de Andrade, ídem.

[23] J. B. Moreira Pinto, *op. cit.*, págs. 21-22

[24] Lédio Rosa de Andrade, *op. cit.*, pág. 93.

[25] Lédio Rosa de Andrade, «Proceso social alternativo», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, pág. 82.

[25] Lédio Rosa de Andrade, *op. cit.*, pág. 24.

[27] T. Sampaio Ferraz, *A ciencia jurídica e seus dois maridos*, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 1985, pág. 96.

[28] Idem, pág 33.

[29] Ver A. B. de Carvalho, *Direito Alternativo na Jurisprudência*, cit., págs. 13-14.

Según Plauto Faraco de Azevedo, *«la seguridad jurídica es el valor fundamental del derecho, más es sabido que no hay seguridad que se pueda mantener si no estuviera inmantada por la Justicia»*. Ver su «Do Método Jurídico. Reflexioes em torno de François Gény», en *Ajuris*, n.° 51, marzo de 1991, pág. 19 Luiz Fernando Coelho señala que al juez no le cabe aplicar la ley sino hacer justicia *Lógica Jurídica e Interpretaçao das leis*, Forense, 1981 (2.° edic.), pág. 324.

[30] Ver Miguel Alves Lima, «O direito alternativo e a dogmática jurídica», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, pags 44 y ss

[31] *«Y es el explotado, el marginado, el oprimido, el único que puede tener la idea de la auténtica justicia. Sólo en aquel que está fuera de la* Totalidad jurídica del sistema, *y en aquel otro que no ve desde la legalidad del sistema sino que tiene la óptica del marginado, puede nacer la conciencia de la justicia "legal" fuera de la Totalidad opresora.»* Jesus Antonio de la Torre Ran-

necesidad de buscar el apoyo de los principales protagonistas en la creación del derecho: los movimientos populares, apoyados en el ideal de una utopía democrática en la que los principios de libertad, igualdad y vida digna sean asequibles para todos[32].

APENDICE

A continuación se ofrece un cuadro representativo tanto de las distintas corrientes teóricas que conforman el movimiento como de alguna de las entidades de acción que han creado. Para ello se ha seguido el trabajo realizado por el iusfilósofo, y abogado, A. C. Wolkmer en su libro *Introduçao ao pensamento jurídico crítico:*

a) Tipología teórico-doctrinal

1. *Epistemologías de «Pluralismo Sistémico-Funcional»*[1], con las obras de Tércio Sampaio Ferraz y José Eduardo Faria. El primero influido por los aportes de Niklas Luhmann y Theodor Viehweg; y el segundo, además de por Luhmann, por Max Weber, por el mismo Tércio Sampaio y por la tradición funcional-liberal norteamericana[2].
2. *Epistemologías histórico-sociales de perspectivas dialécticas*[3]. Formadas por cuatro subgrupos: a) en primer lugar, el humanismo dialéctico de raiz neo-hegeliana de Roberto Lyra Filho, fundador de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña (NAIR) y creador de la revista *Direito & Avesso,* junto a José Geraldo de Souza y Agostinho Ramalho Marques Neto; b) el neomarxismo jurídico como expresión de poder de Roberto A. R. de Aguiar; c) el marxismo ortodoxo de Tarso Fernando Genro, también discípulo de Roberto Lyra Filho; y d), la fenomenología del normativismo dialéctico de Luiz Fernando Coelho[4].

   Mención aparte, y dentro de este bloque, merece el denominado *iusnaturalismo dialéctico en caminhada,* defendido por los jueces gauchos, como óptica ética y utópica que recepciona las sucesivas conquistas axiológicas populares y humanas obtenidas a lo largo del tiempo[5].
3. *Epistemología de perspectiva semiológicopsicoanalítica*[6], con la obra de Luis Alberto Warat, bajo las influencias de Bachelard, Lyotard, Castoriadis, Barthes y Deleuze[7].

b) Centros de acción

Aparte del propósito de aunar esfuerzos a nivel profesional, y pese a los distintos enfoques doctrinales, los miembro del Derecho Alternativo consideran necesario, para poder interpretar y aplicar un derecho justo, actuar solidariamente con aquellos movimientos populares que están tratando de hacerse con un espacio de actuación más libre y democrático. Para ello, dos son los tipos de frentes de acción sobre los que se organizan. Uno mediante la creación de centros o entidades de *estudio,* de *investigación* y *pesquisa.* El otro mediante la creación de centros de *asesoría, educación* y *pedagogía jurídica popular*[8].

— En cuanto al primer tipo, tenemos, entre otros, el *Grupo de Trabalho «Direito e Sociedade»* de la Asociación Nacional de Posgraducación (ANPOCS), en el que colaboran José Eduardo Faria, Eduardo K. Carrión y Gisele Cittadino; el ya mencionado Grupo de Magistrados Gauchos, ligado a la Asociación de Jueces de Río Grande do Sul (AJURIS); el *Centro de Estudios de Derecho y Sociedad* de la Universidad de Sao Paulo; y el *Instituto de Derecho y Sociedad* de la Universidad Federal de Santa Catarina con Edmundo Lima de Arruda, A. C. Wolkmer y Horácio Wanderlei Rodrigues.

gel, *El Derecho como arma de liberación en Améncа Latina, op. cit.,* pág. 28.

[32] El objetivo de lograr un modelo de sociedad más democrático es decisivo. Ver E. L. de Arruda Jr , «Direito Alternativo. Notas...», *op. cit.,* págs. 94 y ss.

[1] A. C. Wokmer, ídem, págs. 114 a 120.

[2] Alguno de los trabajos publicados por Tércio Sampaio son, *Conceito de Sistema no Direito* y *Funçao Social da Dogmática Jurídica,* ambos en Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1976 y 1980; y su *Introduçao al Estudo do Direito,* Atlas, Sao Paulo, 1988.

De J. E. Faria, ver *Sociología Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política,* Forense, Río de Janeiro, 1984; *Retórica Política e Ideología Democrática,* Graal, Río de Janeiro, 1984; *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica,* EDUSP, Sao Paulo, 1988, y *Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais,* Editora Revista dos Tribunis, Sao Paulo, 1992.

[3] Idem, págs. 121 a 133

[4] Alguna de las obras de Roberto Lyra· *Para um Direito sem Dogmas,* Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1980 y *O que é Direito,* edit. Brasileinse, Sao Paulo, 1982; de Geraldo de Souza, ver *Para uma Crítica de Eficácia do Direito,* Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1984; de A. R. Marques Neto, *A Ciência do Direito· Conceito, objeto, método,* Forense, Río de Janeiro, 1982; de Roberto A R de Aguiar, *Direito Poder e Opressao,* Alfa-Omega, Sao Paulo, 1980 y *O Que é Justiça Uma Abordagem Dialéctica,* Alfa-Omega, Sao Paulo, 1982; de Tarso Genro, *Introduçao Crítica ao Direito,* Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1988; y de Luis F. Coelho, *Teoria Crítica do Direito,* HDV, Curitiba, 1986.

[5] Ver A. B. de Carvalho, el capítulo III titulado «Jusnaturalismo de caminhada: uma visao o ético-utópica da ley», de su libro *Magistratura de Direito..., cit.,* págs. 54 a 61

[6] Idem, págs. 133 a 139.

[7] L. A Warat, *A Pureza do Poder,* UFSC, Florianópolis, 1983, A Ciência Jurídica e seus Dois Mandos, FISC, Santa Cruz do Sul, 1985 y *Manifesto do Surrealismo Jurídico,* Académica, Sao Paulo, 1988.

[8] A. C. Wolkmer, *op. cit* , págs 101 a 105. Véase también E. L. de Arruda, «Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares», en *Lições de Direito..., op. cit.,* págs. 159 y ss.; Horácio Wanderlei Rodrigues, *op. cit.,* págs. 178 y ss.

Jesús Antonio de la Torre Rangel, comentando unos trabajos de experiencias forenses, y escritos por los brasileños Vanderley Caixe y Miguel Pressburguer, señala que el acercamiento del profesional del derecho al pueblo —en este caso, el abogado—, no debe realizarse con la pretensión de representar las reclamaciones portadas por los campesinos o por los indígenas, pues ello le puede llevar a adquirir un protagonismo que no debe nunca poseer. La relación debe direccionarse en el sentido de que sean los mismos grupos populares los que se representen. J. A. de la Torre, *El derecho que nace del pueblo,* cit., págs. 147 y ss. y 162.

En el caso de la actividad judicial, Amilton B de Carvalho apela a un total abandono de la visión compartimentalizada del derecho que lo desliga de lo que es su inicio y su fin: la sociedad misma. Véase, «Actuaçao dos juízes...», cit., pág. 10.

— En cuanto a las entidades de asesoría jurídica, están, también entre otras, el *Instituto de Apoyo Jurídico Popular* (AJUP), en Río de Janeiro, coordinado por Miguel Pressburguer; el Núcleo de Estudios para la Paz y Derechos Humanos (NEP), constituido por los integrantes de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña , de la Universidad de Brasilia, bajo la coordinación de José Geraldo de Souza Jr. Es destacable en el mismo el Curso de Extensión Universitaria a Distancia que realizan, en un principio bajo el título de *Direito achado na Rua* y ahora denominado *Introduçao Crítica ao Direito*[9]; el Sector de Orientación y Asistencia Jurídica (SOAJ) en Río de Janeiro; el Gabinete de Asesoría Jurídica de las Organizaciones Populares (GAJOP) de Olinda, Pernambuco; y el Núcleo de Asesoría Jurídica Popular (NAJUP) de Porto Alegre.

[9] Ver el artículo de J. G. de Souza Jr. «O Direito achado na rua: concepçao e prática», en *Introduçao Crítica ao Direito*, vol. I, Universidad de Brasilia, 4.ª edición, págs. 7 a 10.

Mecanismos alternativos o paralelos de solución de conflictos en el Perú

Felipe VILLAVICENCIO

1. INTRODUCCION

El espacio de «control social» es amplísimo y los medios que se usan están mas o menos ocultos, encubiertos. Existe control social a través de la familia, la disciplina social, la educación, las normas sociales, la medicina, la religión, la actividad política, los medios masivos de comunicación (mass-media), la actividad artística, la investigación, etc. Los *medios* que se utilizan son difusos y muy diversos, pero en todos los niveles de control predomina una amplia intercambiabilidad y una considerable flexibilidad[1]. Por ejemplo: los medios que utilice la familia estarán en relación a si ésta es autoritaria o liberal (alteración de la rutina de la vida cotidiana del niño desobediente), en la educación: métodos pedagógicos, control ideológico de los textos libertad de cátedra, en las normas sociales (reglas de vestir, hablar bajo, no escupir, saludar al anfitrión), se detectan sanciones sociales: el ridículo, el silencio de los contertulios, interrupción de contactos sociales, rumores, prejuicios, etc., todos estos medios de control social no son más que «mecanismos naturales de regulación social»[2]; pero cuando estos medios o modos naturales fallan, los interesados se ven obligados a recurrir a *mecanismos artificiales* que son específicos y explícitos, como el llamado sistema penal. Por esta razón se afirma que las sanciones penales son sólo un medio de control social y probablemente ni siquiera el más importante[3].

El Perú es un país pluricultural lo que origina que existan otros mecanismos naturales de regulación social, con características propias, que cuentan con lugares naturales de solución de conflictos, así por ejemplo: en las comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades de la amazonia, y ámbitos urbanos.

2. MECANISMOS DE REGULACION SOCIAL EN COMUNIDADES CAMPESINAS

Las *comunidades campesinas* son agrupaciones de familias identificadas por un determinado territorio, ligados por rasgos sociales y culturales, trabajo comunal, ayuda mutua y, básicamente por su actividad vinculada al agro. Las comunidades son producto de la desestructuración de la organización social incaica y del otro lado, la estructuración de la dominación colonial española. Así, los *Ayllus* que eran la unidad económica y social fundamental del Estado Inca, son desarticulados por las reducciones, los habitantes de uno o varios Ayllus son reagrupados en «Reducciones de Indios», conformando pueblos y permitiendo de esta manera el cobro del tributo y el sometimiento más fácil de los indígenas. De esta forma se marca el inicio de lo que más tarde serían las comunidades indígenas y ahora las comunidades campesinas[4].

Las comunidades suman aproximadamente 4.000 y ocupan el 15 por 100 del territorio nacional concentrado en la Sierra. Están reconocidas y protegidas por la Constitución Política de 1979, que declara su existencia legal, personería jurídica, autonomía en su organización, trabajo comunal, uso de tierras así como en lo económico y administrativo dentro del marco de la ley; el Estado peruano respeta y protege las tradiciones de las comunidades y propicia la superación de sus integrantes (art. 161). Este reconocimiento también lo realiza la reciente constitución política de 1993. El Código Civil de 1984, también contiene normas específicas (arts. 134 a 139).

Su población alcanza al 32 por 100 del total nacional, su expresión idiomática es diversa con preponderancia del quechua (53 por 100) y la educación es deficiente[5]. Económicamente representan un sector significativo en la medida que son el principal soporte de la producción de alimentos que abastece a las ciudades peruanas; paradójicamente, en ellas la pobreza se presenta acentuada.

Al interior de ellas, sus situaciones de conflictos y las formas de regulación se ubican en el derecho consuetudinario, en la costumbre. La literatura es abundante en referencias[6].

[1] Kaiser 1983, pág. 83.
[2] Hulsman 1984, pag. 119
[3] Stratenwerth 1982, pág. 9.
[4] Palomino F. 1984, pág. 67.
[5] Brandt 1986, pág. 97.
[6] Barrig 1980 (se refiere a obras de Alegría, Arguedas, Ribeyro, Martínez, Urteaga, Scorza, López Albujar, Thorndike) En la literatura peruana Enrique López Albujar en sus Cuentos Andinos (Uchanan-Jampi) describe el control en el pueblo de Chupán. «tienes ganados, tienes tierra, tienes casa Se te embargará uno de tus ganados y como tú no puedes seguir aquí porque es la tercera vez que apareces ante nosotros por ladrón, saldrás de Chupán inmediatamente y para siempre, la primera vez te aconsejamos lo que debías hacer para que enmendaras y volvieras a ser hombre de bien. No has querido. Te burlaste del yatachishum. La segunda vez trata de ponerte bien con Felipe Tacuche a quien le robaste diez carneros. Tampoco hiciste caso del alli-ashishum, pues no haz querido reconciliarte con tu agraviado y vives amenazandolo constantemente Hoy le ha tocado a Ponciano a ser el perjudicado y mañana sabe a quien le tocará Eres un peligro para todos. Ha llegado el momento de votarte y aplicarte el latirishum. Vas a irte para no volver más Si vuelves ya

A pesar de la denuncia de graves y famosos delitos, originados a consecuencia de la aplicación de la autojusticia comunal[7], no nos cabe duda que dichos excesos no pueden generalizarse y, por el contrario, la aplicación de criterios consuetudinarios es mucho menos rigurosa.

No existen estadísticas oficiales sobre las características de los conflictos y sólo investigaciones particulares han detectado una mayoría de conflictos sobre tenencia de tierras, peleas, borracheras, lesiones, asesinatos, robo de ganado, violaciones, estafas y problemas de naturaleza civil menos frecuentes[8].

Antes de la promulgación de la Constitución Política de 1979, en la época de la dictadura militar, el Estado peruano reconoció a través del Estatuto Especial de comunidades campesinas (D.S. 37-70-A), dictado para reforzar el autogobierno comunal, la posibilidad que el reglamento interno precise «los tipos y números de faltas y el procedimiento a seguirse en cada caso» (art. 30)[9]. Resulta evidente la inconstitucionalidad del dispositivo legal en relación al principio de legalidad y a la prohibición de justicia paralela (art. 233 primer párrafo Const.). Pero en la realidad, diversos Consejos de Administración o Acuerdos de Asamblea han adoptado decisiones. *Brandt* cita el caso del robo de ganado en la Comunidad de Yanapata (Puno) que mereció un juicio comunal con audiencia presidida por el Consejo de Administración con la presencia del teniente gobernador y el agente municipal, quienes sentenciaron a la indemnización del daño.

Los comuneros adoptan diversos mecanismos de regulación de conflictos: arreglos y conciliaciones, la no solución (remisión del caso a la instancia familiar social) una decisión (problemas civiles) y la aplicación de una sanción v.gr. económica, privación de la libertad, pena de honra (amonestación pública, destitución del cargo comunal, exposición al escarnio público), castigos corporales (golpes, azotes, palizas, baños fríos en el río), expulsión de la comunidad (sanción gravísima aplicada a rebeldes y reincidentes) y, excepcionalmente, la muerte[10].

Los castigos corporales son raramente aplicados. Por ejemplo, en una fiesta de la comunidad del Valle de Cunas-Huancayo (1979) un joven aculturado y grosero se dirigió sin respeto a un anciano comunero. Este le llamó la atención y lo reprendió. El joven respondió con insultos y lo agredió con un palo. Inconsciente el anciano es llevado a su casa y a los dos días muere. El joven fuga y luego un grupo de comuneros lo descubre en un pueblo vecino, lo capturan, lo llevan al río y lo flagelan, repitiéndose que el castigo es por el respeto que merecen los ancianos y la comunidad, lo bañan en la noche y al día siguiente lo entregan al puesto policial de la provincia. El sujeto es expulsado y la comunidad siente restablecido su honor[11].

3. RONDAS CAMPESINAS

Existen organizaciones campesinas denominadas «Rondas Campesinas» en ciertas zonas del país, especialmente en Cajamarca y Piura al norte. En Cajamarca aparecen como un fenómeno no propio de la subregión central. Tienen su origen en el aumento de abigeato, la tradicional anarquía de los habitantes de la región (el tomar la justicia por sus propias manos)[12] y la corrupción de las autoridades[13].

Están organizados por turnos, con la participación obligatoria de los varones, armados con hachas, machetes, huaracas, cuchillos y su función es proteger al ganado y bienes de la comunidad y el control del orden interno.

Así, la ronda surge a iniciativa de los propios campesinos y, al menos en su origen no fue creada con fines políticos. Obtuvo inmediato apoyo de las autoridades (policía y subprefecto) y los campesinos declararon explícitamente que su intención era que los comités estuvieran armados. Su eficiencia les hizo ganar el apoyo total[14].

Probablemente, existan más de 400 grupos patrullando dicha subregión de Cajamarca que se caracteriza por ser un zona de reducidos minifundios, dedicada a la ganadería. Los campesinos, debido al deterioro del intercambio entre las zonas rurales y urbanas del país y a la reducción de sus fuentes de ingresos (tradicionalmente, venta de pequeñas partes de cosechas, salario, migración temporal, venta de manufactura casera, pequeño comercio, ganado) han relevado a la ganadería como una forma de ahorro fundamental para la subsistencia.

Una ronda está integrada por no más de diez personas entre dieciocho y sesenta años de edad, menores emancipados, elegidos por períodos de seis a doce meses. El número de integrantes es reducido para permitir su rápido desplazamiento en su función de vigilancia.

sabes lo que te espera: te cogemos y te aplicamos el uchananjampi ¿haz oido bien, Cunce Malle?».

[7] Caso Huayanay (1974): persona muerta a pedradas en una plaza después de haber sido sentenciada en proceso informal por 218 comuneros. Caso del quechuólogo cuzqueño Andrés Alencastre muerto por pobladores de Paccobamba (Canas) por un litigio de tierras (1984)

[8] Pásara, Luis: Justicia fuera del aparato formal. DESCO, pág. 175. Idem. «Perú. administración de ¿justicia?», en la Administración de Justicia en América Latina. Lima, pág. 197.

[9] Posteriormente se dictan los Decretos leyes 20653 y 22175 en el mismo sentido.

[10] Brandt, págs. 135 a 144.

[11] Rivera Romero, Ricardo. La comunidad campesina y el derecho consuetudinario, Lima, 1985, pág. 19.

[12] Gittitz, John S. y Rojas A., Telmo: «Las rondas campesinas en Cajamarca-Perú», en *Apuntes*, n.° 16.

[13] López, Sinesio. «La revolución de los machetes», en *El zorro de abajo*, Lima, marzo 1986, pág. 19. En el diario *La República* (9-9-1984, pág. 19) se relata el caso de la ronda campesina de Alto Mayo que llegó a detener a un jefe de la ex Policía de Investigaciones del Perú y a un fiscal para que respondieran a cargos formulados por campesinos.

[14] Gittiz y Rojas, *ob. cit.* La primera ronda campesina se organizó en el Caserío de Cuyumalca, provincia de Chota (Cajamarca) el 29 de diciembre de 1976, fundada por el teniente gobernador don Regulo Oblitas para luchar contra los constantes robos, pero el factor determinante fue un asalto a la escuela lo que originó que se formara la «Ronda de vigilancia nocturna de la escuela Cuyumalca». Los antecedentes mas resaltantes de las rondas han sido las acciones del campesinado a comienzos del siglo (tomas de tierras de las haciendas), el bandolerismo y finalmente, las rondas de hacienda En el caso de Bambamarca, la primera ronda campesina fue organizada en la Estancia de San Antonio de la Comarca el 25 de enero de 1978.

El rondero puede ser tanto el que sale a cumplir su función como todo aquél que está incluido en la organización interna (colaboradores, ancianos, minusválidos, etc.). También existen *«ronderitos»* de doce, catorce años de edad que acompañan a sus padres de manera que la ronda asegura su futuro como organización.

Además, cuentan con un delegado controlador y con un *«comité femenino»* *«grupo de mujeres»* que brindan apoyo económico, disciplina (obligar a campesinos que se niegan a rondar), sancionar a mujeres y prevenir excesos masculinos. En nuestra visita a Bambamarca en Cajamarca, en febrero de 1988, logramos conversar con una mujer jefe de una ronda campesina femenina y compartir con un grupo de mujeres en una reunión campestre.

Es evidente que las funciones que se atribuyen los ronderos suponen una actitud política. Actualmente, las rondas han alcanzado un alto grado de organización y están asumiendo mayores funciones. Superando su original finalidad de autodefensa, buscan se les reconozca como organizaciones representativas del campesinado en general, de naturaleza social y económica. Esto sugiere la tendencia a convertirse en un tipo de gobierno local, en base al poder que les da su organización, el respeto y lealtad ganados y la participación de la comunidad, de la que son líderes naturales.

La organización de las rondas tienen su base en la comunidad y se proyecta hasta las federaciones departamentales de rondas, incluyendo el nivel intermedio distrital. Para consolidar una mayor centralización organizan eventos regionales[15].

Ante esta realidad de una zona del país, el Estado peruano a través de la Ley 24571, del 7 de noviembre de 1986 ha reconocido a las «rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas cuyos integrantes están debidamente acreditados ante la autoridad política competente como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad y que contribuyen al desarrollo y a la paz social, sin fines políticos partidarios». Establece que «tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de sus ganados y demás bienes, *cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito»*.

Es evidente que esta ley no reconoce el rol político que reclaman los ronderos (v.gr. facultades para crear normas, etc.) y resulta peligrosa en la medida que no ubica el fenómeno en las zonas del país donde existe y podría ser usada por grupos paramilitares encubiertos.

Es también imprecisa cuando utiliza el término *cooperación* con las autoridades. Es obvio que esta ley no modifica la norma constitucional que prohíbe la *justicia paralela* (art. 232), menos aún puede significar la delegación de facultades legislativas o judiciales que el texto no se atreve a mencionar.

Cooperar es sólo aportar para que otro desempeñe un rol principal. El que coopera no tiene el dominio de las circunstancias, por lo tanto esta disposición representa sólo un tímido propósito de reconocer al derecho consuetudinario como complemento del derecho formal.

En la realidad las rondas desarrollan actividades paralelas a las *policiales* de carácter preventivo como tambien de investigación y detención por delito flagrantes: v.gr. control de caminos, campos, exigencia de documentos a transeúntes desconocidos, obligación de explicar, restricción de libertad de tránsito, hacer rondar a tales personas, disolver riñas, en todos los casos sus normas internas están garantizadas por la coacción que aplican, por el reconocimiento de su autoridad[16]. Todo esto supone funciones paralelas a las jurisdiccionales en la llamada *«justicia campesina»*.

La Ronda Campesina actúa como agencia de control social Sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal v.gr. el juicio grabado magnetofónicamente por alumnos de la Pontificia Universidad Católica en Bambamarca en un asunto sobre «saqueo de casa» que derivó en un proceso por adulterio.

En cuanto a las *sanciones*, se ha venido observando una reducción progresiva de su rudeza. Algunos ronderos atribuyen, entre otras razones, las intervenciones de instituciones destinadas a cautelar los derechos humanos, discurso que dirigentes ronderos aceptan, a las quejas y denuncias entre autoridades oficiales, etc. Inicialmente, los castigos físicos comprendían desde la muerte del sujeto, hasta los denominados *«pencazos»* (azotes).

También se aplican el *«baño»* (sujeto obligado a sumergirse en un río o pozo en la noche o madrugada), la *ronda obligatoria* (en rondas vecinales) y el *trabajo comunal* (en caminos, posta médica, etc.).

A pesar de la experiencia acumulada por las Rondas Campesinas, el Estado peruano al reconocerlas no ha tomado en cuenta sus normas internas expresadas, por ejemplo, en los reglamentos que cada federación provincial en Cajamarca han elaborado y, por el contrario, ha dictado el D.S. N.° 012-88-IN (publicado en el Diario Oficial el 18 de marzo de 1988, pág. 62940) que reglamenta la Ley 24571 y evidentemente busca integrar a las rondas campesinas al sistema de control oficial, limitando su accionar y desnaturalizando su esencia[17].

En síntesis, la Ley 24571 y su Reglamento sólo originan confusión. En el estado actual de las investigaciones nacionales sobre el tema, es poco lo que se ha avanzado.

Recientemente, la experiencia peruana experimenta un avance en lo relativo al reconocimiento del derecho consuetudinario. En efecto, la Constitución política de 1993 reconoce la *jurisdicción especial* (art. 149) en el sentido que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas podrán ejercer fun-

[15] Por ejemplo, la I Convención de Rondas Campesinas de Piura —noviembre 1985—, I Convención de Rondas Campesinas de Cajamarca realizada en Chota —septiembre 1985—, etc.

[16] Irigoyen 1987, pág. 8.

[17] Para Prado (1990, pág. 34) desde la expedición de este Decreto Supremo las rondas campesinas «forman parte del sistema de control penal Y ya no son como manifestaciones folklóricas del infraderecho o de lo "informal", sino como segmento oficial del dicho sistema. Efectivamente, la ley y el Estado han otorgado a las rondas campesinas atribuciones propias de una agencia policial»

ciones jurisdiccionales con apoyo de las rondas campesinas, dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario y siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Agrega que será a través de la ley que se establecerán las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial[18].

4. LAS ETNIAS DE LA AMAZONIA PERUANA

Se dividen en 63 grupos que pertenecen a doce familias idiomáticas diferentes[19]. La característica de la legislación peruana es ser anticostumbrista, por que se considera que ella pertenece a un momento de desarrollo jurídico sobrepasado por la moderna ciencia del derecho[20] y, discriminante desde el momento que la legislación trata formalmente como idénticos a quienes, por razón de su cultura —por supuesto, de sus modos económicos—, son de hecho diferentes[21]. Bajo una orientación de política integracionista, contraria a la identidad cultural y al derecho consuetudinario, el Estado peruano ha pretendido incluir a las etnias de la amazonia al sistema de control oficial[22]. La utilización de los conceptos «salvaje» (art. 44 C.P.), en el contexto histórico e ideológico en el que Víctor Maúrtua elaboró el proyecto de Código Penal, reflejaba la preocupación sobre la manera que debían ser tratados penalmente las personas que formasen parte de dichos grupos[23].

Pero básicamente, el discurso se fundamenta en la conocida doctrina de la peligrosidad formulada en el pensamiento italiano de la Criminología (Ferri, Garofalo, Lombroso) como se ha observado en las investigaciones sobre abigeos indios.

No se podía esperar mucho de la élite limeña que basada en las concepciones europeas, no aceptaba al derecho consuetudinario como fuente del derecho y se limitó a considerarlo sólo como objeto de la legislación. La política seguida sobre comunidades nativas, siempre ha hecho creer (con criterio etnocentrista) que la selva peruana es una región deshabitada y que los pocos nativos «salvajes» e «incivilizados» requieren del soporte de la cultura occidental, asegurándose de un cuerpo de leyes que ha normado la irracional explotación en nombre del desarrollo de la economía peruana[24].

Es recién en la década de los años setenta que se dicta una legislación que reconoce en las comunidades nativas su organización, costumbres, etc. La primera en exponer este reconocimiento fue la Ley sobre Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de la Región de Selva y Ceja de Selva (D.L. 20653 de 1974), derogada luego por el Decreto Ley N.° 22175 del año 1978 denominada Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, que restringió la titulación de la propiedad. El art. 19 de este Decreto Ley faculta a las comunidades para resolver conflictos y controversias de naturaleza civil en mínima cuantía entre sus miembros, además, su competencia para resolver faltas.

Esta fue una norma extraña al sistema jurídico nacional que hasta antes de la promulgación de la Constitución política de 1993 (art. 149) no admitía el paralelismo entre la justicia formal y los controles naturales de las comunidades nativas (*justicia única*, art. 232, Constitución de 1979, *exclusividad de la función jurisdiccional*, art. 233, inc. 1 *usurpación de autoridad* art. 230 C.P.). En la literatura nacional sobre el tema son diversos los criterios sobre esta problemática. Así, Ballón Aguirre sostiene la vigencia del artículo 19 del dispositivo legal citado, en base al artículo 27 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, o el artículo 7 del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo «Relativo a la protección de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales de los países independientes» rectificado y hecho ley por el Perú a través de la Resolución Legislativa 13467 del 18-11-1960[25]. Otros como Figallo A. proponía el reconocimiento del derecho consuetudinario como derecho vigente, siendo para ello necesario modificar el artículo 232 de la Constitución de 1979 para que se incluya la facultad de las comunidades nativas para administrar justicia[26]. Por su parte, Brandt considera que este derecho consuetudinario contiene elementos anacrónicos y violadores de los derechos humanos por lo que recomienda limitar su vigencia a la no violación de estos derechos fundamentales, siempre que se trata de faltas o de violaciones de normas internas no tipificadas en el código penal, o que las comunidades nativas elijan a un juez de paz para la administración de justicia modificándose la Ley Orgánica del Poder Judicial[27].

Todas estas aproximaciones desde la óptica de la antropología jurídica tienden a reconocer al derecho consuetudinario pero no ubican la actitud político criminal que el sistema penal debe poseer. Los recientes trabajos se dirigen en esta línea y creen posible

[18] Artículo 149.—Las autoridades de comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

[19] Ribeyro, Darcy, y Wise, Mary R.: «Los grupos étnicos de la amazonia peruana», en *Comunidad y Culturas peruanas*, n.° 13 ILV, Lima, 1978, pág. 41. Los grupos más numerosos en población son los Aguarunas (25.000), Campaashaninca (37.000), Cocona-cocamilla (25.000), Lamista (20.000), Shipibo-Conibo (20.000).

[20] Ballón Aguirre, Francisco: *Las costumbres y la justicia* Centro de Investigaciones Judiciales, Lima, 1985, pág. 8.

[21] Fernandez, Eduardo: «Terminemos con estos delitos», en *La Republica*, (11-11-84), Lima, pág 37.

[22] Existe carencia de trabajos etnológicos-jurídicos. Vid. Ballón Aguirre, Francisco: *Etnia y represión penal*. CIPA, Lima, 1980.

[23] Hurtado Pozo, J.: *La ley importada CEDYS*, Lima, 1979, pág. 84. Vid. ademas págs. 69, 72, 76.

[24] Ibáñez Sánchez, Miguel: «Comunidades nativas», en *La República*, 7-3-1985.

[25] En *Prefacio*, Brandt 18. Vid. Etnia y represión penal, pág. 118.

[26] Figallo A., Guillermo: «Población indígena y derechos humanos», *Boletín Comisión Andina de Juristas*, n.° 8, Lima, 1985, pág. 43.

[27] Brandt, pág. 33.

una normatividad positiva capacitada para entender los fenómenos originados y derivados por la costumbre nativa. En este sentido, se cree en la necesidad de un *subsistema penal* aplicable a nativos y que la que se plantee debe ser interdisciplinaria sobre la base de los aspectos generales de una línea de etno-desarrollo (calificación política de las relaciones Estudios-Sociedades Nativas), la pluralidad cultural y las pautas propias de control social, la definición político criminal sobre la penalidad del indígena, los criterios de participación de lo comunal, una lógica de costos para el subsistema, reformulación del proceso y de la ejecución penal[28].

Es evidente que el sistema penal peruano debe contar con *filtros* adecuados, o mejorar los que posee en relación al juzgamiento de indígenas amazónicos u otros[29]. Los tribunales peruanos han actuado flexiblemente absolviendo o atenuando la responsabilidad en consideración a las costumbres, tradiciones, creencias, supersticiones de los habitantes de las comunidades nativas, pero de manera desordenada[30].

En la ciencia penal peruana también se ha tratado la problemática de la responsabilidad penal del indígena en diferentes sentidos. En los años cuarenta, Manuel Abastos afirmaba que «en vez de declarar la incapacidad absoluta del indio, la ley debe establecer junto a un principio común y general de capacidad penal (imputabilidad) unas cuantas excepciones de inimputabilidad»[31]. Después de propugnar la creación de un derecho especial para el indígena, agregaba que «si hay que poner al indio en un plano de incapacidad relativa, no es porque sea indio sino porque pertenece a una cultura diferente»[32].

El proyecto de Código Penal del 31 de marzo de 1986, postulaba con criterio etnocentrista, en su artículo 21 la inimputabilidad[33] por su cultura o costumbre. Nosotros considerábamos recomendable se optara por la inculpabilidad mejorando las disposiciones sobre el error[34].

Posteriormente, el nuevo código penal peruano (Decreto Legislativo 635 de abril de 1991) en su artículo 15 incorporó a la legislación una nueva fórmula sobre el error[35].

Las actuales tendencias en el derecho procesal moderno discuten las posibles respuestas a la diversidad cultural En primer lugar, se viene proponiendo la figura del *«juez comunitario»* en el sentido de la adaptación de alguno de los sistemas de jurados existentes, ya sea a través del jurado popular clásico (miembros de la comunidad que deciden sobre la inocencia o culpabilidad) o, a través del sistema de «escandinabo» (combinación de jueces populares y profesionales) como el adoptado por el Proyecto de Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano de 1992 (juez penal y dos jueces comunitarios; arts. 350 y ss.)[36]. En segundo lugar, el mecanismo procesal de la *«conciliación»* que opera con la reparación del daño como causal de extinción de la acción penal, corresponiéndole a un tribunal arbitral formado por miembros de la comunidad, procurar, diseñar y admitir la forma de reparación. En tercer lugar, a través de los jueces comunitarios y de la expresa admisión en la sentencia, se abre camino para la *costumbre «in bonam partem»*, sólo exigiéndose que se deje constancia en la sentencia del valor y el sentido de la costumbre utilizada, sin que se ad-

[28] Foy Valencia, Pierre Claudio: *Bases para un subsistema penal aplicable a nativos, fundamento para el juzgamiento penal de indígenas amazónicos*, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1987, págs. 228-230

[29] Abdias Matari (veinticinco años de edad) perteneciente a la etnia asháninca (Campa) es detenido en Satipo a fines de enero de 1983 por presunto delito contra las buenas costumbres en agravio de Nilda Camacho Shingari (catorce años) y, Eudes y Berenice Ríos (dieciséis y dieciocho años) pertenecientes a la misma etnia (atestado policial n.° 17-IC-JP de 27-1-84). A Nilda la conoce en Kivinaki (río Perené) y al poco tiempo queda embarazada, el padre denunca a Matari ante el juez de paz de Santa Ana en Chanchamayo (acta de 22-3-82, para esclarecimiento). Comparecieron Nilda y Matari quien reconoció el hecho y se comprometió a pasar una pensión alimenticia desde el día que nazca la criatura. En el acta, el juez precisó que la criatura quedaría en manos de la madre pues los padres no deseaban que Nilda se casara con Matari. Este último decide salir de Kivinaki y en el interior conoce a dos hermanas Eudes y Berenice Ríos con quienes alterna. En enero sale para Pichinaqui con las dos y luego a Satipo donde lo detienen Matari es juzgado por el caso de Nilda y el 30 de mayo de 1984 (catorce meses de detención) el fiscal acusa a Matari ante el Primer Tribunal Correccional de Huancayo por delito de violación sexual presunta en agravio de Nilda y pide que le impongan la pena de cinco años de prisión. La defensa invoca el artículo 19 de la Ley de Comunidades Nativas (D. Ley 22175 «Los Tribunales tenrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias, valores socioculturales de la comunidad») y solicitan informe antropológico. La sentencia (7-7-84) lo condena a dos años de prisión Matari declaró que nació en Puerto Yanira que es una comunidad nativa pequeña colonizada en la que los paisanos usan pantalones. Matari estudió en la escuela. En ese lugar los paisanos aceptan las relaciones sexuales y desde niñas las prometen a un hombre sin importar la edad. Esperan hasta los once o doce años de edad y luego la hacen su mujer Sólo esperan su primera menstruación, entonces se encierra con su madre en otra casa y ella le enseña a tejer, hilar el algodón y tejer la cushma (túnica, prenda de vestir tradicional) Matari vivió en Puerto Yanira hasta los catorce años y después se fue a Pucallpa y luego a Kivinaki donde conoció a Nilda. Ella le aceptaba todo pero los padres no lo querían porque no era adventista. El niño fue entregado a otra señora pues la familia de Nilda no lo quería, luego murió. Mataria quería casarse con Nilda (en diario *La Republica*, reportaje «Encarcelado por amor», entrevista realizada por el antropólogo Eduardo Fernández, 11-11-84, págs. 35-38).

[30] Los tribunales peruanos han absuelto casos de Aguarunas que cometían delitos contra la vida, observando sus costumbres, tradiciones y creencias (Ejecutoria Suprema de 1 de septiembre de 1975), atenuando la responsabilidad en consideración a las supersticiones (Ejecutoria Suprema de 22 de noviembre de 1940), en caso de mutilación posterior de cadáver (Ejecutoria Suprema de 4 de agosto de 1941), etc

[31] Abastos, 1949, pág. 28.

[32] Idem. pág. 28

[33] Artículo 21.—El juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión.

[34] Vid. Yrureta, Gladys: *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981, especialmente el capítulo III «la responsabilidad penal del indígena ante la doctrina» (págs. 43-66) y las «soluciones jurídicas recomendables y las que deben ser rechazadas» (págs. 111 y ss). Vid. además, la posición de Zaffaroni sobre «el error de comprensión culturalmente condicionado».

[35] «Artículo 15.—El que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posiblidad se halla disminuida, se atenuara la pena.» Vid. comentarios en Villavicencio, 1992.

[36] Binder, 1993, pág. 30

mita la costumbre incriminatoria, de manera que las prácticas ilícitas que una comunidad indígena considera punibles puedan ingresar a través de un derecho alternativo y no a través de un uso alternativo del derecho. Se indica además que la investigación de los delitos también se puede realizar con el auxilio de miembros de la comunidad (v.gr. la figura del *fiscal auxiliar miembro de la comunidad)*[37].

Si bien la constitución de 1979 previó esta realidad de pautas culturales diferentes entre los peruanos y ordenaba proteger y respetar las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas propiciando su superación y desarrollo integral (arts. 161 y 162), hasta el momento el estudio de sus aspectos relevantes para el control social ha sido limitado. Es de esperar que tanto la declaración de la Constitución política de 1993 en el sentido que el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (art. 89 tercer párrafo) como el expreso reconocimiento de su *jurisdicción especial* (art. 149), motiven el desarrollo de soluciones político-criminales frente a esta problemática.

5. MECANISMOS ALTERNATIVOS O PARALELOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN AMBITOS URBANOS

El Perú experimenta una «acción masiva de los sectores populares que, espontáneamente y recurriendo a múltiples estrategias, están alterando las reglas de juego establecidas, creando mecanismos paralelos y cambiando el rostro del Perú»[38]. ¿Se tratará de un desborde de la estructura social, política y cultural en toda dimensión? El abismo entre el Estado y la sociedad que empezó a observar en la década de 1950 ha originado el crecimiento de un sistema paralelo a la formalidad[39].

Para otros, el término *«informalidad»* es equívoco y poco preciso. Afirman que se trata de un nuevo término que parece ser heredero de las ideas de «marginalidad» en boga en la década de los sesenta en América Latina[40]. Creemos que los alcances de esta «informalidad» rebasan la economía y tienen evidentes relaciones con la cultura, la administración, el sistema jurídico, la justicia, la religión[41], la música[42], etc. Por ello cualquier definición será incompleta.

¿Se tratará sólo de un proceso de consolidación de una nueva generación de limeños, hijos de la migración?[43] No creemos que la respuesta pueda ser tan simple.

a) Empleo informal

Es entendido como «los puestos de trabajo, generalmente autogenerados o demandados por microempresas con baja densidad de capital»[44]. No dudamos que la génesis del empleo informal es una sobre oferta de fuerza de trabajo, la demanda de lo producido por este tipo de actividades[45] y, una cada vez más desfavorable relación entre los recursos y la población del interior de nuestro país[46].

La informalidad en un país subdesarrollado no es la misma de un país desarrollado (en ellos, se trata de una rebelión individual o la originada por la participación del sector público en la economía y una alta tributación ante la que las empresas reaccionan mediante la evasión-rebelión fiscal)[47]. Ningún país desarrollado tiene a casi un tercio de su fuerza laboral vendiendo en las calles de sus ciudades. Consecuentemente, las situaciones son diferentes: la informalidad del subdesarrollo es fundamentalmente un problema de pobreza[48]. Es errado pensar en la construcción de políticas generales acorde a esta realidad, en base a «informales con altos ingresos», pues éstos son excepcionales[49]. Generalmente, se trata de un sector de bajos ingresos, restringido al máximo en su consumo y con pocas posibilidades de acumulación. Por este camino, no estamos ante una situación de crecimiento de la informalidad sino, más exactamente, ante una probabilidad de *desempleo abierto* y un problema cada vez más grave de supervivencia[50].

El *ambulante* (no se trata de la única forma de empleo informal) presenta una multiplicidad de funciones que se pueden clasificar por el tipo de actividad: comercio (mayormente ambulatorio), servicios, in-

[37] Idem, págs. 30-31

[38] Matos Mar, José: «El Huayco Nacional», en *Qué Hacer*, 31 de octubre de 1984, pág. 76. Véase: *Desborde Popular y Crisis del Estado*, IEP Ediciones, Lima, 1984; pág. 3.

[39] Idem. pág. 78.

[40] Idem. pág. 82. Vid Carbonetto T., Daniel: condiciones de trabajo y calidad de vida en el sector informal urbano, CIAT, Lima, 1984, pág. 2.

[41] La propia Iglesia Católica se enfrenta a nuevas formas de devoción popular —grupos con nociones autóctonas de religión que se entremezclan— y, la Teología de la Liberación en su interior.

[42] Esta influencia y combinación cultural está originando también fusión en el campo musical, que va siendo aceptada por la cultura tradicional —que antes la rechazaban—, por ejemplo: la conocida «chicha» que es una combinación musical de la cumbia colombiana, la guaracha cubana, el huayno serrano, ejecutado con instrumentos electrónicos.

[43] Grompone, pág 81.

[44] Bernedo, Jorge: «El empleo informal y el empleo total ¿problemas legales de la economía?», en *Análisis Laboral*, agosto 1984, pág. 3.

[45] Chávez, Eliana: «El sector informal urbano en Lima metropolitana, 1983, s/n. "Entre la crisis y el usurero"», en *Que Hacer*, 31 de octubre de 1984, pág. 86.

[46] En el sector urbano, cerca de un 33 por 100 de la fuerza laboral peruana se encontraba en 1982 dentro de tal clase de área ocupacional. Probablemente, el sector informal urbano creció hasta el 37 por 100 en el curso de 1983 (Carbonetto, pág. 80).

[47] Idem. pág. 4.

[48] Se habla de una estrecha relación entre pobreza e informalidad. En 1980, Grados, Miranda y More (Participación n.° 11, CEDEP, 1980) concluyeron que, sobre un 20 por 100 de la población de la ciudad, la mitad de hogares logran sus ingresos en actividades comprendidas por iniciativa propia, el 37 por 100 eran jóvenes de bajo nivel de calificación, en 63,8 por 100 del gasto familiar se distribuye entre alimentos (63,8 por 100), pasajes (5,3 por 100), equipamiento del hogar (4,2 por 100), educación (3 por 100), medicinas (3 por 100) y el nivel nutricional es muy bajo: el promedio de cobertura calórica no sobrepasó el 73 por 100 y la proteica el 79 por 100 (vid. Carbonetto, idem , pág. 74).

[49] Ibíd., pág. 4. Vid. El Comercio del 18-2-85, que precisa una encuesta que ubicó dos casos excepcionales de ambulantes que dominan ese sector y tienen ingresos brutos de siete mil dólares diarios. Los hay también de menor cuantía que logran sumas de mil y mil quinientos dólares.

[50] Idem., pág. 5.

dustria, vivienda y construcción, transportes (taxistas, «palancas», cobradores) y otras[51].

La escasa información disponible indica el *sacrificio de ciertas condiciones de trabajo* afectado en orden de importancia por los siguientes factores: remuneración (el monto y la incertidumbre de ingreso próximo), duración de la jornada (más allá de 10, 11 y 12 horas/día) y los horarios de descanso nocturno y de fin de semana, inestabilidad ocupacional (promedio de actividad: 3 a 4 años) y el riesgo empresarial, pérdida de la protección legal, riesgo profesional, nivel de salubridad, calidad del medio ambiente laboral, intensidad del trabajo, la organización, el contenido del trabajo y la calidad de los salarios interpersonales y sociales involucrados en el ejercicio de la ocupación[52]. Además, el ambulante es consciente de su identidad[53].

Pero la realidad, es la rudeza de la vida que soporta el ambulante: no tienen lugar fijo, carecen de seguridad social[54], están expuestos al desalojo, decomiso de mercaderías, detención, violencia física, u otras eventualidades propias[55]. En suma, se trata de la *pérdida de la protección legal.* Los ambulantes consideran necesaria una protección a corto plazo e integración a la formalidad a largo plazo, reivindicaciones en condiciones de vida. *No basta una solución legal: todos los informales pasarían a ser legales,* pero éstos seguirían aumentando[56].

Esta incertidumbre en la calidad de vida[57], origina en el ambulante frecuencia de enfermedades comunes de origen nervioso (stress, surmenage, neurosis, úlcera péptica) que, normalmente, se atribuyen sólo a intelectuales y ejecutivos[58]. No se puede confiar que estas condiciones de trabajo puedan mejorar sólo por las vías normativas (v.gr., inspección, educación, etc.). Algunos piensan que un incremento de la baja productividad puede originar cambios importantes (reforzar el capital, constitución de fondos de garantía, mejoramiento del equipo, etc.)[59].

b) Economía informal (financiamiento)

Es la economía no controlada, no gravada ni registrada oficialmente. Se le llama también economía subterránea, sumergida, negra, secreta, clandestina, paralela, no oficial, etc.[60]

Como expresamos, no se trata del mismo fenómeno de informalidad de los países centrales (desarrollados). Aquí, la informalidad tiene connotación dependiente del empleo. «Más específicamente de oferta no absorbida en el mercado de trabajo y por lo tanto al margen de él, mucho más *alegal* que *ilegal*»[61].

En el campo económico, el aspecto más saltante es el conocido «financiamiento informal». Se habla de «mercados de financiamiento informal» (mercado de proveedores y mercado comercial). Pero donde se observa la importancia de este movimiento crediticio es en el *mercado de fondos mutuos* (al margen de la banca e instituciones financieras legisladas). Constituidos por los «panderos» institucionales o familiares (que funcionan como sistema de ahorro); en el *mercado extra bursátil,* se comercian bonos de reconstrucción, cupones de seguro social, letras de cambio; en el *mercado de minoristas* y en el *mercado de usureros* que a juicio de los economistas es el mejor organizado[62].

No es posible precisar exactamente la magnitud de la producción informal, pero se calcula que hasta 1982 ascendió aproximadamente al triple de la producción formal[63].

No es otra cosa que la dificultad que tiene el sistema financiero «oficial» para movilizar ahorro y fondos que existen en el país. Por otro lado, resulta más fácil obtener el financiamiento informal y más rápido en relación a las exigencias del sistema oficial. Sin olvidar el factor personal. Resulta significativo que cerca del 30 por 100 de las garantías con las que trabaja el sistema bancario sean de carácter personal. Todos seremos iguales ante la ley, pero no siempre ante los Bancos[64].

[51] Vid. la clasificación que realiza Matos Mar en *Qué Hacer,* octubre de 1984, pág. 79. En 1985, la cifra de ambulantes en Lima alcanzaba 84.000 personas. Existen 257 mercados formados por ambulantes y alrededor de 300 a 400 *«paraditas».* Dadas las actuales condiciones de oferta laboral es poco probable que desaparezca esta realidad. La mayoría de estos ambulantes son pobres y atraviesan múltiples padecimientos, especialmente por la presión de los agiotistas. Se afirma también que en Lima el 86 por 100 del transporte urbano es informal (Diario *El Comercio,* 18-2-85)

[52] Carbonetto, ibid., pág. 80.

[53] Así, afirman que «nadie es ambulante porque quiere». «Uno llega a ser ambulante». «En los tiempos de Odría éramos 30 ambulantes en el Jirón Ayacucho y Abancay y era zona rígida. Eramos como moscas que teníamos que estar en todos sitios para que no nos quitaran la mercadería, ahora ya no hay donde estar». Vid. «La temática de la informalidad en un evento diferente» en *Análisis Laboral,* marzo 1985, n.° 93, pág. 10 Esta consciencia de su identidad los ha llevado a organizarse. La FEDEVAL (Federación de Vendedores Ambulantes de Lima y Callao) señala en su Anteproyecto de Ley de Ambulantes, cuatro causas principales que originan la aparición y aumento de ambulantes: falta de empleo, bajos salarios, migración de provincianos a las ciudades. Para Bernedo, Jorge «ni siquiera debiera mencionarse aquí como *"causa"* la migración hacia las ciudades, puesto que ésta es también una resultante de los cambios en la relación población/recursos» («Empleo informal como objeto de políticas» en *Análisis Laboral,* febrero 1984, pág. 7) y la falta de ayuda en el campo. Opinan que debe impedirse el crecimiento del número de ambulantes pues ello agravaría la situación.

[54] Un 82,4 por 100 de trabajadores informales no pertenecen al Seguro Social. Solo un 17,3 por 100 gozan de dicha protección (Ministerio de Trabajo del Perú, Dirección General de Empleo, en Carbonetto, ibid., pág. 63)

[55] Las reglamentaciones municipales sobre comercio minorista, venta ambulatoria, expendio de alimentos preparados, etc., así como normas bromatológicas, las referidas a higiene y seguridad y otras exigencias de carácter legal, constituyen trabas significativas para la mayoría de los informales. (Vid. Carbonetto, ibid., pág. 63)

[56] Ibid.

[57] En el sector informal urbano, el subempleo por ingreso agudo es más alto (34,5 por 100) que el sector moderno (13,9 por 100). El subempleo por ingreso medio se concentra en este sector informal (43,4 por 100 son informales, 27,4 por 100 son modernos y el 29,2 por 100 trabajadores domésticos).

[58] Idem

[59] Idem, págs. 82-83.

[60] Bernedo, Jorge: «Empleo informal y empleo total ¿problema legal o de economía?», en *Análisis Laboral,* 1984, pág. 4.

[61] Idem.

[62] Susano, Reynaldo. «Entre la crisis y el usurero», en *Qué Hacer,* octubre 1984, pág. 87. Vid. del mismo. «Flujos de fondos del mercado informal de capitales», serie *Diagnóstico y Debate,* n.° 2, Fundación F. Ebert Lima, 1983, julio 1983

[63] Idem

[64] Idem. Hasta marzo de 1985 las tasas de *créditos informal,*

En materia de contribuciones, se afirma que los ambulantes no pagan impuestos, pero esto no es exacto. Sí pagan impuestos indirectos y, en algunos casos, más que los formales, aunque ellos no lo saben[65]. La vinculación de formales e informales es estrecha (v.gr., crédito de proveedores, como método de evasión tributaria, crédito de cooperativas, etc.)[66].

En materia de financiamiento, la experiencia indica la necesidad de protección mediante la constitución de Fondos de Garantía que permitan el acceso de los trabajadores informales al crédito disponible, sin el que, el mejoramiento de las condiciones laborales y de vida de dichos trabajadores será muy difícil[67].

c) La informalidad y el sistema jurídico

La diferencia entre «país oficial» y «país real» a que se refería Jorge Basadre es cierta. En verdad, existe una inmensa parte del Perú que actúa al margen de la exigencias de la Ley, pues los legalismos resultan excesivos e inútiles. Hay que admitir que la ley es frecuentemente ineficiente[68] ante un ámbito de aplicación cada vez más estrecho[69].

¿Estamos ante la crisis del principio de legalidad que regula el Estado de Derecho?[70] Creemos que el problema de la legalidad y la informalidad no se limita sólo a una simplificación de procedimientos y trámites[71].

El problema está ubicado dentro del gran campo de la «aplicación del derecho», es decir, esa área del derecho que se preocupa de analizar y sistematizar todo lo relacionado con la vigencia social de las normas jurídicas. Se trata del ajuste de la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas[72].

La aplicación *armoniosa* del derecho de los particulares, es lo más común y se presenta a diario (desde cuando se contrata una compra-venta de inmuebles hasta cuando se adquiere un boleto de ingreso al cine). Claro está que no siempre es posible esta armonía y es así como se originan los conflictos.

En el Perú, en ámbitos urbanos, ha existido experiencia en el propósito de legalizar o canalizar la aplicación del derecho en manos de los particulares[73].

Se pretende definir la informalidad, desde un punto de vista legal como «la autosustracción de la actividad del individuo a las normas legales que aparentemente están destinadas a regularlo»[74]. Pero no siempre se trata de una autosustracción, pues en otros casos es una eliminación que práctica el orden jurídico. Por ejemplo, el niño que nace informal cuando el padre no reúne los requisitos para la inscripción, o simplemente, cuando se le venció el término para ella. Mientras no se realice el proceso judicial de inscripción, el niño no habrá nacido para el orden jurídico[75]. También, en el ámbito del matrimonio, las convivencias y los llamados matrimonios naturales son abundantes.

La protección del menor es otro aspecto dramático de esa discordancia entre la realidad y el derecho. El trabajo de los niños está prohibido expresamente por el Código de Menores (en el campo de la formalidad), sin embargo, en la realidad, autogeneran su propio empleo informal: cantan en los transportes colectivos, venden golosinas, son canillitas, cobradores en microbuses, etc. Aquí el orden jurídico, lleno de buenas intenciones, muestra su mayor fracaso.

La solución informal al problema de la vivienda es también importante. Las invasiones y la autoconstrucción que han originado los denominados «pueblos jóvenes» (barriadas) son la respuesta más frecuente aún cuando ellas supongan violación de los límites del sistema establecido (*Usurpación:* art. 202 CP) El dinamismo en este campo es más eficaz que el irreal y excesivo burocratismo y el tiempo ha sido el mejor aliado de las invasiones.

Al final, la barriada se hizo un barrio como todos[76].

ascendieron hasta un 30 y 40 por 100 mensuales (233 y 5.670 por 100 anual) (Vid. Susano, Reynaldo: «Flujo de fondos del mercado informal», serie *Diagnóstico y Debate*, n.° 2, Fund. F. Ebert Lima, julio 1983. Asimismo vid. «denuncian que prestamistas oprimen a los ambulantes en *El Comercio*, 15-2-1985). Esta fuerte presión crediticia llevo incluso al origen de figuras como el «*crédito por horas*» propio del comercio ambulatorio (entrega de mercadería cuyo pago se cancela en horas de la tarde). Muchas veces la posibilidad de no renovación del crédito por falta de pago lleva a los ambulantes al remate de sus mercaderías, a fin de no quedarse sin trabajo (en *Análisis Laboral*, n.° 93, marzo 1985, pág. 11). Esta situacion originó que los ambulantes reaccionaran a través de *estrategias contra la usura*, como lo ocurrido en el grupo de vendedores de aves quienes crearon sus propios autogestionarios sistemas de financiamiento con pequeños aportes diarios, cuyo fondo es usado por el que necesite el dinero con un interés mensual reducido (idem.). En relación a la politica económica de esa época, se creó el IDESI (Instituto de Desarrollo del Sector Informal) que fue encargado de otorgar créditos a los ambulantes y productores del sector informal. Según la información oficial (diario oficial *El Peruano* de 12-6-1986) el 100 por 100 de los créditos al sector informal eran recuperados.

[65] De Soto: *Mercado informal*, conferencia dictada en la Cámara de Comercio de Lima, 15-12-1993, pág. 14.

[66] Chávez, Eliana: *El sector informal urano en Lima metropolitana*, 1983. Vid. Tokman, Victor· «Las relaciones entre los sectores formal e informal», *Revista de la CEPAL*, n.° 5, Santiago de Chile, 1978.

[67] Cf. Carbonetto, idem. pág. 83.

[68] Garrido Lecca, Max: «Lo formal y lo informal», en *El Comercio*, 31-8-84. Vid. Rubio, Marcial. «Perú profundo, Perú legal y Gobierno», en *Debate*, n.° 15 (supl. 1982), pág 61

[69] Durant Flores, Luis: «Informalidad no solo economica, también legal y social», en *R. Oiga*, n.° 189 de 20-8-84

[70] «El principio de legalidad, adolece hoy de extrema debilidad, tanto que en más de un caso se considera injusta esa supuesta base de la justicia» (Beristain, Antonio: *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977, pag. 231)

[71] En sentido diferente: Garrido Lecca, idem.

[72] Cf. Díez Picaso, Luis: *Experiencia Juridica y teoria del derecho*, Ariel, 1973, pág. 20.

[73] En Empresas autogestionarias, las empresas de propiedad social (D. Ley 29598) contaban con un Comité de Honor con facultad de fallo sobre sus trabajadores (art. 26. amonestación y separacion). Era la Comisión nacional de Propiedad Social la que conocia de las apelaciones (Res 272-77-PCNPS de 7-7-77) dada la inexistencia de Unidades Regionales. La jurisprudencia administrativo-laboral practicada (al margen del Fuero Privativo Laboral del Ministerio de Trabajo) data desde el 25-7-77 hasta 30-3-80. Vid. Camprubi, Antonio. *Propiedad social, evolución normativa 1974-1985*, ESAEM, 1985, pág. 45.

[74] Maish von Humboldt, Lucrecia: *La informalidad como problema legal*, 24 de octubre de 1984, pág. 1.

[75] Idem., pág. 2.

[76] Matos M., 1984, pág. 75. Según el Instituto Nacional de Estadística hasta diciembre de 1985 en el Peru el 30 por 100 de niños que nacían no eran inscritos en el Registro Civil (*El Peruano*, 13-12-85, pag. 4).

Las leyes existentes no son aplicadas, pero sí originan expectativas individuales y colectivas referidas a la propiedad (obtención de títulos, etc.)[77].

En el ámbito de los procedimientos, la institución de *«la aceleración de trámites»* (v.gr. pago doble de la tasa para obtener una partida de nacimiento en lapsos reducidos en lugar de los largos términos de espera) es un reconocimiento de la irrealidad de los plazos.

Estamos de acuerdo que «no basta aplicar una técnica jurídica positivista para, mediante un impulso racionalista y matemático, excluir a las normas «muertas» (en un sentido sociológico y no jurídico del término) de nuestro análisis de las fuentes del derecho»[78].

El mundo de los ambulantes es también eficiente. Por ejemplo, en el sistema de transportes la institución del microbus es en cierta manera representativo, pues el hecho que sean desordenados es un problema de autoridad. Sin embargo, puede tener implicancias en la responsabilidad del chófer «palanca» (reemplazante del dueño).

Para algunos, la razón que ha originado el nacimiento de esta realidad se haya en el *orden institucional,* en el *orden jurídico* de nuestro país. Se afirma que producimos entre 18.000 y 24.000 dispositivos legales por año que constituyen una barrera infranqueable para dichas personas[79].

Resulta evidente que más que orden institucional, estamos frente a un desorden jurídico, no acorde con toda esta problemática. Dadas las condiciones del sistema peruano (político, burocrático, etc.) «democratizar el acceso del ciudadano a los derechos que el texto legal le reconoce es, técnicamente, más subversivo que encender un cartucho de dinamita»[80].

Estamos de acuerdo que el fenómeno de la informalidad no es coyuntural, no es pasajero y, por el contrario, está cada vez más fuertemente establecido, rompiendo con la idea que la sociedad peruana tiene vocación colectiva, funcionando en un sistema de economía de mercado incipiente e insuficiente[81].

Naturalmente, esto origina el nacimiento (necesario) de una extra normatividad informal, indicativo que el sistema se va asentando, en base al respeto de sus instituciones consuetudinarias[82].

Aún cuando se discute si es necesario legislar sobre los aspectos relativos a la informalidad en nuestro país, la orientación es en parte, la búsqueda de un sistema institucional que permita la integración de la informalidad a la legalidad, considerando como un prerrequisito para el progreso social y económico[83].

Es pues la informalidad, un refugio frente a la inadecuación del orden normativo, creado para otros modelos de sociedad diferentes a la peruana, que en la práctica dificulta la actividad de grandes sectores de la población[84]. Este fenómeno, inicialmente no violento, de respuesta a una realidad regulada por un orden jurídico irreal y extraño, origina la construcción de su propio derecho, sobre la base de sus propios valores y costumbres. Este orden extralegal, es sin duda útil y necesario. La dificultad se ubica en reconocer, también, la utilidad de dos fueros paralelos o de normatividad separada de dos sectores de la sociedad peruana sin que ello suponga violación de la dignidad humana y los principios fundamentales de carácter constitucional[85]. Pero aunque no se les reconozca, ellos existen.

d) Mecanismos de control social

En el ámbito urbano, estamos experimentando la creciente utilización de mecanismos o medios extrajudiciales en la solución de conflictos al margen del sistema de control oficial. No sólo incluye la actitud de ciudadanos y abogados, quienes alcanzan soluciones informales sin recurrir a dicho sistema, sino también, la actitud de grupos de ciudadanos quienes al margen del Poder Judicial imponen, a su manera, el orden y control social deseados.

No es sólo la popularización de la justicia permitida por el orden jurídico. Se trata de otra de las respuestas sociales al permanente desvanecimiento de la sensación y la probabilidad de alcanzar justicia (entendida como orden y control sociales). Es pues un fenómeno inverso: la realidad puede estar absorbiendo al sistema judicial.

[77] Tudela, Francisco: «Ley, costumbre, informalidad», en *Oiga,* 27-8-84.

[78] Idem.

[79] Chávez, Eliana: ídem. pág. 14.

[80] Pasara, Luis. «Ilegalidad y poder», *Caretas,* 18-3-85, pág. 31.

[81] Idem.

[82] El diario *El Comercio* publicó el 23 de abril de 1985 la información intitulada «Hace 26 años dieron normas que ambulantes no acatan». En efecto, desde el 24 de noviembre de 1959 existe la *Ordenanza sobre vendedores ambulantes.* Ella los definía como aquellos que venden caminando en lugares permitidos de la ciudad «sin poder estacionar en la vía pública más de lo necesario para efectuar sus ventas». Su capital no podía sobrepasar los dos mil soles. La prohibición para que los abulantes no comercien en la llamada *Lima cuadrada* no sólo se contempla en esta ordenanza de 1959 sino también en un Decreto de Alcaldía de 1981 (que dispuso reubicación en *campos feriales*). En 1985 una nueva disposición del Concejo Provincial de Lima vuelve a prohibir el comercio en una llamada *zona rígida.* Además, considera al ambulante sin el requisito de su movilidad y amplia a cuatro millones y medio el monto máximo de su capital. Tampoco limita el tipo de artículo que puede comercializar. Precisa que el incumplimiento de las disposiciones municipales supondrá una multa de un jornal diario, el segundo con el triple de la multa y el tercero, la anulación de la tarjeta.

[83] En este sentido, el Decreto Legislativo 283 creó la *Comisión Nacional de los Derechos Económicos* (CODE) (Vid. comentarios de Mac Hale, Tomas G.: «Perú sorpresas de su red social», en *Mercurio,* Santiago de Chile, 25-3-85), cuyas funciones eran: proponer medidas de simplificación y desregularización de tramites y procedimientos administrativos (frecuentemente complicados y contradictorios) y participar en la puesta en marcha de los procedimientos que se emitan en el futuro. Este decreto legislativo, se fundamenta en el inc. 16 del artículo 2 de la Constitución (derecho a partipar en la vida económica de la nación), en el artículo 10 (derecho de la vivienda) y el artículo 133 (prohibición de restricciones en la actividad del mercado).

[84] Maisch von Humboldt, ídem. pág. 11

[85] La 15 conclusion del Seminario «Derecho, Mundo Andino y Amazonia» celebrado en La Paz, Bolivia del 14 al 16 de junio de 1985 por la Comisión Andina de Juristas, sugiere un enfoque interdisciplinario que tenga en cuenta los derechos consuetudinarios, las normas procesales de estos derechos que vienen siendo utilizados por aparatos formales del Estado, la relación cosmovisiones-derecho en torno al proyecto de un Estado nacional multietnico y pluralistas (Vid. *Boletín de la Comision Andina de Juristas,* n.° 8, agosto de 1985, pág 18)

e) Mecanismos de regulación social en pueblos jóvenes de Lima

Lima metropolitana cuenta aproximadamente con seis millones de habitantes. Esta integrada por dos provincias y 47 distritos. Une a tres valles (Rimac, Chillón y Lurín)[86]. Aproximadamente, el 80 por 100 viven en asentamientos urbanos populares, el 20 por 100 en barrios residenciales medios y opulentos y el 20 por 100 en tugurios, callejones y corralones.

Desde 1940 hasta 1984, la población limeña ha aumentado casi en diez veces fundamentalmente por la migración andina. Actualmente, el 50 por 100 de la población urbana nacional vive en Lima y esto representa el 30 por 100 de la población total del país[87].

En realidad, en materia de vivienda los migrantes sólo tenían dos opciones: *someterse al orden jurídico* (aceptando la falta de vivienda), *o violentar los límites del sistema;* es decir, invadir terrenos desocupados (conducta típica en el Código Penal). Se deciden por lo segundo. La necesidad los decide.

La influencia andina se afirma en estas invasiones (barriadas) que con el correr del tiempo se legalizan (pueblos jóvenes). Se admiten sistemas de reciprocidad (la MINKA) en las construcciones de las viviendas y se celebra la institución andina de la TINKA (bautizo de la casa). Se agrupan en asociaciones y clubes (existen 6.000 aproximadamente), etc. Lo que lleva a afirmar que «Lima comienza a esbozar el nuevo rostro peruano que pugna por lograr una forma definida y que tratará de legitimarse jurídicamente venciendo toda resistencia opuesta por la ya debilitada maquinaria de la vieja República Criolla»[88].

Las *barriadas* (ahora llamadas *«pueblos jóvenes»)* de reciente formación, se caracterizan por constituir grupos humanos que ocupan ilegalmente (por lo menos sin títulos de propiedad) terrenos de propiedad estatal o privada, careciendo de servicios y equipamiento básicos de infraestructura (agua-desagüe, alumbrado público, redes viales, mercados, recursos de eliminación de desechos, postas médicas, escuelas, guarderías, etc.) e incluso de la propia vivienda[89].

Estas necesidades originan relaciones sociales de especial característica: la población se organiza en faenas comunales, (ripiado de pistas, quema de basura, reparto de agua), organizan el ahorro colectivo de la población y elección de dirigentes que es anterior a la propia invasión[90], de esta manera, la *dirigencia de manzana* —y con mayor razón la *asamblea de manzana*— se convierte en la autoridad máxima de la población. Esta Asamblea no sólo organiza los trabajos colectivos y el ahorro sino que, incluso se convierte en un *sistema de control* de conflictos (conyugales, litigios de lotes, etc.) tendiente a mantener la unidad del grupo.

Por ejemplo, en el pueblo joven «Villa El Salvador», estas formas de control informal fueron asumidas por la *asamblea de manzana,* en un principio, en relación a los numerosos lotes abandonados (desconocidos por SINAMOS)[91]. En realidad, la asamblea resolvía los conflictos de lotes. Por esto, la jurisdicción vecinal no es en absoluto la respuesta o consecuencia del burocratismo o falta de presencia del Estado, Villa El Salvador es donde más intervención estatal ha habido si comparamos a los demás pueblos jóvenes[92].

Así surgió en Villa El Salvador, normatividad básica: la asamblea de manzana adjudica y readjudica lotes de terreno, y es la única que resuelve los conflictos de posesión, establece requisitos para la posesión (ocupación permanente, buena conducta, asistencia a la asamblea, pago puntual de cotizaciones, participación en faenas comunales).

Este *sistema de control vecinal* se enriquece con *normas de sanción punitivas* por incumplimiento (vergüenza pública en la asamblea de manzana, sanciones pecuniarias, expulsión en caso de reiterancia de conductas y *condiciones procesales* (asamblea en reunión mayoritaria de pobladores, votación secreta, etc.).

En materia de solución de conflictos, la *asamblea de manzana,* resuelve conflictos por mejor derecho de posesión de lote, pago de valorización de lotes, cobro de pagos comunales, conflicto de linderos, conflicto familiares[93] y conflictos por difamación frecuentemente *injurias* entre esposos y convivientes —de competencia del juez penal—[94].

Los *sistemas de protección contra la delincuencia* están dirigidos a sustituir la carencia de vigilancia policial en los pueblos jóvenes. Sin embargo, la llamada *policía vecinal* desaparece conforme se implementan los servicios de la comunidad (electricidad, agua, etc.). Así por ejemplo, el pueblo joven Villa El Salvador casi ha desaparecido y la delincuencia se ha desarrollado. En ella conviven peligrosas bandas (que delinquen en otro lugar) conjuntamente con la población[95].

El elemento que influye en el surgimiento de la llamada *policía vecinal* es la ausencia de electrificación pública[96]. Se trata también una respuesta a la frustración de la población ante la ineficacia del sistema policial. Este es un fenómeno que surge en la época inicial de formación de un pueblo joven. Al-

[86] Matos (1984, pag. 72) divide a Lima en dos sectores: primer sector integrado por distritos surgidos de barriadas y de urbanizaciones populares El segundo sector conformado por distritos tradicionales y modernos (urbanización formal). En 1983, el primer sector ocupaba el 36,4 por 100 y el segundo el 63,3 por 100, habiéndose desarrollado un 12 por 100 en catorce años.

[87] En cuanto al espacio territorial ocupado, entre 1981 y 1984 Lima ha crecido en 2 862 hectáreas (de 28.390 a 31.255).

[88] Matos, ídem., pág. 90.

[89] Iturregui Byrne, Patricia M y Price Mesalias, Jorge L.: *La administración de justicia en Villa El Salvador,* Tesis Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1982, pág. 144.

[90] Idem.

[91] Incluso la fundamentación para las adjudicaciones era diferente entre la Asamblea y el Sinamos La primera exigía uso permanente y personal. El segundo no lo exigía.

[92] Idem.

[93] Un individuo convivía con dos mujeres en el mismo lote con hijos comunes, situación que provocaba frecuentes riñas, por lo que la asamblea decidió adjudicar un lote a una de las mujeres en lugares diferentes.

[94] Con abundante información casuística, *vid.* ídem., págs. 164, 173, 177, 178, 179, 181.

[95] Idem., pág. 188.

[96] Idem., pág. 189.

gunos grupos vecinales optan por castigar directamente al infractor[97].

La ciencia penal peruana, no menciona la legítima defensa del Estado entendido como el orden jurídico (la defensa del orden constitucional puede ejercerse conforme e al art. 87 de la Carta Política de 1979 y también en la de 1993). La legislación comparada no suele admitirla. Hasta el momento se sigue pensando que «la defensa contra ataques inferidos al orden público o al orden jurídico como tal, es asunto del Estado y de sus órganos, o sea, no corresponde al particular»[98]. En estos casos, la defensa que haga los particulares del orden jurídico, (asumiendo actitudes de la policía o jurisdiccionales) no es aceptada. Lo que sí se acepta es que el particular haga uso de la legítima defensa para la protección de determinados intereses (vida, patrimonio, honor, etc.) en una reacción racionalmente proporcional y sin que haya provocado la agresión (art. 20 inc. 3 C.P.).

Se afirma que estas reacciones son parte de un proceso social de descomposición del que será muy difícil volver atrás[99]. Sin embargo, esta sustitución del poder del Estado o la policía por la acción de los propios pobladores, ni es siempre trágica ni constituye una novedad del momento[100].

Reconocemos la necesidad de analizar y formular propuestas en lo referente a estos mecanismos de regulación de conflictos generados en las comunidades o pueblos jóvenes[101].

En consecuencia, el ámbito del orden vecinal está reducido a las relaciones sociales o conflictos que se presenten en el pueblo joven. En cambio, aquellos conflictos vecinales sin mayor implicancia en la unidad del grupo se reservaban para la justicia formal (por ejemplo: alimentos, reconocimiento de hijos, etc.) que son atendidos por jueces de paz no letrados (quienes también carecen de competencia para conocer estos casos)[102].

El tratamiento que hace del sujeto es pues a su manera, realista. Rechaza la abstracción que realiza el sistema jurídico: no pretende convertir en «iguales» *abstractamente* a los hombres.

Este orden vecinal, sin embargo, no es permanente. Se experimenta un decaimiento conforme se alcanzan ciertos grados de desarrollo (v.gr. instalación de sistemas de electrificación) y el asentamiento del individualismo (incluso contra los dirigentes, quienes pretenden mantener el orden vecinal). También el sistema penal formal reacciona reprimiendo a dirigentes vecinales que resuelven litigios al margen de la ley oficial[103] (usurpación de autoridad).

En definitiva, ante el fracaso de la justicia y el derecho penal actual, merece pensarse en la oportunidad de abandonar ese sistema tradicional e implantar en su lugar otro carente de sus rasgos esenciales, apoyado en controles naturales o informales, apoyado en coordenadas nuevas creadas con potente y sensata imaginacion»[104].

BIBLIOGRAFIA

Abasfos, Manuel G. (1949): *Necesidad de una legislacion especial indigena en Asuntos Indígenas del Peru* Ministerio de Justicia y Trabajo año I, vol I n ° 1, Lima.

Aniyar de Castro, Lola (1983). *Criminologia da reacao social*, trd. Ester Kosovski, Forense, Rio de Janeiro

(1987): *Criminología de la Liberación*, Universidad de Zulia. Maracaibo, Venezuela

Baratta, Alexandro (1982) «Criminologia y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integrado de la ciencia penal», en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá

(1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal Introducción a la sociología jurídicopenal* Traducción de Alvaro Bunster Siglo XXI editores, México.

Barrig, Maruja (1980): *La ley es la ley, la justicia en la literatura peruana*. Antología, Centro de Estudios Derecho y Sociedad Lima.

Bergalli, Roberto (1982): *Crítica a la criminología Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Temis, Bogotá

(1988): «El control penal en el marco de la sociologia jurídica», en *Doctrina Penal*, págs. 583-599

Bergalli, R.; Bustos R. J., y Mirales T (1983). *El Pensamiento criminológico I*. Edt. Temis, Bogotá.

Beristain, Antonio (1977). *Crisis del derecho represivo. EDICUSA, Madrid.*

Binder, Alberto (1993): «Proceso penal y diversidad cultural en Justicia Penal y Sociedad», Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, año I, n ° 3-4, noviembre

Bustos Ramirez, Juan (1983) *Pensamiento Criminologico I*, Temis, Bogotá

Carranza, E., Houed, M., Liverpool, N., Mora, L., y Rodríguez M. L (1992) *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe* Ediciones Depalma, Buenos Aires

Cervini, Raul (1988). «Acerca del principio de respeto a las autonomias culturales y su trascendencia en Latinoamérica», en *Revista de Derecho Penal* Ed Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay

Christie, Nils (1984) *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura Económica, México.

(1989): «Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno», en *Abolicionismo Penal*, trad Mariano A Ciafardino - Mirta Lilián Bondanza Ediar, Buenos Aires

Dahrendorf, Ralf (1961) *Sociedad y libertad*, editorial Tecnos Madrid

Del Olmo, Rosa (1979) *Ruptura criminológica* Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca Caracas.

(1981): *America Latina y su criminología* Siglo XXI Editores, Mexico.

Delmas-Marty, Mireille (1980) *Les chemins de la répression Lectures du code penal* Presses Universitaires de France (PUF). Francia

[97] Un conocido caso de reacción desproporcionada fue la ejercida contra Jorge Yanama Quispe (diecisiete años) quien muriera linchado por una turba de pobladores del sector «Marzano» y «Leoncio Prado» en Pamplona Alta al ser supuestamente sorprendido robando. Fueron 300 personas los que participaron en la masacre y se hizo muy difícil individualizar a los autores. El cadáver presentaba dos grandes cortes de hacha en la cabeza, multiples hematomas en el rostro y estaba enterrado en el arenal. Según las investigaciones, fue ultimado por error (vid. informe *La República*, 28-10-84, pág. 27). No se trataba del primer caso pues existieron antenores que no terminaron de esa manera (vid. *Qué Hacer*, n.° 32 «La justicia informal», DESCO, dic. 1984, págs 80 y ss) Para realizar el aviso y la consecuente reacción comunal, los hombres, mujeres y niños caminan con un silbato en el bolsillo

[98] Wessels, J.: *Derecho penal, parte general Bs As* 1980, pág. 95.

[99] Cf Castillo Rios, Carlos en Informe *La Republica*, 28-10-84, pág 28 Pásara, Luis «Por mano propia», en *Caretas*, 16-6-84, pág. 53.

[100] *Que Hacer*, n ° 32, DESCO, dic 1984, pág 83.

[101] Esta es tambien la sugerencia n ° 15 del seminario «Derecho, mundo andino y Amazonia» realizado en La Paz (14-16 de junio de 1985) por la Comision Andina de Juristas. *Vid.* Boetin, n ° 8, agosto 1985)

[102] Iturregui-Price, pág. 196.

[103] Idem , pag 202

[104] Beristain, 1977, pág. 232.

Ferrajoli, Luigi (1986): «El derecho penal mínimo», en *Poder y Control*, n.° 0, Barcelona, España.
Fernández Carrasquilla, Juan (1988): «Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo», en *Nuevo Foro Penal*, n.° 39, Bogotá.
Folter, Rolf S. (1989): «Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una compilación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault», en *Abolicionismo Penal*, trad. Mariano A Ciafardino-Mirta Lilián Bondanza. Ediar, Buenos Aires.
(1987). *Autoritarismo y control social*. Edt. Hammurabi, Buenos Aires.
García-Sayan, Diego (1987): «Perú: estados de excepción y régimen jurídico», en *Estados de Emergencia en la Región Andina*, Lima.
García-Pablos de Molina, Antonio (1988): *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid
Hassemer, W., Muñoz Conde, F. (1984): *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia.
Hurtado Pozo, José (1979): *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Cedys, Lima
Hulsman, Louk H. C. (1985): *Critical criminology and the concept of crime*.
(1989): «La criminología crítica y concepto de delito», en Abolicionismo Penal, trad. Mariano A. Ciafardino-Mirta Lilián Bondanza. Ediar, Buenos Aires.
Hulsman, Louk; Bernadt de Celis, Jacqueline (1984): *Sistema penal y seguridad ciudadana. hacia una alternativa*. Trad. Sergio Politoff. Edt. Ariel Barcelona.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (Primer informe. Coordinador prof. Eugenio R. Zaffaroni). Ediciones Depalma, Buenos Aires.
(1986): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final. Coordinador prof. Eugenio R. Zaffaroni). Ediciones Depalma, Buenos Aires.
Irigoyen Raquel (1987): «Las rondas y el derecho en Derecho y Polémica:), *Revista de Derecho PUC*, diciembre 1987 año 1 n.° 3, pág. 8.
Käiser, Günter (1983): *Criminología*. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann Espasa-Calpe, S. A Madrid.
Lamnek, Siegfried (1980): *Teorías de la criminalidad*, Siglo XXI editores, México.
López Rey y Arroyo, Manuel (1981): *Introducción a la Criminología*. Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad Complutense. Madrid.
Marco del Pont K., Luis (1986): *Manual de criminología (un enfoque actual)*. Edi. Porrúa, S A. México.
Marín, Carlos (1992): *Indígenas de América latina y el Caribe y Derechos Humanos*. ILANUD, San José-Costa Rica.
Martínez Sánchez, Mauricio (1990): *¿Qué pasa en la criminología moderna?* Temis, Bogotá.
(1990a): *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*. Temis, Bogotá.
Mathiesen, Thomas (1989): «La política del abolicionismo», en *Abolicionismo Penal*, trad. Mariano A Ciafardino-Mirta Lilián Bondanza. Ediar, Buenos Aires.
(1989a): «Comentarios sobre el poder y el abolicionismo», en *ídem*.
Matos Mar, José (1984): *Desborde Popular y crisis del Estado*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima.
Melossi, Dario, y Pavarini, Massimo (1985): *Carcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Segunda edición. Siglo XXI editores. Mexico.
Mezger, Edmund (1933): «Criminología», Edt. *Revista de derecho privado*. Madrid.
Miralles, Teresa (1982): *Métodos y técnicas de la criminología* Instituto de Ciencias Penales. México.
(1983): *El Estado y el individuo: la disciplina social en Pensamiento Criminológico II* obra dirigida por R Bergalli y J. Bustos. Temis Bogota.
O'Donell, Daniel (1988): *Protección internacional de los derechos humanos Comisión Andina de Juristas*, Lima.
Palomino Flores, Salvador (1984): *El sistema de oposiciones en la comunidad de Sarbus*, Lima 1984, pág. 67.
Pavarini, Massimo (1983): *Control y dominación*. Siglo XXI editores, México.
Perez Pinzón, Alvaro O. (1986): *Curso de Criminología*. Segunda edición, Temis, Bogota.
(1989): «La perspectiva abolicionista». *Monografías jurídicas*, n.° 65 Temis, Bogotá.
(1991): *Curso de Criminología*. Tercera Edición, Temis, Bogotá.
Rodríguez Manzanera, Luis (1989): *Criminología* (sexta edición). Porrua, Mexico.
Rusche, Georg; Kircheimer, Otto (1984): *Penas y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez Temis, Bogotá.
Sánchez Romero, Cecilia, y Houed Vega, Mario A (1992): *La abolición del sistema penal. Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada*. Editec Editores, S A., San José, Costa Rica.
Sandoval Huerta, Emiro (1989): *Sistema penal y criminología crítica*. Temis, Bogotá.
Scheerer, Sebastián (1989): «Hacia el abolicionismo», en *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires.
Steinert, Heinz (1989): «Más allá del delito y de la pena», en *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires
Taylor, Ian; Walton, Paul, y Young, Jock (1981): *Criminología Crítica*. Siglo XXI editores, segunda edición México.
Traverso, Giovanni B., y Verde, Alfredo (1981): *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel modo di produzione capitalistico*. Padova. Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Italia.
Tiedemann, Klaus (1981): «Estado actual y tenedencias de la ciencia jurídicopenal y de la criminología en la República Federal Alemana», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.° 14. Edersa, Madrid
Webb, Richard, y Fernández B., Graciela (1991): «Perú en números 1991». *Anuario Estadístico*. Cuánto, S. A., Edt. Navarrete Lima.
Villavicencio, Felipe (1989): «Mecanismos naturales de regulación social en comunidades andinas y amazónicas peruanas», en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LV n.° 1-12 enero-dic 1989, Edt. Porrúa, México DF.
(1990): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Edt Cultural Cuzco, Lima.
(1991): *Lecciones de derecho Penal. Parte Especial (Homicidio)* Edt. Gios, Lima.
(1992): *Código penal de 1991*. Comentarios, Edt. Cultural Cuzco, Lima.
(1993): «Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991 y en el Anteproyecto de Código penal para Guatemala de 1990», en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca*, n ° 27-28 (segundo semestre de 1992 y primero de 1993), Colombia.
Zaffaroni, Eugenio R. (1988): *Criminología. Aproximación desde un margen*. Temis, Bogotá.
(1989): *En busca de las penas perdidas* AFA editores importadores, S. A., Lima.
(1993): *Muertes Anunciadas*. Temis-IIDH, Bogotá

APUNTES*

• ¿Fusión, infusión o absorción?

El actual ministro de Justicia e Interior ha usado el verbo *fundir* (en el Diccionario: «reducir a una sola dos o más cosas diferentes») para referirse a la operación que le pone al frente del nuevo megadepartamento. Ahora bien, leyendo entre líneas la explicación oficial, parece que hubiera cuadrado mejor el verbo *infundir* para describir el fenómeno. Sobre todo, si como se sugería, en la anterior modalidad de distribución de las competencias dentro del ejecutivo y en materia de derechos y libertades, Justicia cuidaba del *alma* mientras a Interior le correspondería la gestión del *cuerpo* (bastante) mortal de unos y otras. Por eso, y tratándose de una inyección de *espíritu* en la *carne* habría sido más propio hablar de *infusión.*

Sin embargo, de estar atentos a la *naturaleza de las cosas,* de ambas *cosas,* el Diccionario, tan fértil en recursos, ofrece un término mucho más fiel a la plástica del asunto: *absorber* («asumir, incorporar. Se usa principalmente refiriéndose a entidades políticas, comerciales, etc.»). Porque no cabe duda: en las relaciones de fuerza entre desiguales, en las relaciones de *intercambio desigual,* de dos, prevalece siempre el que *de facto* es más fuerte. Y no hace falta más que un poco de memoria para recordar qué pasó con los intereses *de Justicia* frente a los *de Interior,* según el símil antes aludido, en casos como la reforma desandada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuestión de prisión provisional, o en la experiencia de la 'ley Corcuera' y de tantas *leyes Corcuera* que cabría recordar desde que es posible hablar del Estado de derecho y, dentro de él, de las políticas de Interior y de Justicia.

Por otra parte ¿qué decir del *porqué,* del *cómo,* del *cuándo*? No mucho, la verdad. Que pueda ser así en el Reino Unido y en algún pequeño país de su ámbito de influencia colonial, no será desde luego la causa. Que de no haberse producido la forzada dimisión de Asunción por el *caso Roldán* y la necesidad de un golpe de efecto, no habría pasado nada, está fuera de discusión. Que el superministerio haya tenido que montarse sobre la marcha y acudiendo a una disposición final de la Ley de Presupuestos, es seguramente lo más expresivo.

• Los 'derechos humanos' de Amedo y Domínguez

El discurso oficial sobre los conocidos reclusos ha adquirido recientemente considerable densidad y hondura, como lo demuestra la aclaración de que la actitud de la autoridad penitenciaria en este asunto no conoce otra fuente de inspiración que el respeto a los derechos humanos. Porque «Amedo y Domínguez tambien tienen derechos humanos».

No cabe duda de que nadie que se tome «los derechos en serio» albergará el menor interés por privar de una brizna de los suyos a ninguno de los ex policías. Pero nadie mínimamente informado de los estándares al uso en cuestión de ejercicio de derechos dentro del medio carcelario, dejará de estar de acuerdo en un matiz sin duda esencial para la comprensión de este asunto. Y es que Amedo y Domínguez no sólo *tienen* derechos, e incluso algunos más de los propios de su condición, sino que, sobre todo, *los disfrutan.*

La cosa es, por otra parte, bastante coherente con los antecedentes de singularidad que han connotado desde el principio al tratamiento recibido por los ahora condenados en el «caso GAL». Así, recuérdese que ni siquiera fueron obligados a manchar ligeramente con tinta la yema de alguno de sus dedos para una verificación de huellas, durante la instrucción del sumario: precisamente, por cuestión de derechos. En este país, donde pueden *retenerte* sólo por la simple curiosidad de saber qué llevas encima, desnudarte en la calle, radiografiarte en cualquier aeropuerto y, si se tercia y como dijera Vázquez de Montalbán, escribirte el «habeas corpus» en la espalda con mercromina, por un quítame allá esas pajas.

* Sección a cargo de la Redacción.

Pero es que los «derechos humanos» de Amedo y Domínguez pueden cundir mucho más: sus idas y venidas, su privilegiado régimen de visitas en el exterior y la facilidad de acceso a algunos altos despachos, en notable compañía, amén de otras llamativas particularidades de su situación, parecen dar la razón a quienes sugieren que los ex policías podrían ser tambien titulares de otros derechos, éstos de atípico origen *contractual*. Una hipótesis que, en el contexto de *atipicidades* que es hoy nuestra atribulada realidad política, cobra extraordinarios visos de verosimilitud y puede contener la clave de algunas incógnitas.

- **El 'séptimo de fiscalía' cabalga**

La abrupta irrupción del fiscal en el «caso Rubio» no podía dejar de tener consecuencias en la opinión. ¿Por *qué*? ¿Por qué precisamente *así*? ¿Por qué curiosamente *ahora*? Es muy probable que los fiscales que han llevado el asunto puedan dar una respuesta aceptable a los interrogantes. Seguramente ellos están personal y profesionalmente justificados. Pero ¿podría decirse lo mismo del ministerio público como tal? ¿Del que ha protagonizado en este período tantas actuaciones y defectos de actuación bajo sospecha de dirección y orientación políticamente interesadas? Evidentemente no.

El fiscal, por su particular estatuto de dependencia, tiene en nuestro ordenamiento tal lastre de origen que sólo sería compensable en hipótesis con una exquisita adherencia al principio de legalidad. Si esa actitud resulta sustituida, en y desde el vértice, por una concepción político-instrumental de la función, es difícil, por no decir imposible, convencer a nadie de que cuando «el Pisuerga» manifiesta semejante obstinación en pasar «por Valladolid» es sólo cuestión de geografía.

- **Lo que todo ministro de un gobierno socialista tendría que saber sobre Italia**

Como sin duda recordará el lector, los españoles inquietos por los resultados de las últimas elecciones italianas nos desayunamos con dos *penetrantes* análisis del producto de las urnas, a cargo de dos ministros del actual gabinete de Felipe González: la culpa del ascenso de la derecha en aquel país era sólo de los jueces. De los jueces «progres», para más detalles.

Resulta desolador comprobar que quienes compartieron proyecto político —es de esperar que sólo proyecto político y no tambien *proyecto económico*— con Craxi, seguramente el principal responsable de que para muchos votantes italianos hombre de gobierno haya resultado ser igual a *ladro*, no han aprendido al menos un poco de prudencia de la demoledora lección de historia, reciente y nada ejemplar, protagonizada por aquél y su partido.

- **Insumisión: ¿'cuestión de estado' o cuestión de cultura?**

Se ha dicho recientemente tambien de la insumisión eso que ahora se escucha con tanta frecuencia como calificativo retórico de no pocos asuntos: que es una *'cuestión de estado'*.

La verdad es que, como la generalidad de las cuestiones así etiquetadas, el actual tratamiento penal de la insumisión es, aunque no sólo, una *cuestión de gobierno*. En concreto, un ejercicio de gobierno bastante torpe en el modo de conducir el problema. Problema que encierra dentro de sí una delicada *cuestión de cultura*.

No hace falta demasiada agudeza para captar el marcado desinterés de la juventud actual por lo público; seguramente por las escasas expectativas que lo público ofrece a quienes tienen ahora pocos años. Y tampoco es necesario ningún esfuerzo especial para advertir que lo menos atractivo de lo público es lo que tiene que ver con el ejército. A pesar de que, tardíamente, se estén descubriendo para él ciertas ocupaciones ocasionales, que serían legitimadoras sino fuera porque tienen como misión mediar en desastres que a su vez son también fruto inmediato de otras actuaciones militares profundamente deslegitimadoras.

(En el caso español contará tambien el dato de que la experiencia histórica próxima y remota en la materia, vista desde la sociedad civil, es bien poco ilusionante).

Gira igualmente como doctrina oficial sobre los insumisos que su rechazo no lo es sólo de lo directamente militar; sino, incluso, de la implicación en tareas de solidaridad. Pero no resulta fácil hilvanar un discurso convincente sobre el tema, desde las instituciones gestoras de las políticas sociales en curso en países como éste. Por eso no es probable que el reproche de insolidarios pueda crear la menor mala conciencia a los futuros beneficiarios de los *contratos basura*, que, seguramente, verán en ese intento de descalificación una forma de cinismo.

Es posible que muchos de quienes practican la objeción y la insumisión lo hagan sin plena conciencia de la profundidad de las implicaciones del fenómeno que protagonizan. Pero lo cierto es que su sensibilidad se inscribe objetivamente en una línea de tendencia de la que forma parte el afianzamiento de la cultura de la paz en las relaciones entre los hombres y la evidencia de que en el *planeta de las armas* no hay nada que valiera la pena salvar, en la perspectiva ideal de un hipotético futuro verdaderamente humano.

De ahí que la recuperación, como pena para los insumisos, de esa suerte de *muerte civil* que amenaza desde el improbable código penal *de la democracia*, no puede ser más desafortunada en

el plano de los principios, ni más previsiblemente ineficaz en la perspectiva de la prevención general y especial. Y es que, en efecto, por el exuberante ejercicio de violencia gratuita que expresa y por la desproporción que trasluce, denota un talante del peor estilo castrense y supone una nueva escenificación de la detestable lógica del amigo/enemigo.

• La APM en el limbo de las maravillas

Deliberación, el periódico de la APM da cuenta en su último número de la asistencia de una representación de la asociación conservadora al Congreso Extraordinario de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM), celebrado en San Salvador (El Salvador) del 9 al 12 de febrero pasado, y recoge el texto de la declaración final del encuentro, con algunas expresiones tópicas en favor de la independencia judicial en los países del área. Silencia ruidosamente, sin embargo, datos fundamentales del contexto en el que el congreso se produjo y que guardan relación con la inexistente independencia efectiva de la justicia en El Salvador, bien perceptible tras la burda tramoya de *tour operator* para congresistas obsequiosos.

En contra de lo que es regla en la FLAM, el congreso de marras resultó organizado —sin razón alguna que lo justificase, puesto que se había celebrado uno ordinario pocos meses antes— no por una de las asociaciones federadas, sino, mire usted por donde, por la Corte Suprema de Justicia del país centroamericano. Y lo fue con un escandaloso despliegue de medios y un notable desequilibrio en favor de la dimensión lúdica del *evento*.

El discurso inaugural corrió a cargo de Gutiérrez Castro, Presidente de la Corte Suprema, es decir, el *mismo* Presidente, de la *misma* Corte Suprema arrastrada de la etapa dictatorial, cuyas gravísimas responsabilidades fueron crudamente denunciadas por la *Comisión de la Verdad* auspiciada por Naciones Unidas, en su demoledor informe. Y, aunque a *Deliberación*, como es natural, el detalle le pasase desapercibido, Gutiérrez Castro, calificado de «jurista corrupto y bestializado» por la prensa internacional, debido a su implicación en la precedente etapa negra, dedicó lo más encendido de su discurso a defender *la independencia* de la justicia salvadoreña... *de la agresión de las comisiones extranjeras*.

El atípico congreso de la FLAM, que contó con un presupuesto millonario en un país de miserias sin cuento, fue financiado con los *fondos reservados*, tambien millonarios (en dólares), que administra el Presidente de la Corte. Los mismos que le han servido para dotar —nuevamente el sospechoso lujo oriental *al servicio de la independencia*— de coche y gasolina gratis, a los miembros de la carrera judicial, en un contexto de carencias que no resultará difícil imaginar al lector.

El faraónico alarde de hospitalidad de Gutiérrez Castro se producía en vísperas de la renovación de la Corte (por designación del legislativo) y como uno de sus denodados esfuerzos para persistir al frente de la misma, a pesar del descrédito que la constatación de las aludidas responsabilidades había arrojado internacionalmente sobre su figura y la de su también desprestigiado tribunal. Así, el congreso de la FLAM fue una demostración de fuerza, si bien no precisamente de la fuerza de la jurisdicción, cuya independencia real en El Salvador se benefició bien poco de la presencia de huéspedes tan ilustres como *ingenuos*. Estos, después de hacerle la campaña al rumboso anfitrión, regresaron a sus países de origen —vía Miami— con un delicado *toque de bronce*, debido al sol del Pacífico.

• La toga para el que la trabaja

El gabinete técnico del Consejo General del Poder Judicial se ha visto obligado a desarrollar un considerable esfuerzo teórico a raíz de la protesta de la corporación forense y de la Asociación Profesional de la Magistratura por el uso de la toga en el programa «Veredicto», de Tele 5.

No puede por menos de sorprender que a estas alturas del proceso de *secularización* y cuando hasta la bandera se ha desacralizado de una manera apreciable, tan significativo grupo de *togados vocacionales* enarbole por pendón —y con perdón— el viejo trapo, con o sin puntillas, según los casos, pero siempre con brillos y con un inequívoco tufo de sotana con muchas horas de confesonario preconciliar.

Sus razones tendrán, aunque no parece que la reacción responda a un *raptus* de racionalidad. La pena es que una vez *mancillada* la toga por la irreverente cadena privada de televisión, la APM y la poderosa corporación no hayan pensado seriamente en desterrarla de los usos profesionales de la justicia, y, aprovechando la ocasión para apostar en serio por valores más consistentes, en hacer con ella una generosa contribución a la guardarropía.

• 'Hacienda y Sociedad. Foro de Debate'

Después de una diversidad de encuentros producidos a lo largo de 1993, un grupo de personas, en su mayor parte funcionarios de la Administración tributaria estatal, tomaron la decisión de constituirse en asociación. De este modo dieron vida a *Hacienda y Sociedad, Foro de Debate*, que nació con el objeto de propiciar una amplia discusión «sobre el contenido y los fines del sistema fiscal en su conjunto, sobre el funcionamiento de las organizaciones públicas y sobre la adecuación de

ambos a los principios contenidos en el artículo 31 de la Constitución.»

En el primer número de un Boletín Informativo que lleva por nombre el de la asociación, a la precedente declaración de intenciones aparece unida la expresión del propósito de trabajar por «un sistema tributario justo y progresivo —por entender que— los principios solidarios del Estado de Bienestar no son ideas y derechos a enterrar».

Por otra parte, *Hacienda y Sociedad. Foro de Debate,* no sólo renuncia a la defensa de los intereses corporativos de quienes la integran, sino que se manifiesta beligerante frente a las actitudes que con esa sóla inclinación han constituido o pueden constituir un obstáculo al desarrollo e implantación práctica de los principios a que antes se ha hecho referencia.

Si de algo no cabe duda es de la existencia de un amplísimo espacio abierto a una actividad como la que se anuncia, en un sector clave de la acción del Estado que, por ello, y por la frecuente opacidad e injusticia de las prácticas a que da lugar, necesita el contrapunto de un esfuerzo civil, vigilante, crítico y solidario. *Hacienda y Sociedad. Foro de Debate* no esta ni estará nunca sola en este esfuerzo, pues es seguro que cuenta desde ahora con el apoyo de todos los movimientos y asociaciones de inspiración semejante que desde campos diversos se empeñan en la difícil tarea de hacer del Estado un instrumento al servicio de los ciudadanos.

(La nueva asociación tiene su domicilio en la calle Santa Casilda, 10, 28005 Madrid).